



Consulta nuestra revista en línea:

<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/>

<https://doi.org/10.22201/ppd.26831783e.2021.15>



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

AÑO 8, NÚMERO 15
JULIO - DICIEMBRE 2021





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Manuel Torres Labansat

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Fernando Guadalupe Flores Trejo

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Hans Kelsen, Sarmiza Bilcescu, Giuseppe Chiovenda, León Duguit, Eduardo García Máynez
Diseño de portada: Maestra en Derecho Martha Aurora Ramírez Espinoza y Martha Ailyn Gallardo Ramírez

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 8, No. 15, julio - diciembre 2021, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista.rpd@posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 23 de diciembre de 2021.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Martha Aurora Ramírez Espinoza

SUBDIRECTORA

José Manuel Guevara García

EDITOR

Diana Erika Hernández Ríos

Javier Cancino Jiménez

Adriana Ochoa Fernández

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

Yuriria Maryem Domínguez Juárez

Luis Ángel González Fascinetto

ASISTENTE EDITORIAL

Susana Monserrat Gil Vilchis

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez
TRIBUNAL SUPREMO, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

José María Serna de la Garza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

Enrique Cáceres Nieto
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

Tiago Gagliano Pinto Alberto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL

Leonor Suárez Llanos

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Oscar Cruz Barney

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

José Manuel Cabra Apalategui

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Javier Díez García

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Antonio Peña Freire

UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Imer B. Flores Mendoza

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

José Antonio Álvarez León

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN, UNAM



ÍNDICE

EN PORTADA	13

EDITORIAL	29
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	

ARTÍCULOS

NEUROÉTICA Y NEURODERECHOS	34
<i>Enrique Cáceres Nieto; Javier Díez García; Emilio García García</i>	

LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA Y EL CONSTITUYENTE ORIGINARIO	84
<i>Jaime Cárdenas Gracia</i>	

LA JURISPRUDENCIA AXIOLÓGICA Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: SOBRE LAS BASES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	128
<i>Ricardo Garzón Cárdenas</i>	

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD APLICADO EN LOS IMPUESTOS ESTATALES Y EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA	170
<i>Enriqueta Mancilla-Rendón; Carmen Lozano-Arizmendi</i>	

LA NAVAJA DE OCKHAM: EL PROBLEMA DEL RECONOCIMIENTO DE ENTES NORMATIVOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	196
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	

IMPACTO DE LA AGENDA 2030 Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA, ESPAÑA Y MÉXICO	222
<i>Rodolfo Cancino Gómez; Alma Patricia Domínguez Alonso</i>	

LOS RÉGIMENES EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ENERGÉTICA DE 2013: EL CASO DE LA ELECTRICIDAD	254
<i>Martha Laura Bolívar Meza; Rogelio Zacarías Rodríguez Garduño</i>	

ESTUDIOS JURÍDICOS

DISCUSIONES Y ETAPAS EN TORNO A “QUIEN SE MATA A SÍ MISMO” Y AL “SUICIDIO”, SU CONFLUENCIA EN EL CASO MEXICANO Y LA PERTINENCIA DE CREAR UN NUEVO DERECHO HUMANO: EL DERECHO A LA MUERTE DIGNA	292
<i>Mario A. Téllez G</i>	

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CAMPO MÉDICO: UNA POSTURA JURÍDICA ·····	326
<i>Carolina Campos Serrano; Laura Páez Díaz de León</i>	

ENTREVISTAS

ENTREVISTA A LA DRA. MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUÍZ ·····	361
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	

ENTREVISTA AL DR. MANUEL TORRES LABANSAT ·····	378
<i>Fernando Guadalupe Flores Trejo</i>	

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES ·····	384



EN PORTADA



HÉCTOR FIX-ZAMUDIO¹

4 de septiembre de 1924 – 27 de enero de 2021

Fue un jurista, abogado y autor de obras de derecho en las áreas de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. Ocupó cargos tales como auxiliar y secretario de estudio y cuenta en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, investigador y director del Instituto de Derecho Comparado de México, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, miembro del Consejo Consultivo de Ciencias de la Presidencia de la República, profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la UNAM, entre otros.

Cursó sus estudios de licenciatura y de doctorado en la Facultad de Derecho de la UNAM, donde obtuvo mención honorífica; y mención Magna Cum Laude, en sus respectivas defensas en 1956 y 1972. Influenciado intelectualmente por José Castillo Larrañaga, Eduardo García Máynez, Antonio Martínez Bález, Alfonso Noriega y Vicente Peniche López y sin duda alguna Niceto Alcalá-Zamora y Castillo

¹ Con información de www.wikipedia.com

Ocupó varios cargos públicos como son secretario de estudio y cuenta en la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, investigador y director del Instituto de Derecho Comparado de México, que dirigió de 1966-1972, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM entre 1972 - 1978, miembro del Consejo Consultivo de Ciencias de la Presidencia de la República, profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la UNAM, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el periodo de 1994 a 1997

Publicó una extensa variedad de libros en los que destacan, El juicio de amparo (1964), Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965 (1968), Constitución y proceso civil en Latinoamérica (1974), Los tribunales constitucionales y los derechos humanos (1980), Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídica (1981), La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales (1982), Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano (1983), Latinoamérica; Constitución, proceso y derechos humanos (1988), Ensayos sobre el derecho de amparo (1993), Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos (1993), El poder judicial en el ordenamiento mexicano (en coautoría con José Ramón Cossío Díaz-1996), Derecho constitucional mexicano y comparado (en coautoría con Salvador Valencia Carmona-1999), El derecho de amparo en el mundo (en coordinación con Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot-2006) y Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo MacGregor (2012).

Merecedor de varias condecoraciones y premios entre las que se encuentran:

- Premio de Investigación de la Academia Mexicana de Ciencias (1963).
- Miembro de El Colegio Nacional (1974).
- Profesor honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú (1982).

- Premio Nacional de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía (1982).
- Doctor honoris causa por la Universidad de Sevilla, España (1984).
- Homenaje en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas.
- Profesor honorario de la Universidad Externado de Colombia (1986).
- Premio otorgado por la Unesco por su labor en la enseñanza de los derechos humanos (1986).
- Investigador Emérito del Instituto de Investigación Jurídicas (1987).
- Premio Universidad Nacional en Investigación en Ciencias Sociales (1991).
- Premio Nacional de Jurisprudencia (1994).
- Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (1996).
- Premio Juchimán de Plata en Derechos Humanos y la Paz (1997).
- Miembro correspondiente de la Academia Mexicana de la Lengua, 10 de septiembre de 1998.
- Medalla Belisario Domínguez (2002).
- Doctor honoris causa por la Universidad Complutense de Madrid (2003).
- Premio Internacional Justicia en el Mundo, conferido por la Unión Internacional de Magistrados (2004).
- Doctor honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha (2011).
- Premio Nacional de Derechos Humanos por la CNDH (2018).



RONALD MYLES DWORKIN²

(Massachusetts, Estados Unidos, 11 de diciembre de 1931 - Londres, Inglaterra, 14 de febrero de 2013)

Fue un filósofo del derecho y catedrático de derecho constitucional. Su teoría del derecho es una de las contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del derecho. Según *The Journal of Legal Studies*, fue el segundo autor estadounidense del siglo XX más citado en el campo del Derecho.

Estudió en la Universidad de Harvard y en el Magdalen College (Oxford), donde fue becario Rhodes y estudiante de Sir Rupert Cross. Trabajó como ayudante del juez Learned Hand, y en un despacho de abogados de Nueva York. Su carrera como profesor de Jurisprudencia (Teoría del Derecho) comenzó en la Universidad de Yale, en la Cátedra Wesley N. Hohfeld.

Desde 1969 fue profesor en la Universidad de Oxford, donde sucedió a H. L. A. Hart, uno de los filósofos del Derecho más destacados del siglo XX. También impartió clases de Derecho y Filosofía en el University College London, y en la Universidad de Nueva York.

Dworkin era miembro de la Academia Británica y de la Academia Americana de Artes y Ciencias. Fue nombrado doctor honoris

² Con información de www.wikipedia.com

causa por la Universidad de Buenos Aires. En el año 2006 recibió el Premio Internacional de Investigación en Derecho “Dr. Héctor Fix-Zamudio” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Por su contribución a la filosofía del derecho y la filosofía política, Dworkin recibió en el año 2007 el premio Holberg reconociendo sus “innovaciones en el trabajo académico de impacto mundial”.¹⁰ Este premio, dotado con más de medio millón de euros, fue creado en 2003 y es concedido por la Universidad de Bergen, en Noruega. En el año 2012 Dworkin recibió el Premio Balzan por la teoría y filosofía del derecho.

Entre sus obras más destacadas se encuentran:

- Taking Rights Seriously. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977 (trad. cast., Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984).
- The Philosophy of Law (Oxford Readings in Philosophy). Ed. New York: Oxford University Press, 1977 (trad. cast., La Filosofía del Derecho, F.C.E., México, 1980).
- A Matter of Principle. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- Law’s Empire. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986 (trad. cast., El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona, 1988).
- Philosophical Issues in Senile Dementia. Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1987.
- A Bill of Rights for Britain. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1990.
- Foundations of Liberal Equality, University of Utah Press, Salt Lake City, 1990 (trad. cast., Ética privada e igualitarismo político, Paidós - ICE UAB, Barcelona, 1993).
- Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom. New York: Alfred A. Knopf, 1993.
- Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
- Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

- A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy. Ed. New York: New Press, 2002.
- From Liberal Values to Democratic Transition: Essays in Honor of Janos Kis. Ed. Budapest: Central European University Press, 2004.
- Justice in Robes. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.
- The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc. New York: New York Review Books, 2008.
- Justice for Hedgehogs. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011 (trad. cast., Justicia para erizos, Fondo de Cultura Económica - Argentina, México, 2014).
- Religion without God. D.R., 2013 (trad. cast., Religión sin Dios, Fondo de Cultura Económica - Argentina, España, México, 2014).



HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART³

(Harrogate, 18 de julio de 1907-Oxford, 19 de diciembre de 1992)

Estudió abogacía en el New College (Universidad de Oxford) donde se graduó en 1932. En un principio se dedicó a ejercer la profesión en forma privada, pero con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, Hart ingresa a trabajar en el Servicio de Inteligencia Británico (MI5), donde compartió labores con otros filósofos oxonienes como Gilbert Ryle y Stuart Newton Hampshire.

Con el fin de la contienda, Hart pasa a desempeñarse como académico en Oxford, donde ocupó la cátedra de jurisprudencia. Además, fue profesor visitante en varias universidades estadounidenses, y principal de Brasenose College.

En 1959 publica, junto con A. M. Honoré, *Causation in Law*; mientras que en 1961 publica su trabajo más importante: *The concept of law*.

Hart se inscribe en la corriente de pensamiento positivista, llamada jurisprudencia analítica, para la que el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho.

Entre su extensa obra destacan varios títulos, algunos traducidos al castellano.

³ Con información de www.wikipedia.com

- “Causation in the law” – 1959
- “The concept of law” – 1961
- “Law, Liberty and Morality” – 1963
- “Punishment and responsibility, Essays in the philosophy of law” – 1968
- “Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory” – 1982
- “Essays on jurisprudence and philosophy” – 1983
- “Poscript” – 1994 (se encuentra agregado en la segunda edición de The concept of law).
- Derecho y moral. Contribuciones a su análisis – Editorial Depalma – Buenos Aires -1961 (contiene tres ensayos de Hart: El positivismo jurídico la separación entre derecho y moral; ¿Hay derechos naturales? y Definición y teoría en la ciencia jurídica). ¿Existen Derechos Naturales? [1] - revista Estudios Públicos del CEP - Santiago de Chile - 1990
- El concepto de derecho – Editorial Abeledo Perrot – Buenos Aires - 1992
- Post scriptum al concepto de derecho [2] - revista Estudios Públicos del CEP - Santiago de Chile - 1997 - y [3] UNAM - México - 2000
- Obligación jurídica y obligación moral – Cuadernos de Crítica N.º 3 – México - 1977
- Una visita a Kelsen en Cuadernos de Crítica N.º 4 – México
- La doctrina de Kelsen de la unidad del derecho [4] - Boletín Mexicano de derecho comparado - N.º 21
- El derecho en la perspectiva de la filosofía [5] - Boletín Mexicano de derecho comparado - N.º 33 - 1978
- Utilitarismo - Anuario de derechos humanos - Instituto de Derechos Humanos -Universidad Complutense - Madrid – 1979
- Entre el principio de utilidad y los derechos humanos - Revista de la facultad de derecho de la Universidad complutense – Madrid - N.º 58
- El nuevo desafío del positivismo jurídico – Sistema - N.º 36 – Madrid - 1980
- Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill - Anuario de derechos humanos - N.º 3 – Madrid - 1985
- Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad[6] - Isonomía - N.º 6 - México – 1997



LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA⁴

(Madrid, 19 de junio de 1889-Buenos Aires, 16 de noviembre de 1970)

Fue un jurista y político español que se desempeñó como vicepresidente del Congreso de los Diputados y representante de España ante la Sociedad de Naciones. Durante la dictadura franquista se exilió en Argentina.

Realizó la licenciatura y el doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid. Su tesis llevaba por título El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida.

Tras conseguir una beca de la Junta para Ampliación de Estudios, viajó a Suiza, Francia y Alemania. En este viaje conoció a Franz von Liszt.

Fue profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid. Por su protesta contra las vejaciones sufridas por Miguel de Unamuno por parte de la dictadura de Miguel Primo de Rivera, fue confinado en las islas Chafarinas en 1926. Renunció entonces a su cátedra en protesta por la intromisión de la dictadura en la universidad.

⁴ Con información de www.wikipedia.com

Terminada la guerra se exilió en Argentina, donde continuó su carrera docente en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad Nacional del Litoral, además de dirigir el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires hasta el golpe militar de 1966. Dirigió la Revista de Derecho Penal y Criminología hasta su fallecimiento. Su Tratado de Derecho Penal en siete tomos ha sido considerada una de las obras maestras de la materia. Mantuvo una estrecha relación con las organizaciones estudiantiles reformistas argentinas. Entre sus discípulos se destacaron Enrique Bacigalupo, antiguo miembro del Tribunal Supremo de España y Guillermo Estévez Boero, quien sería presidente de la Federación Universitaria Argentina (FUA) y luego diputado nacional por el Partido Socialista de la Argentina (PSA); y Manuel de Rivacoba, catedrático de Derecho Penal y ministro sin cartera en el gobierno en el exilio de la República Española.

En 1962 fue nombrado presidente de la República Española en el exilio, cargo que ocupó hasta su fallecimiento en Buenos Aires el 17 de noviembre de 1970.

Su gran legado se encuentra en las publicaciones que se mencionan a continuación:

- El Derecho penal del porvenir (1916)
- El estado de necesidad (1922)
- El Derecho Penal en la República del Perú (1926) Valladolid
- Un viaje al Brasil (1929) Madrid, Reus
- Al servicio del Derecho penal (1930) Madrid, Morata
- Al servicio de la Nueva Generación (1930) Madrid, Morata
- La teoría jurídica del delito (1931)
- Defensa de una Rebelión, Informe ante el Consejo Supremo del Ejército y Marina como Mandatario de D. Santiago Casares Quiroga (1931) Madrid, Morata
- Psicoanálisis criminal (1940) Buenos Aires, Losada.
- El criminalista (1941-1949, 8 vols)
- La Constitución política de la democracia española (1942)

- La ley y el delito (1945)
- La Constitución de la democracia española y el problema regional (1946)
- Tratado de Derecho penal (1949-1963).
- Lombroso (1960)
- Libertad de amar (Ensayo sobre eutanasia y eugenesia- 1946)
- Derecho Penal Soviético - 1947
- La Sentencia Indeterminada - 1947



CONCEPCIÓN ARENAL PONTE⁵

(Ferrol, 31 de enero de 1820-Vigo, 4 de febrero de 1893)

Fue una experta en Derecho, pensadora, periodista, poeta y autora dramática española encuadrada en el realismo literario y pionera en el feminismo español. Además, ha sido considerada la precursora del Trabajo Social en España. Perteneció a la Sociedad de San Vicente de Paul, colaborando activamente desde 1859. Defendió a través de sus publicaciones la labor llevada a cabo por las comunidades religiosas en España. Colaboró en el Boletín de la Institución Libre de Enseñanza. A lo largo de su vida y obra denunció la situación de las cárceles de hombres y mujeres, la miseria en las casas de salud o la mendicidad y la condición de la mujer en el siglo XIX, en la línea de las sufragistas femeninas decimonónicas, y las precursoras del feminismo.

Desde joven había declarado su deseo de ser abogada. A los veintidós años de edad, para poder ingresar como oyente en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid tuvo que disfrazarse de hombre, se cortó el pelo, vistió levita, capa y sombrero de copa. Al descubrirse su verdadera identidad intervino el rector. Tras un examen satisfactorio fue autorizada a asistir a las clases,

⁵ Con información de www.wikipedia.com

cosa que hará desde 1842 a 1845.

Vestida también de hombre, Concepción, de ideas liberales y progresistas participó en tertulias políticas y literarias, y colaboró en el periódico *La Iberia*.

Concepción Arenal es una de las pioneras del feminismo en España. Su primera obra sobre los derechos de la mujer es *La mujer del porvenir* (1869) en la que critica las teorías que defendían la inferioridad de las mujeres basada en razones biológicas. Su posición es la de defender el acceso de las mujeres a todos los niveles educativos aunque no en todos los oficios ya que considera que no están capacitadas para ejercer la autoridad.

Concepción Arenal, una pensadora del catolicismo social, como muestra en *La Voz de la caridad*, y como tal la reivindica el jesuita J. Alarcón en la revista *Razón y Fe*, 1900-1902, al ser el ideal de un feminismo aceptable, por ser «genuinamente español e íntegramente católico». Concepción Arenal, autora poco leída y citada de forma descontextualizada, fue, para la mayoría de los católicos de su época, una heterodoxa.

Con la creación de la Acción Católica de la Mujer, la visión católica y conservadora del papel de la mujer propugnada por el Movimiento católico realizará una constante labor de hostigamiento al feminismo católico y reformista arenaliano, que a principios del siglo xx representa la Asociación Nacional de Mujeres Españolas.

Concepción Arenal actuó como intermediaria de María Victoria dal Pozzo, esposa de Amadeo de Saboya, que desde el exilio siguió mandando donativos para españoles necesitados.

Escribió varios artículos y libros de diferentes cortes entre los que se encuentran:

- Manual del visitador del pobre, Madrid, 1863.
- Cartas a los delincuentes, La Coruña, 1865.
- El reo, el pueblo y el verdugo, o la ejecución pública de la pena de muerte, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Estrada, Díaz y López, 1867.

- Examen de las bases aprobadas por las Cortes, para la reforma de las prisiones, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1869.
- La mujer del porvenir. Artículos sobre las conferencias dominicales para la educación de la mujer, celebradas en el Paraninfo de la Universidad de Madrid, Sevilla-Madrid, Eduardo Perié-Félix Perié, 1869.
- Estudios penitenciarios, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877.
- La cárcel llamada Modelo, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877.
- Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación, Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, 1877.
- «La récidive en Espagne.» Bulletin de la Société Générale des Prisons, 6 (junio de 1878), pp. 575-586.
- Ensayo sobre el derecho de gentes, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1879.
- Cuadros de la guerra, Ávila, Imprenta de la Propaganda Literaria, 1880.
- La cuestión social. Cartas a un obrero y a un señor, Ávila, Imprenta de la Propaganda Literaria, 1880.
- La instrucción del pueblo, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Tip. Guttenberg), 1881.
- Lettre à M. Le Directeur General de L'Administration Pénitentiaire D'Espagne, Bulletin de la Société Générale des Prisons, 4 (abril de 1883), pp. 468-475.
- «Clinique criminelle.» Bulletin de la Société Générale des Prisons, n.º 7 (noviembre de 1886), pp. 857-866.
- «Psychologie comparée du délinquant.» Bulletin de la Société Générale des Prisons, 5 (mayo de 1886), pp. 647-655.
- «La educación de la mujer.» Boletín de la Institución Libre de Enseñanza, T. XVI (1892), pp. 305-312.
- «El delito colectivo.» Madrid, La España Moderna, 1892.
- Manuel du visiteur du prisonnier, París, Au Secrétariat de l'Oeuvre des Libérés de Saint-Lazare, 1893.
- «El visitador del preso.» Madrid, La España Moderna, 1894.
- «Estado actual de la mujer en España.» Boletín de la Institución Libre de Enseñanza, T. XIX (1895), pp. 239-252.

- Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1896.
- El pauperismo, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1897.
- La igualdad social y política y sus relaciones con la libertad, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1898.



EDITORIAL

El COVID-19 cimbró las bases de nuestra sociedad, muchas cosas cambiaron y no sabemos con precisión cuándo regresaran a lo que conocíamos como la normalidad; la forma en la que nos relacionamos unos con otros, la metodología para impartir clases y, por supuesto, la creación, discusión y difusión del conocimiento científico en todas las materias del saber humano. Sin embargo, el tiempo ha seguido corriendo y nosotros –la comunidad Universitaria- hemos continuado trabajando sin parar durante toda la pandemia.

Los desafíos que la realidad poscovid ha traído han sido numerosos, pero hoy más que nunca podemos sentirnos orgullosos de ambas; de pertenecer a la UNAM y de mantener en alto el prestigio de nuestra Universidad ante el panorama global.

Sabemos que estos son tiempos difíciles para todos y que la interacción humana se vio forzada a cambiar más de lo que hubiéramos pensado y deseado. El cambio es parte natural de la vida y es un componente esencial en el desarrollo de la ciencia jurídica y merece atención especial en el estudio de la cultura de cualquier sociedad. Por ello, siempre hemos mantenido la creencia en que la cooperación interinstitucional y la exogamia son herramientas de suma importancia para expandir los horizontes de nuestro conocimiento más allá de nuestra realidad nacional e individual. Por lo tanto, este número de la Revista cuenta con los artículos de doctores y especialistas en diversas materias del conocimiento que nutren con su sapiencia el contenido del ejemplar que el lector tiene frente a sí.

Sin más preámbulo, prosigo a presentar los artículos que integran este número de la Revista:

nuestro primer artículo es el resultado de un magnífico trabajo conjunto de tres Doctores: el Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Enrique Cáceres Nieto, y el Doctor por la Universidad de León España, Javier Díez García, unieron sus co-

nocimientos del Derecho con el Doctor en Filosofía y Letras por la Universidad Complutense de Madrid, Emilio García García, para redactar “Neuroética y Neuroderechos”. En este artículo, los Doctores analizan la neuroética desde su doble dimensión, profundizan en el significado del neuroderecho y proponen cinco neuroderechos que deben incorporarse a Tratados Internacionales a fin de implementar la protección jurídica de los “neuroderechos humanos”.

El segundo artículo es autoría del Doctor Jaime Cárdenas García quien es Profesor del Posgrado de la Facultad de la UNAM e Investigador en el IIJ, es también Investigador Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT; en su artículo “La Convención Constitucional Chilena y el Constituyente Chileno” realiza un estudio histórico y jurídico del nuevo texto constitucional que será sometido a la aprobación final de los ciudadanos mediante un plebiscito durante el 2021 y el 2022, invitando a reflexionar sobre estas cuestiones pensando en la realidad mexicana.

Por otra parte, el Investigador de la Universidad de León en España, Ricardo Garzón Cárdenas es el autor del artículo “La jurisprudencia axiológica y el estado social de Derecho: sobre las bases de la jurisdicción constitucional en Colombia”. En su artículo analiza la Sentencia T-406 de junio de 1992, la cual es el inicio de la jurisdicción constitucional en Colombia, para posteriormente revisar las implicaciones que ciertos constructos teóricos, como la jurisprudencia de valores y la teoría de los principios de Alexy tienen sobre la jurisdicción y la interpretación constitucional.

Nuestro cuarto artículo es el producto de la colaboración de dos Doctoras en Derecho miembros del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Se intitula “El principio de proporcionalidad aplicado en los impuestos estatales y el impuesto sobre la renta” realizado por la Investigadora de la Universidad La Salle México y Profesora de Asignatura del Posgrado de Derecho, FES Acatlán, UNAM, Enriqueta Mansilla Rendón, y la Investigadora de la Universidad La Salle México, Carmen Lozano Arizmendi, quie-

nes estudian el principio de proporcionalidad aplicado en las tasas contributivas estatales para medir la progresividad de los impuestos establecidos en las entidades federativas, y la tarifa tributaria del Impuesto Sobre la Renta (ISR).

En este número, tengo el honor de presentar una colaboración de propia autoría dentro del área de la filosofía y la teoría del Derecho, me refiero al quinto artículo, el cual se intitula “La navaja de Ockham: el problema del reconocimiento de entes normativos en la filosofía del Derecho”. Dentro de este artículo analizo desde qué óptica debemos comprender el Derecho, es decir, desde las visiones teóricas que postulan la existencia de normas y otros estándares utilizando la navaja de Ockham como herramienta que permite entender al Derecho desde su simplicidad.

El sexto artículo contenido en este ejemplar de la Revista se intitula “Impacto de la agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible en la Unión Europea, España y México” y comparte su autoría entre dos Profesores Investigadores de instituciones distintas; de la UNAM, el Doctor Rodolfo Cancino Gómez y; de la Universidad de Castilla la Mancha, la Doctora Alma Patricia Domínguez Alonso. En este artículo los Doctores analizan el impacto de los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en los ámbitos correspondientes al medio ambiente, la lucha contra el cambio climático y otros temas relacionados. También estudian las principales medidas adoptadas en la Unión Europea, España y México para dar cumplimiento y aplicar la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Nuestro séptimo artículo viene de la mano de académicos de nuestra Universidad y Doctores en Derecho; Martha Laura Bolívar Meza y Rogelio Zacarías Rodríguez Garduño quienes en su artículo “Los regímenes extraordinarios derivados de la reforma constitucional energética de 2013: el caso de la electricidad” exponen el procedimiento legal y constitucional desde la década de los noventas mediante el que se reconfiguró el sector energético hacia

la privatización y, finalmente, analizan cómo estas modificaciones han impactado el sector energético y a la Comisión Federal de Electricidad (CFE).

Además presentamos una sección de estudios jurídicos, donde el Doctor Mario Téllez presenta una breve explicación acerca del cambio que ha sufrido la acción de quien se causa la muerte a sí mismo, a la luz de la historia del Derecho, así como a la discusión del tema en la actualidad y, finalmente, plantea la sustitución parcial de la expresión “suicidio” por el de “derecho a la muerte digna” como un nuevo derecho humano.

El último artículo de nuestra Revista titulado “Los derechos humanos en el campo médico: una postura jurídica” comparte autoría con dos destacadas Doctoras de Nuestra Universidad; La Doctora Carolina Campos Serrano y la Doctora Laura Páez Díaz de León. En su artículo realizan un estudio sobre la práctica médica correspondiente al internado médico y las especializaciones concluyendo que, previo a llegar a estas etapas, no se imparte una formación educativa sobre los derechos humanos y, por lo tanto, es urgente crear un modelo jurídico basado en derechos humanos y legalidad que armonice la educación médica con el derecho.

También tenemos el honor de presentarles dos entrevistas, una realizada a la Doctora María Guadalupe Fernández Ruíz, Jefa de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, y la otra realizada al Coordinador General de Estudios de Posgrado, el Doctor Manuel Torres Labansat.

Ahora bien, después de presentar nuestro contenido, quiero reiterar la importancia de la difusión y discusión de ideas como parte esencial en el fortalecimiento y perfeccionamiento de la cultura jurídica contemporánea.

El objetivo que tenemos en la Revista es acercar a nuestros lectores a temáticas novedosas y problemáticas actuales de gran trascen-

dencia en el mundo del Derecho, toda vez que el perfeccionamiento de la Ciencia Jurídica solo es posible cuando se realiza de forma informada y respetuosa.

Hoy en día, bajo el contexto de pandemia en el que nos encontramos inmersos, la difusión de noticias falsas debe ser combatida a toda costa a fin de crear una sociedad resiliente e informada que actúe de forma congruente con las expectativas que el porvenir nos depara. Para este fin este número aborda cuestiones nacionales, internacionales, filosóficas, medioambientales, fiscales, de derechos humanos y políticas.

En conclusión, este número de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM le ofrece al lector información de suma importancia para comprender nuestra realidad.

Esto sólo ha sido posible gracias al trabajo de los autores, los evaluadores, los editores, los informáticos, los traductores y demás miembros del equipo de la Revista.

De parte del equipo de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM deseamos que este número sea interesante para nuestros lectores y que sus contenidos incentiven al debate y comprensión del mañana. El próximo año seguramente vendrá con desafíos nuevos que tendremos que enfrentar como sociedad. No caigamos en la desesperanza y caminemos erguidos hacia el futuro con espíritu universitario.

Abril Uscanga Barradas

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>

Directora de la Revista del Posgrado en Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México

ARTÍCULOS



NEUROÉTICA Y NEURODERECHOS

NEUROETHICS AND NEURORIGHTS

ENRIQUE CÁCERES NIETO¹; JAVIER DIEZ GARCÍA²; EMILIO GARCÍA GARCÍA³

RESUMEN: Las relaciones entre neurociencia y ética conforman un complejo campo de investigación interdisciplinario, denominado neuroética. Analizamos la neuroética en su doble dimensión: Ética de la neurociencia, que se ocupa de los problemas éticos, y sociales, asociados a la investigación y aplicaciones de la neurociencia; Neurociencia de la ética, que investiga los sistemas neurales, así como los procesos mentales que están a la base de la intuiciones, juicios y comportamientos morales. En forma análoga a la neuroética, el neuroderecho se ocupa de la regulación jurídica de la investigación y práctica neurocientífica; el papel de las neurociencias en el razonamiento probatorio; y el estudio de la actividad neurocognitiva de los operadores jurídicos. Desde la Ética de la neurociencia, proponemos cinco Neuroderechos, cuyo objetivo es impedir que los Derechos Humanos se vean afectados por la aplicación de avances neurocientíficos: Derecho a la preservación de la identidad personal, Derecho a la no interferencia en la libertad de decisión, Derecho a la privacidad de

¹ Investigador titular “C” de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Contacto: <encacer@hotmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-7196-7970>>.

² Doctor en Derecho. Profesor de Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: <javidiez468@gmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-9351-4072>>.

³ Doctor en Filosofía y Letras por la Universidad Complutense Madrid, España. Profesor honorífico de Psicología y Neurociencia en la UCM. Contacto: <emiliog@filos.ucm.es>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-7108-4086>>.

Fecha de recepción: 05 de abril de 2021; fecha de aprobación: 08 de junio de 2021.

datos neuronales, Derecho a la equidad en el mejoramiento de la capacidad cerebral, Derecho a la protección frente a los sesgos de los algoritmos. Asimismo, proponemos que dichos derechos sean positivizados mediante su incorporación a Tratados internacionales, como parte de una cuarta generación de Derechos Humanos y sean desarrollados a nivel legislativo. De esta manera se agrega al derecho de las neurociencias una nueva tarea: la de implementar la protección jurídica de lo que podríamos llamar “neuroderechos humanos”.

PALABRAS CLAVE: *Neurociencia, Neuroética, Ética de la Neurociencia, Neurociencia de la Ética, Neuroderechos, Neuroderecho.*

ABSTRACT: The relationships between neuroscience and ethics make up a complex interdisciplinary research field, called Neuroethics. We analyze neuroethics in its double dimension: Ethics of neuroscience, which deals with ethical, legal and social problems, associated with research and applications of neuroscience; Neuroscience of ethics, which investigates the neural systems and mental processes that ground the intuitions, judgments and moral behaviors. We propose five Neuro-rights to incorporate into Human Rights and international Treaties: Right to personal identity, Right to free will, Right to privacy, Right to equal access to brain augmentation advances, Right to protection against algorithmic biases.

KEY WORDS: *Neuroscience, Neuroethics, Ethics of Neuroscience, Neuroscience of Ethics, Neuro-rights*

SUMARIO: I. Introducción. Neurociencia y Neuroética; II. Ética de la Neurociencia; III. Neurociencia de la Ética; IV. Neuroderechos; V. Neuroderecho, neuroderechos y neuroderechos; VI. Conclusión; VII. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN. NEUROCIENCIA Y NEUROÉTICA

En las últimas tres décadas vivimos inmersos en la revolución científica de la neurociencia. Los conocimientos del sistema nervioso, y particularmente del cerebro, han logrado tales desarrollos que pueden ser comparables a los avances en la física, a principios del siglo XX, y la biología en la década de 1950. El cerebro humano ha sido el protagonista de todas las revoluciones, ha logrado todos los conocimientos y saberes, las matemáticas, ciencias naturales, ciencias sociales, humanidades, tecnologías, artes. Pero el cerebro, que tanto ha conocido y conoce, ha sido el gran desconocido. Ahora estamos avanzando en su estudio y comprensión. A diferencia de otras revoluciones científicas, que se han ocupado del mundo exterior, como física o cosmología, la neurociencia centra su interés en nosotros mismos, nuestra mente, nuestro cerebro, el órgano que hace posibles todas las demás revoluciones. La neurociencia nos proporciona una oportunidad nueva para comprender la mente y comportamiento, nuestra identidad, y no sólo observando la conducta desde el exterior, sino también gracias al estudio de la organización funcional del cerebro. Por primera vez en la historia, nuestra especie tiene la posibilidad de mirar hacia atrás y a sí misma, de entender sus orígenes y también conocer quién es el agente consciente y libre encargado de comprender.⁴

La nueva revolución que estamos viviendo está caracterizada por el prefijo “neuro”. Así, en el campo biomédico, neurobiología, neuroanatomía, neurología, neurofisiología, neuropsicología, neuropsiquiatría, neurofarmacología. En las ciencias sociales, neuroderecho, neuropolítica, neurocriminología, neuroeconomía, neurosociología, neuromarketing, neuropedagogía, neurodidáctica, neuroeducación, neurocultura. En la filosofía y las humanidades, neurofilosofía, neuroética, neuroepistemología, neuroestética, neu-

⁴ Changeux, J-P., *Sobre lo verdadero, lo bello y el bien*, Madrid, Katz Editores, 2010; Ramachandran, V., *Lo que el cerebro nos dice*, Barcelona, Paidós, 2012.

rorreligión, neurofenomenología, neurodeterminismo, neurorealismo, neuroesencialismo, neuroexistencialismo. Si el cerebro es la base de los procesos mentales y las actividades humanas, no es de extrañar que, en las diversas ciencias de la vida, de la sociedad y las humanidades, la perspectiva de la neurociencia sea omnipresente y surjan nuevos campos de estudio.⁵

Las relaciones entre la ética y la neurociencia han conformado un complejo campo de estudio, de carácter interdisciplinario, denominado “Neuroética”. La *Conferencia mundial sobre Neuroética*, patrocinada por la Fundación Dana, celebrada en San Francisco, en mayo de 2002, convocó a neurocientíficos, médicos, expertos en técnicas de neuroimagen, derecho y humanidades, responsables políticos y representantes de medios. En esta conferencia toma carta de naturaleza la neuroética entendida en su doble acepción, como la “ética de la neurociencia”, que se ocupa de los problemas éticos, sociales y legales, asociados al desarrollo de la investigación en neurociencia y sus aplicaciones. La otra acepción es la “neurociencia de la ética” que se propone investigar los sistemas neurales que están a la base de las intuiciones, juicios y comportamientos morales, y dar cuenta de la conciencia, autoconciencia, libertad, responsabilidad, mente social, emociones, empatía.⁶

La neurociencia de la ética se puede considerar como neuroética básica. Pretende comprender quienes somos, cómo pensamos y sentimos, qué nos motiva, por qué nos comportamos, por qué desarrollamos las estructuras sociales y culturales. La ética de la neurociencia es una neuroética aplicada. Plantea analizar las implicaciones, oportunidades y riesgos que conllevan las investigaciones en neurociencia, neuroimagen, neurofarmacología, mejoramiento

⁵ Mora, F., *Neurocultura*, Madrid, Alianza Editorial, 2007; Illes, J., “Neurologisms”, *American Journal of Bioethics-Neuroscience*, 2009; Cortina, A. (Ed), *Guía Comares de Neurofilosofía práctica*, Granada, Editorial Comares, 2012.

⁶ Marcus, S., *Neuroethics: Mapping the field*, New York, Dana Press, 2002; Roskies, A., “Neuroethics for the new millennium”, *Neuron*, 35, 21-23, 2002.

cerebral, etc. Uno de los problemas nuevos de la ética contemporánea, es el establecer una sinergia entre las disposiciones neurales para la empatía, altruismo, cooperación, y las normas y códigos morales; entre la neurociencia y la ética; entre la teoría evolucionista, el progreso histórico-cultural y desarrollo personal.⁷

El cerebro-mente del ser humano es resultado de un largo y complejo proceso evolutivo. En la perspectiva filogenética, a lo largo de millones de años, surgieron unas capacidades cognitivas, afectivas y sociales en nuestra especie. La capacidad de cuidar y empatizar, de sentir compasión, de cooperar, de atribuir estados mentales a los otros y reconocer las peculiaridades de los estados mentales propios, permite valorar las consecuencias de las acciones para el bienestar o malestar de nuestros semejantes. Esta capacidad mentalista posibilita el comportamiento social y moral. La moralidad se asienta en la sociabilidad, que es característica de la naturaleza humana, pero que es una conquista evolutiva de millones de años de evolución de las especies, particularmente de los mamíferos.⁸

Para la neurociencia los procesos mentales son propiedades funcionales del sistema nervioso, particularmente el cerebro, de seres vivos suficientemente complejos. En el ser humano la mente es propiedad emergente de la interacción entre genes, cerebro y cultura. Nuestra especie ha desarrollado unas capacidades cognitivas, emocionales, lingüísticas y sociales singulares, que le han permitido la comunicación e interacción social, la creación y transmisión de la cultura, la identidad y el desarrollo personal. La capacidad de empatía, cooperación y altruismo, la capacidad de atribuir men-

⁷ Illes, J., *Neuroethics*, Oxford, University Press, 2006; Levy, N., *Neuroethics*, New York, Cambridge University Press, 2007; Evers, K., *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Madrid, Katz Editores, 2010; García Ruiz, P. y Sánchez Barajas, M. (Coord.), *Naturalizar la filosofía práctica. La ética en diálogo con las neurociencias*, México, UNAM, 2019; Feito Grande, L., *Neuroética. Cómo hace juicios morales nuestro cerebro*, Madrid, Plaza y Valdés, 2019.

⁸ De Waal, F., *Bien natural. Los orígenes del bien y del mal en los humanos y otros animales*, Barcelona, Herder, 1997; De Waal, F., *La edad de la empatía*, Barcelona, Tusquets, 2015.

te a los demás, de interpretar y predecir la conducta de los otros, y colaborar para lograr objetivos compartidos (también engañar), posibilitan el desarrollo personal y la evolución sociocultural. Junto con la capacidad de empatizar y colaborar los humanos hemos conseguido, gracias al lenguaje compartido, generar relatos, imaginar otros mundos, adentrarnos en territorios inexplorados, lo que es básico para la vida en sociedad y desarrollo cultural. A su vez, las conquistas culturales, artefactos, símbolos, tradiciones, instituciones, normas y códigos morales moldean el cerebro a lo largo de toda la vida, conformando el conectoma propio de cada individuo, sus procesos mentales e identidad personal.⁹

Uno de los retos más difíciles y apasionantes que tiene la neurociencia en la actualidad es comprender y explicar la extrema complejidad del cerebro, identificar y mapear las redes neuronales que lo conforman, avanzar en el estudio desde las distintas perspectivas, desde el análisis de moléculas y neurotransmisores, a los circuitos, redes neuronales y conectoma global. El conectoma es el conjunto de conexiones entre las neuronas del sistema nervioso de un organismo. El estudio del conectoma del cerebro comprende desde el nivel más micro de análisis, que investiga las conexiones entre las neuronas en un área limitada del cerebro, hasta el estudio a nivel más macro, que comprende la organización del conjunto de las neuronas y sus conexiones entre todas las áreas corticales y subcorticales del cerebro, en el intento de obtener la red global de un cerebro dado.

A lo largo de nuestra vida, etapa fetal, infancia, adolescencia, madurez y vejez, la identidad cambia, porque el conectoma cambia y se modifica con el tiempo. Las neuronas, como la especie de árboles microscópicos que son, pueden tener nuevas ramas y perder

⁹ Tomasello, M., *Los orígenes culturales de la cognición humana*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007; García García, E., “Desarrollo de la mente: filogénesis, sociogénesis y ontogénesis”, en M. Maceiras y L. Méndez (Ed.), *Ciencia e investigación en la sociedad actual*. Salamanca: San Esteban Editorial, 95-128, 2010.

otras. Se pueden crear sinapsis y se pueden eliminar otras. Estos cambios en el conectoma humano están, hasta cierto punto, programados por los genes, pero también dependen del ambiente y las experiencias. La actividad neuronal continuamente está cambiando y modificando las conexiones para responder a las exigencias del medio y resolver los problemas de adaptación. En este sentido, las experiencias cambian nuestro conectoma, razón por la cual, cada conectoma es único, y es el resultado de la interacción entre naturaleza y crianza, entre genes y medio ambiente.¹⁰

Conectoma, Genoma y Epigenoma son estrechamente interdependientes. El conectoma cerebral se basa en la expresión de los genes y los procesos epigenéticos. Por ello, cada vez más se busca la integración de los descubrimientos de la neurogenética con la epigenética, y con los mapas y sistemas de redes que proporcionan las tecnologías de neuroimagen. La neurociencia ha avanzado en pocos años desde la investigación y conocimientos anatómicos y fisiológicos, al estudio de las sinapsis, circuitos, redes y sistemas cerebrales. Este desarrollo ha sido posible gracias a las técnicas de neuroimagen y a los avances en la capacidad computacional e inteligencia artificial, así como al análisis matemático de redes y teoría de grafos. El objetivo es comprender y explicar la enorme complejidad de la red global y subredes cerebrales, y conseguir una teoría cada vez más elaborada del funcionamiento cerebral. La red global integra múltiples subredes específicas, que continuamente están activas y cambiando. El estudio de la actividad espontánea y de la actividad asociada a estímulos externos o ejecución de tareas es objeto de investigación con tecnologías de neuroimagen, como resonancia magnética funcional, resonancia magnética de difusión, electroencefalograma y magnetoencefalograma, entre otras.¹¹

¹⁰ Seung, S., *Conectoma. ¿Cómo las conexiones neuronales determinan nuestra identidad?* Barcelona, RBA, 2012.

¹¹ Sporns, O., *Networks of the Brain*, Massachusetts, MIT Pres, 2016.

La red global del cerebro integra múltiples subredes específicas en diferentes áreas cerebrales. Hay áreas que presentan gran conectividad intra área, lo que se denomina conectividad intracortical, mientras que otras áreas están muy interconectadas entre sí en conectividad intercortical. Así, la conocida diferenciación anatómica propuesta por Korbinian Brodmann se complementa con los mapas de redes y especialización funcional en distintas áreas y núcleos del encéfalo. Además de las subredes en la corta distancia, también hay conexiones entre neuronas o grupos neuronales más distantes, permitiendo suponer que neuronas en una zona específica local están en contacto e intercambiando información con otras neuronas, o circuitos, más alejados y diferenciados. Lo que hace que las funciones cerebrales y procesos mentales sean el resultado de interacciones funcionales entre áreas muy distribuidas por todo el cerebro.

La teoría de grafos proporciona una metodología muy heurística para el estudio de la dinámica cerebral, al pretender no solamente establecer la conectividad entre regiones, sino también detectar la direccionalidad y secuencia temporal de sus interacciones. El grafo es un constructo teórico compuesto por nodos y conexiones. Los nodos, o *hubs*, corresponden a los circuitos neuronales, y las conexiones son la conectividad estructural propia de los tractos de axones o sustancia blanca y la conectividad funcional. La teoría de grafos destaca tres propiedades del funcionamiento de la red cerebral: centralidad, segregación e integración. La centralidad representa las conexiones inmediatas de un nodo determinado, así como su valor clave en la conexión con otros nodos. La segregación e integración hacen referencia a la formación de grupos dentro de las redes y permite visualizar cómo están agrupadas e interconectadas en subredes específicas. La red global cerebral está formada por todas las neuronas, sinapsis, circuitos, subredes y sistemas que interconectan las diferentes áreas y centros de sustancia gris del cerebro.¹²

¹² Sepulcre, J., *Redes cerebrales y plasticidad funcional*, Barcelona, Emse Edapp, 2018.

Una gran innovación del estudio está en proporcionar un algoritmo para delinear áreas corticales a escala individual, que es una tarea más compleja que lograr un mapa medio del cerebro. Este planteamiento proporcionará conocimiento importante para determinar biomarcadores de disfunción y trastorno cerebral, y al mismo tiempo un valor predictivo de las diferencias individuales en la conducta normal y patológica, y en las disfunciones y trastornos mentales. Tendremos una neurociencia cada vez más orientada al individuo, más personalizada. Si la neuroplasticidad, las neuronas y sus múltiples conexiones y redes neuronales, el conectoma, hacen posible los aprendizajes y memorias, podemos decir que somos nuestro conectoma. Al igual que todos tenemos un genoma específico y diferencial, también disponemos de un conectoma, una conformación neural única y propia.¹³

La complejidad del cerebro es impresionante, con estimaciones de cien mil millones de neuronas, una media de 10.000 conexiones por neurona, y mil billones de conexiones. La estimación de la longitud de los axones llegaría a 150.000 km. El primer conectoma disponible es de un gusano que tiene 300 neuronas y 7.000 conexiones. Para lograrlo S. Brenner y su equipo necesitó diez años de trabajo. Brenner obtuvo el premio Nobel en 2002. Avances en tecnologías y modelos de investigación están reduciendo extraordinariamente los plazos y costes en el estudio del conectoma de otras especies.

Las investigaciones en neurociencia se realizan con tecnologías muy complejas y sofisticadas según los diferentes niveles de análisis, desde el nivel más micro y molecular, al macro de las redes y sistemas neuronales de todo el cerebro. En la actualidad hay ambiciosos proyectos en marcha: Proyecto Conectoma Humano y Proyecto BRAIN, ambos en EEUU, y Proyecto Cerebro Humano, en Europa. El objetivo común es conocer más sobre la estructura y organización funcional del cerebro, cartografiar o mapear el cere-

¹³ Seung, *op. cit.*

bro y lograr la descripción más completa posible de su estructura y funcionamiento a los distintos niveles señalados. En otros países, particularmente China, Japón, Australia Canadá se desarrollan macroproyectos similares.

El Proyecto Conectoma, aprobado y financiado por varias instituciones y organismos de EEUU, está patrocinado por los Institutos Nacionales de la Salud de los Estados Unidos y se propone identificar y mapear las conexiones y redes neuronales del cerebro. El nombre conectoma, identificación y mapeado de conexiones, evoca el genoma, referido a los genes, o el proteoma referido a las proteínas. El proyecto es muy ambicioso y necesita avances en las tecnologías para su realización, lo que ya se están logrando, en parte. En el Proyecto Conectoma participan equipos de investigación de numerosas universidades y países, Universidad de Washington, Minnesota, Oxford, Londres, entre otras, con el objetivo de cartografiar la totalidad de conexiones nerviosas en el cerebro, y también la relación entre genes, conectoma, procesos mentales y comportamiento. Las tecnologías de investigación más utilizadas hasta el momento son la resonancia magnética funcional, la resonancia magnética de tensor de difusión y la magnetoencefalografía.¹⁴

Diversas investigaciones han confirmado que cada persona dispone de un perfil de conexiones característico, y que estos neuroperfiles personales pueden revelar información sobre las capacidades mentales, el funcionamiento normal o alterado. En un estudio realizado por varios autores, de distintas universidades y países, publicado en la prestigiosa revista *Nature*, se definen distintas regiones en la corteza cerebral, utilizando una combinación de técnicas que hasta el momento solo se habían empleado por separado, como la resonancia magnética funcional basada en tareas, la resonancia magnética funcional en estado de reposo, y la resonancia magné-

¹⁴ Instituto de Informática y Neuroimagen de la USC Mark y Mary Stevens, *El proyecto del conectoma*, University of Southern California. Disponible en: www.humanconnectomeproject.org

tica por tensor de difusión. El resultado ha dado una cartografía cerebral que identifica 180 áreas en cada hemisferio, lo que proporciona, por tanto, un atlas del cerebro humano con 360 zonas. Estas regiones podrían subdividirse además en unidades menores. La aparición de nuevas tecnologías con mayor sensibilidad proporcionará información de nuevas áreas.¹⁵ (Glasser et al. 2016).

El Proyecto Cerebro Humano se pone en marcha en 2013 y se planteó, en principio, para una década. Es un proyecto médico-científico y tecnológico financiado por la Unión Europea, que tiene como fin reproducir tecnológicamente las características del cerebro humano, y de esta forma conseguir avances en el campo de la medicina, la neurociencia, la inteligencia artificial y la robótica. Es un proyecto neurocientífico muy ambicioso, con subproyectos muy complejos, con más de 150 centros de investigación de la Unión Europea, y con presupuesto multimillonario, que se va incrementando cada año. Su objetivo es desarrollar tecnologías y métodos que posibiliten comprensión y explicación del funcionamiento cerebral. Para que este proyecto pueda desarrollarse es necesaria la investigación en nuevas tecnologías de supercomputación, que permitan utilizar la información en modelos informáticos y simulaciones del cerebro para identificar patrones y principios organizativos, de modo que se puedan integrar los resultados de miles de investigaciones con diversas tecnologías y distintos niveles de análisis, desde el molecular a los sistemas cerebrales.¹⁶

Se ha iniciado con seis plataformas de investigación: neuroinformática, simulación del cerebro, computación de altas prestaciones, informática para la medicina, computación neuromórfica y neurorobótica. La misión de la plataforma neuroinformática consiste en procesar la máxima cantidad de información e integrarla en una cartografía que comprenda distintos niveles del funcionamiento del

¹⁵ Glasser, M. *et al.*, “A multi-modal parcellation of human cerebral cortex”, *Nature*, 536, 171-78, 2016. DOI: [10.1038/nature18933](https://doi.org/10.1038/nature18933).

¹⁶ *Proyecto Cerebro Humano*. Disponible en: <https://www.humanbrainproject.eu/en/>.

cerebro humano: el genoma, la célula, las redes neuronales, áreas cerebrales y el cerebro entero. La información permitirá desarrollar la plataforma de simulación del cerebro. La plataforma médico-informática se encarga de desarrollar metodologías para el diagnóstico de enfermedades neurológicas, de forma rápida y personalizada. Esta plataforma trabajará con datos de miles de pacientes, en colaboración con hospitales y empresas farmacéuticas. La plataforma de computación se plantea lograr nuevas tecnologías inspiradas en el funcionamiento cerebral, por ejemplo, desarrollar chips que imiten redes neuronales. La plataforma neurorrobótica centrará sus trabajos en integrar la simulación de redes neuronales en robots con gran capacidad y flexibilidad de aprendizaje y memoria.

El proyecto europeo quiere aprovechar todos los datos para crear simulación del cerebro y robots de alto rendimiento. Los proyectos americanos y el proyecto europeo no tratan de competir para alcanzar la luna como sucedió en tiempos pasados, entre Estados Unidos y la Unión Soviética, por eso cabe esperar intercambio de información y colaboración entre investigadores. El problema a corto plazo está en la limitación de proceso y cálculo de los ordenadores, que no tienen capacidad para procesar la enorme cantidad de datos que los proyectos proporcionan. Una de los superordenadores más potentes está en Japón, y es capaz de simular la actividad de mil ochocientos millones de neuronas conectadas a través de diez mil millones de sinapsis. Piénsese en lo lejos que está de los cien mil millones de neuronas y mil billones de conexiones del cerebro humano. Se espera que en la próxima década estén disponibles superordenadores mucho más potentes.

El proyecto *BRAIN* (*Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies*) fue propuesto por el entonces presidente de EE UU, B. Obama, en 2013, con presupuesto multimillonario y para una década. Es una iniciativa catalogada como el equivalente del Proyecto del Genoma Humano. En este proyecto ha desempeñado un papel clave el español, investigador en la universidad de Columbia, Ra-

fael Yuste.¹⁷ Se propone descifrar la estructura cerebral para entender sus funciones y procesos mentales: la percepción, la atención, el aprendizaje, la memoria, el lenguaje, el pensamiento, las emociones. El proyecto europeo y el norteamericano tienen objetivos parcialmente diferentes, pero ambos constituyen apuestas muy ambiciosas, y dotadas de sobresalientes recursos institucionales, económicos y personales. La apuesta para resolver el problema fundamental de la neurociencia está en cómo se organizan y funcionan miles de millones de neuronas y billones de conexiones, hasta formar redes neuronales y sistemas cerebrales que posibilitan los procesos mentales. Para acercarse a estos objetivos se requieren instrumentos de alta tecnología y ámbitos diversos como la genética, la óptica, la nanotecnología, la biología molecular¹⁸.

Se están logrando avances tecnológicos muy importantes, como la posibilidad de estimular, mediante luz, neuronas específicas, incluso en las profundidades de los cerebros de animales. Los métodos optogenéticos combinan avances genéticos y ópticos, y se basan en la inserción en las neuronas de genes exógenos que codifican proteínas sensibles a la luz. La investigación se realiza en animales, como gusanos y ratones. Por ejemplo, en una investigación con la optogenética, para estudiar la amnesia, se utilizaron dos grupos de ratones, uno sano y otro genéticamente modificado, incapaz de recordar. Colocados en una caja donde recibían descargas eléctricas, los ratones sanos aprendían por condicionamiento operante a evitar esas descargas, pero los transgénicos olvidaban lo experimentado y no podían recordar. Se activó mediante optogenética las neuronas del hipocampo de los ratones amnésicos, y consiguieron superar la amnesia. También se investiga, en ratones, las funciones de la amígdala en la memoria de experiencias de miedo, y en las reacciones ante estímulos peligrosos y nocivos.

¹⁷ Se pueden consultar en la RED interesantes publicaciones y videos de Rafael Yuste.

¹⁸ La Iniciativa BRAIN. Disponible en: www.braininitiative.org/.

La investigación optogenética está todavía en una fase experimental con animales, y necesitará más investigación y ensayos clínicos hasta que sea aplicable en humanos. Las posibilidades de la optogenética para la potenciación, recuperación de las capacidades y terapias son muy prometedoras pues, simplemente con luz y sin aplicar corrientes eléctricas, se conseguirían resultados positivos en el tratamiento de determinados trastornos, como fobias, trastornos obsesivo-compulsivos, estrés postraumático.

Otras técnicas para investigar e intervenir en las funciones cerebrales y procesos mentales son la estimulación magnética transcraneal y la estimulación cerebral profunda. La primera es una técnica no invasiva que estimula mediante campos magnéticos las redes neuronales de determinadas áreas cerebrales. Se han realizado estudios sobre memoria, déficit de atención e hiperactividad, funciones ejecutivas y se plantea si los resultados de mejoras podrían ser aplicables a personas normales. La estimulación cerebral profunda es una técnica muy invasiva, pues consiste en introducir electrodos en el interior del cerebro, conectados a una batería o neuroestimulador, para activar determinadas redes neuronales responsables de procesos mentales alterados. Se están realizando estudios e intervención con personas afectadas de patologías diversas, como Parkinson, depresión, psicosis, trastorno bipolar.¹⁹

II. ÉTICA DE LA NEUROCIENCIA

En la Conferencia mundial sobre neuroética, de San Francisco, se caracterizó la ética de la neurociencia como el estudio de las cuestiones éticas, legales y sociales que surgen cuando los descubrimientos

¹⁹ Zorzo, C., Banqueri, M., Higarza, S., Pernia, A., Arias, J., “Estado actual de la estimulación magnética transcraneal y sus aplicaciones en psiquiatría” *Actas Españolas de Psiquiatría*, 47 (3), 110-121, 2019; Vazquez-Bourgon, J., Martino, J., Sierra, M., et al, “La estimulación cerebral profunda en el trastorno obsesivo-compulsivo. Una revisión sistemática” *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 12, pp. 37-51, 2019. DOI: [org/10.1016/j.rpsm.2017.05.005](https://doi.org/10.1016/j.rpsm.2017.05.005).

científicos acerca del cerebro se llevan a la práctica médica, las interpretaciones legales y las políticas sanitarias y sociales. Con otras palabras, trata de examinar lo correcto o incorrecto, bueno y malo, en el tratamiento del cerebro humano, en su perfeccionamiento, o en la indeseable invasión en el cerebro, o en su preocupante manipulación. Comprende dos subcampos: las cuestiones éticas relativas al diseño y realización de las investigaciones neurocientíficas; y la evaluación de las consecuencias éticas, legales y sociales derivadas de los estudios y sus aplicaciones prácticas. Se trata de una neuroética aplicada, estrechamente relacionada con las cuestiones éticas de la práctica biomédica, como la investigación y diseño de estudios clínicos, la privacidad de determinados resultados, el consentimiento informado del paciente para participar en la investigación. En la publicación de los trabajos de la conferencia se identificaron cinco campos temáticos: el problema de la autoconciencia e identidad personal; las implicaciones sociales y legales; la investigación y aplicaciones en áreas como farmacología y clínica; la recepción pública de estas cuestiones; y el futuro de la nueva disciplina.

Generalmente se entiende que en ética importa especialmente establecer lo que no se debe hacer, y en este caso fijando los límites de la investigación neurocientífica y de las aplicaciones que se sigan. Pero es cuestión ética más interesante plantear los beneficios que se pueden derivar de la investigación en neurociencia, porque es una obligación moral beneficiar a la humanidad. El llamado “principio de beneficencia” impulsa gran cantidad de investigaciones y aplicaciones. No obstante, también es necesario poner límites cuando se presume que pueda darse algún daño, y por ello el “principio de no maleficencia” sigue muy vigente.²⁰

La ética de la neurociencia se plantea cuestiones críticas. Dado el avance imparable de tecnologías para la mejora del cerebro, se debe establecer lo que se puede hacer y lo que no. Se plantea si se debe

²⁰ Cortina, A., *Neuroética y Neuropolítica, sugerencias para la educación moral*, Madrid, Tecnos, 2011; Cortina, A. (Ed), *Guía Comares de Neurofilosofía...*, cit.

desarrollar fármacos para mejorar la memoria, la atención, o para evitar recuerdos dolorosos; si es aceptable implantar microchips en el cerebro para optimizar el rendimiento académico; si es aceptable la aplicación de técnicas de neuroimagen a sospechosos de participar en determinados actos criminales; si la técnicas de neuroimagen pueden atentar contra el derecho a la intimidad; si puede participar en un ensayo clínico una persona con lesiones cerebrales que le impiden dar el consentimiento informado; si pueden admitir los tribunales pruebas obtenidas con neuroimagen para inculpar o exculpar a los acusados; si es legítimo servirse de las técnicas de neuroimagen en los servicios de seguridad nacional, hospitales, empresas.²¹

Una cuestión de gran actualidad y relevancia hace referencia a lo que Gazzaniga denomina neuroética de la duración de la vida, y le dedica la primera parte del libro *El cerebro ético*, planteando el problema de la atribución de estatus moral a un embrión, y la problemática del envejecimiento cerebral. Uno de los problemas más debatidos en nuestro tiempo es cuándo debemos considerar que un embrión o un feto es ya un ser humano, y si es adecuado atribuir el mismo estatus moral a un blastocito, embrión, feto o recién nacido. Las implicaciones de las respuestas a estas cuestiones son de gran alcance, por ejemplo, en la cuestión del aborto, la fecundación in vitro, la clonación biomédica y la investigación con células madre.

El envejecimiento suscita también muchos asuntos espinosos. Uno de ellos es la preocupación por la investigación sobre el envejecimiento y la prolongación de la vida, concebida como una búsqueda de la inmortalidad y objetivo principal de la investigación. Puede que el miedo al envejecimiento sea una reacción natural, una manifestación del miedo a la mortalidad, pero la neurociencia sugiere otra perspectiva. En lo que respecta al cerebro, no echamos de menos lo que no tenemos. Quienes sufren demencia senil

²¹ Bonete, E., *Neuroética práctica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2010; Savulescu, J., *Decisiones peligrosas. Una ética desafiante*, Madrid, Tecnos, 2012.

son en gran medida inconscientes de la pérdida de memoria. Aunque los pacientes no pasan por alto las primeras fases del deterioro de la memoria, tal conciencia desaparece a medida que avanza la enfermedad, hasta la pérdida de la cognición. Las personas de su entorno sufren más, porque perciben la pérdida de aquel ser que conocieron en otro estado. Lo cierto es que el miedo que produce la observación de lo que sucede a los pacientes de demencia senil inspira el miedo al envejecimiento. Cuando es uno mismo el que vive ese proceso, el cerebro acusa los efectos y elimina la conciencia de muchas de las humillaciones, si bien no de todas. La demencia senil puede ser la consecuencia de que el cerebro vive durante un periodo de tiempo más largo que aquel para el que está diseñado.²²

Otra problemática de la ética de la neurociencia es la relacionada con el perfeccionamiento cerebral, por vía genética, entrenamiento cerebral o psicofármacos. A estas cuestiones dedica M. Gazzaniga la segunda parte de su libro. El perfeccionamiento del cerebro por vía genética plantea inquietantes interrogantes. La técnica de fecundación in vitro permite la selección de sexo y otros rasgos del hijo. Los padres pueden elegir uno u otro tipo de embrión, con la expectativa de que nazca el niño de sus sueños. ¿Se debe permitir que los padres diseñen a sus hijos a través de la ingeniería genética? La pregunta tiene otras implicaciones, como si es científicamente posible identificar y seleccionar los múltiples genes de la inteligencia; si los genes son el factor determinante de la personalidad; si debemos dejar que en todo caso la naturaleza siga su curso o si debemos intervenir en determinados supuestos.

El entrenamiento y perfeccionamiento de las destrezas corporales o de las capacidades mentales se puede lograr a través del esfuerzo y la práctica, con o sin métodos artificiales de potenciación cerebral. Cuando se logra determinado objetivo a través del esfuerzo y la práctica, encomiamos el éxito personal. Pero cuando se recu-

²² Gazzaniga, M., *El cerebro ético*, Barcelona, Paidós, 2006.

re a las intervenciones farmacológicas, nos resistimos a aceptarlo. Además, los sistemas de perfeccionamiento de las destrezas corporales presentan ciertas características diferenciales con respecto a las capacidades mentales. Parece admisible el tratamiento de las limitaciones de memoria e inteligencia, incluso la potenciación de la memoria normal. Pero cuestionamos las intervenciones mediante fármacos para lograr capacidades físicas superiores, como demuestran los controles antidopaje en las competiciones.

El perfeccionamiento del cerebro con la ayuda de fármacos plantea serios problemas. Muchos fármacos inteligentes se encuentran en fase de ensayos clínicos y próximos a su comercialización. Algunos fármacos, que ya están disponibles para los pacientes con déficits cognitivos, pueden incrementar también la inteligencia de la población sana. Pero ningún fármaco carece de efectos secundarios. La neurociencia no ha avanzado lo suficiente para actuar sólo sobre un concreto problema, y toda sustancia tiene sus costes y desventajas. El uso de fármacos u otras tecnologías neurocientíficas conlleva preocupación por la seguridad y las consecuencias no deseadas. Además, existe preocupación por los impactos sociales que la mejora cerebral pudiera generar, afectando a nuestra forma de vivir, los valores y pautas de comportamiento, por ejemplo, nuevas formas de discriminación en el campo académico o profesional.

Los avances en la comprensión de la organización funcional del cerebro, los conocimientos sobre genética y neuroquímica están posibilitando valiosos estudios experimentales y ensayos clínicos con nuevos fármacos. Se conocen varios sistemas de potenciación cognitiva o fármacos inteligentes (nootropos). Cada vez que un estudio muestra que un determinado agente químico puede producir un incremento de memoria en una población animal, sea la mosca o la rata, pueden suceder dos cosas: si el fármaco no está en el mercado, aparece una empresa farmacéutica que crea un nuevo producto, explotando el hallazgo; si el fármaco ya existe para tratar una enfermedad conocida, como el Alzheimer o déficit de atención, aumenta

repentinamente su uso en lo que no estaba prescrito. E. Kandel recibió el Premio Nobel por su investigación sobre el aprendizaje y memoria en el caracol marino, la *aplysia*, Averiguó que el aprendizaje depende de los transmisores en las sinapsis y la activación de determinada proteína, la CREB. Se demostró que esta proteína era crítica para la formación de la memoria en otros animales, como mosca y ratones. Surgió, en 1998, la empresa de Kandel, *Memory Pharmaceuticals*, con el objetivo de producción de fármacos para incrementar la CREB en la memoria humana, facilitando la memoria a largo plazo.²³

El mundo de las drogas está experimentando alarmantes cambios. El Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanías ha alertado de la profusión de sustancias sintéticas, producidas a gran escala en varios países, como China e India, que se distribuyen por todo el mundo, y especialmente Europa, a través de Internet. Cada semana aparece, al menos, una nueva en un país europeo. Mediante pequeñas alteraciones en sustancias ya conocidas y prohibidas, los traficantes mantienen sus propiedades estupefacientes, pero al tratarse de molécula nuevas, el producto aún no está registrado en la lista de psicoactivos prohibidos, y pasa los controles con gran facilidad. Los recursos y laboratorios encargados de la detección y análisis de las sustancias van siempre por detrás de los fabricantes, y estos tienen un tiempo que aprovechan para la comercialización de lo que será prohibido posteriormente, en el mejor de los casos.

Un campo de la ética de la neurociencia, especialmente sensible en la actualidad, hace referencia al derecho a la intimidad y privacidad de resultados de investigaciones con técnicas de neuroimagen. El requisito de consentimiento informado por parte del paciente para determinadas investigaciones o intervenciones se vuelve muy problemático en patologías mentales graves. Por otra parte, cabe la posibilidad de encontrar en el curso de los estudios, patologías

²³ Kandel, E., *En busca de la memoria*, Buenos Aires, Katz, 2007.

cerebrales inesperadas en las que se cuestione la conveniencia de su información. La repercusión de ciertas informaciones sobre el estado cerebral-mental de las personas en manos de empleadores, abogados, tribunales, compañías de seguros, podría ser una amenaza a los derechos de la persona.

III. NEUROCIENCIA DE LA ÉTICA

Una segunda aproximación a la Neuroética es la Neurociencia de la Ética. La investigación sobre las bases neurales del juicio y comportamiento moral se desarrolla en dos marcos teóricos-experimentales: uno, la neuropsicología, especialmente clínica, que estudia los trastornos mentales y de conducta, como consecuencia de lesiones cerebrales; y otro, las tecnologías de neuroimagen, que registran la activación neuronal, los cambios eléctricos y químicos en determinadas áreas cerebrales cuando realizamos procesos mentales. La autoconciencia, libertad, responsabilidad, culpabilidad, empatía son procesos mentales complejos que están estrechamente relacionados con las denominadas funciones ejecutivas, entendidas como las capacidades mentales que son necesarias para vivir una vida personal, con autonomía intelectual y moral, capaz de plantearse metas y procurar llevarlas a cabo, de tener un comportamiento social adecuado y responsable. Las funciones ejecutivas dirigen las acciones, gestionando todos los recursos mentales, los procesos cognitivos y afectivos, para resolver problemas de vivir en comunidad y lograr una vida más feliz. De ahí que se haya caracterizado las funciones ejecutivas como sede de la moralidad y el cortex prefrontal como órgano de la civilización.²⁴

²⁴ Goldberg, E., *El cerebro ejecutivo*, Barcelona: Crítica, 2002; Goldberg, E., *La paradoja de la sabiduría*, Barcelona, Crítica, 2009; Gazzaniga, M., *Qué nos hace humanos*, Barcelona, Paidós, 2010; García García, E., “Neuropsicología del comportamiento moral”, en J. de la Torre (ed.), *Neurociencia, neuroética y bioética*, Madrid, Universidad Comillas, 43-75, 2014.

Luria caracterizó como funciones cognitivas de alto nivel, o funciones corticales superiores, a la atención sostenida, capacidad de iniciativa, formulación de metas, plan de acción y autocontrol de la conducta. Examinó los trastornos de estas funciones como consecuencia de patologías frontales y dedicó especial atención a programas de rehabilitación. Los pacientes con afectación frontal presentan problemas en el establecimiento de objetivos y diseño de planes de acción, así como déficit en capacidad de iniciativa, motivación y compromiso con la acción. Son numerosos los estudios sobre los procesos cognitivos y emocionales relacionados con el lóbulo frontal, como la capacidad de planificar, modular e inhibir la actividad, monitorizar y supervisar las tareas, la flexibilidad cognitiva, el control atencional, la memoria de trabajo, la organización temporal de la conducta, la autoconciencia personal, la interacción social y el juicio moral.²⁵

La teoría de Fuster sobre el córtex frontal pone especial énfasis en la estructuración temporal de la conducta, que implica tres funciones básicas: la función retrospectiva de memoria, la prospectiva de planificación de la conducta, y la función de control e inhibición de las influencias, tanto internas como externas, que pueden interferir en las acciones. Fuster habla de las memorias ejecutivas como los planes de acción y estrategias para la solución de problemas que se elaboran en estas áreas prefrontales y allí quedan registradas. Los recuerdos ejecutivos están listos para ser utilizados en ocasiones similares de la vida, pero especialmente se activan con flexibilidad y creatividad para afrontar nuevos y más complejos problemas. El córtex prefrontal posibilita nuevos enfoques analíticos, representaciones de pensamiento, esquemas y patrones de acción ante los problemas, y más aún plantea nuevos problemas, nuevas propuestas y proyectos, valorando las posibles consecuencias. Según Fuster, la li-

²⁵ Luria, A., *El cerebro humano y los procesos psíquicos*, Barcelona, Fontanella, 1979; Luria, A., *Las funciones corticales superiores del hombre*, Barcelona, Fontanella, 1983.

bertad para escoger entre alternativas o libre albedrío es función de la corteza prefrontal, en su interacción con el medio sociocultural.²⁶

Goldberg señala como funciones principales del córtex prefrontal el reconocimiento de patrones, el conocimiento preceptivo, las alternativas ejecutivas y la valoración de las mismas. La capacidad para establecer relaciones temporales y causales es requisito para la comprensión de conceptos éticos y razonamiento moral. La capacidad para concebir consecuencias de actuaciones alternativas, así como de lamentarse o arrepentirse de actuaciones equivocadas es lo que se denomina *argumento contrafáctico*, y es importante en la toma de decisiones en cualquier ámbito y particularmente resulta crítico en la esfera moral.²⁷

La teoría del marcador somático de Damasio destaca la importancia del cortex prefrontal y el cerebro emocional para la adecuada toma de decisiones. Las funciones ejecutivas hacen referencia a un conjunto de sistemas implicados en la optimización de los procesos cognitivos y emocionales a fin de resolver problemas adecuadamente en situaciones complejas. Damasio ha estudiado pacientes con lesiones prefrontales, en los que constata profundas alteraciones de personalidad, y particularmente de juicio y comportamiento moral.²⁸

Para Ramachandran, uno de los atributos del yo es la sensación de “estar al mando” de nuestras acciones, y de creer que habríamos podido actuar de otro modo, si así lo hubiéramos decidido. Esto quizá pueda parecer una cuestión filosófica abstracta, pero desempeña un papel muy importante en la identidad personal, en el mundo social y en la justicia penal. Podemos considerar a alguien

²⁶ Fuster, J., *The Prefrontal Cortex*, New York, Raven Pres, 1997; Fuster, J., *Cortex and Mind: Unifying Cognition*, New York, Oxford University Press, 2003; Fuster, J., *Cerebro y libertad*, Barcelona, Ariel, 2014.

²⁷ Goldberg, E., *El cerebro...*, *cit.*

²⁸ Damasio, A., *El error de Descartes*, Barcelona, Crítica, 1996; Damasio, A., *Y el cerebro creó al hombre*, Barcelona: Destino, 2010.

culpable sólo si: era capaz de concebir líneas de acción alternativas; era plenamente consciente de las consecuencias potenciales de sus acciones a corto y largo plazo; podría haber decidido no realizar la acción; y quería el resultado obtenido. La neurociencia va proporcionando datos de cómo funciona el autocontrol y el libre albedrío. Al menos dos regiones cerebrales están especialmente implicadas. La primera es la circunvolución supramarginal del hemisferio izquierdo del cerebro, que nos permite concebir distintas alternativas de actuación. La segunda es la corteza cingulada anterior, que nos hace desear, y nos posibilita elegir una acción a partir de una jerarquía de valores establecidos en la corteza prefrontal.²⁹

En la neurociencia de la ética ha estado muy presente la cuestión filosófica tradicional de los determinantes de la moralidad. Se debate si en las decisiones morales pesan más los pensamientos o las emociones. El intuicionismo social de J. Haidt plantea la influencia más determinante que las emociones ejercen en el juicio moral. No tomamos decisiones morales desde supuestos racionales, sino que son las reacciones emocionales las determinantes, y sólo posteriormente racionalizamos tales reacciones.³⁰

J. D. Greene y colaboradores han propuesto un modelo de proceso dual para explicar las decisiones morales. Según los autores existen juicios caracterizados por procesos más emocionales, intuitivos y automáticos, y juicios con procesos más cognitivos, racionales y controlados. En unos juicios u otros las estructuras cerebrales y redes neuronales implicadas son diferentes. Los juicios dependen del contenido más personal o impersonal en el conflicto moral. En el juicio moral de carácter personal se produce un daño a una persona como consecuencia de una decisión-acción tomada directamente por otra persona. En el juicio moral más impersonal el daño a una

²⁹ Ramachandran, V., *Los laberintos del cerebro*, Barcelona, Liebre de marzo, 2008; Ramachandran, V., *Lo que el cerebro...*, cit.

³⁰ Haidt, J., The emotional dog and its rational tail, a social intuitionist approach to moral judgement, *Psychological Review*, 108, 814-834, 2001.

persona no es consecuencia directa de la acción de otra persona, sino que tal daño es resultado indirecto y no expresamente querido. Con la acción se pretende lograr otros bienes y consecuencias más deseables. Estos juicios son más utilitaristas o consecuencialistas, mientras que los primeros, son más personales y deontológicos.

La investigación se ha basado en los dilemas morales y no morales que han merecido complejos debates en la filosofía moral. En los dilemas del ferrocarril se han formulado distintas situaciones. Por ejemplo, un tranvía circula sin control por una vía y va a matar a cinco personas, pero usted puede salvarlas porque tiene a su disposición un mecanismo de cambio de vías que desviará al tranvía a otra vía, donde va a matar a una sola persona. Se plantea si es moralmente lícito que usted accione el mecanismo de cambio de vía. En condiciones normales la respuesta es mayoritariamente afirmativa. Se trataría en este caso de un juicio consecuencialista o utilitarista. En otra formulación del dilema, usted puede salvar a las cinco personas, pero lo consigue empujando a una persona a la vía, que morirá, pero detendrá el tranvía. En condiciones normales mayoritariamente no se considera lícita tal opción y el juicio es más personalista o deontológico.

Los dilemas son susceptibles de muchas formulaciones y ser de carácter moral o meramente convencional, como elegir viajar en tren o en avión. Los estudios se han realizado con personas que responden a los distintos dilemas, y se registra al mismo tiempo su actividad neuronal con tecnologías de neuroimagen, como la resonancia magnética funcional. Los resultados mostraron que en las respuestas a dilemas morales personales se activaba significativamente más la corteza prefrontal medial, el giro cingulado y el surco temporal superior. Estas son áreas más implicadas en los procesos más emocionales y afectivos. Las respuestas a dilemas morales más impersonales y a dilemas no morales activan más el córtex prefrontal dorsolateral y áreas parietales que están más implicadas en los procesos más racionales de toma de decisiones y solución de pro-

blemas.³¹

Para J. Greene el reto de nuestro tiempo es lograr una moral universal, y el camino es el utilitarismo, es decir, procurar el mayor grado de felicidad para el mayor número de personas. Las decisiones morales más conscientes y racionales son las de carácter utilitarista o consecuencialista. El principio rector utilitarista nos permitirá resolver los conflictos morales que se dan en nuestro mundo tan fragmentado en “tribus morales”. Nuestro cerebro es resultado de un largo proceso evolutivo que consiguió un diseño neurobiológico adecuado para resolver los problemas de grupos tribales, conviviendo en grupos restringidos, con otros como nosotros, pero compitiendo y enfrentados a los extraños al grupo. Nacemos con una moral diseñada por la evolución apropiada para resolver los conflictos en nuestro grupo (yo/nosotros), pero que no es adecuada para convivir con otros grupos (ellos/nosotros), por ello necesitamos unos principios morales adecuados, una metamoral que permita la convivencia de diferentes morales tribales.³²

M. Hauser argumenta la existencia de un órgano moral, o una capacidad moral, conseguida en la historia evolutiva de nuestra especie, que se desarrolla en cada ser humano en un contexto cultural determinado, y le permite generar juicios inmediatos sobre lo que está bien o mal moralmente. La teoría de Hauser se basa en la gramática de Chomsky y en las teorías de Rawls. Así como la gramática universal chomskyana es componente innato de nuestra especie, y ofrece los principios y parámetros para construir cada lengua concreta, también venimos equipados genéticamente con una gramá-

³¹ Greene, J., “From neural “is” to moral “ought”: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology”, *Nature Neuroscience Reviews*, 4, 847-850, 2003; Greene, J. et al., The neuronal bases of cognitive conflict and control in moral judgement, *Neuron*, 44, 39-400, 2004; Greene, J., “The cognitive neuroscience of moral judgement”, en M. Gazzaniga (Ed.), *The Cognitive Neurosciences IV*, Cambridge, MIT Press, 2009.

³² Greene, J., *Moral Tribes. Emotion, reason and the gap between us and them*, New York, Penguin, 2013.

tica moral universal para construir los sistemas morales concretos. Cuando adquirimos las normas morales propias de nuestra cultura, juzgamos si determinadas acciones son permisibles, obligatorias o prohibidas, sin necesidad de razonar conscientemente y sin tener acceso explícito a los principios subyacentes.

Hauser comenta tres teorías-tipo para explicar el juicio moral: la criatura kantiana, según la cual el proceso clave que subyace al juicio moral es el razonamiento deliberado, basado en principios conscientes y claramente articulados; la criatura humeana, que atribuye a las emociones el papel básico; y la criatura que, basada en Chomsky y Rawls, hace suya Hauser. Analiza diferentes dilemas morales que nos plantean un conflicto entre dos o más deberes contrapuestos. Enfrentados a esos dilemas emitimos un juicio de bondad o maldad respecto al carácter de una persona o del acto mismo. Esos juicios son más o menos conscientes. Algunos juicios son rápidos y otros requieren deliberación, La intuición y el razonamiento consciente tienen diseños diferentes. Las intuiciones son rápidas, automáticas, involuntarias, requieren poco esfuerzo atencional, aparecen al principio del proceso, se expresan sin recurrir a razones fundadas en principios y parecen inmunes a cualquier contraargumento. El razonamiento fundado en principios es lento, acompañado de deliberación, reflexivo, requiere esfuerzo atencional, aparece tarde en el proceso, es justificable y está abierto a objeciones argumentaciones. Como en todas las dicotomías, hay amplia zona intermedia de grises.³³

Para decidir cuál de las teorías se corresponde mejor con la toma de decisiones morales podemos remitirnos a las imágenes de la actividad neuronal en el momento de resolver dilemas morales. Tendríamos así una constatación experimental. Para las criaturas kantianas deberían activarse predominantemente las zonas del razonamiento. Para la criatura humeana deberían activarse predominantemente

³³ Hauser, M., *La mente moral*, Barcelona, Paidós, 2008.

las zonas del control emocional. Para la criatura rawlsiana deberían activarse partes del cerebro específicas de la gramática moral y, posteriormente una vez emitido el juicio, áreas del razonamiento y/o de la emoción.

Qué ocurre en el cerebro de cada persona mientras se enfrenta a un dilema moral, valora una situación y responde. En las situaciones morales personales, las imágenes cerebrales revelaron una notable actividad en zonas que desempeñan un papel crucial en el procesamiento de las emociones, un circuito que va desde el lóbulo frontal hasta el sistema límbico, la circunvolución frontal media, la circunvolución cingulada posterior y la circunvolución angular. Además, cuando las consecuencias utilitarias (salvar a 5) entraban en conflicto con reglas deontológicas emocionalmente cargadas (no daños a otros) se activaba directamente la circunvolución cingulada anterior, que se activa ante los conflictos. En los sujetos que van contra corriente, juzgando lícito un caso moral personal, se muestra una activación mucho mayor del córtex prefrontal dorsolateral, zona que interviene en la planificación y el razonamiento.

Para Hauser, la criatura kantiana queda peor parada de los análisis de las imágenes neuronales, al dejar claro que se activan áreas emocionales, aunque en algunos sujetos triunfen los sistemas de razonamiento de manera fría y sosegada. Mejor salen las criaturas humeana y rawlsiana. Ésta última no niega el papel de las emociones en algunos aspectos de nuestro comportamiento moral, sino que discute el momento en el que intervienen. Pero esta cuestión sólo se podrá resolver cuando las tecnologías de neuroimagen permitan reconocer no sólo las zonas de activación cerebral, sino también la secuencia cronológica de su activación.

Cuando nos enfrentamos a ciertos dilemas morales se activa una vasta red de regiones cerebrales, incluidas áreas que intervienen en la emoción, la atención, la memoria, la toma de decisiones y las relaciones sociales. Pero estas zonas también son requeridas para resolver problemas no morales. ¿Es posible que alguna de estas zo-

nas se active sólo para resolver dilemas morales? Hasta ahora ninguno de los estudios realizados señala un “órgano moral” exclusivamente dedicado a esta tarea. Lo que sí muestran las investigaciones con tecnología de neuroimagen es que cuando experimentamos un conflicto entre deberes u obligaciones incompatibles, hay enfrentamiento entre las criaturas kantiana y humeana. Si no hay emoción no hay tensión moral. El conflicto emocional proporciona la marca delatora de un dilema moral. Los estudios realizados muestran inequívocamente que las zonas que intervienen en el procesamiento de las emociones se activan cuando emitimos un juicio moral, sobre todo en los casos que tienen carga personal. En las decisiones morales están implicadas múltiples redes neuronales. Unas permitirán un procesamiento más rápido, intuitivo y emocional, mientras que en otras los procesos son más conscientes y reflexivos, pero siempre están presentes componentes cognitivos y emocionales.

Los juicios y comportamientos morales dependen de la organización funcional del cerebro, que a su vez está modelado por la cultura y los sistemas normativos de una determinada sociedad. Todos los procesos mentales, incluidos los juicios y decisiones morales, condicionan la sociedad y cultura en la que vivimos, pero a la vez, las estructuras socioculturales moldean la organización funcional de nuestro cerebro, el conectoma y los procesos mentales. Las estructuras socioculturales y neuronales se conforman y desarrollan en simbiosis e interacción causal, como muestran las investigaciones sobre la neuroplasticidad. En la investigación neuroética es preciso tener presente tres perspectivas complementarias: la predisposición genética y cerebral al juicio y comportamiento moral, resultado de la evolución de nuestra especie; las normas y códigos morales que se han desarrollado en los diferentes contextos culturales; y la internalización y asimilación de las normas que cada persona adquiere en el proceso de socialización.

La naturalización de la ética, en lugar de ser deshumanizante, como se ha argumentado, muy al contrario, puede proporcionar

claves para comprender más plenamente la ética. La neurociencia facilita conocimientos que son pertinentes y relevantes para la ética, estableciendo una continuidad dimensional entre el “es” de la ciencia y el “debe” de la moral. Así se cuestiona la oposición que tanto se ha argumentado desde la falacia naturalista. La neuroética aporta conocimientos y problemas, preguntas y respuestas para plantear la universalidad de la ética y considerar la moralidad como característica natural de la humanidad.

Para la neurociencia el ser humano no tiene una naturaleza esencial, inmutable y sobrenatural, como han mantenido las religiones y filosofías, con los dualismos de materia y espíritu, alma y cuerpo, cerebro y mente. Los conocimientos de las ciencias como genética, biología, psicología, antropología evidencian nuestro pasado filogenético. Los estudios filosóficos de la ética, si quieren ser racionales y razonables, tienen que considerar lo que las ciencias constatan, particularmente la neurociencia, sobre la naturaleza humana. Las preguntas sobre qué es el ser humano exigen tener en cuenta las respuestas desde diversas ciencias sobre por qué y cómo pensamos, sentimos y nos comportamos, también moralmente; por qué y cómo evolucionó nuestra especie; cómo hemos llegado hasta el momento presente; los problemas y desafíos que tenemos ante nosotros. Para la comprensión y explicación de la ética se requieren las diversas ciencias y disciplinas, desde las ciencias naturales a las sociales, jurídicas y humanidades, desde la neurociencia a la filosofía, pasando por las ciencias cognitivas.³⁴

IV. NEURODERECHOS

Los Neuroderechos son una nueva y más reciente formulación de Derechos Humanos que hacen referencia al cerebro-mente de las personas, es decir a su personalidad. El sistema de personalidad es

³⁴ Changeux, J-P., *op.cit.*; Churchland, P. S. *Braintrust: what neuroscience tells us about morality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2011.

el conjunto de procesos mentales, cognitivos, emocionales, lingüísticos, sociales, morales, estéticos, propios de cada individuo. Todos los procesos y capacidades mentales tienen a la base el sistema de redes neuronales del cerebro, que anteriormente hemos caracterizado como conectoma, y que depende del conjunto de genes, único en cada individuo, y de las experiencias y aprendizajes que cada persona tiene, a lo largo de toda la vida, en su medio físico y socio-cultural.³⁵ Podemos caracterizar los Neuroderechos en cuatro áreas: A) Identidad, libertad y agencia personal. B) Privacidad y consentimiento. C) Mejoramiento. D) Equidad e imparcialidad.

Los Neuroderechos expresarían la cuarta generación de los Derechos Humanos. En el desarrollo de los Derechos Humanos se han diferenciado tres etapas o generaciones, además de la llamada “generación cero” referida a ese largo pasado de tradiciones religiosas, filosóficas y culturales, presentes en las diversas civilizaciones, y que recogen las aspiraciones de dignidad, libertad y justicia del ser humano. La primera generación o derechos de la libertad recoge los derechos civiles y políticos, y se desarrolla en Europa y Norteamérica entre los siglos XVIII y XIX, con la Ilustración, las revoluciones burguesas, las guerras de independencia. La segunda generación comprende los derechos de la igualdad. Si los derechos de la primera generación protegen al individuo frente al estado, ahora se exigirá cierta intervención del estado para garantizar que los individuos disfruten de bienes sociales básicos como educación, salud, trabajo y protección social. La tercera generación se refiere a los derechos de la solidaridad, que se configuran como declaraciones sectoriales, por cuanto son derechos de personas concretas, pertenecientes a determinados colectivos, que se ven discriminados o privados de determinados derechos. Desde las últimas décadas del siglo XX, los derechos de la solidaridad se profundizan y amplían, demandando

³⁵ Dubois, J., Eberhardt, F., Paul, L.K., *et al.*, Personality beyond taxonomy. *Nature Human Behaviour*, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41562-020-00989-3>.

la solidaridad entre países ricos y pobres, la superación de las desigualdades Norte-Sur, la solidaridad con la naturaleza, exigiendo la protección del medio ambiente, la solidaridad con las culturas y generaciones, reclamando el respeto y preservación del patrimonio cultural.³⁶

Más recientemente, en 2017, un grupo de neurocientíficos, neurotecnólogos, clínicos, ingenieros, filósofos se reunió en la Universidad de Columbia, Nueva York, para debatir sobre la neuroética, las neurotecnologías y la inteligencia artificial y formular lo que podríamos considerar curta generación de derechos: los Neuroderechos. También participaban representantes de empresas tecnológicas, de instituciones académicas, y de proyectos internacionales de investigación sobre el cerebro. Se formularon cuatro prioridades éticas para las neurotecnologías y la inteligencia artificial³⁷

Se planteó que las directrices éticas existentes en la investigación neurocientífica y médica eran insuficientes. Se incluían la Declaración de Helsinki, de la World Medical Association, sobre los principios éticos para la investigación médica en seres humanos, formulada en 1964, y ratificada en sucesivas asambleas³⁸. También el Informe Belmont, de 1979, elaborado por la Comisión Nacional de los Estados Unidos para la protección de sujetos humanos en la investigación biomédica³⁹. Y la Declaración de Principios de Asilomar sobre la Inteligencia Artificial, de 2017, firmada por investigadores

³⁶ García García, E., “Derechos humanos y calidad de vida”, en González R. Arnaiz, *et al.*, *Derechos Humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid, Tecnos, 131-163, 1999.

³⁷ Yuste, R., Goering, S., *et al.*, “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, *Nature*, 551, 159-163, 2017.

³⁸ World Medical Association Declaration of Helsinki, *Declaration of Helsinki*. Disponible en: go.nature.com/2z262ag

³⁹ Office for Human Research Protections, *The Belmont Report*. Disponible en: go.nature.com/2hrezmb.

de IA y líderes empresariales⁴⁰.

Los avances en ciencias y tecnologías biomédicas, en inteligencia artificial y aprendizaje automático, en interface cerebro-máquina e ingeniería ciborgs, plantean dilemas morales muy complejos y urgentes. Las propuestas que se ofrecen para responder a los desafíos sociales, legales y éticos son dispares, de ahí la necesidad de debates públicos bien informados. Los procesos de información, diálogo y crítica deben estar basados en valores. El *Informe sobre los Principios Asilomar en Inteligencia Artificial*, del Grupo de Estudio y Evaluación de la Tecnología de la Digitalización (2018), y la Declaración del Grupo Europeo sobre Ética de la Ciencia y Nuevas Tecnologías, con el título *Inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos* hacen propuestas para lograr un marco ético y legal común, internacionalmente reconocido, para el diseño, producción y gobernanza de la inteligencia artificial, la robótica y los sistemas autónomos. Las declaraciones se fundamentan en un conjunto de principios éticos, basados en los valores establecidos en la Declaración de Derechos Fundamentales, los tratados de organizaciones internacionales, y también recogen iniciativas de asociaciones de profesionales y organismos varios. La Declaración sobre *Inteligencia Artificial, Robótica y Sistemas Autónomos* (2018) propone como principios éticos:

A) Dignidad humana. El principio de la dignidad humana, el reconocimiento de la condición inherente del ser humano que lo hace digno de respeto, no debe ser violado por las tecnologías autónomas. La toma de decisiones y la clasificación de los individuos hechas por algoritmos y sistemas autónomos debe ser regulada, especialmente cuando los involucrados ignoran estas prácticas. Es preciso establecer límites para evitar que se haga creer a las personas que están tratando con seres humanos, cuando en realidad lo hacen con algoritmos y máquinas. La dignidad requiere que nos reservemos el derecho de decidir si asignamos determinadas tareas

⁴⁰ Future of life Institute, *Asilomar AI Principles*. Disponible en: go.nature.com/2ihnqac.

a humanos o máquinas.

B) Autonomía. El concepto autonomía se refiere a la capacidad que tienen las personas para legislarse a sí mismas, para formular, pensar y elegir normas que ellos mismos deben cumplir. Este concepto abarca el derecho a ser libre para establecer estándares, objetivos y propósitos de vida propios. La autonomía, en el sentido relevante de la palabra, sólo puede ser atribuida a los seres humanos. De ahí que resulte inapropiado utilizar el término autonomía para referirse a meros artefactos, aunque se trate de sistemas adaptativos muy avanzados o incluso inteligentes. Si ningún sistema inteligente puede ser considerado autónomo en el sentido ético y legal, tampoco puede ser considerado titular de la moralidad y dignidad. Con esta salvedad seguimos utilizando el término "autónomo" referido a artefactos, máquinas y sistemas. Todas las tecnologías autónomas deben respetar la capacidad humana de elegir si delegarles determinadas decisiones o acciones, cuándo y cómo hacerlo. Esto requiere que los sistemas autónomos sean transparentes y previsibles, características sin la cuales sería imposible para los usuarios intervenir o detenerlos cuando así lo consideren moralmente necesario.

C) Responsabilidad. El principio de responsabilidad debe ser fundamental en la investigación e implementación de la IA y sistemas autónomos. Los sistemas autónomos sólo deberían desarrollarse y aplicarse, si sirven al bienestar social y ambiental a nivel global. Establecer dicho bienestar requiere procesos democráticos deliberativos. Los sistemas autónomos deben ser diseñados de manera que sus impactos respeten la pluralidad de valores y Derechos Humanos. La investigación, el diseño y desarrollo de la IA, la robótica y los sistemas autónomos deben ser guiados por un auténtico interés en la ética de la investigación, en la responsabilidad social de los programadores y en la cooperación académica mundial para proteger derechos y valores humanos fundamentales. Además, estas tecnologías deben ser diseñadas de forma que promuevan esos derechos y valores.

D) Justicia, equidad y solidaridad. Se debe facilitar la igualdad de acceso a los beneficios y ventajas de las tecnologías. Y se deben evitar los sesgos y discriminaciones en las bases de datos. Necesitamos conseguir que la distribución de beneficios y oportunidades sean equitativas. Esta igualdad y equidad debe alcanzarse entre diferentes sociedades y en el seno de cada una de ellas. Es esencial formular nuevos modelos justos de distribución equitativa y participación en los beneficios. Asimismo, se debe asegurar el acceso a las tecnologías, y facilitar la formación en ciencia, tecnología, ingeniería, matemática y disciplinas digitales, especialmente cuando se trata de regiones o grupos sociales desfavorecidos. Es necesario estar atentos a los impactos negativos de la acumulación creciente y masiva de datos personales, y los efectos que pueden tener en asistencia sanitaria, solidaridad y cohesión social.

E) Democracia. Las decisiones clave sobre la regulación de la IA, específicamente sobre su desarrollo y aplicaciones, deben ser el resultado de procesos de debate democrático y participación ciudadana. Cooperación global y procesos de diálogo público asegurarán que estas decisiones sean inclusivas, informadas y con visión de futuro. Garantizar el derecho a la educación y a la información sobre las nuevas tecnologías y sus implicaciones éticas facilitará que todos comprendan los riesgos y oportunidades en juego y tomar decisiones adecuadas. Los procesos democráticos son esenciales a la dignidad humana y la autonomía. Las nuevas tecnologías no deben poner en peligro a los ciudadanos y despojarlos de su individualidad y sus derechos. Las tecnologías deben ser herramientas para beneficiarnos de la inteligencia colectiva, y para apoyar y mejorar los procesos cívicos de los que dependen nuestras sociedades democráticas.

F) Estado de derecho y rendición de cuentas. El estado de derecho, el acceso a la justicia y el derecho de recibir una compensación y un juicio justo, proporcionan el marco necesario para garantizar la observancia de las normas de derechos humanos. Esto incluye la

protección contra la violación de los derechos humanos por parte de los sistemas “autónomos”, por ejemplo, la seguridad o la privacidad. Se deben desarrollar protocolos y toma de decisiones claras que asignen responsabilidades de manera justa, y establecer una legislación vinculante eficiente. Los gobiernos y las organizaciones internacionales deben incrementar sus esfuerzos para establecer en quién recae la responsabilidad de los daños causados por el desempeño no deseado de sistemas autónomos.

G) Seguridad, protección e integridad física y mental. La seguridad y la protección de los sistemas autónomos se concretan en la seguridad externa, que se ofrece al entorno y a los usuarios; la confiabilidad y la robustez interna, por ejemplo, contra la piratería; y la seguridad emocional, que se refiere a la interacción humano-máquina. Estas tres dimensiones de la seguridad y la protección deben ser tomadas en cuenta por los que desarrollan la IA, y deben ser evaluadas estrictamente antes del lanzamiento de cualquier sistema autónomo, a fin de garantizar que no infrinjan el derecho de los seres humanos a la integridad física y mental y a un entorno seguro. Se debe prestar atención a las personas más vulnerables, así como al uso inadecuado y la militarización de la IA, por ejemplo, en los campos de ciberseguridad, conflictos armados y finanzas.

H) Protección de datos y privacidad. En una época de recopilación generalizada y masiva de datos a través de tecnologías digitales de la comunicación, el derecho a la protección de la información personal y el derecho a la privacidad están siendo cuestionados. La IA y los sistemas autónomos no deben interferir en el derecho a la vida privada. Esto incluye el derecho a estar libres de tecnologías que influyan en las opiniones y el desarrollo personal, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otras personas, y el derecho a estar libres de vigilancia. Los posibles efectos de los sistemas autónomos en la vida privada y privacidad generan gran preocupación, por lo que hay que preservar el derecho al contacto humano significativo.

I) *Sostenibilidad*. Las tecnologías de IA y sistemas autónomos deben responder a la responsabilidad humana de garantizar los prerrequisitos fundamentales para la vida en nuestro planeta, y la conservación del medioambiente para las generaciones futuras. Las estrategias para evitar que las futuras tecnologías afecten negativamente la vida humana y la naturaleza necesitan fundamentarse en políticas que prioricen la protección del medio ambiente y la sostenibilidad. Para construir el mundo futuro de desarrollo socioeconómico e ideales morales es necesario tener presentes las consideraciones éticas y los valores morales compartidos.

Desde el año 2017 se vienen proponiendo cinco Neuroderechos, para incorporar a la formulación y desarrollo de los Derechos Humanos y Tratados Internacionales.⁴¹

1. Derecho a la preservación de la Identidad Personal. La neurociencia y neurotecnologías pueden alterar el sentido de la identidad personal, y la naturaleza del yo, al modificar y alterar el cerebro. Por ejemplo, cuando algunas personas que reciben estimulación cerebral profunda mediante electrodos implantados en su cerebro, informan que sienten su sentido del yo alterado, se ven en un mundo borroso, y no están seguros de quienes son. La interfaz cerebro-máquina y aprendizaje automático al permitir controlar los dispositivos a través de los pensamientos y a grandes distancias, y llegar a conectar varios cerebros, la comprensión de nuestra propia identidad se verá alterada. Las formulaciones de consentimiento ante los riesgos de intervenciones quirúrgicas en el cerebro han de tener en cuenta no solamente los riesgos físicos, sino también los posibles efectos en la personalidad, pensamientos y emociones.
2. Derecho a la no interferencia en la libertad de decisión. Se debe garantizar que las personas tomen decisiones libremente, con autonomía y responsabilidad, y no sean manipuladas por la neurotecnologías. Hay riesgos de que las personas, al estar conectadas mediante interfaz cerebro-máquina y verse alterada la actividad

⁴¹ Yuste, R., Goering, S., *et al.*, *op. cit.*

- neuronal, puedan sentirse invadidas por terceros al tomar decisiones. La agencia o la capacidad de elegir nuestras acciones debe protegerse como Derecho Humano básico.
3. Derecho a la privacidad de datos neuronales. Las personas deben tener el derecho de mantener la privacidad de sus datos neuronales. Se debe evitar que cualquier dato obtenido de la medición y análisis de la actividad neuronal pueda ser utilizado sin consentimiento del interesado. Para todos los datos neuronales, la capacidad de optar por no compartir debe ser la opción predeterminada y estar bien protegida. Las personas tendrían que optar explícitamente para compartir datos neuronales desde cualquier dispositivo. Se ceden con extrema facilidad los derechos de privacidad a los proveedores comerciales de servicios y las redes sociales, sin valorar correctamente lo que se está entregando. Los datos neuronales deben tener un tratamiento similar al de otros órganos del cuerpo.
 4. Derecho a la equidad en el mejoramiento de la capacidad cerebral. Se debe garantizar que la posible mejora de la actividad cerebral y las capacidades humanas sea accesible equitativamente a todos, y no quede reservada para un sector de la sociedad, generando así nuevas formas de marginación y exclusión. Se deben establecer pautas a nivel internacional y nacional para establecer límites a las neurotecnologías de mejoramiento que puedan implementarse, y para definir los contextos para su utilización. Se debe tener presente que las prohibiciones absolutas de determinadas tecnologías podrían simplemente empujarlas a la clandestinidad, por ello se deben establecer regulaciones específicas después de información fundada y debates abiertos y rigurosos.
 5. Derecho a la protección frente a los sesgos de los algoritmos. Las neurotecnologías y la IA no deben privilegiar a ciertos grupos y dañar a otros, estableciendo discriminaciones por etnia, sexo, religión, posición económica o cualquier otra condición. El aprendizaje profundo y los llamados enfoques de redes generativas antagónicas hacen posible que las máquinas se enseñen a sí mismas nuevas estrategias, y adquieran nuevos elementos para ser incorporados en sus análisis. De esta forma, las acciones de estas máquinas se vuel-

ven indescifrables y escapan del escrutinio humano. Esto se debe, en primer lugar, a que resulta imposible averiguar cómo se generan los resultados más allá de los algoritmos iniciales. En segundo lugar, porque el rendimiento de estas máquinas se basa en los datos utilizados durante el proceso de aprendizaje y estos pueden no estar disponibles o ser inaccesibles. Y además pueden generar errores, sesgos y prejuicios que queden enraizados en el sistema, que los reproduce y amplifica. Las herramientas cognitivas más poderosas son también las más opacas, puesto que sus acciones han dejado de ser programadas linealmente por humanos. Se destacan algunos ejemplos. Google Brain desarrolla una IA que construye otras de su misma naturaleza mejor y más rápidamente que los humanos. AlphaZero puede autoejecutarse y pasar en cuatro horas de ser completamente ignorante de las reglas del ajedrez, a alcanzar el nivel del campeón del mundo. Los algoritmos utilizados por agencias policiales generan datos sesgados sobre determinados grupos sociales⁴².

Las Declaración de los Derechos Humanos, las declaraciones de organismos internacionales, las constituciones nacionales, los programas sanitarios de los estados, todos reconocen que una sociedad más desarrollada, justa y feliz, debe conceder a todos sus miembros una calidad de vida digna, unas condiciones saludables, una asistencia médica adecuada. Pero esto podía estar muy bien mientras las ciencias y tecnologías biomédicas se preocupan de procurar la salud, evitar las enfermedades y curar a los enfermos, pero puede suceder algo muy distinto cuando las ciencias y tecnologías biomédicas, la inteligencia artificial, la robótica se proponen incrementar las capacidades humanas. Puede que todos los humanos no tengan acceso a estas capacidades mejoradas, y habría distintas clases de personas. Y así, podemos estar a las puertas de un mundo más des-

⁴² Angwin, Julia, et al., *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, 2016. Disponible en: [Go.nature.com/29aznyw](https://go.nature.com/29aznyw); [Go.nature.com/2ztjt9](https://go.nature.com/2ztjt9).

igual que nunca en el pasado. Las nuevas tecnologías no estarán a disposición de todos los humanos, y dependerán de su nivel económico, estableciendo clases superiores e inferiores.⁴³

V. NEURODERECHO, NEURODERECHOS Y NEURODERECHOS⁴⁴

De acuerdo con el profesor Hart:

“Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho?... No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “qué es la química?” o “qué es la medicina?”, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es el derecho?”⁴⁵

Según el célebre profesor inglés, la perplejidad causada por esta pregunta se encuentra en tres problemas recurrentes en los más representativos teóricos del derecho, una de las cuales corresponde a la diferencia entre derecho y moral.

Para algunos (representados de manera paradigmática, aunque no única, por los iusnaturalistas tomistas) el derecho debe entenderse como una rama de la moral.

⁴³ Dieguez, A., *Transhumanismo La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Barcelona, Herder, 2017; Harari, Y. N., *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Barcelona, Debate, 2017; García García, E., “Neurociencia, humanismo y posthumanismo”, *Logos*, 53, 9-31, 2020.

⁴⁴ Un recurso empleado en el análisis conceptual analítico para distinguir los distintos significados de un mismo significante consiste en usar números exponenciales al lado de palabras polisémicas. Otra convención radica en distinguir la mención de una expresión y el uso de la expresión mediante el uso de comillas simples cuando se está mencionando la entidad lingüística y no aquello que es denotado por ella. En el rubro de este apartado, por ejemplo, neuroderechos sin exponencial y neuroderechos¹, con exponencial, denotan cosas muy distintas: en el primer caso se refiere a derechos morales y en el segundo a una clase de derechos subjetivos jurídicos.

⁴⁵ Hart, H., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrio, México, Editora Nacional, 1961, p. 1.

No es este el lugar para abordar las distintas posturas filosóficas en torno a la relación entre el derecho y la moral; sin embargo, es conveniente dar cuenta de la necesidad de hacer esa distinción por razones tanto prácticas como epistémicas, en oposición a la postura iusnaturalista.

La razón práctica tiene que ver con el relativismo moral. Lo que en una época es moral, no lo es en otra, así como lo que es moral para una persona no lo es para otra e incluso puede no serlo para la misma persona en épocas distintas de su vida. Si la identificación de algo como derecho dependiera de su contenido moral, se presentarían serios problemas para su eficacia ya que cualquiera podría defenderse de no seguir lo que establecen el derecho positivo diciendo: “eso será derecho para usted, pero no para mí, porque no es acorde con mis creencias morales”. Las consecuencias, desde luego, serían caóticas.

La razón epistémica tiene que ver con el hecho de que en las dinámicas sociales y en especial en los casos presentados ante tribunales, por más que alguien crea en una moral positiva, si desea tener alguna probabilidad de éxito en un juicio, debe invocar las normas jurídicas y no las pertenecientes a otro sistema normativo. En otras palabras, por más iusnaturalista que sea alguien, en un juicio invocará al código penal y no los diez mandamientos.

Parte de los problemas que envuelven la relación entre derecho y moral son de carácter semántico, en especial, debido a la polisemia de la expresión ‘derecho’ que, además de sus significados coloquiales (opuesto a izquierdo, honesto, recto, etc.) también tiene sentidos diferentes en la moral y en la política.

Por si fuera poco, dentro del derecho, la expresión también es polisémica y puede denotar al concepto filosófico, así como al sistema de normas de un país (derecho en sentido objetivo), a la “ciencia” del derecho, a áreas concretas del derecho (derecho civil, penal etc), así como a las prerrogativas concedidas por el derecho positivo, en cuyo caso hablamos de ‘derecho subjetivo’. Dentro de este último

sentido, también hay polisemia ya que se puede referir al derecho a realizar cierta conducta (derecho a celebrar contratos), así como derecho a beneficiarse por cierto estado de cosas (derecho a un medio ambiente sano).

El problema se complica aún más si se ve desde la perspectiva del derecho comparado:

“‘Law’ es un término polisémico en inglés. Tiene varios significados vinculados “como por un aire de familia”: 1) un enunciado normativo (artículo o precepto particular en nuestra tradición); 2) un conjunto de preceptos (equivalente a una ley en nuestro sistema); 3) un área del conocimiento teórico o “científico” (sentido que se le da cuando se habla de “*law school*” o de doctrina; 4) un sentido filosófico (usado en obras como la de Hart: *The concept of Law*)... En español no usamos el término ‘ley’ para denotar un enunciado normativo, en su lugar usamos ‘norma’, ‘artículo’, ‘precepto’ etc. Por otra parte, en inglés no existe un significado equivalente a ‘ciencia del derecho’ en español como sinónimo de ‘dogmática jurídica’ o ‘doctrina’. El término más cercano sería ‘*jurisprudence*’ el cuál en español sería equivalente a ‘teoría general del derecho’ o ‘filosofía jurídica’ (como se usa en el clásico: *The province of jurisprudence* de John Austin).”⁴⁶

Una vez hecha esta disección analítica de la palabra ‘derecho’ es posible ensamblar una maquinaria en la que los distintos sentidos se conectan de manera coherente. En ese sentido ‘derecho’¹ (en sentido objetivo) establece ‘derechos’² subjetivos de acción (derecho a votar), así como ‘derechos’³ subjetivos a estados de cosas (a la salud), ‘derecho’¹ es el objeto de estudio de ‘derecho’⁴ denotativo de la dogmática jurídica o “ciencia” del derecho, diferente al de ‘derecho’⁵ en el sentido de las teorías filosófico-jurídicas.

Como se puede apreciar, esta reconstrucción presupone al derecho creado por los órganos correspondientes (congresos, cortes, etc.) pero ¿qué sucede con los sentidos de ‘derecho’ diferentes al jurídico?

⁴⁶ Cáceres, E., *Psicopatología forense. Derecho, neurociencias y sistema de justicia penal*, México, Bosch, 2016, p. 18.

La respuesta la podemos obtener si aplicamos conceptos básicos de la teoría general de sistemas: si al derecho en sentido jurídico o positivo lo consideramos un sistema normativo dado, entonces es posible hablar de una dimensión extrasistémica que incluiría lo que existe o sucede antes de la incorporación de nuevas normas al sistema, en la cual quedan comprendidos tanto los ‘derechos⁶’ morales, como los ‘derechos⁷’ políticos.

Lo anterior es relevante en este trabajo, porque los distintos significados de ‘derecho’ impacta en lo que en los ámbitos anglosajones se ha dado en denominar ‘*neurolaw*’ y lo que en español ha sido referido con expresiones tales como ‘neuroley’, ‘neurociencia del derecho’, ‘neurociencia jurídica’, ‘neurojurisprudencia’. Al respecto, en otros trabajos he sostenido que:

“...la palabra ‘derecho’ se muestra como el mejor sintagma para instanciar la variable “x” en ‘neuro-x’ ya que cubre el mayor dominio de denotación con respecto a otras expresiones como: ‘neuroley’ que deja fuera de su dominio lo denotado por ‘derecho’ en los demás sentidos de la expresión, por ejemplo, el de “ciencia del derecho”. Lo mismo ocurre con ‘neurociencia del derecho’ que elimina de su dominio a los demás sentidos, entre ellos el designado por la palabra ‘ley’, así como lo relativo a la regulación jurídica de las neurociencias. Otras semejantes como ‘neurociencia jurídica’ presentan el inconveniente de justificar la adjetivación de la neurociencia y responder a la pregunta ¿en qué sentido un área del conocimiento como es la neurociencia es a la vez jurídica?”⁴⁷

Con respecto a la expresión ‘neurojurisprudencia’ presenta el problema siguiente: ‘jurisprudencia’ en español también es polisémica y se refiere tanto a las decisiones judiciales del más alto nivel en la jerarquía jurisdiccional, como a ‘ciencia del derecho’.

Tomando en consideración el análisis anterior y el acuerdo de usar la expresión ‘neuroderecho’, en vez de cualquier otra propues-

⁴⁷ *Ibidem*, p. 19.

ta alternativa, procedo a realizar la siguiente estipulación (una nueva polisemia):

Por neuroderecho se entiende: La interdisciplina encargada del estudio de los procesos neurocognitivos de los operadores jurídicos ('neuroderecho'¹), así como del papel de las neurociencias como auxiliares del derecho ('neuroderecho'²), la regulación jurídica de la investigación neurocientífica ('neuroderecho'³), así como la protección de derechos subjetivos vinculados con la actividad neurológica de los individuos ('neuroderecho'⁴).

El primer sentido, que bien podría denotarse con 'neurociencia de los operadores jurídicos' se puede entender como una rama de la neurociencia social y juega un papel semejante al de la neuroética o la neuroeconomía.

El segundo sentido corresponde a la neurociencia forense íntimamente ligada con la epistemología jurídica aplicada y los problemas relativos a la determinación de la verdad en el derecho. Por ejemplo, determinar si alguien es o no inimputable o si actuó dolosamente.

El tercer sentido se refiere a lo que podríamos llamar 'derecho de las neurociencias' cuyo objetivo es la regulación jurídica de la investigación neurocientífica. En este sentido sería equivalente a la ética de las neurociencias.

En el último sentido podríamos hablar del derecho relativo a la protección de 'neuroderechos'¹ en sentido jurídico, es decir, como extensión de los derechos humanos positivizados.

Llegado este punto es posible ubicar la relación entre 'neuroderecho', neuroderechos y 'neuroderechos'¹ desarrollados en este trabajo.

La expresión 'neuroderechos' denota a un conjunto de derechos⁶ (morales) y por tanto ubicados en la extrasistematicidad del derecho¹ (positivo), cuya incorporación en la dimensión intrasistémica del derecho corresponde al neuroderecho⁴. El objetivo central de esta investigación es exponer dichos neuroderechos y proponer

que pasen a ser ‘neuroderechos’¹ mediante su positivización y reconocimiento como pertenecientes a una cuarta generación de los derechos humanos.

Retomando la maquinaria semántica ensamblada anteriormente en torno de los distintos sentidos de la palabra ‘derecho’, conjuntamente con los de ‘neuroderecho’ y ‘neuroderechos’ se concluye que el papel del neuroderecho⁴ consiste en la incorporación de los neuroderechos a la dimensión intrasistémica del ‘derecho’¹ (en sentido objetivo) con el fin de transformarlos en neuroderechos¹, es decir, como ‘derechos’³ (subjettivos a estados de cosas). Debe subrayarse que esta inclusión como una nueva generación de derechos humanos significa plasmarlos como normas programáticas cuyo paso del texto a la realidad social requerirá de la creación de los ‘derechos’² (subjettivos de acción). Así como de la creación de las instituciones y sujetos obligados a realizar las conductas de acción u omisión de cuya observancia dependerá que los neuroderechos¹ sean realmente eficaces y por tanto los estados de cosas a que se refieren los ‘derechos’³ (subjettivos a estados de cosas) tengan lugar.

Conjuntamente con este primer paso sería importante la elaboración de legislación-tipo resultante del trabajo interdisciplinario entre juristas y neurocientíficos en la que se establezcan las condiciones de operatividad normativa capaz de hacer posible la implementación de los neuroderechos¹.

VI. CONCLUSIÓN

Los avances en biotecnologías y neurotecnologías ya disponibles, y especialmente las que se vislumbran en el horizonte, pueden amenazar la supervivencia de nuestra especie, la integridad genética, las condiciones ambientales, todo lo que nos hace humanos. Ocupan un primer plano cuestiones éticas radicales, como si debe seguir viviendo el ser humano que conocemos, resultado del proceso evolutivo, si debemos respetar la herencia genética, la filogénesis

y ontogénesis de nuestro cerebro y las capacidades mentales, o si debemos procurar el mejoramiento total y superación de nuestra naturaleza, de modo que tomemos las riendas de nuestra evolución más allá de las leyes biológicas. Estas cuestiones deberían someterse a la información y debate, no sólo académico y reducido a niveles expertos, sino también abierto a toda la sociedad. Es necesario explicitar los supuestos que están a la base de programas de investigación en grandes empresas biotecnológicas y laboratorios de élite, pero también de los mundos felices que se imaginan y venden en medios de masas.

La biotecnología, la inteligencia artificial, la robótica y los sistemas autónomos, el internet de todas las cosas, pueden traer prosperidad, contribuir a la calidad de vida, los objetivos socioeconómicos deseables y ayudar a alcanzar los ideales morales. Lo anterior es posible, solo si estas tecnologías se diseñan y se implementan de forma sensata, desde los valores y teniendo en cuenta los derechos, y particularmente los Neuroderechos. Pero los cambios que vivimos están creando en el mundo sociedades muy fragmentadas entre sí y en el seno de cada sociedad. Unas personas disponen de las condiciones vitales adecuadas, y reciben la educación necesaria para su desarrollo personal, y contribuir al desarrollo sociocultural, pero otras carecen de tales condiciones, y las personas viven en una peligrosa y creciente marginación, exclusión y subdesarrollo. Mil millones sobreviven en extrema pobreza, sin acceso siquiera a agua potable, y sólo aspiran a una vida, en la que estén satisfechas sus necesidades más básicas.

La biotecnología, la neurotecnología, la robótica, inteligencia artificial y el internet de todas las cosas pretenden mejorar las condiciones y calidad de vida de las personas, pero deben considerar a todas las personas. Cuando se plantean versiones más radicales transhumanistas de mejorar la naturaleza humana, o formulaciones más distópicas posthumanistas de lograr una nueva naturaleza para nuestra especie, que ya no sería propiamente humana, conviene lla-

mar la atención sobre los problemas que hoy tiene la humanidad, y que son más importantes y urgentes, y no dejarse llevar por lo que pueden ser estrategias de distracción y de huida hacia adelante.

VII. FUENTES CONSULTADAS

ANGWIN, Julia, *et al.*, *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, 2016. Disponible en: [Go.nature.com/29aznyw](https://www.nature.com/29aznyw).

BONETE, E., *Neuroética práctica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2010.

CÁCERES, E., *Psicopatología forense. Derecho, neurociencias y sistema de justicia penal*, México, Bosch, 2016.

CHANGEUX, J-P., *Sobre lo verdadero, lo bello y el bien*, Madrid, Katz Editores, 2010.

CHURCHLAND, P. S. *Braintrust: what neuroscience tells us about morality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2011.

CORTINA, A., *Neuroética y Neuropolítica, sugerencias para la educación moral*, Madrid, Tecnos, 2011.

_____, (Ed), *Guía Comares de Neurofilosofía práctica*, Granada, Editorial Comares, 2012.

DAMASIO, A., *El error de Descartes*, Barcelona, Crítica, 1996.

_____, *Y el cerebro creó al hombre*, Barcelona: Destino, 2010.

DE WAAL, F., *Bien natural. Los orígenes del bien y del mal en los humanos y otros animales*, Barcelona, Herder, 1997.

_____, *La edad de la empatía*, Barcelona, Tusquets, 2015.

DIEGUEZ, A., *Transhumanismo La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Barcelona, Herder, 2017.

- DUBOIS, J., EBERHARDT, F., PAUL, L.K., *et al.*, Personality beyond taxonomy. *Nature Human Behaviour*, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41562-020-00989-3>.
- EVERS, K., *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Madrid, Katz Editores, 2010.
- FEITO GRANDE, L., *Neuroética. Cómo hace juicios morales nuestro cerebro*, Madrid, Plaza y Valdés, 2019.
- FUSTER, J., *The Prefrontal Cortex*, New York, Raven Pres, 1997.
- _____, *Cortex and Mind: Unifying Cognition*, New York, Oxford University Press, 2003.
- _____, *Cerebro y libertad*, Barcelona, Ariel, 2014.
- FUTURE OF LIFE INSTITUTE, *Asilomar AI Principles*. Disponible en: go.nature.com/2ihnqac.
- GARCÍA GARCÍA, E., “Derechos humanos y calidad de vida”, en González R. Arnaiz, *et al.*, *Derechos Humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid, Tecnos, 131-163, 1999.
- _____, “Desarrollo de la mente: filogénesis, sociogénesis y ontogénesis”, en M. Maceiras y L. Mendez (Ed.), *Ciencia e investigación en la sociedad actual*. Salamanca: San Esteban Editorial, 95-128, 2010.
- _____, “Neuropsicología del comportamiento moral”, en J. de la Torre (ed.), *Neurociencia, neuroética y bioética*, Madrid, Universidad Comillas, 43-75, 2014.
- _____, “Neurociencia, humanismo y posthumanismo”, *Logos*, 53, 9-31, 2020.
- GARCIA RUIZ, P. y SANCHEZ BARAJAS, M. (Coord.), *Naturalizar la filosofía práctica. La ética en dialogo con las neurociencias*, México, UNAM, 2019.

- GAZZANIGA, M., *El cerebro ético*, Barcelona, Paidós, 2006.
- , *Qué nos hace humanos*, Barcelona, Paidós, 2010.
- GLASSER, M. *et al.*, “A multi-modal parcellation of human cerebral cortex”, *Nature*, 536, 171-78, 2016. DOI: 10.1038/nature18933.
- GOLDBERG, E., *El cerebro ejecutivo*, Barcelona: Crítica, 2002.
- , *La paradoja de la sabiduría*, Barcelona, Crítica, 2009.
- GREENE, J., “From neural “is” to moral “ought”: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology”, *Nature Neuroscience Reviews*, 4, 847-850, 2003.
- , *et al.*, The neuronal bases of cognitive conflict and control in moral judgement, *Neuron*, 44, 39-400, 2004.
- , “The cognitive neuroscience of moral judgement”, en M. Gazzaniga (Ed.), *The Cognitive Neurosciences IV*, Cambridge, MIT Press, 2009.
- , *Moral Tribes. Emotion, reason and the gap between us and them*, New York, Penguin, 2013.
- GRUPO DE ESTUDIO evaluación de la Tecnología de la Digitalización, *Informe sobre los Principios Asilomar en Inteligencia Artificial*, Berlín, 2018.
- GRUPO EUROPEO sobre Ética de la Ciencia y Nuevas Tecnologías, *Inteligencia artificial, Robótica y Sistemas Autónomos*, Bruselas, 2018.
- HAIDT, J., The emotional dog and its rational tail, a social intuitionist approach to moral judgement, *Psychological Review*, 108, 814-834, 2001.
- HARARI, Y. N., *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Barcelona, Debate, 2017.

- HART, H., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrio, México, Editora Nacional, 1961.
- HAUSER, M., *La mente moral*, Barcelona, Paidós, 2008.
- ILLES, J., *Neuroethics*, Oxford, University Press, 2006.
- , “Neurologisms”, *American Journal of Bioethics-Neuroscience*, 2009.
- INSTITUTO DE INFORMÁTICA Y NEUROIMAGEN de la Usc Mark y Mary Stevens, *El proyecto del conectoma*, University of Southern California. Disponible en: www.humanconnectomeproject.org.
- KANDEL, E., *En busca de la memoria*, Buenos Aires, Katz, 2007.
- LA INICIATIVA BRAIN. Disponible en: www.braininitiative.org/.
- LEVY, N., *Neuroethics*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- LURIA, A., *El cerebro humano y los procesos psíquicos*, Barcelona, Fontanella, 1979.
- , *Las funciones corticales superiores del hombre*, Barcelona, Fontanella, 1983.
- MARCUS, S., *Neuroethics: Mapping the field*, New York, Dana Press, 2002.
- MORA, F., *Neurocultura*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- OFFICE FOR HUMAN RESEARCH PROTECTIONS, *The Belmont Report*. Disponible en: go.nature.com/2hrezmbgo.nature.com/2ihnqac.
- PROYECTO CEREBRO HUMANO. Disponible en: <https://www.humanbrainproject.eu/en/>.
- RAMACHANDRAN, V., *Los laberintos del cerebro*, Barcelona, Liebre de marzo, 2008.

- _____, *Lo que el cerebro nos dice*, Barcelona, Paidós, 388, 2012.
- ROSKIES, A., “Neuroethics for the new millennium”, *Neuron*, 35, 21-23, 2002.
- SAVULESCU, J., *Decisiones peligrosas. Una ética desafiante*, Madrid, Tecnos, 2012.
- SEPULCRE, J., *Redes cerebrales y plasticidad funcional*, Barcelona, Emse Edapp, 2018.
- SEUNG, S., *Conectoma. ¿Cómo las conexiones neuronales determinan nuestra identidad?* Barcelona, RBA, 2012.
- SPORNS, O., *Networks of the Brain*, Massachusetts, MIT Pres, 2016.
- TOMASELLO, M., *Los orígenes culturales de la cognición humana*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007.
- VAZQUEZ-BOURGON, J., MARTINO, J., SIERRA, M., *et al*, “La estimulación cerebral profunda en el trastorno obsesivo-compulsivo. Una revisión sistemática” *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 12, pp. 37-51, 2019. DOI: [org/10.1016/j.rpsm.2017.05.005](https://doi.org/10.1016/j.rpsm.2017.05.005).
- WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI, *Declaration of Helsinki*. Disponible en: go.nature.com/2z262ag.
- YUSTE, R., GOERING, S., *et al*, “Four ethical priorities for neurotechnologies and AI”, *Nature*, 551, 159-163, 2017.
- ZORZO, C., BANQUERI, M., HIGARZA, S., PERNIA, A., ARIAS, J., “Estado actual de la estimulación magnética transcraneal y sus aplicaciones en psiquiatría” *Actas Españolas de Psiquiatría*, 47 (3), 110-121, 2019.



LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA Y EL CONSTITUYENTE ORIGINARIO

(*THE CHILEAN CONSTITUTIONAL CONVENTION AND THE ORIGINAL CONSTITUENT*)

JAIME CÁRDENAS GRACIA¹

RESUMEN: Durante los años 2021 y 2022 la Convención Constitucional de Chile aprobará para ese país un nuevo texto constitucional que será sometido a la aprobación final de los ciudadanos mediante un plebiscito. Ese proceso constituyente ha sido motivado por los deseos de muchos ciudadanos chilenos para dejar atrás los vestigios de la dictadura de Pinochet y porque han entendido que la Constitución vigente produce un marco de dominación que no es compatible con la democracia ni con los derechos humanos. En 2019 se aprobó una modificación constitucional para normar el proceso constituyente, lo que nos provoca cuatro reflexiones pensando en la realidad mexicana: si todos los constituyentes deben ser electos democráticamente en un proceso de esa naturaleza, si es importante contar con un doble plebiscito en los procesos constituyentes, en dónde reside el constituyente originario, y qué trascendencia tiene el derecho constitucional transitorio.

PALABRAS CLAVE: *Constitución de Chile, constituyente originario, poderes derivados.*

ABSTARCT: During some months of the years 2021 and 2022, the Constitutional Convention of Chile will approve a new constitutional text for that country that will be submitted to the final approval of the citizens trough a plebiscite. This

¹ Investigador Titular C y PRIDE D del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, y profesor de la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho de la máxima casa de estudios. Contacto: <jaicardenas@aol.com>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>.

constituent process has been motivated by the wishes of many Chilean citizens to leave behind the vestiges of the Pinochet dictatorship and because they have understood that the current Constitution produces a framework of domination that is not compatible with democracy or human rights. In 2019, a constitutional amendment was approved to regulate the constituent process, which provokes four reflections thinking about the Mexican reality: if all constituents should be democratically elected, if it is important to have a double plebiscite, where does the constituent reside, and what significance does transitional constitutional law have.

KEYWORDS: *Constitution of Chile, original constituent, derived powers.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Las causas de la Convención Constitucional chilena; III. Las reglas y los procedimientos para elaborar la nueva Constitución; IV. Los artículos transitorios a las reglas y procedimientos de aprobación a la nueva Constitución; V. Marco teórico sobre algunos problemas que plantea el proceso constituyente chileno: V.1. ¿En dónde reside el constituyente originario?; V.2. Convención Mixta Constitucional; V.3. El doble plebiscito para la aprobación de la nueva Constitución; V.4. El derecho constitucional transitorio; VI. Conclusiones; VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La tesis de este artículo expone que la Convención Constitucional chilena no es el poder constituyente originario, es tan sólo un vehículo o instrumento para que se exprese el constituyente originario. El poder constituyente es del pueblo o los sectores de éste que tienen el poder de establecer democrática y fácticamente un nuevo proyecto jurídico y político en una sociedad. Las manifestaciones y los instrumentos del poder constituyente dan lugar a algunos problemas constitucionales que en este

ensayo se exponen, entre otros: argumentar que el constituyente originario reside en el pueblo con poder legítimo para determinar un nuevo proyecto jurídico y político y no en los instrumentos que ese poder emplea (la Convención Constitucional); si un constituyente originario puede conformarse con instancias constitucionales del ordenamiento previo, qué tan legítimo es ello -la Convención mixta-; qué tan amplia debe ser la participación ciudadana en el constituyente originario -el doble plebiscito-; y, la relevancia, si es más o menos trascendente, del régimen transitorio entre la vieja y la nueva Constitución.

Para desarrollar las tesis y el anterior marco teórico en este ensayo se exponen algunas causas sociales y políticas que han dado lugar a la Convención Constitucional chilena encargada de la aprobación de la nueva Constitución chilena, misma que sustituirá a la Constitución chilena de 1980 y sus numerosas reformas. La Constitución aún vigente en Chile fue producto de la dictadura de Pinochet y como Constitución nacida de un régimen autoritario contempló durante un largo tiempo distintos enclaves autoritarios como el tutelaje de las fuerzas armadas sobre la vida institucional de carácter civil o mecanismos hiper rígidos para impedir cambios constitucionales que por la vía de la reforma constitucional promovieran los sectores políticos no afines al régimen establecido. Las múltiples reformas que se aprobaron desde 1989 a esa Constitución no han sido suficientes para superar totalmente sus variables no democráticas ni para incorporar con la debida dignidad a muchas personas a su marco.

Esa Constitución no ha reconocido con la extensión y profundidad debida los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La introducción del modelo neoliberal en 1975 impidió el refuerzo de los derechos económicos y sociales acorde con las necesidades de muchas personas y grupos sociales, así como la debida fortaleza de sus garantías de exigibilidad y justiciabilidad, por lo que en Chile existen grandes problemas de desigualdad y de

fuerte inconformidad social con el establishment. Amplios sectores de la población entienden que la Constitución y las instituciones derivadas de ella están diseñadas para proteger a las élites en contra de las reivindicaciones de las mayorías. La Constitución Chilena tampoco reconoce los derechos de los pueblos originarios ni sus modalidades de organización política. Igualmente, no se ha incorporado a su texto la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, y el modelo de convivencia previsto en la Constitución tiene aún en muchos sentidos los rasgos liberales y no sociales del siglo XIX. Las minorías no están protegidas por una cláusula antidiscriminación que impida que el origen social, la raza, la religión, las opiniones políticas, los estilos de vida, etcétera jueguen en contra de las personas. La Constitución chilena se apoya en los mecanismos representativos tradicionales -prevaleció un sistema electoral binominal que sobrerrepresentaba a los partidos tradicionales, sobre todo a las segunda fuerza política- y no existen suficientes mecanismos de democracia directa que puedan ejercer los ciudadanos. Las instituciones de control financiero y constitucional, como el Banco Central y el Tribunal Constitucional, son marcadamente elitistas, con escasa legitimidad democrática, y son en sus decisiones contrarios a los intereses populares. El sistema político es fuertemente presidencial, lo que demanda una nueva relación ejecutivo-legislativo, así como una nueva organización político-territorial para profundizar en la descentralización administrativa y política del Estado central chileno. La sala de máquinas de la Constitución chilena tiende a repartir el poder entre los partidos y grupos tradicionales sin dar cabida a los sectores mayoritarios².

En el artículo que presentamos explicamos cómo las movilizaciones sociales de los últimos años propiciaron una reforma constitucional en 2019 que ha permitido por voluntad de los ciudada-

² Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

nos, manifestada en un plebiscito celebrado el 25 de octubre de 2020, la convocatoria a una Convención Constitucional paritaria. Los integrantes de esa Convención fueron electos los días 15 y 16 de mayo de 2021. Sus 155 miembros electos democráticamente tendrán un plazo de nueve meses, los que se pueden prorrogar por tres meses adicionales, para elaborar el nuevo texto constitucional que deberá ser aprobado por las dos terceras partes de sus integrantes. Posteriormente los ciudadanos deberán refrendar o no ese texto constitucional en un segundo plebiscito.

La composición de la Convención Constitucional resultado de las elecciones de 15 y 16 de mayo de 2021 promete la redacción de un nuevo texto constitucional de vanguardia porque los partidos de la derecha no tendrán posibilidad de bloqueo, pues en la Convención Constitucional la Constitución debe aprobarse por las dos terceras partes de sus miembros. Los grandes triunfadores fueron los candidatos independientes -48 convencionales constituyentes que representan el 31% de los votos-; los candidatos de los partidos de derecha lograron el 23.9% de los votos y tendrán 37 convencionales constituyentes; los partidos de centro izquierda obtuvieron 25 escaños con el 16.1% de los votos; 17 escaños fueron para los pueblos originarios; y, la izquierda radical integrada por el Partido Comunista y el Frente Amplio logró 28 representantes con el 18.1% de los votos.

Las reglas y procedimientos de la Convención son también materia de estudio en estas páginas. Se destacan sus características: la votación de la Constitución por las dos terceras partes de sus miembros; su composición diseñada para respetar la paridad de género -77 mujeres y 78 hombres-, la representación indígena -17 de los 155-, los temas que están vedados para la Convención, los mecanismos de control en caso de violación a los procedimientos de la Convención, el doble plebiscito, los derechos y obligaciones de los convencionales constituyentes, el estatuto de los convencionales constituyentes de origen independiente, los órganos de la Con-

vención Constitucional, los quórum de votación, así como las distintas formalidades para su instalación y funcionamiento.

El ensayo atiende en su marco teórico a cuatro reflexiones sobre: 1) Las distintas explicaciones sobre el constituyente originario, en dónde reside éste, y qué implicaciones tiene para superar las materias vedadas a la Convención Constitucional por la reforma constitucional publicada el 24 de diciembre de 2019 -artículo 135 de la Constitución vigente-; 2) la Convención Mixta Constitucional que existió como hipótesis y que no fue votada por los ciudadanos en el plebiscito por su carácter predemocrático e ilegítimo; 3) La importancia y legitimidad democrática del doble plebiscito para aprobar la nueva Constitución; y, 4) Lo qué entraña el derecho constitucional transitorio como instrumento y vehículo del poder constituyente originario.

Me parece que las reflexiones teóricas en las que se abunda en la última parte del artículo nos sirven para concebir cómo podría ser un futuro proceso constituyente originario en México. Las lecciones del derecho constitucional comparado a este respecto y la manera en la que se vaya aprobando el nuevo texto constitucional para Chile nos serán de utilidad en nuestro país en el futuro. No tengo ninguna duda al respecto.

II. LAS CAUSAS DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA

Existe un gran consenso en Chile, entre politólogos y juristas acerca del carácter neoliberal y autoritario de la Constitución chilena en vigor³. Cabe señalar que antes del golpe de Estado de 11 de sep-

³ Entre otros: Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*, Santiago, Lom Ediciones, 2013; Atria, Fernando, et. al., *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, Lom Ediciones, Santiago, 2017; Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016; Bassa, Jaime, *Chile decide. Por una nueva Constitución*, Santiago, Editorial Planeta Chilena, S.A., 2020; Contreas Vásquez, Pablo y Lovera Parmo, Domingo, *La Constitución de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020; Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ediciones UC, 2006;

tiembre de 1973, Chile era uno de los países de América Latina con algunos antecedentes democráticos. El fin violento y abrupto del gobierno de Salvador Allende significó durante dos décadas la dictadura del general Pinochet. La Constitución vigente en Chile, que data de 1980, y aunque cuenta con múltiples reformas, no deja de ser aún el texto del régimen autoritario nacido de una Junta Militar. A la estructura jurídica de impronta no democrática y ser además una Constitución heredada del pinochetismo con fuertes rasgos contramayoritarios, sumamos que en el lapso de la dictadura y después de ella, se implementó en ese país, y con gran fuerza, el modelo económico neoliberal, haciendo de Chile un ejemplo latinoamericano y mundial de las supuestas bondades de ese modelo. El crecimiento económico en el periodo neoliberal ha sido importante, pero no ha significado un incremento del desarrollo, es decir, del bienestar de los amplios sectores de la población en el acceso a los derechos relacionados con la educación, la salud, la seguridad social, la vivienda, el trabajo, y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En los últimos años se han producido en Chile reclamos persistentes de la sociedad -clases medias y empobrecidas- a los gobiernos de Chile para que se pusiera un límite y se revirtieran los efectos nocivos del modelo neoliberal que producen desigualdad, pobreza y exclusión, y que impiden la satisfacción y garantía plena de los

Figueroa Rubio, Pamela y Jordán Díaz, Tomás (editores), *7 Propuestas para la nueva Constitución de Chile*, Santiago, Editorial de la Universidad de Santiago de Chile, 2020; Heiss, Claudia, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, Santiago, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., 2020; Marshall, Pablo, y Muñoz, Fernando, *Derecho Constitucional. El sistema de gobierno y sus órganos*, Valdivia, ediciones Derecho Austral, 2016; Nogueira Alcalá, Humberto, *Chile. Constituciones Iberoamericanas*, México, UNAM, 2005; Ramírez, Simón, “Constitución chilena y gubernamentalidad neoliberal”, en *Derecho y Crítica Social* 5(1-2), Santiago de Chile, 2019; Roitman Rosenmann, Marcos, “El golpe de Estado en Chile: las piezas del puzzle”, en *La Jornada*, Perfil, 13 de septiembre de 2021; y, Zúñiga Urbina, Francisco y Cazor Aliste, Kamel, “Régimen político: régimen semipresidencial. Algunas claves del debate constituyente”, Santiago, mimeo, 2021.

derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Las revueltas sociales de octubre de 2019 -causa inmediata de la Convención Constitucional- estuvieron motivadas por las exigencias de un amplio abanico de la sociedad chilena a favor de un cambio profundo que debía modificar el modelo de mercado hipercapitalista para dar paso a una economía de carácter social que garantice entre otros los derechos a la educación, salud, seguridad social, vivienda y trabajo, y que además transforme las estructuras políticas y jurídicas que han beneficiado a las élites a fin de democratizar las instituciones y el orden jurídico chileno⁴.

Constitucionalmente, y a pesar de las numerosas reformas que a la ley fundamental de Chile se han realizado desde 1989, el diseño y el uso de la maquinaria del poder estatal, sustrae a la sociedad que no forma parte de la élite del poder político estatal. El sistema constitucional chileno fue pensado por los redactores de la Constitución de 1980 y por los autores de la mayoría de sus reformas para que no se modificara el “status quo”⁵. En Chile después de Pinochet han gobernado, más o menos alternativamente, el centro derecha y el centro izquierda, pero no existe una diferencia sustancial entre ellos, pues las instituciones constitucionales no permiten introducir virajes profundos a la situación económica y de poder político establecida⁶.

En muchos sectores existía la convicción de que no era muy relevante qué partido gobernara, porque las normas e instituciones de la Constitución conferían el control del Estado a los intereses de siempre, y porque la existencia de las instituciones contramayoritarias previstas en el texto constitucional bloqueaban cualquier esfuerzo

⁴ Croda, Rafael, “Una Constitución que enterrará al pinochetismo”, en *Revista Proceso*, México, número 2327, 6 de junio de 2021, pp. 58-59.

⁵ Zúñiga Urbina, Francisco, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, México, UNAM, 2014, pp. 3-4.

⁶ Guzmán Errázuriz, Jaime, “El camino político”, Santiago, en *Revista Realidad*, año 1, número 7, 1979, pp. 13-23.

hacia el desarrollo democrático y la consolidación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Los partidos gobernantes abusaron de los quóruns y procedimientos hiper calificados que establecía anteriormente la Constitución para impedir reformas de importancia, y con el respaldo de las instituciones contramayoritarias como el Banco Central y el Tribunal Constitucional, detuvieron a través de los mecanismos de control financiero y constitucional, las reivindicaciones sociales para conservar y mantener las reglas e instituciones existentes.

La Constitución chilena de 1980, antes de las reformas de 2019, era un texto de extrema rigidez para efectos de reforma. Se caracterizaba porque para reformarla se necesitaban: a) las dos terceras partes de los legisladores de ambas cámaras, b) además el sistema electoral entonces vigente y llamado binominal sobrerrepresentaba a los partidos tradicionales, principalmente y de manera artificial a la segunda fuerza - para las elecciones legislativas en 2017 ya no se aplicó-, c) el Tribunal Constitucional funcionaba como una tercera Cámara revisando el procedimiento de cualquier reforma constitucional, y d) hubo hasta la reforma constitucional de 2005 senadores vitalicios y designados. Estos elementos normativos y políticos otorgaban un poder de veto a los partidos del status quo frente a las mayorías sociales y políticas. Ese sistema se ha calificado con razón como sesgado hacia las élites,⁷ y también, por esas variables, se estimó que Chile era una democracia semisoberana⁸.

Durante 2005 se realizó una importante reforma constitucional para eliminar algunos enclaves autoritarios como los senadores vitalicios y designados, además de remover paulatinamente el sistema electoral binacional, y reducir la influencia de los militares en los asuntos civiles. Esas modificaciones constitucionales fueron concer-

⁷ Alvertus, Michael y Menaldo, Víctor, *Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

⁸ Huneeus, Carlos, *El régimen de Pinochet*, Chile, Taurus, 2016.

tadas y pactadas por el centro derecha y el centro izquierda, se trató de reformas de élite, sin el concurso de los ciudadanos⁹.

A partir de 2006 arrecia la demanda social para que se reconozcan los derechos económicos y sociales en la Constitución. El Estado Chileno desde 1975 había asumido el modelo neoliberal y durante todos estos años ha sido refractario al reconocimiento constitucional de los derechos sociales como derechos humanos. En 2006 los estudiantes de las secundarias chilenas, mediante masivas protestas, lograron deslegitimar la ley orgánica en materia de educación que promovía procesos privatizadores en ese ámbito.

En 2011, los estudiantes universitarios exigieron mediante fuertes protestas la universalización del derecho a la educación superior, y pidieron la constitucionalización de ese derecho. A las protestas y reclamos de los estudiantes se fueron sumando otras reivindicaciones sociales: reforma al sistema de pensiones privatizado, el indispensable reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, la asunción constitucional de los derechos al medio ambiente, y la inclusión en la ley fundamental de los derechos de las minorías sexuales. Ninguna de las anteriores pretensiones tuvo éxito, pues no se plasmaron en el texto constitucional. Por lo que de manera evidente resultó, para todos los sectores que protestaban, que la salida a los conflictos y a los enfrentamientos pasaba por la aprobación de una nueva Constitución.

El gobierno de Michelle Bachelet, en su segundo periodo presidencial de 2014 a 2018, se comprometió a iniciar un proceso constituyente. La propuesta de la entonces presidente provocó un gran debate en el país, pero sus esfuerzos fracasaron porque sus iniciativas de reforma constitucional no obtuvieron las dos terceras partes de los integrantes de las Cámaras del Congreso. El procedimiento

⁹ Espinoza Troncoso, Rodrigo, “Flexibilidad constitucional y democracia: una revisión crítica de la teoría liberal. Explorando la experiencia de Uruguay, Venezuela y Chile”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 191, enero/marzo 2021, pp. 215-245.

de reforma constitucional vigente en ese entonces, demostraba una vez más que era un valladar para la transformación política y constitucional de ese país¹⁰.

Los contratiempos del gobierno de Bachelet, encaminados a reformar la Constitución o a convocar a un Congreso constituyente, acicatearon los ánimos de amplios sectores que querían una nueva Constitución porque la vigente les parecía autoritaria y muy alejada de las necesidades sociales de Chile. La demanda por una nueva Constitución cobra fuerza, otra vez en 2019, cuando en octubre de ese año los estudiantes protestaron contra las alzas en las tarifas del metro de Santiago. El gobierno de Sebastián Piñera reprimió con violencia las inconformidades, y la ciudadanía en respuesta a la coacción gubernamental, de manera pacífica salió a protestar en todas las calles de las ciudades importantes del país. Los reclamos exigían cambios profundos al sistema político y económico.

El gobierno de Sebastián Piñera endureció la represión después de algunos incidentes violentos y decretó el toque de queda a nivel nacional. La torpeza política del gobierno propició que más de un millón y medio de manifestantes saliera nuevamente a las calles de Santiago para proponer una nueva Constitución, la que, para los ciudadanos en protesta, debía modificar las variables políticas y económicas más retardatarias del régimen heredado por la dictadura de Pinochet.

Después de esa gran manifestación se sucedieron más protestas públicas, tanto violentas como no violentas, en donde ocurrieron hechos violatorios a los derechos humanos perpetrados por los Carabineros, el cuerpo de seguridad pública chileno. El 15 de noviembre de 2019 se aprobaron las reformas a la Constitución de 1980 que regulan los instrumentos y mecanismos ciudadanos e institucionales para convocar a una Convención Constitucional y aprobar una nueva Constitución.

¹⁰ Zúñiga Urbina, Francisco, *op.cit.*, p. 161.

III. LAS REGLAS Y LOS PROCEDIMIENTOS PARA ELABORAR LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Durante 2019 se aprobó la reforma a la Constitución de Chile de 1980¹¹ para establecer el procedimiento para elaborar la nueva Constitución. Se adicionaron para ese efecto 14 artículos nuevos – del 130 al 143-, y se modificaron e incluyeron diversas disposiciones transitorias para ese efecto. Las reglas del procedimiento constitucional regulan como expondremos: la existencia de dos plebiscitos, uno previo para preguntar a los ciudadanos si deseaban o no una nueva Constitución, y qué órgano debía discutir su elaboración, y uno posterior que refrendará o no el texto constitucional; el estatuto jurídico de los convencionales constituyentes; el plazo que tendrá la Convención Constitucional para aprobar el nuevo texto constitucional; los quórum de votación para aprobar las normas constitucionales; los órganos de la Convención Constitucional; las materias vedadas a la Convención Constitucional; el control jurídico de los procedimientos de la Convención Constitucional; y las concernientes a la publicación del texto constitucional.

El artículo 130 reguló la celebración de un plebiscito nacional para iniciar el proceso constituyente. Según el precepto, el presidente de la república tuvo la obligación de convocar el plebiscito -se celebró el 25 de octubre de 2020-. En el plebiscito, los ciudadanos dispusieron de dos cédulas de votación, en la primera se preguntó a los ciudadanos si deseaban una nueva Constitución, y en la segunda se cuestionó a los ciudadanos si la Constitución debía ser aprobada por una Convención mixta constitucional -que se integraría en partes iguales por constituyentes electos para ese efecto y por legisladores en ejercicio- o por una Convención constitucional

¹¹ La reforma se contiene en la Ley número 21.200 publicada en el *Diario Oficial de Chile* de 24 de diciembre de 2019 -artículos 130 a 143. En el *Diario Oficial* de 26 de marzo de 2020 se publicó el nuevo calendario electoral para la elección de los integrantes de la Convención Constituyente.

integrada exclusivamente por constituyentes elegidos democráticamente. La norma señaló que, si la ciudadanía votaba por una nueva Constitución, la elección democrática de los miembros de la Convención Mixta Constitucional o de la Convención Constitucional se realizaría, como ocurrió, los días 15 y 16 de mayo de 2021.

Según el artículo 131 los integrantes de la Convención se les llamarán Convencionales Constituyentes. La elección de los convencionales constituyentes se normó en lo conducente por las normas vinculadas a la elección de los diputados. Se prescribió que la calificación de la elección de constituyentes debía concluirse treinta días después de su elección, y que la proclamación de validez se debía comunicar al presidente de la república y al Congreso Nacional.

El artículo 132 indicó los requisitos e incompatibilidades de los convencionales constituyentes. Los servidores públicos de cargos de importancia cesan en sus cargos públicos desde el momento que sus candidaturas quedaron registradas como candidatos constituyentes. Lo mismo ocurre con cargos directivos de naturaleza gremial o vecinal.

De acuerdo al artículo 133 de la Constitución, el presidente de la República debe convocar a la instalación de la Convención y debe además señalar el lugar para que se produzca la instalación. Si no se señala la sede de la Convención Constitucional, la misma es la del Congreso Nacional. En la primera sesión, la Convención debe elegir a un presidente y a un vicepresidente por mayoría absoluta de sus miembros. La Convención debe aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de los convencionales constituyentes totales -la nueva Constitución se aprueba por las dos terceras partes de sus miembros-. La Convención contará con una secretaría técnica. El presidente de la República está obligado a prestar el apoyo técnico, administrativo y financiero para el funcionamiento de la Convención.

El estatuto de los convencionales constituyentes es en su mayor parte el de los legisladores chilenos, con algunas excepciones. Se

dispone que, si hay servidores públicos que hayan sido proclamados constituyentes, éstos deberán contar con un permiso sin goce de remuneraciones mientras sirvan a la Convención. A los constituyentes, les son aplicables las normas sobre probidad, conflictos de interés, y cabildeo que prevé el ordenamiento jurídico chileno. El artículo 134 determina que los constituyentes recibirán una retribución mensual de 50 unidades tributarias además de las asignaciones que se establezcan en el Reglamento de la Convención.

En el artículo 135 se estableció que la Convención Constitucional no puede celebrar ninguna otra función de autoridad. Mientras no entre en vigencia la nueva Constitución, la Constitución de 1980 y sus reformas seguirá en vigor, sin que pueda la Convención constituyente negarle autoridad o modificarla. Según ese precepto, la soberanía no reside en la Convención Constitucional sino en el pueblo y en las autoridades constituidas. El texto de la nueva Constitución que se someterá a plebiscito deberá respetar la naturaleza republicana del Estado chileno, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile¹².

Según el artículo 136 de la Constitución se podrá reclamar la infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, pero en ningún caso se pueden impugnar los contenidos sustantivos de las normas aprobadas por la Convención. La Corte Suprema resolverá sobre los reclamos procedimentales. Las sentencias podrán anular los actos impugnados y deben dictarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento del asunto. Contra esas determinaciones no cabe acción ni recurso alguno. Tampoco la reclamación

¹² En Chile, desde la Constitución de 1833, las élites siempre han tenido temor a los mecanismos de reforma constitucional y han aprobado procedimientos muy rígidos para impedir los cambios constitucionales, y también, han pretendido, como en este caso, limitar los poderes de la Convención Constitucional, sin entenderse bien lo que entraña un proceso constituyente. García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 132.

es procedente para impugnar decisiones de la Convención que estén relacionadas con las materias que a ella le son vedadas -naturaleza republicana del Estado, régimen democrático, sentencias firmes y ejecutoriadas y tratados-.

El artículo 137 indica que la Convención deberá redactar y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución en el plazo máximo de nueve meses, contado desde la instalación, mismo que puede prorrogarse por tres meses una sola vez. Al concluir el plazo de nueve meses, y en su caso el de la prórroga de la Convención, ésta se disolverá de pleno derecho.

En el artículo 138 se estatuye que la Convención podrá establecer disposiciones especiales de entrada en vigencia de algunas normas o capítulos de la nueva Constitución. La nueva Constitución no puede en principio poner término anticipado al periodo de las autoridades electas, salvo que las instituciones sean suprimidas o sean objeto de una modificación sustancial. La nueva Constitución debe proveer el modo que las otras autoridades que la Constitución establece cesarán o continuarán en sus funciones.

La Convención mixta constitucional se normó en los artículos 139 y 140, y en virtud de que no fue el método autorizado por el pueblo para aprobar la nueva Constitución es que no lo trataremos en estas páginas. La Convención Constitucional está integrada por 155 ciudadanos. Los integrantes de la Convención Constitucional no podrán ser candidatos a cargos de elección popular mientras ejercen sus funciones y hasta un año después de que cesen en sus cargos en la Convención.

En el artículo 142 se regula el plebiscito constitucional para que, aprobado el texto de la nueva Constitución por la Convención Constitucional, el mismo se someta al pueblo para su aprobación definitiva. El sufragio de este plebiscito será obligatorio, con excepciones previstas en la Constitución y en la ley debidamente justificada. En el plebiscito la ciudadanía dispondrá de una cédula electoral que preguntará a los ciudadanos si se aprueba o no el nuevo texto. La

calificación de los resultados deberá quedar concluido dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su celebración. Si el nuevo texto de Constitución es aprobado, el Congreso Pleno de Chile promulga la nueva Constitución, y al ser ésta publicada dentro de los diez días siguientes a su promulgación, la nueva Constitución entra en vigor y sustituye a la anterior de 1980 y sus reformas.

IV. LOS ARTÍCULOS TRANSITORIOS A LAS REGLAS Y PROCEDIMIENTOS DE APROBACIÓN DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Los preceptos transitorios de la Constitución reformados en 2019 y relacionados con la Convención Constitucional establecen reglas sobre: los candidatos independientes; la manera de garantizar la paridad de género en el proceso constituyente; las normas sobre los pueblos originarios y su participación en la Convención; la prohibición del transfuguismo; diversas reglas electorales para la realización de los dos plebiscitos y la elección de los convencionales constituyentes; disposiciones sobre la emergencia sanitaria suscitada por la pandemia del COVID 19 y sus vínculos con la Convención Constitucional; y reglas para el retiro de recursos de los fondos de ahorros por parte de los trabajadores.

El artículo vigésimo noveno transitorio de la Constitución chilena de 1980 y sus reformas establece las reglas para la elección de los representantes de la Convención Constitucional. En cuanto a los candidatos independientes fuera de lista se señala que se requerirá el patrocinio de al menos el 0.2% de los electores que hubiesen sufragado en el respectivo distrito electoral en la anterior elección de diputados. Se precisa que dos o más candidatos independientes podrán constituir una lista electoral en un distrito electoral, y en ese caso se necesita el patrocinio de al menos el 0.5% de los electores que hubiesen sufragado en el distrito correspondiente.

En materia de género, el artículo trigésimo transitorio establece reglas para garantizar en las candidaturas, ya sea que provengan de

partidos, pactos electorales o listas de independientes, la igualdad de género entre hombres y mujeres. Si no se respetan las normas en materia de género, la consecuencia según la norma es el rechazo de todas las candidaturas declaradas en el distrito por los partidos, el pacto electoral o la lista de independientes.

Respecto al equilibrio entre mujeres y hombres en la elección de Convencionales Constituyentes, el artículo trigésimo primero expresa disposiciones minuciosas para que se produzca la igualdad en la integración de la Convención Constituyente. El fin de la norma obstaculiza una composición de la Convención Constituyente que favorezca la representación a favor de uno de los géneros.

El artículo trigésimo sexto transitorio prohíbe el transfuguismo. Se indica, en el caso de los candidatos de partido a la Convención Constituyente, que no podrán afiliarse a otro partido en el lapso comprendido entre el 26 de octubre de 2019 y la fecha en la que vence el plazo para declarar candidaturas. En cuanto a los candidatos independientes, éstos no podrán haber estado afiliados a un partido político dentro del lapso comprendido entre el 26 de octubre de 2019 y la fecha de vencimiento del plazo para declarar candidaturas.

En el artículo cuadragésimo primero transitorio se establecieron reglas para el desarrollo del plebiscito nacional que se contempló en el artículo 130 de la Constitución chilena y también para las elecciones de la Convención Constitucional celebrada los días 15 y 16 de mayo de 2021. Entre otras, se previeron las siguientes: a) La constitución, instalación y funcionamiento de las mesas receptoras de sufragios; b) el horario de las mesas receptoras de votación; c) el número y causales de excusa o exclusión de los vocales de las mesas receptoras de sufragios y de los miembros de los colegios escrutadores; d) el aforo de personas al interior de los locales de votación; e) la distancia social entre los votantes; f) las cámaras de vigilancia sobre las mesas de votación; g) el número máximo de apoderados por cada opción plebiscitario; h) el material electoral; i) el tipo de

lápiz para llenar los materiales electorales; j) el uso de mascarillas y otros medios de protección; y, k) los protocolos sanitarios.

El artículo cuadragésimo segundo transitorio contempla las bases para la transparencia de la propaganda y publicidad electorales de los plebiscitos previstos en los artículos 130 y 142 de la Constitución. Fundamentalmente, esas normas establecen límites a los donativos privados, topes al gasto electoral, así como regulaciones en materia de transparencia electoral y política. Además, se determinan las sanciones por el incumplimiento de esas disposiciones.

Los pueblos indígenas son normados en el artículo cuadragésimo tercero transitorio. Se determina que la Convención Constitucional debe incluir diecisiete escaños reservados para los pueblos indígenas. La disposición establece las reglas de participación electoral de los pueblos originarios: requisitos de las candidaturas, patrocinio de candidaturas, paridad de género, recursos y medios logísticos para facilitar la difusión y registro de los electores indígenas, las competencias del Servicio Electoral para asignar los escaños indígenas, entre otras.

Las reglas para la distribución de los tiempos del Estado entre los candidatos indígenas, independientes y de partidos se desarrollan en el artículo cuadragésimo cuarto transitorio. En Chile se trata de tiempos en televisión, y se dispuso que, de la franja total disponible, 13% de tiempo se asignaría a los candidatos indígenas, y el resto debía ser compartido por los independientes y los candidatos de partido.

En los artículos cuadragésimo quinto, sexto, séptimo y octavo se regulan los reembolsos adicionales de gastos electorales para los candidatos a escaños reservados para pueblos indígenas, se determinan bases específicas para la participación del pueblo Rapa Nui, y se proveen disposiciones para la participación electoral de las personas con discapacidad. Los demás artículos transitorios -cuadragésimo noveno y quincuagésimo- aluden a medidas electorales vinculadas a la emergencia sanitaria, y a reglas para el retiro de recursos de los fondos de ahorros por parte de los trabajadores.

V. MARCO TEÓRICO SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

Las reglas y los principios aprobados en la reforma de 2019 a la Constitución de Chile de 1980 para aprobar la nueva Constitución merecen diversas reflexiones que son muy pertinentes para las presentes y tal vez futuras realidades chilenas y mexicanas. Expongo las que, desde mi punto de vista, me parecen más trascendentes¹³.

1 ¿EN DÓNDE RESIDE EL CONSTITUYENTE ORIGINARIO?

Según el artículo 135 de la Constitución chilena reformada en 2019, la soberanía no residirá en la Convención Constituyente sino en el pueblo y en las autoridades constituidas. El precepto agrega que el texto de la nueva Constitución que se someterá a plebiscito final deberá respetar la naturaleza republicana del Estado chileno, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile.

La norma expresa desde mi punto de vista el temor de la oligarquía chilena para conferirle a la Convención Constituyente amplios poderes -¿una Convención Constituyente revolucionaria?- y, por ello, se establecieron dos acotaciones: 1) No reside en ella el poder soberano; y 2) Existen materias que no son parte de su competencia: las funciones de las autoridades constituidas, la naturaleza republicana del Estado chileno, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados ratificados por Chile.

¹³ Puede haber otras muy importantes relacionadas con los derechos de género -la composición paritaria de la Convención Constitucional-, la participación de los pueblos originarios en ella, y/o la fuerte presencia de convencionales constituyentes independientes.

El precepto es, con mucho, el más polémico de la reforma constitucional chilena de 2019. ¿Por qué? El poder constituyente es en principio, aunque no sólo, un poder político existencial y fáctico, que brota de la comunidad, la que decide darse una Constitución, constituir un Estado o que asume transformar o sustituir el “status quo imperante”¹⁴. Tal como lo señala Vanossi, todo poder constituyente cumple cualquiera de las dos siguientes funciones: ya sea expresando un poder fundacional (creando el Estado) o a través del poder de revolución (el cambio de formas del Estado)¹⁵. Los autores clásicos sobre el poder constituyente dicen que su validez jurídica no deriva del ordenamiento previo, constituye una “ruptura” ideológico e institucional con las normas previas, si es que éstas tienen vigencia. No es en sus inicios un acontecimiento jurídico sino político —ahora se señala, por algunos, que en él hay una conciencia ética orientadora y legitimadora— que termina expresándose jurídicamente.

La teoría del poder constituyente ha tendido muy distintas explicaciones. Una de las primeras de carácter moderno fue la contractualista. El origen del Estado y del Derecho es un pacto: la comunidad decide organizarse institucional y jurídicamente desde la libertad, sin vínculos sacramentales o derivados del poder de un sólo hombre. En los Estados Unidos, el poder constituyente fue el resultado de acuerdos y negociaciones para distribuir el poder al interior de la comunidad¹⁶. John Wise explicó que en todo proceso constituyente han de distinguirse tres etapas: el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional¹⁷. En el momento de la libertad se determina la “libertad civil” que corresponde a los ciudadanos,

¹⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Poder Constituyente, Constitución y cambio democrático*, México, UBIJUS, 2015.

¹⁵ Vanossi, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 241.

¹⁶ Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2002.

¹⁷ Wise, John, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.

es decir, aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil; se refiere obviamente a lo que hoy conocemos como los derechos fundamentales. En la segunda etapa, los distintos individuos de la comunidad, ceden su soberanía o parte de ella a una entidad superior a cada uno de ellos e integradora de todos ellos, se constituye lo que llamamos pueblo o nación; este pueblo o nación queda así afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. En este contexto surge el concepto de Poder Constituyente cuya naturaleza inicial es de “*res facti, non iuris*”, es decir, un poder político, como ya lo hemos descrito, existencial y fáctico que surge de la comunidad que decide darse la Constitución, cuya actuación no está constreñida por los límites del Derecho previo, lo que no significa necesariamente la derogación total o absoluta de ese Derecho, sino sólo de aquellas partes que se oponen materialmente al mismo. En la tercera etapa, una vez creada o refundada la comunidad, habiendo surgido el soberano, da comienzo la última fase del proceso constituyente: el momento constitucional. La finalidad de la Constitución es evidente: reconocer los derechos fundamentales, establecer la organización política del Estado, pero como un sistema de garantías de la libertad frente al poder político.

Una segunda explicación dominante sobre el poder constituyente, es la francesa surgida a partir de 1789, de carácter revolucionario, en donde las ideas relevantes no son las del pacto o contrato sino las de creación del Estado por un acto revolucionario y de la ruptura con el poder establecido, además de insistir en el carácter ilimitado y absoluto del poder de transformación. El titular de la soberanía y por consiguiente del poder constituyente es el pueblo, el que tiene el derecho inalienable de modificar y alterar la estructura del Estado, puede hacerlo “...como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y dis-

crecional potestad para elegir el régimen político a implantar...”¹⁸. El poder del constituyente surge de una fuerza revolucionaria que se impone a un poder establecido, esa fuerza es absoluta e ilimitada, “...el poder constituyente todo lo puede...no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... y para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y de control, salvo los que el mismo le pluguiera adoptar”¹⁹. El poder constituyente es “absolutización de los valores políticos, es un puro deber ser, es empezar de nuevo, es elisión del pasado y reducción de un futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica imprevista y sucesivamente retención del movimiento, es expresión de un solo sujeto político, individualizado e incondicionado y por esto soberano”²⁰.

La tercera explicación sobre el poder constituyente lo entiende, no sólo como el pacto o el contrato o, exclusivamente, como el acto revolucionario de transformación, sino como un proceso de legitimación democrática²¹. Teorías contemporáneas alemanas como la de Häberle o Ernest Wolfgang Böckenförde así lo comprenden²². Las Constituciones no derivan del mero *factum* de su nacimiento,

¹⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo, *óp. cit.*, p. 243.

¹⁹ Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

²⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “Storia e Costituzione”, en *Il Futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 42.

²¹ En una posición similar se encuentra el profesor portugués Gomes Canotilho que afirma que una de las características que tiene el pueblo como titular del poder constituyente es la de entenderlo desde su grandeza pluralista formada por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, vehículos de intereses, ideas, creencias y valores plurales convergentes y conflictuales. Sólo ese pueblo concebido como comunidad abierta de sujetos constituyentes que pactan y consienten, tiene el poder de disponer y de conformar el orden político-social. Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituicao*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 71 y 72.

²² Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 129-139; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 159-180. También ver: Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 41-89.

sino de una magnitud que la precede y que aparece como un poder o autoridad especial que no es otra cosa que el poder constituyente. El poder constituyente rebasa el ámbito del Derecho y tiene que ver sobre todo con la fundamentación y la legitimación del poder. El constituyente originario reside en el pueblo o comunidad que decide darse una Constitución. El Derecho está vinculado a datos prejurídicos que lo fundamentan y lo legitiman. Dice Böckenförde que "...como cuestión límite del Derecho constitucional, la pregunta por el poder constituyente puede plantearse desde distintas perspectivas. Si se atiende a un punto de vista genético, la cuestión gira en torno al origen histórico-político de la Constitución, a su aparición y a las fuerzas que participaron en ella. Desde el punto de vista de la teoría del derecho lo que se plantea es la pregunta por el fundamento normativo de la validez de la Constitución, del que deriva la pretensión de tal validez. Si esta pregunta va más allá del terreno formal, entonces se pasa a una perspectiva propia de la filosofía del derecho, la cual se interesa por el fundamento de la validez normativa de la Constitución. Y si la Constitución se entiende, como ocurre hoy en día, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, la pregunta se amplía hasta cuestionar el fundamento jurídico (material) del derecho en general"²³.

En nuestra época y desde una perspectiva democrática y transformadora, el pueblo debe comprender a la mayoría de los individuos que representan los diversos sectores sociales e ideológicos de una sociedad y que están comprometidos con una idea de transformación y de inauguración de un nuevo régimen político, económico y social. Muchas preguntas son generadas por la actuación del poder constituyente, por ejemplo, si esa magnitud política puede sustraerse a procedimientos y formas de encauzamiento o, si una

²³ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., p. 161.

vez desempeñado su papel desaparece²⁴. En cuanto a la primera se señala que el poder constituyente no está obligado a seguir formas previas previstas en la Constitución o en el orden que pretende destruir o sustituir, puede buscar y crear sus propias formas de manifestarse, aunque la conciencia de nuestra época exigiría formas y procedimientos de expresión democráticos y abiertos. Sobre si el poder constituyente desaparece, una vez concluida su función, debe indicarse que si atendemos a lo qué es, esto es, una magnitud política consciente de su fuerza política real, no puede ser reducido jurídicamente a la nada una vez que ha actuado; es y sigue actuando como magnitud y fuerza. Si a la Constitución elaborada por ese poder constituyente le faltan las convicciones jurídicas y políticas vivas de la comunidad, la Constitución entraría en un proceso de erosión, por ello, el poder constituyente no puede desaparecer, es atemporal y puede manifestarse para eliminar la Constitución o para vaciarla de contenidos. Es adecuado, por tanto, establecer en la Constitución procedimientos democráticos de actuación del poder constituyente, al igual y obvio es decirlo, que procedimientos y competencias democráticas de los poderes constituidos, aunque se advierte que como magnitud y fuerza política puede no atenderlos.

Si existen condiciones democráticas, el titular o sujeto del poder constituyente es el pueblo, el que constituye una “magnitud política” capaz de instituir una Constitución. El pueblo en situaciones democráticas -de no manipulación, de libertad, de apertura, tolerancia y toma de conciencia- está formado por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones,

²⁴ Estas preguntas han preocupado desde siempre a la teoría del poder constituyente. Por ejemplo, Carl Schmitt sostenía el carácter “inconstituible” del poder constituyente del pueblo, esto es, a la imposibilidad de que el poder constituyente esté determinado por formas jurídicas y por procedimientos, además consideraba que el poder constituyente del pueblo reaparece cuando se cuestiona el sistema político existente y se instauro uno nuevo, aunque podría el poder constituyente presentarse sin necesidad de que el régimen sea puesto en cuestión. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza editorial, 1982, pp. 94-99.

vehículos de intereses, ideas, creencias y valores, tanto convergentes como plurales. El concepto pueblo tiene un sentido político, es decir, personas que son conscientes de su lugar en la Historia y que entienden la necesidad de la transformación del status quo con base a ideas, intereses o representaciones de naturaleza política, esto es, se requiere de una base de legitimidad evidente para que las personas puedan articular nuevas formas de convivencia²⁵.

Como lo dicen autores como Böckenförde, Häberle o Gomes Canotilho, el pueblo tiene un carácter plurisubjetivo capaz de definir, proponer y defender ideas, modelos de organización que serán la base de la Constitución. Es el pueblo una “comunidad abierta de sujetos constituyentes” que pactan para conformar el orden político-jurídico y social. El pueblo no es sólo el de los propietarios, o los de la elite revolucionaria –la vanguardia de la sociedad-, o el pueblo de los electores; el pueblo en sentido político, es el de las mayorías y las minorías, es el pueblo que presupone personas libres e iguales, con capacidad y conciencia ético-política para determinar, mediante el consenso, pero también como apunta Negri, a través del disenso y la crítica, sus formas de convivencia y su destino²⁶.

No existe un solo modelo de poder constituyente, éstos son diversos como lo son las tradiciones históricas particulares y nacionales. En el modelo inglés existe un poder constituyente evolucionista, en

²⁵ La legitimidad en la que se piensa no es la legitimación tipo Luhmann “a través del procedimiento” en el sentido de que los procedimientos son mecanismos aptos para generar una presunción de legitimidad que sustituya el imposible consenso fáctico en un contexto en el que la finalidad de los mecanismos jurídicos y sociales en general y de los procedimientos en particular es la de reducir el número de alternativas y aumentar la previsibilidad de lo que va a suceder. Por el contrario, a diferencia de Luhmann, los procedimientos de legitimación son importantes porque aumentan la complejidad y por lo tanto las alternativas. Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987.

²⁶ Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, Prodhufi, 1994.

donde no existió la pretensión de generar un nuevo orden político, ni tampoco la pretensión de diseñar y planificar de origen, modelos políticos, sino de ir perfeccionando los existentes. En el modelo norteamericano, la finalidad fue la de moderar y restringir el poder más que la de promover y dar prevalencia a un poder democrático ilimitado. El caso francés responde más al modelo de Negri; se buscó durante la revolución francesa, crear una Constitución a través de la destrucción del viejo régimen, pero apuntalando a un poder supremo –la nación- que elabora la Constitución. De lo anterior se colige que existen vías distintas de estructuración y de organización del poder constituyente. Lo importante de los distintos modelos de poder constituyente, es que todos ellos, han producido categorías jurídicas fundamentales para el propio poder constituyente y las Constituciones resultantes, conceptos como el de soberanía popular, derechos fundamentales o división de poderes, son herederos en sus significados actuales de los diferentes modelos de poder constituyente.

El poder constituyente, dependiendo de las circunstancias y los modelos históricos, se puede articular en fases o etapas: etapas preconstituyentes en donde se toman las primeras decisiones que definirán los principales mecanismos de organización y de procedimiento de la fase posterior; y la etapa constituyente, en donde se adoptan las decisiones constituyentes, ya sea a través de una asamblea constituyente o a través de otras y variadas formas de organización del poder constituyente, por ejemplo, vía referéndum o, como la convención constituyente norteamericana, en la que el proyecto constitucional se elaboró en la Convención de Filadelfia de 1787 y posteriormente fue ratificado por convenciones de los Estados. A partir de los años setentas del siglo XX, el poder constituyente se ha expresado en países de Europa del sur, del este, asiáticos, de Latinoamérica y África, a través de distintas vías o caminos de transición a la democracia –no esencialmente violentos y generalmente pactados- en las que el poder constituyente y sus procedimientos

han servido de solución a las crisis políticas que implican el cambio de un régimen autoritario por uno democrático²⁷.

Una vez elaborada la Constitución el poder constituyente no desaparece ni queda subsumido en la Constitución. El poder constituyente siempre podrá nuevamente hacerse presente, si existe la conciencia de que el orden establecido no es satisfactorio o no cumple sus propósitos, y si se cuenta con la fuerza o magnitud política capaz de articular nuevas pretensiones para sustituir o modificar radicalmente el “status quo”. El poder constituyente no queda integrado a la Constitución que resultó del mismo; en la Constitución se ordenan y regulan poderes constituidos que son por esencia limitados y que están sometidos en su actuación a la ley fundamental. El poder constituyente no equivale a la Constitución, ésta es su producto y permanece con validez y vigor hasta que el poder constituyente así lo determina.

Si asumimos el marco teórico anterior, es conveniente puntualizar que, en Chile, el Poder Constituyente reside en el pueblo que ha decidido modificar y transformar el “status quo”. Ese pueblo se expresa, una vez que ha sido autorizada por él, a través de la Convención Constitucional, y por lo dispuesto por las normas constitucionales vigentes reformadas en 2019, entre ellas el artículo 135 constitucional. Sin embargo, aunque el artículo 135 de la Constitución chilena vigente, establezca límites y materias vedadas a la Convención Constitucional, ésta podrá tratar esas materias prohibidas, por ejemplo, señalando y justificando frente al pueblo que algún tratado ratificado por Chile no debe formar parte de la Constitución o, que ciertas sentencias firmes no deben ser parte de ella porque se violentan con esas normas derechos humanos o principios democráticos, y en consecuencia apelar al pueblo para que en el plebiscito final éste determine como constituyente originario

²⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994.

la legitimidad de las decisiones adoptadas por la Convención Constitucional. En otras palabras, la juridicidad constitucional vigente -el artículo 135 y otros- no puede estar por encima del constituyente originario, que es el pueblo mismo. El constituyente originario no equivale a Convención Constitucional ni siquiera a la Constitución que éste elaborará, sino al pueblo entendido como magnitud política e histórica que se deberá expresar en los dos plebiscitos chilenos, en la Convención Constitucional, y por cualquier otro medio, y en cualquier otro momento que desee manifestarse.

2. CONVENCIÓN MIXTA CONSTITUCIONAL

Durante el plebiscito que se celebró el 25 de octubre de 2020 los ciudadanos dispusieron de dos cédulas de votación, en la primera se preguntó a los ciudadanos si deseaban una nueva Constitución, y en la segunda se cuestionó a los ciudadanos si la Constitución debía ser aprobada por una Convención mixta constitucional -que se integraría en partes iguales por constituyentes electos para ese efecto y por legisladores en ejercicio- o por una Convención constitucional integrada exclusivamente por convencionales constituyentes electos. Como sabemos, un gran porcentaje de ciudadanos chilenos cercano al 80% de los votantes optaron por la Convención Constitucional y no por la Convención Mixta Constitucional.

Creo sinceramente que era predecible, por razones de soberanía y de democracia, que los ciudadanos chilenos preferirían la opción de la Convención Constitucional y no la Convención Mixta Constitucional. Esta última categoría es poco democrática. Tiene su origen en el mundo antiguo y medievo. Su finalidad, como dice Maurizio Fioravanti, es moderar el poder soberano del pueblo. Se pretende hacer descansar parte de la soberanía en las oligarquías partidistas y se busca limitar lo que desde Bodino se llama soberanía popular.²⁸

²⁸ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 71 y ss.

Por eso, los chilenos no aceptaron que la mitad de los constituyentes surgieran de las cúpulas de los grupos parlamentarios.

Según Giuseppe de Vergottini, un Constituyente mixto responde a la lógica del Constituyente pre democrático pero no de uno democrático. En el Constituyente democrático, la sociedad establece plena y totalmente las condiciones, modalidades y alcances de su Convención Constituyente. Vergottini ha explicado algunos casos de “Constituyentes pre democráticos” de naturaleza mixta, en las Constituciones siguientes: Francesa de 1814, de Baviera y Baden de 1818, española de 1834, piamontesa de 1848, japonesa de 1898 y, etíope de 1931²⁹. En esas Constituciones los ciudadanos estuvieron ausentes o parcialmente presentes, pues no definieron en su totalidad y mediante su voto a su órgano constituyente.

Lamentablemente, a diferencia del proceso de reforma constituyente chileno, cuando en México se aprobaron las bases en la Constitución de la República -reforma de 29 de enero de 2016- para la reforma política a la Ciudad de México³⁰, el artículo séptimo transitorio de esa modificación constitucional incluyó un esquema de Constitución Mixta. Se determinó que, de los 100 diputados constituyentes locales, cuarenta de ellos no se originarían directamente en los ciudadanos, sino que provendrían de las siguientes fuentes: 14 senadores en activo, 14 diputados en activo, 6 designados por el presidente de la República, y 6 designados por el Jefe de Gobierno de la Ciudad. La pretensión fue mediatizar la soberanía popular y reforzar ampliando artificialmente el poder político en el constituyente de los partidos establecidos frente al partido emergente (MORENA). En el Constituyente de la Ciudad de México,

²⁹ Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985, pp. 149 y ss.

³⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

ese marco jurídico promovió una democracia de baja intensidad³¹, sin una participación fuerte y amplia de los ciudadanos. Además, y a diferencia de Chile, en el Constituyente de la Ciudad de México se omitió el referéndum. La aprobación de la Constitución de la Ciudad de México debió requerir, como en Chile, de una doble consulta. Una para preguntarles a los ciudadanos si querían la Constitución de la Ciudad, y la otra, para que los ciudadanos de la Ciudad autorizaran el nuevo texto.

3. EL DOBLE PLEBISCITO PARA LA APROBACIÓN DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

El procedimiento para aprobar la nueva Constitución en Chile establece la realización de dos plebiscitos. Uno inicial para preguntar a los ciudadanos si quieren una nueva Constitución, y otro final, para que los ciudadanos señalen si refrendan o no la nueva Constitución.

Desde hace tiempo en México, nosotros nos hemos pronunciado por un procedimiento semejante en caso de que se convocara a un futuro Congreso Constituyente³². En la consulta inicial se preguntaría como en Chile a la ciudadanía si quiere una nueva Constitución y la consulta final servirá para que la ciudadanía refrende o no los cambios acordados por una futura Asamblea Constituyente mexicana. El método de aprobación de una nueva Constitución debe partir de la honradez y de la transparencia ante la sociedad. No se puede fundar un nuevo régimen político de carácter democrático bajo premisas de engaño. En el referéndum previo será necesario, además de preguntarle al pueblo sobre si desea o no un nuevo orden constitucional, aclarar las materias, condiciones y procedimientos sobre las que trabajaría la futura Asamblea Constituyente mexi-

³¹ Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal Editores, 2007.

³² Cárdenas Gracia, Jaime, *Poder Constituyente, Constitución y cambio democrático*, México, IIDH, UBIJUS, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.

cana, no con el propósito de volver a los esquemas medievales y preilustrados del mandato imperativo, sino con la intención de incorporar a la sociedad al debate público que se avecina y para permitirle dar seguimiento, como función de control democrático, a todo el proceso constituyente.

¿Quién en México preguntará al pueblo sobre la necesidad de una Constitución? Desde luego que no debiera ser el ejecutivo. Cuando el referéndum previo sea acordado por el Congreso y el cincuenta por ciento más uno de las legislaturas locales, quien organizaría el referéndum será el Instituto Nacional Electoral. Para las reformas constitucionales futuras, sean totales o parciales, podría admitirse que una pluralidad de órganos y poderes del Estado tengan la facultad de iniciar el proceso de revisión constitucional, además de los propios ciudadanos vía la iniciativa popular³³.

Debe aclararse que el referéndum previo sólo sería necesario en México para el constituyente originario y no para los procedimientos posteriores de revisión constitucional, sean totales o parciales. El referéndum previo una vez realizado y de resultar positivo, dará lugar a la convocatoria inmediata a elecciones para el Congreso Constituyente.

Me parece que no es dable, en estos momentos de nuestra evolución histórica que temamos los mexicanos a los mecanismos de participación popular. Mi propuesta se acerca a las propuestas del republicanismo que exigen una democracia fuerte³⁴. Pienso que se deslegitima cualquier proceso Constituyente sin una amplia participación ciudadana, lo que han entendido muy bien los chilenos. El elitismo democrático ha sido en buena medida causante de la crisis de la democracia representativa y del alejamiento cada vez más

³³ Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 785-804.

³⁴ Ver, por ejemplo, los análisis Michael Sandel, Quentin Skinner, y Philip Pettit, entre otros en: Ovejero, Félix y otros, *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003.

agudo entre los gobernantes y los gobernados.

El referéndum posterior, una vez que concluye el proceso, también es importante. La ciudadanía como depositaria de la soberanía va a confirmar o rechazar la labor del Constituyente³⁵. Debemos tener en cuenta que el constituyente originario sólo es el pueblo y la Convención Constituyente su instrumento. No son las élites partidarias o parlamentarias las que deciden a nombre del pueblo, es el pueblo mismo el que se expresa en un acto fundacional que da origen a una nueva Constitución y a todos los poderes constituidos. Las propuestas que no toman en serio a la ciudadanía buscan originar la Constitución en poderes constituidos que no poseen la suficiente legitimidad democrática para revisar integralmente una Constitución o elaborar una nueva. Por eso, entre otras razones, y siguiendo el ejemplo chileno, debe decirse que el procedimiento actual de reforma previsto en el artículo 135 de la Constitución de México no es aceptable para modificar integralmente la Constitución, como tampoco lo son procedimientos que no se hagan cargo del contenido del artículo 39 de la Constitución mexicana.

Por lo tanto, a partir de lo que ha escrito Javier Pérez Royo³⁶, asumo que la reforma constitucional chilena buscó juridificar al poder constituyente originario, pero no totalmente, pues la soberanía popular siempre tendrá la última palabra y el inalienable derecho de transformar su sistema político.

Pienso que, en estos momentos para México, la existencia de una Asamblea Constituyente es una necesidad porque no podemos continuar por el camino de las reformas constitucionales grad-

³⁵ Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, número 7, 1980. De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, editorial Tecnos, 1985. Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁶ Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. 214.

uales que no han permitido concluir el proceso de la transición a la democracia para establecer de manera contundente nuevas reglas sobre el ejercicio y el control del poder. Además, introducir cambios constitucionales fundamentales por la vía de procedimientos que oculten las auténticas intenciones de los promotores de la revisión integral de la Constitución constituye un engaño a la ciudadanía. No está justificado que la clase política obre como en el pasado. A la sociedad debe hablársele sin tapujos, con plena claridad acerca de los propósitos y los objetivos que se quieren alcanzar. La Asamblea Constituyente es, además de una muestra de entendimiento y comunicación entre los gobernantes y gobernados, la manera adecuada para que un órgano específico realice con total dedicación su exclusiva y fundamental tarea como ahora se está realizando en Chile. Contar con una Asamblea Constituyente permite que los órganos legislativos ordinarios continúen con su labor, sin que éstos puedan limitar o pretender reducir los trabajos del Constituyente, tal como está previsto que suceda en Chile.

En el procedimiento chileno para elaborar la nueva Constitución se busca conciliar la constitucionalidad vigente con la futura. El objetivo es claro, se pretende transitar a un nuevo sistema constitucional desde los elementos existentes y no desde la nada o de la pura fuerza sin legitimidad democrática suficiente de un poder constituyente originario. Entraña una ruptura con diálogo entre el viejo régimen autoritario y el nuevo que se quiere democrático³⁷.

4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO

Nos parece más o menos obvio señalar que el poder constituyente se materializa en una fuerza o en varias fuerzas políticas capaces de sostener exitosamente, en el plano político y en el plano jurídico, un proyecto político y jurídico con suficientes fundamentos éticos para

³⁷ Vergottini, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, traducción de S. Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

poder prevalecer. Todo poder constituyente apela a una legitimidad que lo sustenta. El poder constituyente, es por tanto la fuerza, el poder o la autoridad política de hecho que tiene la posibilidad, en situaciones concretas, para crear, garantizar o eliminar una Constitución.

Tradicionalmente se ha considerado que la actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado, pues se trata de un poder político extralegal que actúa antes de la juridicidad que pretende fundar y que da origen a la nueva Constitución. Por eso, se estimaba que los órganos y procedimientos del constituyente originario se construían durante el proceso mismo³⁸.

Hoy en día, tal como en otros casos ha ocurrido, en el proceso constituyente chileno la modificación de 2019 a la Constitución de 1980 y sus reformas, estableció en los artículos del 130 al 143 y sus correspondientes transitorios, los órganos, procedimientos, modalidades, técnicas, controles, y hasta limitaciones para elaborar la nueva Constitución. Ese ordenamiento jurídico lo podemos definir como transitorio entre la vieja y la nueva Constitución que está por nacer. Es un ordenamiento constituido que sirve como instrumento para vehicular al poder constituyente originario.

El derecho constitucional transitorio que es el intermedio jurídico entre la vieja y la nueva Constitución no es, sin embargo, necesario, pues el constituyente originario reside en el pueblo, el que constituye una “magnitud política” capaz de instituir una Constitución. Esto es, el constituyente originario es una dimensión política de hecho que está en manos del pueblo, y éste por las vías jurídicas del derecho constitucional transitorio y/o por otras vías de hecho

³⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 95-96. Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile, en *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, Chile, año 4, número 2, 2006, p. 547.

puede aprobar la nueva Constitución. Como dijimos páginas atrás, la juridicidad constitucional vigente en Chile – entre ellos el artículo 135- no puede estar por encima del constituyente originario, que es el pueblo mismo. El constituyente originario no equivale a Convención Constitucional ni siquiera a la Constitución que éste elaborará, sino al pueblo entendido como magnitud política e histórica que se deberá expresar en los dos plebiscitos chilenos, en la Convención Constitucional, y por cualquier otro medio, y en cualquier otro momento que desee manifestarse.

Como señala Francisco Zúñiga “...la conexión entre órdenes constitucionales, para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un recurso a las ficciones... que no alcanza a ocultar la desvinculación -de la juridicidad- con la realidad o simplemente con la historia”³⁹, en los momentos del constituyente originario. No obstante, el poder constituyente no puede ser una magnitud arbitraria porque por un lado, la voluntad y fin del constituyente es la de expresarse en una nueva organización jurídica del poder político, lo que entraña la idea de realización para el orden, esto es, una delimitación del ejercicio arbitrario del poder y, por otro, porque el pueblo o la nación sujeto del poder constituyente no es la mera adición de voluntades particulares arbitrarias sino es una voluntad común que pretende configurar de una nueva manera la dirección de la vida pública, lo que está sujeto y corre la suerte en última instancia de la realidad misma.

El poder constituyente originario según algunas posiciones teóricas debe atender a los principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito porque en ellos reside su fundamento de legitimidad. Para ellos, si se prescindiera de estos principios éticos o extrajurídicos el fundamento de la obligación jurídica posterior sería inexistente. Los principios extrajurídicos están vinculados al contexto cultural y al desarrollo de cada sociedad en lo particular,

³⁹ Zúñiga Urbina, Francisco, *op. cit.*, p. 174.

forman parte de la conciencia ética y moral de los ciudadanos, son lo que éstos estiman como valioso y como justos y tienen la capacidad de movilizar al pueblo como magnitud política⁴⁰ o, como dice Häberle: “...la vinculación a un determinado estadio de desarrollo cultural crea “realidades” e “idealidades” para las que no resulta adecuada la teoría de la mera “auto obligación” subjetiva y la “autolimitación” voluntarista. La “internalización” intensiva de determinados valores fundamentales como los “derechos humanos”, la “paz”, etcétera, que se revela en los elementos textuales de los preámbulos como el “propósito”, la “conciencia”, “animados por la voluntad”, se convierte en algo objetivo, en determinantes culturales”⁴¹.

Sin embargo, el poder constituyente originario carece de los controles de juridicidad propios de poderes constituidos del Estado sometidos a un sistema jurídico. Es un poder ilimitado y no podría encontrarse condicionado por restricción alguna de orden positivo a diferencia del poder constituyente derivado. Éste es en cambio, la suma de instituciones, normas y prácticas que derivaron de un poder constituyente originario y se expresaron en una Constitución. El poder constituido o derivado tiene su más alta expresión en los procedimientos de reforma de la Constitución como el previsto en nuestro artículo 135 de la Constitución mexicana y en los poderes de mutación constitucional que vía la interpretación constitucional realizan los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas.

En el constituyente derivado existen límites que vinculan al poder de reforma constitucional. Dentro del marco constitucional democrático, si el poder reformador derivado de la Constitución,

⁴⁰ En teorías previas como la de Smend se establece que estos principios o valores constituyen el sustrato material de la comunidad y son de naturaleza dinámica. Los principios deben ser vividos por los miembros de la comunidad, lo que implica que pueden ser actualizados y adaptados. Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 93-99.

⁴¹ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, *op. cit.*, p. 135.

alterará esos límites, los tribunales de control de constitucionalidad deben tener la competencia para determinar la inconstitucionalidad de una reforma elaborada por el poder revisor –en contra de los límites explícitos (cláusulas de intangibilidad) o de los implícitos. En el constituyente originario, por el contrario, no existen los límites, salvo que el pueblo asuma como propia y no la modifique posteriormente, una supra juridicidad previa. Podemos indicar que es el Constituyente originario el que fija, por voluntad propia, las bases de su propia juridicidad, con o sin derecho constitucional transitorio. El poder constituyente es soberano, no pesa sobre él obligación alguna, puede fundar un orden radicalmente nuevo, dado que su destino final depende de la realidad misma.

VI. CONCLUSIONES

El proceso de elaboración de la nueva Constitución en Chile es de gran importancia para los países de la región latinoamericana, especialmente para México. Los procedimientos aprobados a la Constitución de 1980 para permitir la instalación de una Convención Constitucional, con el concurso directo de los ciudadanos a través de la figura del plebiscito, son ejemplo de lo que se podría normar en México para convocar en un futuro a un Congreso Constituyente.

La Constitución que resultará del proceso constituyente chileno seguramente será de las más vanguardistas en América Latina, si tomamos en cuenta tanto el deseo de muchos sectores chilenos para dejar atrás los vestigios del pinochetismo como por la composición política de la Convención Constitucional que no está dominada por las fuerzas del pasado. El proceso constituyente chileno en curso se ha ido madurando durante las dos últimas décadas, y tanto la sociedad como los dirigentes sociales y políticos, saben qué tipo de Constitución quieren.

Me parece a la luz de lo que aquí hemos expuesto, que el poder constituyente originario es fundamentalmente una magnitud políti-

ca que reside en el pueblo, la que no puede ser normada integralmente por el Derecho, al ser ilimitada y no susceptible de condicionamientos por restricción alguna de orden positivo, a diferencia del poder constituyente derivado. El constituyente originario pertenece preponderantemente al mundo de los hechos y no del Derecho. Es “*res facti, non iuris*”.

El Derecho positivo, aún el constitucional, puede establecer como en Chile reglas y procedimientos para que el constituyente originario se exprese y vehicule, pero esas normas no deben limitarlo, y aunque lo hicieran, el constituyente originario siempre se impondrá a las normas y órganos constituidos. No debemos olvidar que la misma Constitución no puede identificarse totalmente con el constituyente originario porque la magnitud política que reside en el pueblo puede en todo momento alterarla o sustituirla. Artículos como el 135 de la Constitución chilena que establecen materias vedadas a la Convención Constitucional puede ser superado por la voluntad del constituyente originario, tal como hemos explicado en las páginas anteriores.

Las cuatro reflexiones que como marco teórico hicimos en el ensayo sobre las distintas explicaciones sobre el constituyente originario, en dónde reside éste, y qué implicaciones tiene para superar las materias prohibidas para la Convención Constitucional chilena; la Convención Mixta Constitucional que existió como hipótesis normativa y que no fue votada por los ciudadanos en el plebiscito por su carácter predemocrático; la importancia y legitimidad democrática del doble plebiscito para aprobar la nueva Constitución; y, lo que entraña el derecho constitucional transitorio como instrumento y vehículo del poder constituyente originario, nos son útiles para avizorar los futuros debates constitucionales que podríamos tener en México en caso de que decidiéramos emprender el camino del proceso constituyente originario. Todo dependerá de qué, en algún momento, como en Chile, los ciudadanos de nuestro país lo impulsen.

VI. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA:

ALVERTUS, Michael y Menaldo, Víctor, *Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

ATRIA, Fernando, et. al., *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Santiago, Lom Ediciones, Santiago, 2017.

_____, *La Constitución tramposa*, Santiago, Lom Ediciones, 2013.

_____, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

BASSA, Jaime, *Chile decide. Por una nueva Constitución*, Santiago, Planeta Chilena, S.A., 2020.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017.

_____, *Manual de Derecho Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2020.

_____, *Poder Constituyente, Constitución y cambio democrático*, México, UBIJUS, 2015. _____, *Poder Constituyente, Constitución y cambio democrático*, México, IIDH, UBIJUS, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.

_____, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994.

CONTREAS VÁSQUEZ, Pablo y Lovera Parmo, Domingo, *La Constitución de Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, editorial Tecnos, Madrid, 1985.

- ELSTER, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- FERMANDOIS, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Santiago, Ediciones UC, 2006.
- FIGUEROA RUBIO, Pamela y Jordán Díaz, Tomás (eds.), *7 Propuestas para la nueva Constitución de Chile*, Santiago, Editorial de la Universidad de Santiago de Chile, 2020.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1984.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituicao*, Coimbra, Almedina, 1998.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001.
- HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal Editores, 2007.
- HEISS, Claudia, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, Santiago, Penguin Random House Grupo Editorial, S.A., 2020.
- HUNEEUS, Carlos, *El régimen de Pinochet*, Chile, Taurus, 2016.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987.
- MARSHALL, Pablo, y Muñoz, Fernando, *Derecho Constitucional. El siste-*

- ma de gobierno y sus órganos*, Valdivia, ediciones Derecho Austral, 2016.
- MICHAEL SANDEL, Quentin Skinner, y Philip Pettit, entre otros en: Ovejero, Félix y otros, *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2003.
- NEGRI, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, Prodhufi, 1994.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Chile. Constituciones Iberoamericanas*, México, UNAM, 2005.
- Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza editorial, 1982.
- Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2002.
- Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985.
- Vergottini, Giuseppe, *Las transiciones constitucionales*, traducción de S. Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Wise, John, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.

Zúñiga Urbina, Francisco, *Nueva Constitución: Reforma y poder constituyente en Chile*, México, UNAM, 2014.

2. HEMEROGRAFÍA:

Croda, Rafael, “Una Constitución que enterrará al pinochetismo”, en *Revista Proceso*, México, número 2327, 6 de junio de 2021.

Espinoza Troncoso, Rodrigo, “Flexibilidad constitucional y democracia: una revisión crítica de la teoría liberal. Explorando la experiencia de Uruguay, Venezuela y Chile”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 191, enero/marzo 2021.

Guzmán Errázuriz, Jaime, “El camino político”, Santiago, en *Revista Realidad*, año 1, número 7, 1979.

Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, número 7, 1980.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, Chile, año 4, número 2, 2006.

Ramírez, Simón, “Constitución chilena y gubernamentalidad neoliberal”, en *Derecho y Crítica Social* 5(1-2), Santiago de Chile, 2019.

Roitman Rosenmann, Marcos, “El golpe de Estado en Chile: las piezas del puzzle”, en *La Jornada*, Perfil, 13 de septiembre de 2021.

Zagrebelsky, Gustavo, “Storia e Costituzione”, en *Il Futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

Zúñiga Urbina, Francisco y Cazor Aliste, Kamel, “Régimen político: régimen semipresidencial. Algunas claves del debate constituyente”, Santiago, mimeo, 2021.

3. LEGISGRAFÍA:

Ley número 21.200, Diario Oficial de Chile, 24 de diciembre de 2019.



LA JURISPRUDENCIA AXIOLÓGICA Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: SOBRE LAS BASES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA¹

AXIOLOGICAL JURISPRUDENCE AND THE SOCIAL STATE OF LAW: ABOUT THE BASIS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN COLOMBIA

RICARDO GARZÓN CÁRDENAS²

RESUMEN: La Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992 es el inicio de la jurisdicción constitucional en Colombia. Esta decisión fundó las bases de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en temas trascendentes como el concepto de Estado social de derecho, la identificación y el contenido de los derechos fundamentales, la tipología de normas constitucionales, la interpretación constitucional, el papel del juez y del legislador en el nuevo modelo de Estado y la exigibilidad de derechos de contenido social. Este trabajo, con el pretexto del análisis de la sentencia, revisa las implicaciones que ciertos constructos teóricos, como la jurisprudencia de valores y la teoría de los principios de Alexy, tienen sobre la jurisdicción y la interpretación constitucional. Las definiciones conceptuales de esta sentencia se han convertido en tópicos doctrinales, por lo que su análisis equivale a observar en la práctica los conceptos que guían la actual justicia constitucional en Colombia.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto PID2019-105841RB-C21 “Discrecionalidad y debido proceso”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España, bajo la dirección del Catedrático Juan Antonio García Amado, en el rol de Investigador Principal.

² Investigador contratado FPI, Universidad de León. Contacto: <ricardogarzon8@hotmail.com>. ORCID: 0000-0003-3487-4569.

Fecha de recepción: 01 de octubre de 2021; fecha de aprobación: 25 de noviembre de 2021.

PALABRAS CLAVE: *Estado social de derecho, jurisprudencia de valores, teoría de los principios, Robert Alexy, jurisdicción constitucional, Corte Constitucional Colombia.*

ABSTRACT: Decision T-406 of 5th June, 1992, is the beginning of the constitutional jurisdiction in Colombia. This decision founded the bases of the jurisprudence of the Constitutional Court on transcendent issues such as the concept of the social rule of law, the identification and content of fundamental rights, the typology of constitutional norms, constitutional interpretation, the role of the judge and the legislator in the new model of State and the enforceability of rights of social content. This work, under the pretext of the analysis of the sentence, reviews the implications that certain theoretical constructs, such as jurisprudence of values and Alexy's theory of principles, have on jurisdiction and constitutional interpretation. The conceptual definitions of this sentence have become doctrinal topics, so its analysis is equivalent to observing in practice the concepts that guide the current constitutional justice in Colombia.

KEYWORDS: *Social rule of law, jurisprudence of values, theory of principles, Robert Alexy, constitutional jurisdiction, Constitutional Court Colombia.*

SUMARIO: I. La sentencia T-406 de 1992; II. Valores y principios como salto cualitativo; III. Los conflictos valorativos y la aplicación del derecho; IV. El estado social de derecho; V. Conclusiones; VI. Fuentes de consulta.

I. LA SENTENCIA T-406 DE 1992³

1. EL CASO Y SU CONTEXTO

El caso es el siguiente, en líneas gruesas. En el barrio Vista Hermosa, en la ciudad de Cartagena, en 1991, se puso en funcionamiento el servicio de alcantarillado sin que se hubiesen terminado las obras de construcción respectivas, lo que causaba desbordamiento de aguas residuales. Un afectado directo por las obras inconclusas había pedido en diversas oportunidades a la empresa de alcantarillado que las culminaran. Tras el silencio de la empresa, el afectado solicitó se le tutelara el derecho a la salubridad pública (art. 88 C. N.⁴). Consciente de que este derecho es considerado de carácter colectivo (en principio no tutelable, pues la competencia reside en el juez de la acción popular) pidió su protección como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es importante no perder de vista que para la época las acciones populares no se habían reglamentado⁵.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, juez de instancia, negó la protección de tutela. Esto a pesar de haber requerido a la empresa de alcantarillado —sin obtener respuesta alguna— y haber constatado con una inspección judicial “la corriente de aguas negras de olores nauseabundos que inundan parte de la calle”. En su entendimiento, la acción de tutela solo puede proteger los derechos fundamentales, expresados en el Título II, capítulo I, de la Constitución,

³ Disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>].

⁴ *Gaceta Constitucional*, n.º 116, de 20 de julio de 1991, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html]. De aquí en adelante, todas las referencias a la Carta Magna llevan a esta fuente.

⁵ El vacío se terminaría llenando con la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 43.357, de 6 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1832171>].

esto apoyándose en un concepto emitido por el Consejo de Estado. Sumado a lo anterior, en uso de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicó el artículo 2º del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991⁶, que daba la posibilidad de proteger derechos considerados no fundamentales, por contravenir lo dispuesto en la misma Constitución. Como el fallo no fue impugnado, se envió el proceso a la Corte Constitucional.

Para la Corte, el planteamiento del Tribunal de Bolívar fue incorrecto y accedió a la tutela por considerar que este sí era un caso de derechos fundamentales. El gran argumento de la sentencia fue que en virtud del Estado social de derecho, la identificación de los derechos fundamentales no se puede limitar a un criterio formal, como lo es estar en determinado apartado del texto constitucional. La orden de protección va de consuno con una especie de obligación general, en el segundo punto de la parte resolutive: “En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad pública, *la doctrina constitucional señalada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades*” (destacado original). Se percibe en el discurso de la Corte la pretensión de hacer teorizaciones que exceden el campo propio del caso particular: “es innegable el valor pedagógico e incluso ‘normativo-general’ de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional” (C23)⁷. Pasemos entonces a los temas que centraron la atención del juez constitucional en este caso.

⁶ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, *Diario Oficial*, n.º 40.165, de 19 de noviembre de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>].

⁷ Para no saturar el texto ni la sección de notas con reiteraciones innecesarias, en adelante, cuando se hagan citas de la sentencia, utilizaremos la letra “C” y un número, para referirme al “considerando número tal”. En este caso, Considerando 23.

2. LA NOCIÓN DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO EJE ARGUMENTAL Y EL CAMBIO CUALITATIVO

Sin duda, el aspecto teórico normativo central de la sentencia es el concepto de Estado social de derecho. A partir de este se definen aspectos como el tipo de normas que componen la Constitución, el contenido de los derechos fundamentales, la eficacia (aplicabilidad) de los derechos de contenido social, la interpretación jurídica, el papel del legislador y el juez en el nuevo modelo constitucional. Tras recordar la enunciación constitucional, “Colombia es un Estado social de derecho...”, afirma que no se puede tomar el adjetivo “social” “como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional de derecho y del Estado” (C1). El Estado social de derecho es la unión de las ideas de Estado de bienestar y Estado constitucional de derecho. El componente relativo al Estado de bienestar lo define en los términos usuales en la dogmática constitucional y en la teoría del Estado: un modelo de Estado preocupado por la realización de prestaciones sociales básicas para asegurar mayores niveles de bienestar a los ciudadanos⁸.

En contraste, la definición de Estado constitucional no es tan clara. La Corte aquí no habló del nuevo sistema de control de constitucionalidad que diseñó la Constitución de 1991, pues se enfocó en la transformación político-axiológica. En este contexto, el enfoque se da en lo que llama “el cambio cualitativo”, ligado a una nueva manera de interpretar el derecho, que ella resume así: “pérdida de

⁸ Este es el sentido normal de la mayoría de las publicaciones en español. Dentro del desarrollo del concepto de Estado social de derecho en lengua hispana, son particularmente importantes, por su temprana aparición e importantísimo rigor las siguientes obras: Pablo Lucas Verdú, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1955; Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1966; Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977; Ángel Garrorena, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980.

la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (C3). La vinculación entre la idea de Estado social de derecho y la aplicación del derecho, lleva a la Corte a afirmar que se debe abandonar la “pretensión racionalista” según la cual se pueden anticipar soluciones jurídicas a todos los conflictos sociales posibles. De allí que el juez es un elemento de comunicación entre el derecho y la realidad para preservar el valor de la justicia, “así eso conlleve un detrimento de la seguridad jurídica” (C4)⁹. Luego, afirma que “en el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley” (C5).

La noción de Estado social de derecho es el eje desde el cual la Corte deriva cada uno de los argumentos en esta sentencia. Dicho esto, debemos hacer dos aclaraciones metodológicas, para lo que sigue de exposición. La primera es que no contrastaremos lo dicho en esta sentencia sobre este concepto con el resto de jurisprudencia de la Corte porque, salvo en casos puntuales, es usual que se utilice la expresión “Estado social de derecho” como tópico equivalente a “un estado ideal de cosas jurídicas”, casos en los que la mención no tiene relación directa con la decisión tomada¹⁰. La segunda ob-

⁹ Este argumento de la conexión derecho-sociedad, con ocasión de la idea de Estado social, también ha sido expresado por el Tribunal Constitucional español: “La configuración el Estado como social de derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-privado”. Tribunal Constitucional español, STC 18/1984, de 7 de febrero, *Boletín Oficial del Estado*, n° 59, de 9 de marzo de 1984, pp. 12 a 17, disponible en [<https://www.boe.es/boe/dias/1984/03/09/pdfs/T00012-00017.pdf>], fundamento 3°, p. 13.

¹⁰ Es común ver enunciados del tipo: “En un Estado social de derecho, no se puede...”; “No tiene sentido en un Estado social de derecho que...”; “... es una interpretación que no corresponde con un Estado social de derecho”; etc. De esta manera, vemos que el Estado social de derecho ha tenido que ver con asuntos tan diversos

servación es una distinción analítica de dos cuestiones que en la sentencia aparecen mezcladas: la primera se refiere a las tipologías normativas (valores, principios y reglas), y sus consecuencias en la aplicación del derecho; la segunda, más cercana a la dogmática constitucional y al derecho comparado, que es la comprensión del concepto de Estado social de derecho.

I. VALORES Y PRINCIPIOS COMO SALTO CUALITATIVO

1. LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES

Ahora el juez debe abandonar la “pretensión racionalista” de que el legislador puede prever todas las circunstancias importantes en un caso, por lo que se debe alejar de su “sacramental texto”. Las normas que permiten alcanzar ese deber son los valores y los principios, ya que posibilitan una mejor comunicación del juez con la sociedad y una vigencia mayor de la justicia material, en suma, una realización del Estado social. La argumentación judicial, a partir de este momento, se vería dirigida a precisar “el sentido político de

como: ejecución de penas (Sentencia C-144 de 19 de marzo de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>]); cumplimiento de fallos judiciales (Sentencia T-533 de 3 de julio de 2003, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-533-03.htm>]); el sistema de carrera administrativa (Sentencia C-532 de 12 de julio de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-532-06.htm>]); autonomía territorial (Sentencia C-1058 de 29 de octubre de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, disponible en [<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1058-08.htm>]); el ejercicio de la abogacía (Sentencia T-696 de 2 de octubre de 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-696-09.htm>]); etc. Estos son solo ejemplos al azar dentro de las más de 470 entradas que nos da el buscador de la Corte con la voz “Estado social de derecho”, algunas de ellas con varias sentencias. Sumado a lo anterior, son varios los sentidos en que la Corte ha entendido al Estado social de derecho en su devenir, al respecto mírese Juan Carlos Upegui Mejía. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*, Bogotá, Externado, 2009.

los textos” y a “fijar los contenidos materiales de la Constitución”. Respecto a los valores, la Corte dice que “representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y finalidad de la organización política” (C7). Debemos anotar que esta afirmación no se respalda con las fuentes esperables, como sería la axiología general¹¹ o la jurisprudencia de valores¹², sino en RONALD DWORKIN, considerado uno de los padres de la teoría de los principios¹³. Esto no es una casualidad debido a que, como lo veremos, no es posible diferenciar conceptualmente entre principios y valores.

Pero en el entendimiento de la Corte los principios y los valores son perfectamente diferenciables: “Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (C7b). Con esta definición, pareciera que la diferenciación capital entre valores y principios es de orden temporal, pues los valores constitui-

¹¹ Las obras de referencia de estos pensadores son: Max Scheler, *Ética*. Nuevo ensayo de fundamentación del personalismo ético, Hilario Rodríguez Sanz (trad.), Madrid, Caparrós, 2001; y Nicolai Hartmann, *Ética*, Javier Palacios (trad.), Madrid, Encuentro, 2011.

¹² La jurisprudencia de valores es una concepción variopinta y con varios exponentes, quizás el más prominente es Günther Dürig, quien escribió una influyente reflexión sobre la dignidad humana de la constitución de Bonn. Para un estudio amplio, mírese Jens Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001. En sentido crítico, Juan Antonio García Amado, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *El derecho y sus circunstancias*, Bogotá, Externado, 2011, pp. 131 a 168.

¹³ Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios*, Victoria Boschiroli (trad.), Buenos Aires, Siglo xxi, 2012, la sentencia cita la versión traducida al italiano.

rían una especie de base del ordenamiento, mientras que los principios serían normas producto de esa base “delimitada”, suponen la axiología constitucional (los valores). Adicionalmente, la diferencia también estaría en una “diferencia de grado” o “de eficacia”, los valores constituyen normas más generales que los principios y, por lo tanto, son más difíciles de aplicar en casos particulares.

Pero la definición de la Corte no va de consuno con los desarrollos teóricos de la noción de valor y principio. En efecto, se trata de la misma cuestión, con las mismas características y con las mismas pretensiones: plantear entidades normativas especiales (distintas de las reglas o normas positivas), que conllevan un modelo de aplicación distinto de la subsunción. La afirmación anterior se puede respaldar con la clarísima alusión que hace Robert Alexy, el otro gran desarrollador de la teoría de los principios, según la cual tanto valores como principios implican colisiones, el mecanismo de solución de dichas colisiones es la ponderación y ambos admiten realización gradual, de tal manera, “los enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre valores pueden reformularse en enunciados sobre principios, y los enunciados sobre principios pueden reformularse en enunciados sobre valores, *sin pérdida alguna de contenido*” (destacado nuestro)¹⁴.

2. LA CONFUSIÓN ENTRE REGLA Y LEY (A PROPÓSITO DE LA DEFINICIÓN DE PRINCIPIO)

Los principios, según la Corte, cumplen una función en el caso concreto ante la limitación de la ley. Esto es claro cuando afirma: “La ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional”

¹⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Carlos Bernal Pulido (trad.), 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 117 a 118.

(C8). La revaluación de la ley conduce a la siguiente afirmación: “no pudiendo el derecho prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad”. Si juntamos las expresiones citadas y la ausencia de conceptualización de las reglas (más allá de afirmar que son más concretas que los principios), vemos surgir una confusión: asumir que reglas es lo mismo que leyes, y que las críticas a lo uno equivalen a criticar lo otro.

Es verdad que hay cierta cercanía ideológica e histórica entre la crítica de los modelos decisorios basados en reglas y la crítica a la actividad de los legisladores, pero son asuntos conceptualmente distintos. Un modelo de reglas existe en el derecho, con independencia de la fuente en la que formalmente se encuentren estas, ya que hay reglas en: la Constitución, las leyes, los actos administrativos, los contratos y hasta en los juegos de mesa¹⁵. Quienes critican el modelo de reglas ponen de presente que la estructura de una regla (por lo general en la forma “si sucede *x*, debe ser *y*”) no da cuenta del derecho como práctica compleja en la que se hacen múltiples valoraciones¹⁶.

Una cuestión distinta es la “crisis de la ley”, como se conoce a un conjunto de cuestionamientos que históricamente se le han hecho al legislador respecto de la racionalidad de la ley (con sus propiedades habituales de generalidad y abstracción). Cuando se preconiza la crisis, con frecuencia se acompaña de “un llamamiento al juez para

¹⁵ Según una decantada tradición filosófica, las teorizaciones fundacionales de la noción de regla y lo que implica su seguimiento, se atribuyen a Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Alfonso García Suárez y Ulises Moulines (trads.), México D. C., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

¹⁶ Aunque hay muchas referencias, además de Dworkin y Alexy, en particular importante es el trabajo de Manuel Atienza. Mírese “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 117 a 146.

que reestablezca los valores superiores del derecho”¹⁷. Por lo general –y así también en la argumentación de la Corte– se entiende que la existencia de principios constitucionales es lo que pone en crisis a la ley (o que los principios son la solución a dicha crisis, lo que pareciera una contradicción, pues los principios serían causa y consecuencia del mismo fenómeno), cuando lo que sucede en realidad es el replanteamiento del lugar de la ley en el sistema de fuentes: ahora tiene un papel subordinado a la Constitución. Lo que se pone en duda, como lo explica LIBORIO HIERRO, es el imperio de la ley entendido como el papel originario, supremo e incondicional de la ley¹⁸. Este cambio de protagonismo del legislador por el constituyente tiene como consecuencia necesaria el control jurisdiccional de la legislación con el marco de la Constitución¹⁹.

La Corte en sus argumentos supone que quien sea partidario de un modelo de reglas (o positivista)²⁰ solo puede ser un legalista

¹⁷ Liborio Hierro, “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley”, en *Doxa*, 26, 2003, pp. 449 a 476, disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10082/1/doxa26_20.pdf], p. 471.

¹⁸ *Ibid.*, p. 473.

¹⁹ Cuando no había control jurisdiccional de la ley, era entendible la proliferación de propuestas normativas que trataran de limitar al legislador a partir de principios constitucionales, tal fue el caso de la doctrina en la época de Weimar. El caso más emblemático es quizás la doctrina de la prohibición de la arbitrariedad (*Willkürverbot*) con base en el principio de igualdad ante la ley de Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2ª ed., München-Berlin, Beck, 1959.

²⁰ Es común que se confunda la etiqueta “positivista” con “legalista”, quizás porque se confunde el positivismo ideológico (un tipo de legalismo que establecía la obligación moral de cumplir la ley, movimiento fuerte en el siglo xix) con el metodológico o teórico. Se entiende como teoría positivista en este trabajo, de consuno con autores como Kelsen, Hart, Ross o Bobbio, aquella que tenga como presupuesto tres tesis: 1. La separación (conceptual) entre derecho y moral; 2. La teoría de las fuentes sociales, que el derecho surge solo de actos sociales de creación y reconocimiento del derecho; y 3. La tesis de la discrecionalidad, la negación de la completitud del derecho o, lo que es lo mismo, el reconocimiento de la existencia de lagunas y antinomias en los ordenamientos jurídicos. Mírese Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

(adepto fanático del legislador y crítico del control jurisdiccional de la ley) y, por reflejo, un defensor acérrimo del control de constitucionalidad de la ley solo puede ser principialista (anti-reglas). Esta equiparación es un error. En un primer sentido, un positivista puede encontrar en la Constitución reglas que ordenen la limitación de la actividad legislativa (como de ordinario lo hacen todos los tribunales, pues es consecuencia obvia de la superioridad formal y material de la Constitución). En la dirección inversa, se pueden adoptar posturas obsecuentes respecto al legislador de turno por vía de argumentos principialistas o axiológicos que eviten lo dictado por el constituyente (cosa que también sucede, sobre todo en jurisdicciones constitucionales con baja independencia respecto al poder político).

3. LOS INCONVENIENTES DE LA POSTURA ANTI-REGLAS

Diferenciados los planos, ahora es necesario hacer una breve mención de la postura anti-reglas y sus inconvenientes. Podemos entender aquí como postura anti-reglas la que niega la preminencia de las reglas en favor de otro tipo de normas, como principios o valores. Con esto, las normas jurídicas no son definiciones genéricas de situaciones a las que les corresponde una consecuencia jurídica (como se ha asumido históricamente, desde una concepción positivista), sino orientaciones de índole política o moral, de las cuales todo el ordenamiento no es más que desarrollo de dichas orientaciones²¹. Los ataques contra los modelos de reglas se pueden ubicar, en un primer momento, en la trasposición de la teoría filosófica del valor (con elementos ontológicos, pero pretensiones éticas) a la jurisprudencia de valores en Alemania y la teoría de los principios de DWORKIN, en su ataque a la concepción de reglas expuesta por

²¹ Este es el tenor de la sentencia, solo recordemos la definición de valor “representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico...” (C7).

Herbert Hart²².

Sin extendernos demasiado en este punto, lo que nos interesa mostrar acá es que en esta concepción las normas –sean valores o principios– tienen dos características fundamentales: son más importantes que lo que pueda decir cualquier texto presente en una fuente socialmente reconocida como jurídica (sea Constitución, ley, jurisprudencia, etc.) y, además, el contenido fundamental de estas normas es de índole moral. Respecto a la primera cuestión, la pregunta que invita a la reflexión es la siguiente: ¿con base en cuál dato o ideal normativo se puede sugerir que es más importante una idea valorativa extraída de un texto, que lo que ese texto significa, conforme a las reglas del lenguaje? No parece existir una respuesta plausible, al menos desde el punto de vista ontológico (el ser de las normas es la vinculación entre los signos lingüísticos en los que se expresa el texto y su significado compartido por los hablantes) o lógico (la conformidad o contradicción entre las normas surge de la aplicación de reglas lógicas y sentido común, derivado del significado general de las palabras). No hay nada que podamos hacer los lectores de normas que sea distinto a interpretar, llamar valores o principios a lo que se dice a partir de un texto jurídico no cambia en nada que ello es un acto de interpretación²³.

Pero además de la anterior cuestión analítica, hay otra de orden normativo. El auténtico problema práctico es cuando aquello con-

²² Ronald Dworkin, “El sistema de normas I”, en *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel, 1984 (el artículo apareció originalmente en 1967). Este es una crítica a la obra de Herbert Hart, *El concepto de derecho*, Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 (original en inglés de 1961). Se trata, sin duda, de uno de los debates más importantes en la historia reciente de la teoría del derecho, sobre este, se puede mirar Scott J. Shapiro, *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*, University of Michigan Law School, 2007.

²³ Es difícil escapar al hecho de que interpretación es bien una actividad relacionada con asignar significado a unos textos o el resultado de dicha actividad. Mírese Riccardo Guastini, *Distiguendo*, Jordi Ferrer Beltrán (trad.), Barcelona, Gedisa, 1999, p. 201.

siderado importante (sea valor o principio) se usa como medio de legitimación para que el decisor afirme lo contrario de lo que una interpretación razonable de los textos permitiría. Esto que decimos no se debe confundir con formalismo interpretativo: no sugerimos (como no lo hacen positivistas como Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Norberto Bobbio o Luigi Ferrajoli) que los textos siempre dan una respuesta a los casos, pues ello depende del encaje entre las normas y los casos. De hecho, puede suceder que el caso sea tan singular que no tenga norma aplicable y el juez deba crearla, en un acto legítimo de discrecionalidad. A lo que nos referimos es que allí donde las normas establecen límites claros al poder de decisión del juez, estos límites se deben respetar²⁴. No otra cosa podría ser el sometimiento del juez al imperio del derecho. La consecuencia práctica indeseable de un modelo de aplicación de principios es que se desbarajusta el Estado de derecho por el lado de la aplicación del derecho, pues da la licencia de inaplicar las reglas en virtud de los principios que le subyacen o los que en el sentir del juzgador deberían subyacer²⁵. La libertad es, en gran medida, el espacio vacío que dejan las limitaciones regladas del poder político: sin reglas, ninguna libertad está garantizada²⁶.

²⁴ Con las ideas expuestas en cadena, nos suscribimos a la concepción intermedia de la interpretación jurídica: no compartimos ni el cognitivismo (que siempre hay una respuesta correcta con base en una norma) ni el relativismo (la idea de que las normas no constriñen de ninguna manera la discrecionalidad del juez). Para una presentación más completa, mírese Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Marina Gascón y Miguel Carbonell (trads.), México, Porrúa, 2000.

²⁵ La tesis de cómo la aplicación de la justificación subyacente a las reglas equivale a no aplicar regla alguna, tiene un desarrollo importante en el campo de la teoría del derecho con Frederick Schauer, *Las reglas en juego*, Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2004.

²⁶ Este concepto es denominado libertad negativa. Mírese Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2004, pp. 205 a 255.

4. EL CONTENIDO MORAL DE LOS PRINCIPIOS

El contenido moral de los principios y/o valores es una tesis que ha tomado mucha fuerza en las últimas décadas, en particular entre profesores y jueces constitucionales²⁷. Al interior de esta, existe casi unanimidad en el sentido que la existencia de disposiciones valorativas en las Constituciones (justicia, solidaridad, dignidad humana, etc.) implica una superación “en la práctica” de los complejos y enardecidos debates entre iusnaturalistas y positivistas²⁸. Esta concepción tendría como base un planteamiento como el siguiente: los positivistas derrotaron a los iusnaturalistas al mostrar que no se pueden derivar normas jurídicas de la naturaleza, ya que toda norma es positiva (*puesta* por el hombre); pero, debido a que estos sostienen una tesis de separación conceptual entre derecho y moral, no pueden explicar el fenómeno de la constitucionalización de la moral: la derrota de los positivistas es la evidencia de normas positivas constitucionales que implican una lectura moral²⁹.

Esta afirmación, como lo han explicado autores como Ernst Wolfgang Böckenförde o Juan Antonio García Amado, supone una tesis metaética no explicitada, donde los valores morales subyacentes a esos valores o principios constitucionales pueden ser conocidos de una manera objetiva³⁰. La tesis explícita de que los valores

²⁷ García Amado. “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, *cit.*, pp. 131 a 168.

²⁸ Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista” *cit.*, pp. 117 a 146.

²⁹ Entre otros, Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moral. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, en especial el capítulo 5º: “Los dilemas del positivismo”, pp. 173 a 199.

³⁰ Böckenförde tiene una fecunda producción respecto a la relación entre valores morales, Estado de derecho e interpretación constitucional. Su texto más influyente es “Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts” en *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 67 a 91. En español, un texto que recoge alguna de sus tesis fundamentales, en particular de los valores en el derecho constitucional, es “Origen

jurídicos son valores morales, implica de manera implícita que los valores morales son tan o más cognoscibles que las normas jurídicas que emergen de las fuentes sociales de producción jurídica³¹. Hay entonces una metaética (una concepción de la ontología de las normas morales) que subyace a una teoría jurídica en planteamientos como el esbozado por la Corte, consistente en que los valores son cognoscibles a la manera de las cosas físicas (lo que supone una capacidad especial del observador para ver esas “cosas morales”) o determinables por vía de procedimientos racionales (lo que entraña el dominio de un método)³².

Cuando no se repara en la cuestión metaética, se puede llegar a la impresión de que los valores morales “facilitan” la lectura de las normas constitucionales, cuando ello no es así. Esto no se puede entender como una crítica genérica a la afirmación según la cual “los valores existen en el derecho”. Es imposible poner en duda que los textos constitucionales se inspiran en ciertas ideas consideradas valiosas (libertad, justicia, dignidad humana, etc.)³³, así como negar que los operadores judiciales tienen valores o preferencias ideológicas que guían sus conductas, incluso a nivel profesional³⁴. Lo que sí

y cambio del concepto de Estado de derecho”, en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Rafael Agapito Serrano (trad.), Madrid, Trotta, 2000, pp. 17 a 45.

³¹ Juan Antonio García Amado, “Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza”, en *Teoría y derecho, revista de pensamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, en prensa.

³² Para una presentación general pero muy rigurosa de las diferentes aproximaciones a las cuestiones morales, mírese Richard Hare, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, Joan Vergés Gifra (trad.), Barcelona, Ariel, 1999. En la conexión de estas cuestiones con la teoría de la justicia y del derecho, mírese Eduardo Barbarosch, *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires-La Ley, 2013.

³³ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, capítulo “valores políticos”, Madrid, Trotta, 2003.

³⁴ Entre muchas investigaciones al respecto, mírese Germán Silva García, *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. iv, “Las ideologías profesionales”, Bogotá, Externado, 2001.

se puede –y debe– poner en duda, es la aserción de que el derecho positivo (incluido el constitucional) encuentra su base material en los valores morales. Esta tesis supone, a su vez, que el ordenamiento jurídico *es* un sistema de valores y, por lo tanto, el apartamiento del derecho positivo de los valores pone en duda la autenticidad del derecho en general³⁵.

No es correcto afirmar, sin matices, que el ordenamiento jurídico *es* un sistema de valores. Por más que hoy se asuma de manera generalizada que hay unas normas que no coinciden con las interpretaciones de textos normativos, es evidente, desde lo ontológico, y hasta donde alcanza el significado de la “evidencia”, que los valores (y los principios) no existen en el mundo jurídico a la manera de las normas que resultan de la interpretación de los textos jurídicos (de fuentes reconocidas socialmente como jurídicas). No pueden tampoco derivarse de la naturaleza, en lo cual, paradójicamente, inciden los axiologistas (quizás porque esa concesión argumentativa aleja de ellos la crítica de ser un iusnaturalismo a la usanza). Para los partidarios de esta concepción, los valores sí tienen una derivación, pero no es ni de las normas jurídicas ni de la naturaleza, sino de una fuente ciertamente metafísica: los valores existen como entidades normativas de un mundo ideal que conectan el ser del mundo con el deber ser: su modo de existencia es la validez (*Geltung*)³⁶. De manera idéntica, vendría luego ALEXY a afirmarlo en su teoría, cuando aspira a diferenciar principios de las reglas³⁷. El gran problema que genera esta descripción del estatus ontológico de los

³⁵ Este es el sentido en el que Günter Dürig inicia su influyente comentario al artículo primero de la constitución alemana: “*Die unantastbare Menschenwürde als Grundlage eines Wertsystems*” (la inviolabilidad de la dignidad humana como base del sistema de valores). A partir de esta primera idea, todo el resto del ordenamiento jurídico se deduce de esta verdad axiológica constituyente. Mírese Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog y Rupert Scholz, *Grundgesetz. Kommentar*, tt. i y ii, Art. 1-12, München, Beck, 1994.

³⁶ Böckenförde, “Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts”, *op. cit.*, p. 71.

³⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 85.

valores (y de los principios, no nos cansamos de repetir) es que en vez de resolver los problemas de aplicación del derecho los complejiza, pues convierte cualquier caso de aplicación de normas en un problema de conflicto de valores, conflicto cuya solución remite a la moral de cada quien.

III. LOS CONFLICTOS VALORATIVOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO

1. CONFLICTOS DE VALORES

Supongamos, para aligerar la exposición y llegar a los asuntos en verdad importantes, que los valores existen (que son entidades normativas con alguna ontología verificable), que todo valor es bueno (que no hay valores malos), que en cualquier caso, los valores son algo que debemos alcanzar todos, pero detengámonos sobre dos cuestiones: ¿en caso de que existan conflictos entre valores, cómo se resuelven? Y ¿Existe alguna jerarquía entre valores? Böckenförde dice que para responder estas preguntas debemos comprender dos grandes concepciones sobre los valores morales: la que supone que estos son objetivos, sin atención a las inclinaciones de las personas y la de quienes suponen que son preferencias subjetivas, moldeadas culturalmente³⁸.

La tesis de los objetivistas, escuetamente dicha, es que los valores existen con independencia de quienes tienen “la experiencia del valor”. Esta visión, conocida como “teoría del valor” o “axiología” encuentra entre sus representantes más conspicuos a Max Scheler y Nicolai Hartmann³⁹. Para ellos hay una jerarquía que es inherente a los valores mismos y, por lo tanto, los conflictos son aparentes, pues previo al pesaje de los valores que se suponen en conflicto,

³⁸ Esta distinción de Böckenförde es útil en este contexto, pero quizás muy simple para cuestiones morales más abstractas. Una visión mucho más completa es la que plantea: Hare, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, *op. cit.*

³⁹ Citados en nota 11.

la validez de cada valor ya estaba dada⁴⁰. Vemos que los objetivistas ponen su esfuerzo teórico en los modos de conocimiento de los valores, mas no en su existencia. A diferencia de las cosas (en las que se incluyen los signos lingüísticos que forman los textos), a los valores hay que imaginarlos de alguna manera. De allí, que se suela explicar este modo de conocimiento como intuiciones (que captan esencias) o procedimientos racionales (que le dan objetividad al juicio que emerja de dichas ideas evidentes)⁴¹.

En sentido contrario, el modelo subjetivo supone que los valores son “postulados” por el sujeto, que cuando alguien afirma la existencia de un valor eso equivale a la atribución de la condición de valioso de objetos o comportamientos⁴². Como se trata de un juicio de un sujeto, es común que existan conflictos entre visiones de mundo: el hecho de que algunos le dan mayor peso a unos valores sobre otros. El hecho empíricamente demostrable de que el sujeto tiene valores (hace valoraciones) no conduce a que sus valoraciones sean correctas y, por lo tanto, que estos juicios sean racionalmente demostrables. Se podría decir entonces que la validez de la que hablan los objetivistas no es más que un reclamo de validez de un hablante⁴³. Así, la mayor objeción de los subjetivistas hacia los objetivistas

⁴⁰ Hay “niveles” que van desde las necesidades, la verdad, la belleza y lo sagrado. Los valores espirituales preceden a los materiales, los culturales a los económicos, los éticos a los útiles. Por lo que la jerarquía es inherente a los valores. Böckenförde, “Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts”, *op. cit.*, p. 77.

⁴¹ Hare, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, *op. cit.*

⁴² Max Weber se ocupó de este problema en una serie de ensayos como un intento de separación entre el discurso científico válido y las valoraciones que los sujetos (incluidos los investigadores sociales) realizan sobre la realidad social. Al inicio de uno de estos ensayos afirma que por valoraciones se debe entender “las evaluaciones prácticas del carácter censurable o digno de aprobación de los fenómenos influibles por nuestro actuar”. Mírese “El sentido de la neutralidad valorativa de las ciencias sociológicas y económicas”, en *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología*, Carlos Correas (trad.), Granada, Comares, 2013.

⁴³ John L. Mackie llama el subjetivismo moral “escepticismo moral de primer orden”, para aludir a la concepción metaética que asume que con independencia de la

es que no hay una medida o un estándar que permita jerarquizar los valores y, por lo tanto, los valores no pueden guiar los comportamientos, cual es la función primordial de toda norma⁴⁴.

Y esto tiene una consecuencia directa en la aplicación del derecho, pues en ausencia de medida que permita jerarquizar valores o principios, no sabemos cómo se han de aplicar. Alexy ha intentado responder a este problema (que solo existe desde una visión objetivista de los valores) a través del planteamiento de un procedimiento de pesaje de principios, llamado ponderación. Este procedimiento implica tomar los principios en conflicto y determinar cuál de ellos pesa más en un caso concreto, la idea de *peso* no es una metáfora, ya que se trata de una operación aritmética en la que se asignan valores numéricos a los pesos de cada principio. Esto presupone, como es natural, que las reglas relativas al caso se vean desplazadas por sus principios subyacentes (ya que las reglas no se pueden pesar) y que este procedimiento de pesaje es un método tan o más racional que la subsunción⁴⁵. La principal objeción a este método, pese al

moral de cada quien (relativa a la moral, al segundo orden) hay quienes consideran que no existen argumentos respecto a la existencia de los valores distintos de la mera afirmación de que se tienen como si estos fueran objetivos. Mírese *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Tomás Fernández Aúz (trad.), Barcelona, Gedisa, 2000.

⁴⁴ Es casi pacífico el debate hoy en la filosofía del derecho respecto a que la relevancia práctica de las normas es que constituyen razones para la acción. Para un muy detallado análisis de la cuestión, mírese Juan Carlos Bayón Mohino, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁵ La expresión “igual o más racional” obedece a que Alexy jamás ha negado la racionalidad de la subsunción, más bien la ha presentado de tal manera que él le pueda atribuir limitaciones a su racionalidad que justificarían la utilización de un “método más racional” como la ponderación. Así lo hace en su texto “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, Luis Felipe Vergara Peña (trad.), en Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro y Luis Felipe Vergara Peña (comps.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Externado, 2014, pp. 29 a 62. Para un estudio crítico de esta cuestión específica se puede mirar Ricardo Garzón Cárdenas, “La subsunción de Alexy y la pregunta por la racionalidad de la ponderación”, en *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, n. 8, enero-junio de 2018, pp. 113 a 159, disponible

intento de racionalizar el procedimiento por vía de las matemáticas, es que el instrumento es tan imaginario como el peso que él suministra⁴⁶. Lo que sucede, más bien, es que la ponderación no es un método, sino un tópico que permite aludir a la importancia de los valores en conflicto para que el operador jurídico decida (sin reglas de algún tipo) el valor que considera prima en el caso concreto. Una manera discreta de legitimar el particularismo judicial, es un juez no sometido a las normas.

2. SUBSUNCIÓN Y AUTONOMÍA SEMÁNTICA DE LAS NORMAS

La anterior objeción no se puede hacer a la subsunción, pues su racionalidad recae en la evidencia de la identidad de propiedades genéricas descritas en un texto jurídico (sobre el cual no existe duda de su pertenencia al ordenamiento jurídico) y las propiedades específicas con las que cuenta un caso (se supone probado lo que hubiese de probarse). Esta identidad de propiedades es lo que hace *subsumible* el caso en la norma. Pueden existir dudas respecto a si esta identidad es plena o no, si hay una zona de claridad o penumbra, entendiendo que la penumbra (o caso difícil) surge de la limitación semántica de las normas respecto al caso concreto y no por la importancia de los valores o principios involucrados⁴⁷. Los casos no se pueden subsumir en valores y principios, precisamente porque estos

en [<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/70/62>].

⁴⁶ García Amado ha utilizado el término “ponderómetro”, para mostrar que la ponderación, como instrumento, tiene más de imaginación que de método. Se trata de una balanza que no se puede explicitar ni dibujar en la argumentación de un caso, solo contamos con la afirmación de que se ponderó. Mírese “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsumitivo y el interpretativo-subsumitivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno”, en Mayolo García García y Rodolfo Moreno Cruz (Coords.), *Argumentación jurídica*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, 2014, pp. 29 a 62.

⁴⁷ Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, cit., en particular el cap. VII, “Formalismo y escepticismo ante las reglas”.

no tienen propiedades que se puedan contrastar con las de los casos. Podemos tener idea de lo que es la justicia, pero no sabemos a ciencia cierta las propiedades o características que la justicia establece para aplicarlo en una situación concreta.

Lo anterior podrá parecer contraintuitivo para muchos lectores, pues se considera un hecho cierto que principios como el debido proceso, el *habeas corpus*, la buena fe, o el de *in dubio pro operario*, indican por lo general de forma clara la dirección regulatoria de los comportamientos. Pero esto no es una cuestión conceptual, sino solo terminológica: que se le llame por tradición jurídica “principio” a normas importantísimas, que no son exactamente los principios a que se refieren ALEXY o DWORKIN. Pensemos en el artículo 30 de la Constitución colombiana, que afirma que quien creyera estar privado ilegalmente de la libertad podrá pedir que, con miras a ser liberado, en un tiempo máximo de 36 horas un juez verifique la legalidad de esa detención. En este caso, basta que exista una detención que no cumpla con los requisitos legales para que un juez deba ordenar la libertad dentro de ese margen de 36 horas ¿Cambia en algo la obligación del juez que garantiza dicha libertad que a ello se le llame “principio de *habeas corpus*”? La verdad es que no importa, o al menos no debería importar.

No debería importar que se llame a estas normas constitucionales principios, pero cuando importa es quizás una razón para preocuparnos, pues la mención de que son principios puede traer aparejada la consecuencia de que estas normas son ponderables, que no están a salvo de la balanza imaginaria que describe tan sofisticadamente ALEXY. Basta con que el aplicador encuentre un principio opuesto que considere con mayor peso (como sería la seguridad del Estado, en un caso de terrorismo, por poner un ejemplo) para que se legitimen capturas ilegales por un tiempo superior al jurídicamente establecido, sin la intervención de la garantía judicial en comento. Aquí se debe recordar la crítica que hizo Habermas a la visión axiologista, luego encarnada en Alexy, en el sentido que una

de las potencialidades de la ponderación es poner en discusión el contenido cierto y determinado de los derechos fundamentales⁴⁸.

No podemos negar que existan conflictos valorativos respecto al derecho, lo que habría que poner en discusión es que esos conflictos sean de manera necesaria normativos. Conflictos valorativos existirán en todo caso cuando pueda surgir discrepancia de concepciones sobre el bien respecto a cierta norma, pero conflictos normativos solo aparecerán cuando existan antinomias, es decir, normas que regulan de manera contraria la misma conducta⁴⁹. La distinción entre conflictos valorativos y conflictos normativos es un capítulo especial de la cuestión general de la separación entre el derecho (de todos) y la moral (de cada quien). Esto es funcional con los sistemas políticos democráticos, pues al derecho se le dejan los asuntos colectivos, los relativos a la convivencia pacífica, y a la moral todo el resto de cuestiones donde el derecho no debe pronunciarse. En el medio queda el procedimiento democrático, como mecanismo de transformación de las preferencias morales compartidas en normas vinculantes para todos.

La cuestión siguiente es cómo el derecho dirime los conflictos valorativos. Básicamente con dos artilugios: el primero es establecer las fuentes de producción jurídica (constituyente, legislador, administración, justicia, etc.) y el segundo es el lenguaje. Respecto del primer artilugio, nos referimos a la autoridad para dirimir conflic-

⁴⁸ “En la medida en que un tribunal constitucional adopta la ‘teoría de los valores’ o ‘teoría del orden valorativo’ y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos”. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Trotta, 2005, p. 332.

⁴⁹ Esto no es, de ninguna manera, una idea novedosa, pues es quizás una crítica permanente desde la concepción positivista a las visiones llamadas post-positivistas o neoconstitucionalistas. Un buen desarrollo del estado de la cuestión se puede ver en José Manuel Cabra Apalategui, “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”, en Juan Antonio García Amado (coord.), *Conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 49 a 75.

tos valorativos: las asambleas constituyentes o los parlamentos discuten por largas jornadas la manera como sus sociedades se han de regir, pero, sobre todo, se ponen de acuerdo en la redacción de las disposiciones. En el segundo artilugio, relacionado con el primero, vemos que el lenguaje es el puente de comunicación entre el Estado y la comunidad: la autoridad escoge una serie de palabras en atención al significado que tienen, de tal manera que los destinatarios, apelando al significado común, entiendan si determinados comportamientos son obligatorios, prohibidos o permitidos. Esto es lo que en la teoría del derecho se ha llamado “autonomía semántica de las normas”⁵⁰.

Por ello, el primer referente (no el único, desde luego) al que se ha de atener un juez es al significado de las palabras de las normas que ha de aplicar. Si en vez de buscar el significado de las palabras prefiere apelar a las razones que justifican la aplicación de dichas normas, desconoce la autoridad del constituyente o legislador que con el establecimiento de la regla escogió la prevalencia de unos valores sobre otros. Sustituir en la elección de dichos valores equivale a negar el principio democrático y el pluralismo político.

IV. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. LOS PROBLEMAS IDEOLÓGICOS EN TORNO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Es usual que se enseñe en los trabajos dogmáticos al Estado social de derecho como una superación del Estado de derecho: ahora el Estado se preocupa por la prestación de servicios básicos que permitan alcanzar la igualdad real y efectiva, contrario al Estado liberal, que aseguraba la mera igualdad formal. Esta presentación es quizás imprecisa en lo teórico, pues esconde el hecho de que este concepto admite interpretaciones tanto liberales como conservado-

⁵⁰ Mírese Schauer, *Las reglas en juego*, cit.

ras en materia de derechos, así como programas macroeconómicos contrarios.

Como es sabido, la discusión sobre el Estado social se plantea en Alemania a lo largo del siglo XIX⁵¹ y es en el siglo XX donde adquiere solemnidad constitucional. La Constitución de Weimar⁵², junto con la de Querétaro⁵³, consagraron derechos sociales, pero no calificaron aún sus Estados como sociales. Fue la Constitución de Bonn⁵⁴ la primera que lo hizo con claridad, seguido por la Constitución española⁵⁵⁻⁵⁶. Entre estas dos Constituciones se puede rastrear el linaje de la idea de Estado social de derecho que se consagra finalmente en la Constitución colombiana de 1991. De manera temprana se va a ver en el contexto alemán que la consagración de un Estado social (*Sozialstaat*) implica muchos problemas teóricos, en particular el de la definición jurídica (doctrinaria) de una realidad normativa (una positivización). Es decir, nadie puede negar que esté allí (que

⁵¹ La doctrina alemana es casi unánime en el sentido de atribuir el concepto al pensamiento conservador reformista de Lorenz von Stein, descrito en su obra *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* (1850). Un análisis completo de esa obra se puede encontrar en Ernst Böckenförde, “Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat”, en *Recht, Staat, Freiheit*, pp. 170 a 208.

⁵² Sancionada el 14 de agosto de 1919.

⁵³ Promulgada el 5 de febrero de 1917.

⁵⁴ Ley fundamental de Bonn, promulgada el 22 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.

⁵⁵ De 29 de diciembre de 1978.

⁵⁶ Para la Constitución de Bonn: Artículo 20.1: La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”; Artículo 28.1: “El orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental” versión electrónica en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. La Constitución española dijo, en el artículo 1.1: “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”. Versión electrónica en [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con).

un Estado se califique como social), pero queda a los ciudadanos, los legisladores, los jueces y los académicos la tarea de puntualizar qué es⁵⁷.

Dentro de las visiones contrapuestas sobre el Estado social de derecho quizás la más memorable es la que se presentó entre Wolfgang Abendroth y Ernst Forsthoff⁵⁸. Para el primero, en virtud del principio de igualdad (ya no particular de las relaciones de jerarquía Estado-ciudadano, sino extensible a las relaciones sociales horizontales) se pueden justificar transformaciones de la constitución económica de la sociedad⁵⁹. La consecuencia del planteamiento de Abendroth es que se puede pasar de una economía de mercado a una economía planificada en virtud de la igualdad exigida por el Estado social al nivel constitucional. Para Forsthoff, en un sentido contrario, el Estado social jamás daría pie a la consagración de una economía planificada; si bien lo social implica un distanciamiento de la economía liberal sin intervención del Estado, tampoco con-

⁵⁷ En este sentido lo entendió Forsthoff: “Si el Estado social no fuera una realidad, el Estado social de derecho no sería un problema jurídico constitucional”. Mírese “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 12, 1954, p. 8. Hay una traducción al español de este texto, junto con otros de Wolfgang Abendroth y Karl Doehring, en la compilación *El Estado social*, José Puente Égido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986. De todas maneras, cito la versión original porque en la traducción hay un error precisamente en la cita entrecomillada.

⁵⁸ Para adentrarse en las connotaciones ideológicas de este debate, mírese Gerardo Meil Landwerlin, “El Estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 4, 1984, pp. 211 a 225, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26806>].

⁵⁹ Así en “Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaat im GG der brd”, en Ernst Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1968, pp. 114 y ss. Así mismo, “Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag” (1977), en Medhi Tohindipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 2. Band, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978. Este último cuenta con traducción, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político” en Forsthoff, Abendroth y Doehring, *El Estado social*, cit.

duce al colectivismo comunista. Se trata de una equidistancia. La principal razón en este autor para sostener esto es que el Estado de derecho se entendería como una fórmula del nivel constitucional y, para evitar antagonismos (pues las instituciones de cada uno no son conciliables), la fórmula del Estado social se entendería como eficaz al nivel infraconstitucional, en el plano de la legislación y la administración. Después de todo, la política social que permite afirmar que un Estado tiene carácter social se desarrolla en el plano legal y administrativo⁶⁰.

Con el tiempo, la doctrina alemana se separó por completo de los planteamientos de Abendroth y rechazaría la idea de Forsthoff de la infraconstitucionalidad del Estado social, si bien nunca se refutó de manera adecuada la idea que fundamentó el planteamiento de este: que los objetivos sociales, y la manera para lograrlos, escapaban de la formulación constitucional y de su control jurisdiccional. Se adquirió una especie de solución normativa de conciliación, sin que quedara clara su implicación. Ingo von Münch afirmó, por ejemplo, “no es ni un concepto en blanco carente de sustancia ni se le puede negar carácter jurídico”⁶¹. Esto recuerda la expresión de la sentencia en comento según la cual Estado social de derecho “no es una muletilla retórica”. No obstante, la pregunta teórica importante persiste: ¿Qué implicaciones normativas tiene el Estado social de derecho?

2. VARIABLE ECONÓMICA Y EFICACIA SIMBÓLICA

Javier Pérez Royo extrae cuatro características coincidentes entre los diversos planteamientos del Tribunal Constitucional Federal respecto al Estado social, que vale la pena listar: 1. No es posible deducir pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos

⁶⁰ Forsthoff. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *op. cit.*, p. 29.

⁶¹ Ingo von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, t. 1, Art. 1 a 20, 2.ª edición, München, Beck, 1981, p. 727.

con la cláusula del Estado social; 2. Es en el desarrollo legislativo del Estado social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica; 3. La cláusula del Estado social se reduce a elemento de interpretación de normas infraconstitucionales; y 4. Hay una interdependencia entre la efectividad de la fórmula del Estado social y la coyuntura económica⁶². Tras este listado y una revisión de la jurisprudencia relevante, PÉREZ ROYO hace una aseveración desconcertante: “Las afirmaciones más tajantes del TCF acerca del Estado social se contienen en sentencias en las cuales se resuelve de manera negativa la cuestión que se le plantea y en las que no se extrae consecuencia práctica alguna de la fórmula del Estado social [...] La referencia al Estado social se convierte así en una suerte de declaración que ‘dulcifica’ la decisión que se toma”⁶³.

La conclusión de Pérez Royo deja un sinsabor respecto al desarrollo teórico del Estado social en la cultura jurídica alemana que la originó, y deja mejor librada a la jurisprudencia española, que llevaba tan solo tres años de trabajo cuando escribió su texto. A juicio de este jurista, el Tribunal Constitucional de España sí utilizaba el Estado social para extraer consecuencias importantes relativas al alcance de la interpretación del principio de igualdad⁶⁴. Pero si esto fuera así, no se podría defender a la jurisprudencia española de la dura crítica que Pérez Royo le hiciera a la alemana, pues en este caso también sería posible decir que el Estado social aquí dulcificó

⁶² Javier Pérez Royo, “La doctrina del tribunal constitucional sobre el Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, n.º 10, 1984, pp. 157 a 181, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249933.pdf>].

⁶³ *Ibid.*, p. 167.

⁶⁴ Se refiere a la Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 13, de 15 de enero de 1983, disponible en [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/123>], en la que se equiparó al personal masculino y femenino de la Seguridad Social en cuanto a horas extraordinarias por trabajo en días festivos. A las mujeres que trabajaban el día domingo se le abonaban 12 horas extras, mientras que a los hombres que hacían la misma labor, solo se le contaban como horas extras tres de esas 12 horas.

la interpretación de una norma de igualdad que se hubiera podido aplicar sin el concurso del Estado social.

El cuarto de los elementos enlistados por Pérez Royo es quizás el más duro, el menos racionalizable discursivamente. Los académicos podríamos seguir discutiendo sin solución de continuidad sobre naturalezas jurídicas y eso quizás no incida mayor cosa en la aplicación del derecho, no como la interdependencia entre el Estado social y las coyunturas económicas. Si no existen medios materiales para la realización de una sociedad de bienestar, enarbolar el principio del Estado social se convierte en un acto de ingenuidad o de manipulación. Si no existen condiciones económicas para proteger determinados derechos, las órdenes judiciales de protección conducen a la solución particular de problemas generales o, en el peor de los casos, en jurisprudencia que protege derechos de manera solo simbólica, con toda la fuerza retórica, pero sin la correspondiente modificación de la realidad⁶⁵.

El Estado social vive en nuestras Constituciones como reconocimiento de la necesidad de superar discriminaciones históricas asociadas a distribuciones inequitativas de bienes sociales, pero no podemos confundir la consagración de la aspiración constitucional con el resultado perseguido, con niveles de mayor bienestar social. Esto es lo que explica que sean analíticamente separables los dos conceptos: el principio de Estado social, cual pretende un modelo de Estado (realizable de acuerdo al realismo y sinceridad de los

⁶⁵ Esta crítica de orden empírico (la falta de mecanismos para proteger ciertos derechos) tiene como correlato otra de tipo normativo: que no se ha aplicado, en la realidad, las normas de la Constitución. Esta última es la postura de Hans F. Zacher: “En cualquier caso, el Tribunal Constitucional Federal no ha tomado ninguna participación importante, tal vez incluso notable, en el cumplimiento económico material del principio de igualdad y su salvaguarda legal” (p. 360). Hans F. Zacher, “Soziale Gleichheit” en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 93, 1968, pp. 341 a 383. “Das BVerfG jedenfalls hat an der materiellen ökonomischen Erfüllung des Gleichheitssatzes und deren rechtlicher Sicherung keinen führenden, vielleicht nicht einmal einen nennenswerten Anteil genommen”.

constituyentes), y el Estado de bienestar, que es una realidad político-económica⁶⁶.

3. IMPLICACIONES NORMATIVAS GLOBALES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Tenemos entonces dos ideas contrapuestas de Estado social: una en la que no tiene incidencia alguna en el plano constitucional y otra en la que considera que su pura mención puede justificar una transformación de la constitución económica de una sociedad. Esos dos extremos se han de descartar, pues el Estado social sí supone una aproximación hacia un Estado de bienestar, pero sin trasgredir el Estado de derecho: se deben respetar las competencias constitucionales de cada órgano en el proyecto de alcanzar mayores niveles de bienestar social. El Estado debe ser social, pero jamás al precio de sacrificar las libertades políticas ni los procedimientos democráticos.

En el caso alemán, se aclaró muy pronto que la significación del Estado social en una democracia constitucional jamás se puede entender como la posibilidad de una economía planificada o un desconocimiento de las facultades del legislador para orientar los objetivos sociales y la manera de alcanzarlos. En el caso de la prohibición del Partido Comunista Alemán, afirmó que el Estado no tiene un programa destinado, ya que corresponde a las fuerzas políticas establecer el rumbo de este, pues “las mismas personas moldean su desarrollo a través de decisiones comunitarias que solo se pueden tomar con la máxima libertad”⁶⁷. Esto no implica una desatención de las necesidades sociales, ya que se ha elevado el Estado social

⁶⁶ Esta tesis se desarrolla de manera amplia en: Alonso Fernández-Miranda Campamor, “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 23, n° 69, pp. 139 a 180.

⁶⁷ BVerfGE 5, 85. Caso *KPD-Verbot*. (Prohibición del Partido Comunista Alemán) (1956). (p. 197).

al rango de principio constitucional pues “su objetivo es evitar los efectos nocivos de la libertad ilimitada y lograr progresivamente la igualdad en la medida razonablemente necesaria”⁶⁸.

La democracia tampoco se puede poner en duda, pues “crear un derecho que corresponda a los ideales de justicia social, libertad, igual y equidad es una tarea eterna de la legislación [...] el Tribunal constitucional no es un cuerpo legislativo y no es su trabajo reemplazar al legislador”⁶⁹. La Corte colombiana también se ha referido en algunas oportunidades en un sentido similar. En Sentencia C-566 de 30 de noviembre de 1995⁷⁰ afirmó que no se puede entender el Estado social de derecho sin involucrar el principio democrático en la competencia de distribución de bienes sociales. Solo el legislador puede tener en cuenta de manera adecuada el funcionamiento del sistema fiscal, de la misma manera que los derechos políticos de los ciudadanos consisten en participar de las elecciones y de que sus representantes sean escuchados. Dicho de otra manera, la distribución es un asunto político que, como regla general, se le debe dejar al proceso democrático, no a la aplicación judicial del derecho. Y quizás aquí emerge la implicación global del Estado social de derecho, relativo a la competencia de los diversos órganos constitucionales: el constituyente pone límites al ejercicio arbitrario del poder político (no llevar a una economía planificada ni actuar sin justificación alguna contra los derechos fundamentales, incluidos los sociales), mas no indica orientaciones de política económica; el legislador tiene la tarea de la definición de las metas sociales y su modo de realización; la administración presta los servicios o ejecuta las políticas sociales que estableció el legislador.

⁶⁸ *Cit.*, p. 206.

⁶⁹ BVerfGE 1, 97 (100 a 101). Caso *Hinterbliebenenrente I* (pensión de sobreviviente) (1951).

⁷⁰ M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>].

4. IMPLICACIONES NORMATIVAS ESPECÍFICAS: EL SIGNIFICADO DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Las implicaciones normativas específicas del principio de Estado social de derecho dependen de cómo se haya planteado el principio de igualdad en las distintas constituciones. Así se ha entendido y poco se puede discutir al respecto. Pero esta realidad no contribuye a resolver el problema del significado positivo de lo que manda el constituyente. Es claro que una errada interpretación del principio de igualdad implicaría una errada interpretación del Estado social, pero no más que eso. Una definición circular en toda regla⁷¹. Si a esto juntamos las controversias eternas relativas al significado de la igualdad en materia constitucional, vemos que hemos llegado a una tautología con pocas promesas de solución. Así, si en una comunidad jurídica se considera que el principio de igualdad justifica la intervención de los jueces para corregir cualquier tipo de desigualdad material, la consecuencia es un activismo judicial amparado en la noción de Estado social de derecho. Por el contrario, el Estado social no valdría como fundamento para el activismo judicial donde se considerara que la igualdad jurídica tiene como única función excluir determinados tratamientos por discriminatorios.

En el anterior entendido, podemos constatar que Constituciones como la alemana, la española y la colombiana tienen una regulación similar de la igualdad: 1. Un enunciado general del tipo “todos son iguales ante la ley”; 2. La prohibición a todas las autoridades de tratar a las personas conforme a un criterio de distribución considerado odioso (sexo, raza, religión, etc.); y 3. Una norma que conmina

⁷¹ En este sentido lo ha explicado Christian Starck, para quien la reconducción de la interpretación de la igualdad al Estado social y viceversa, no resuelve en nada los problemas de contenido del uno y del otro, asumiendo, desde luego, que la positividad de ambos requiere postulados interpretativos sobre el texto. Mírese “Die Anwendung des Gleichheitssatzes” en Christoph Link (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 1982, pp. 51 a 73.

a las autoridades a que disminuyan las desigualdades materiales. Del juego de estas tres normas podemos ya establecer de manera sintética las implicaciones del Estado social de derecho en clave de igualdad.

En primera medida, el legislador debe tratar a todas las personas de la misma manera, con normas generales. En tal sentido, el control de constitucionalidad recae sobre el uso de criterios prohibidos en dichas regulaciones generales. Supone, además, que debe existir una ley para que el juez pueda realizar dicho control de exceso y que se excluye el control constitucional de las omisiones legislativas absolutas⁷². En segunda instancia, también es obvio que dichas leyes no pueden ir en contra de derechos fundamentales, y en materia de Estado social los más importantes serían los que comprometen el marco de la constitución económica: los relativos a las libertades en una economía de mercado y los derechos sociales.

En tercera instancia, ya como implicación precisa atribuible al principio de Estado social de derecho, es que la legislación social (no violatoria de derechos fundamentales relativos a la constitución económica) se ve blindada por un permiso constitucional. De no existir dicho permiso o habilitación, las normas que “no tratan a todas las personas de la misma manera” o las que “utilizan un criterio prohibido”, serían inconstitucionales. Con el permiso, cuando la motivación es alcanzar la igualdad real y efectiva, dichas normas encuentran fundamento constitucional⁷³. Con esto, una normativa social regresiva requiere una justificación clara y admisible; mientras que una normativa social protectora presupone dicha justifica-

⁷² Algunos autores se refieren a la noción de “densidad”. La densidad jurídica se consigue cuando hay leyes que se orientan hacia o en contra del Estado social. Se puede consultar Fernández-Miranda Campoamor, “El Estado social”, cit., pp. 178 y 179.

⁷³ Un desarrollo mayor de este argumento y su aplicación en análisis jurisprudencial se puede ver en: Ricardo Garzón Cárdenas, “Igualdad, ponderación y falso progresismo”, en Juan Antonio García Amado (coord.), *Conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 407 a 441.

ción (presunción que se destruiría en caso de violación a derechos fundamentales específicos).

La gran cuestión que nos queda por abordar es: ¿cuál es el papel de este principio en un caso de control constitucional a acciones administrativas? Esta pregunta se liga con la cuestión central de la sentencia bajo análisis. Aquí solo debemos retomar algo que dijimos en las consecuencias globales: dándole algo de razón a FORSTHOFF, las políticas sociales son un asunto de la administración y, por tanto, del derecho administrativo⁷⁴. En el caso que motiva nuestro análisis quizás no se hizo suficiente claridad en este punto, como sí lo hizo el salvamento de voto del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ: en estricto sentido, este caso no era una cuestión constitucional de derechos fundamentales, sino de derechos colectivos, protegidos mediante acciones populares. Pero esta consideración general en el caso concreto goza de una excepción más que razonable para que se protegiera mediante una acción de tutela: que no existía en la época un mecanismo de protección de los derechos del actor⁷⁵.

V. CONCLUSIONES

Las reflexiones expuestas al hilo de la Sentencia T-406 de 1992, permiten las siguientes conclusiones:

- La consagración del Estado social de derecho se convierte, en la práctica, en un desafío interpretativo por la carga ideológica que comporta. No conviene usar el Estado social de derecho como una expresión equivalente a “un estado ideal de cosas”, porque en dicho caso, contrario al querer de la Corte y de los ciudadanos interesados en la vigencia de la Constitución, por ese camino se puede convertir el término en una muletilla retórica.
- La consagración de valores en la Constitución no conlleva una interpretación judicial axiológica, pues las reglas constitucionales

⁷⁴ Forsthoff. “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, *op. cit.*

⁷⁵ Mecanismo que surgió apenas con la Ley 472 de 1998, *op. cit.*

suponen elecciones valorativas ya realizadas por el constituyente. Desconocer reglas constitucionales por las razones que le subyacen (llamemos a estas, valores o principios) representa un desbordamiento del juez del marco constitucional.

- El principio de Estado social de derecho supone un reparto de funciones entre diversos órganos del Estado. El constituyente establece el marco de la constitución económica (economía de mercado con derechos sociales), el legislador define la política social y los modos de lograr sus fines y la administración implementa y ejecuta las políticas públicas.
- El componente judicial a nivel constitucional es el concerniente al marco de la constitución económica: el legislador no puede negar las libertades económicas garantizadas en la Constitución mediante una política de distribución, así como tampoco puede implementar políticas regresivas a los derechos sin justificación.
- Para que el Estado social de derecho sea un problema práctico, debe existir legislación sobre la cual aplicar el análisis de los límites constitucionales, esto excluye el juzgamiento de las omisiones legislativas absolutas de dicha política.
- Como lo muestra numerosa jurisprudencia y doctrina, el Estado social de derecho adquiere fuerza constitucional especial cuando se decide el alcance del principio de igualdad.
- Pese a las críticas conceptuales que se le puedan hacer a esta sentencia, su valor es inmenso pues ensaya modelos de explicación de problemas inusitados en el pensamiento constitucional colombiano. Es una sentencia que sirvió como base de décadas de reflexión sobre los alcances de la jurisdicción constitucional y la responsabilidad de ciudadanos y juristas en la disminución de las desigualdades sociales que han marcado la historia de Colombia.

VI. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, Wolfgang, “Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag” (1977), en Medhi Tohindipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, 2. Band, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978.

———, “Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaat im GG der BRD”, en Ernst Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1968.

ALEXY, Robert, “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, Luis Felipe Vergara Peña (trad.), en Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro y Luis Felipe Vergara Peña (comps.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Externado, 2014.

———, *Teoría de los derechos fundamentales*, Carlos Bernal Pulido (trad.), 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.

BARBAROSCH, Eduardo, *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, 2.ª ed., Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires-La Ley, 2013.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2004.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst, “Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat”, en *Recht, Staat, Freiheit*.

———, “Origen y cambio del concepto de Estado de derecho”, en Rafael Agapito Serrano (trad.), *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

———, “Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts”, en *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991.

BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México D. C., Fontamara, 2006.

CABRA APALATEGUI, José Manuel, “¿Antinomias constitucionales? Una concepción coherentista de las normas de derecho fundamental”, en Juan Antonio García Amado (coord.), *Conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Constitución Política de Colombia de 1991, *Gaceta Constitucional*, n.º 116, de 20 de julio de 1991, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html].

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, Disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>].

———, Sentencia C-566 de 30 de noviembre de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>].

———, Sentencia C-144 de 19 de marzo de 1997, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>].

———, Sentencia T-533 de 3 de julio de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-533-03.htm>].

- _____, Sentencia C-532 de 12 de julio de 2006, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-532-06.htm>].
- _____, Sentencia C-1058 de 29 de octubre de 2008, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1058-08.htm>].
- _____, Sentencia T-696 de 2 de octubre de 2009, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-696-09.htm>].
- Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, *Diario Oficial*, n.º 40.165, de 19 de noviembre de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>].
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1966.
- DWORKIN, Ronald, “El sistema de normas I”, en Marta Guastavino (trad.), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- _____, *Una cuestión de principios*, Victoria Boschioli (trad.), Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Campoamor, Alonso, “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 23, n.º 69.
- FORSTHOFF, Ernst, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n.º 12, 1954.
- FORSTHOFF, Ernst, *et al*, *El Estado social*, José Puente Égido (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsuntivo y el interpretativo-subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno”, en Mayolo García García y Rodolfo Moreno Cruz (Coords.), *Argumentación*

- jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–, 2014.
- , “Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza”, en *Teoría y derecho, revista de pensamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, en prensa.
- , “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en *El derecho y sus circunstancias*, Bogotá, Externado, 2011.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moral. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.
- GARRORENA, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980.
- GARZÓN CÁRDENAS, Ricardo, “Igualdad, ponderación y falso progresismo”, en Juan Antonio García Amado (coord.), *Conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- , “La subsunción de ALEXY y la pregunta por la racionalidad de la ponderación”, en *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, n. 8, enero-junio de 2018. Disponible en [<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/70/62>].
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo*, Jordi Ferrer Beltrán (trad.), Barcelona, Gedisa, 1999.
- , *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Marina Gascón y Miguel Carbonell (trads.), México, Porrúa, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Trotta, 2005.
- HARE, Richard, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, Joan Vergés Gifra (trad.), Barcelona, Ariel, 1999.

- HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HARTMANN, Nicolai, *Ética*, Javier Palacios (trad.), Madrid, Encuentro, 2011.
- Ley 472 de 5 de agosto de 1998, “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 43.357, de 6 de agosto de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1832171>].
- LEIBHOLZ, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.ª ed., München-Berlin, Beck, 1959.
- MACKIE, John L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Tomás Fernández Aúz (trad.), Barcelona, Gedisa, 2000.
- MAUNZ, Theodor; Dürig, Günter; Herzog, Roman; Scholz, Rupert, *Grundgesetz. Kommentar*, tt. I y II, Art. 1-12, München, Beck, 1994.
- MEIL LANDWERLIN, Gerardo, “El Estado social de derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 4, 1984, pp. 211 a 225, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26806>].
- PÉREZ ROYO, Javier, “La doctrina del tribunal constitucional sobre el Estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, n.º 10, 1984. Disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/249933.pdf>].
- PETERSEN, Jens, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez (trads.), Madrid, Marcial Pons, 2004.

- SCHELER, Max, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación del personalismo ético*, Hilario Rodríguez Sanz (trad.), Madrid, Caparrós, 2001.
- SHAPIRO, Scott J., *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*, University of Michigan Law School, 2007.
- SILVA GARCÍA, Germán, *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV, “Las ideologías profesionales”, Bogotá, Externado, 2001.
- STARCK, Christian, “Die Anwendung des Gleichheitssatzes” en Christoph Link (ed.) *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 1982.
- Tribunal Constitucional español, STC 81/1982, de 21 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 13, de 15 de enero de 1983, disponible en [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/123>].
- Tribunal Constitucional español, STC 18/1984, de 7 de febrero, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 59, de 9 de marzo de 1984, disponible en [<https://www.boe.es/boe/dias/1984/03/09/pdfs/T00012-00017.pdf>].
- UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*, Bogotá, Externado, 2009.
- VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1955.
- VON MÜNCH, Ingo, *Grundgesetz-Kommentar*, t. 1, Art. 1 a 20, 2.^a edición, München, Beck, 1981.
- WEBER, Max, “El sentido de la neutralidad valorativa de las ciencias sociológicas y económicas”, en *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología*, Carlos Correas (trad.), Granada, Comares, 2013.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Alfonso García Suárez y Ulises Moulines (trads.), México D. C., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- ZACHER, Hans F., “Soziale Gleichheit” en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 93, 1968.



EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD APLICADO EN LOS IMPUESTOS ESTATALES Y EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA¹

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY APPLIED IN STATE TAXES AND INCOME TAX

ENRIQUETA MANCILLA-RENDÓN*²

CARMEN LOZANO-ARIZMENDI**²

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es estudiar el principio de proporcionalidad aplicado en las tasas contributivas Estatales para medir la progresividad de los impuestos establecidos en las entidades federativas, y la tarifa tributaria del Impuesto Sobre la Renta (ISR). Se realizó un análisis hermenéutico-crítico para construir una base de datos de los tipos de impuestos y sus tasas, y se aplicó el índice de Suits para calcular la progresividad tributaria. El estudio concluye que el sistema de tributario es regresivo pero cercano a lo proporcional. La aportación del estudio reside mostrar el grado de progresividad de las tasas tributarias Estatales y la regresividad del sistema tributario. El trabajo es de interés para legisladores, entidades públicas de recaudación, analistas en finanzas públicas, fiscalistas, economistas, y público en general.

¹ El estudio es producto del Proyecto “Sueldos y Salarios, y el mínimo vital” de la Universidad La Salle México. Agradecemos al alumno Ricardo Franco Macías de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, su participación en el proyecto durante el XXIX Verano de la Investigación Científica de la Academia Mexicana de las Ciencias.

^{2*} Doctora por la UNAM. Investigadora de la Universidad La Salle México, Profesor de Asignatura del Posgrado de Derecho, FES Acatlán, UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Contacto: <maenriqueta.mancilla@lasalle.mx>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0737-4924>.

^{2**} Doctora por el CINVESTAV-IPN. Investigadora de la Universidad La Salle México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8579-4027>.

Fecha de recepción: 11 de julio de 2020; Fecha de aprobación: 14 de julio de 2021.

PALABRAS CLAVE: *progresividad-proporcionalidad, regresividad, sistema tributario.*

ABSTRACT: The objective of this work is to study the principle of proportionality applied of taxes established in federal entities, and the income tax rate. A hermeneutic-critical analysis was performed to build a database of tax rates and their rates, and the Suits index was applied to calculate tax progressivity. The study concludes that the tax system is regressive but close to proportional. The contribution of the study is to show the degree of progressiveness of State tax rates and the regressive of the tax system. The work is of interest to legislators, civil servant, public finance analysts, tax specialists, economists, and the public.

KEYWORDS: *progresivity-proportionality, regressive, tax system.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Una aproximación del origen del principio de la proporcionalidad en el sistema tributario; III. La capacidad económica y contributiva; IV. La proporcionalidad (progresividad) de la tarifa mensual; V. Proporcionalidad de las tasas contributivas con el Índice de Suits. VI. Resultados. VII. Conclusiones; VIII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los componentes de la política fiscal en México está definida por los ingresos fiscales, partida integrada por los ingresos petroleros y los ingresos de tributarios, como principales fuentes de ingresos que determinan la estabilidad de las finanzas públicas de la federación³, siendo el Impuesto Sobre la Renta el impuesto de mayor recaudación del sistema tributario

³ Auditoría Superior de la Federación. *Introducción al Sistema Fiscal Mexicano*, 2016. Recuperado de: https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/2._Introduccion_al_Sistema_Fiscal_Mexicano.pdf

mexicano. Éste lo mandata la Constitución Política en su artículo 31 fracción IV⁴ que describe la obligación de los mexicanos de contribuir al gasto público, de manera proporcional y equitativa, en la orden de gobierno federal, estatal, y municipal, siempre que haya una ley que lo suscriba. El principio constitucional es estricto, inmanente la vinculación del contribuyente con el sujeto activo en el ejercicio recaudatorio, y al contribuyente, como sujeto pasivo, en la obligación de contribuir.

Cuevas y Chávez⁵ proponen una clasificación de los impuestos en los que se encuentran los impuestos directos, subrayando aquellos que gravan el ingreso, el rendimiento, o el interés⁶, también llamado sueldos, ganancia o utilidad. Esta clasificación está relacionada con el principio Constitucional de proporcionalidad que configura la base impositiva a la que se aplica la tasa del impuesto de la ley del Impuesto Sobre la Renta. Se destaca el interés del análisis de un impuesto directo porque el Derecho tributario formal sistematiza las normas reglamentarias que establecen los deberes del sistema de administración tributaria, a la cual se le ha encomendado la actividad recaudatoria, por ende, se ha instrumentado la aplicación del principio de proporcionalidad (progresividad) en la tarifa del impuesto sobre la renta.

El principio de la proporcionalidad tiene vinculación con la obligación del ciudadano de contribuir al gasto público, y Vargas⁷ ex-

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, lunes 5 de febrero de 1917. 8 de mayo 2020, última reforma.

⁵ Cuevas Ahumada, Víctor; Chávez Gutiérrez, Fernando. Déficit, deuda y reforma fiscal en México. *Problemas del desarrollo*, vol. 38, núm. 148, 2007. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362007000100004&lng=es&nrm=iso

⁶ Ley del Impuesto Sobre la Renta, *Diario Oficial de la Federación*, miércoles 11 de diciembre de 2013. 9 de diciembre de 2019, última reforma.

⁷ Vargas Téllez, César, “¿Es redistributivo el sistema fiscal en México? La experiencia de 1984–2002”, *Estudios sociales*, vol. 18, núm. 35, 2010. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572010000100002

plica el alcance de este principio como aplicable en el orden federal, estatal, y municipal, por lo que la carga tributaria se puede volver excesiva para una persona física, cuando se piensa en el pago total de los impuestos que realiza sea a la federación por el impuesto a la renta por el ingreso que obtiene, el impuesto al valor agregado por los actos que realiza, y por los impuestos por actividades específicas. A lo anterior se suma el pago del impuesto al gobierno estatal que son repercutidos al ciudadano, no obstante, el hecho generador del que se trate, por ejemplo, el impuesto por la distribución del servicio del agua; más el pago de los impuestos prediales que le concede la Constitución al gobierno municipal. El total del pago de los impuestos puede ser una carga excesiva para el contribuyente, sin considerar el pago de los derechos que puedan surgir, como los derechos de una licencia, un pasaporte, o los derechos que se pagan por verificar el motor de un vehículo para atender a los indicadores ambientales.

En esta idea, surge la pregunta ¿cómo incide el principio de proporcionalidad en el ingreso de un ciudadano que cumple con sus obligaciones tributarias en el orden federal, estatal, y municipal? ¿qué tan progresivos son los impuestos estatales? ¿existe alguna regresividad en los impuestos? Por ello, el objetivo es estudiar el principio de proporcionalidad aplicado en las tasas impositivas fiscales-estatales que contienen los códigos fiscales y las leyes de hacienda pública de las treinta y dos entidades federativas en el marco de la progresividad tributaria para comprender la relación que existe con la tarifa tributaria federal del artículo 96 del Impuesto Sobre la Renta (ISR).

Se realiza un análisis con conceptos básicos descriptivos del principio de la proporcionalidad apoyando el estudio con la referencia de Sánchez Gil⁸ al afirmar que el principio de la proporcionali-

⁸ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, 2017.

dad puede aplicarse en diferentes áreas de conocimiento humano, y pronuncia la importancia que tiene este principio Constitucional en el Derecho porque “uno de los principales valores del derecho -la justicia- se funda principalmente en ella: en una determinada proporción”⁹. Coincidimos con Sánchez Gil porque el principio de la proporcionalidad es un principio que tiene un papel importante en el Derecho fiscal, especialmente en materia de retención de impuestos, pues deviene de la capacidad económica de cada sujeto pasivo, el impuesto que el contribuyente aporta a la hacienda pública como una proporción de sus ingresos, aunque en ocasiones esta carga pueda exceder a esta capacidad económica.

El estudio tiene un alcance descriptivo de corte transversal, eminentemente de gabinete, el cual tiene como objetivo un breve estudio del principio de proporcionalidad aplicado en las tasas impositivas fiscales de los Estados y confrontar con la tarifa tributaria del artículo 96 del Impuestos Sobre la Renta (ISR) federal para medir la progresividad de los impuestos cuya premisa sostiene que los impuestos son progresivos y no proporcionales como lo mandata la Constitución. En la primera parte del estudio se realizó un análisis documental en el enfoque hermenéutico-crítico¹⁰, de los códigos fiscales y leyes de hacienda Estatales vigentes en las treinta y dos entidades federativas de los Estados Unidos Mexicanos, que contienen las tasas impositivas de los diferentes tipos de impuestos que fundamentan la recaudación estatal.

Como lo propone Fernández¹¹, las tasas y cuotas tributarias que se extrajeron de los códigos fiscales y leyes de hacienda vigentes se concentraron en una base de datos que contiene la totalidad de las contribuciones Estatales, creando códigos descriptivos e inferencia-

⁹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰ Álvarez-Gayou, Juan, *Cómo hacer investigación cualitativa*. Fundamentos y Metodología, México, 1ª Edición Editorial Paidós Mexicana, 2003.

¹¹ Fernández Núñez, Lissette. *¿Cómo analizar datos cualitativos?*, Institut de Ciències de l'Educació. Universitat de Barcelona. 2018.

les para distinguir y clasificar según el hecho generador el tipo de impuesto. Con el fundamento de Cortés¹², el análisis se centró en las contribuciones que inciden en el ingreso y sobre el patrimonio, porque “son las fuentes de ingreso más importantes para explicar la distribución del ingreso fiscal”, con el propósito de confrontar las tasas y cuotas tributarias de las entidades federativas con la tasa tributaria federal del 35% del artículo 96 del Impuesto Sobre la Renta¹³, para tratar de identificar en la progresividad de la tarifa del ISR, el grado de regresividad de los impuestos Estatales, aplicando el Índice de Suits¹⁴.

El documento se estructura de la siguiente forma: en el epígrafe II se presenta una breve revisión de literatura referente al origen del principio de la proporcionalidad en el sistema tributario; en el epígrafe III se describe y vincula la teoría económica y el principio de la proporcionalidad (progresividad); en el epígrafe IV se explica la progresividad de la tarifa contributiva del impuesto sobre la renta; en el epígrafe V se expone la relación de las tasas tributarias a partir del índice de Suits; en el epígrafe VI se presentan los resultados que muestran el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad-progresividad en el impuesto federal y la relación con el impuesto Estatal; finalmente el epígrafe VII se presentan las conclusiones.

II. UNA APROXIMACIÓN DEL ORIGEN DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA TRIBUTARIO

El sistema tributario en México se establece desde la época prehispánica. El imperio Azteca tenía un sistema de tributación con un

¹² Citado por Huerta Quintanilla, Rogelio, “Pobreza, distribución del ingreso y renta básica”, *Economía*, UNAM, vol. 9, núm. 26, 2012, p.77. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/45033/40585>

¹³ Ley del Impuesto Sobre la Renta, *op. cit.*, última reforma.

¹⁴ Suits, D., Measurement of Tax Progressivity. *The American Economic Review*. 1977.

enfoque eminentemente místico y de guerra, y no se conceptualizaba la distribución del impuesto para fines sociales. El imperio centró su estrategia tributaria exitosamente hasta la invasión de los españoles. Colonizado el imperio, el sistema tributario se enmarcó al sostenimiento del virreinato, estableciéndose un esquema de recaudación eficiente cuyo benefactor fue la corona española, quién disfrutó de las delicias fiscales durante casi tres siglos.

El principio de proporcionalidad se incrusta al sistema tributario mexicano en el siglo XIX siendo México un país independiente. El sistema de gobierno trató de estabilizar al país en el ámbito político, jurídico, y de las finanzas públicas, y se introdujo este precepto en la Constitución. El gobierno en curso definió una política fiscal como un mecanismo para que el gobierno se allegara de recursos para estabilizar al país. La Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, y el “recio y directo antecedente, en unión de la Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787”, ha sido fuente formal para preparar las Constituciones que se han dado en México. A partir del año de 1814¹⁵, el sistema tributario mexicano establece el principio tributario de la proporcionalidad y el principio de la vinculación para el gasto social, hecho al que también se suma el Sentimiento de la Nación Número 22¹⁶, de José María Morelos y Pavón, que resalta el quitar “la infinidad de tributos, [...] que más agobian y se señale a cada individuo un cinco por ciento en sus ganancias, u otra carga igual ligera, que no oprima tanto, [...]”, pues con esta “corta contribución, y la buena administración” puede llevarse la correcta administración en las finanzas públicas.

El precepto refiere a la capacidad económica de cada individuo, hecho que sostiene el principio de proporcionalidad, principio que

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, t. 641 Sala auxiliar, Jurisprudencia (Constitucional), Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte, Vigésima Primera Sección, Principios de justicia tributaria, p. 1787.

¹⁶ *Sentimientos de la Nación*, 1813. José María Morelos, UNAM.

se apoya en la holgura económica de cada individuo para que esta contribución fuera repartida entre todos los mexicanos.

El principio de proporcionalidad en el sistema tributario mexicano se consagra como un principio propio desde la Constitución de 1857 ya que establece en su artículo 36 que es “obligación de todo mexicano: defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos y justos intereses de su patria y contribuir para los gastos públicos, así de la federación como de los Estados y del municipio en que resida, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Dicho precepto, a más de ciento sesenta años establecido en la Constitución, es evidencia de lo visionaria e innovadora que fue esta Constitución, al integrar los principios Constitucionales de la obligatoriedad, proporcionalidad, equidad, vinculación con el gasto público, y legalidad, principios que además tienen la continuidad en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos decretada el 5 de febrero de 1917, principios aún vigentes.

Al apreciar el surgimiento de la cultura fiscal en este país, y la consolidación del sistema tributario en ambas Constituciones, se comprende la obligatoriedad de los ciudadanos de contribuir con el pago de los impuestos, y la claridad del sistema fiscal cuando emana que esta contribución debe ser en proporción a los haberes del obligado. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad es un precepto concomitante al ingreso del contribuyente, para entregarse a la hacienda pública a una proporción del ingreso del contribuyente. Este impuesto será incrementado, es decir, entre mayor sea el ingreso del ciudadano, mayor es la proporción del impuesto, por ende, el pago de la contribución será más grande.

III. LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y CONTRIBUTIVA

Para Smith, la obligación de contribuir siempre estuvo atada “al reconocimiento de un conjunto de principios básicos que orientaban la tributación”, criterio que fue apoyado por Adolfo Wagner,

Harold M. Sommers, y Neumark Frits¹⁷. Adam Smith con su teoría de justicia afirma que los tributos son “aquella cantidad o porcentaje de riqueza privada que los ciudadanos deben entregar, bajo criterios de igualdad”¹⁸. También lo reconoce Marín-Barnuevo¹⁹ en la afirmación que hace el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 76/1990 del 26 de abril en la que resumen la doctrina de años precedentes con el axioma “el principio de igualdad exige que a iguales presupuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas”.

El principio de justicia o proporcionalidad, expuesto por Smith, afirma que este principio es inmanente a la capacidad económica del individuo, refiriendo que la proporcionalidad tributaria es directamente proporcional a la capacidad contributiva. Es una razón económica para pagar una proporción razonable del impuesto; y es un límite constitucional para el establecimiento del impuesto. Arnold, Martínez y Zúñiga²⁰ afirman que “la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio Constitucional de protección de los derechos fundamentales”. Si la capacidad de ingreso es mayor entonces resulta una cantidad mayor de impuesto. Se obtiene más riqueza entonces habrá una base impositiva mayor, por ende, habrá una cantidad mayor en el pago del impuesto.

Contenido el principio de proporcionalidad en el sistema

¹⁷ Simón Otero, Liana, “Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 25, Cuba, 2011.

¹⁸ Masbernat, Patricio, “Justicia y sistema tributario. Una mirada desde la perspectiva inglesa”, *Dikaion*, vol. 23 núm. 1, 2014, p. 143.

¹⁹ Marín-Barnuevo Fabo, Diego, “La protección de la familia en el sistema tributario”, en Ortega, J., *Justicia Tributaria y Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, p. 46. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4259/4.pdf>

²⁰ Arnold, Rainer; Martínez Estay, José Ignacio, Zúñiga Urbina, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 1, 2012, p. 68. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258003>

económico-jurídico, entabla el vínculo Estado-individuo, principio que, como se describió en párrafos anteriores, desde la Constitución de 1857 fue elevado al más alto rango normativo. En la opinión de Checa²¹, el establecimiento de un impuesto lleva insertos los principios Constitucionales de obligatoriedad, generalidad, vinculación con el gasto público, proporcionalidad, equidad, y legalidad. Estos principios suelen ser mecanismos de protección para el contribuyente, y la limitación propia del mismo Constitucionalismo. Burgoa²² sostiene que la proporcionalidad contiene elementos impositivos que demuestran riqueza, elementos neutralizadores al tiempo de la capacidad contributiva. Con la capacidad económica del individuo, luego entonces, se determina el importe del impuesto, así el impuesto es una derivación del ingreso. Sánchez²³ enfatiza que el principio de la proporcionalidad es la herramienta “metodológica más importante del Constitucionalismo”, porque es un principio esencial del sistema tributario.

En este orden de ideas, y conforme lo describen los teóricos citados, se puede considerar que el principio de proporcionalidad contiene la capacidad económica de los contribuyentes, porque se retiene una parte justa y lógica del impuesto; es congruente con el ingreso del contribuyente, y coincide que el impuesto no debe sustraer una gran parte de sus ingresos. Es por lo que Arrijoja “sostiene que los únicos tributos que se ajustan a este principio son los que se determinan a base de tarifas progresivas”²⁴. Se concuerda

²¹ Checa González, Clemente, “Globalización económica y principios tributarios”, *Cuestiones constitucionales*, vol. 22, 2010. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a3.pdf>

²² Burgoa Toledo, Carlos Alberto, “Principios tributarios en serio”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 8, 2009. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17207/1541>

²³ Sánchez, R., “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 1, núm. 21, 2009, p. 471.

²⁴ Arrijoja Vizcaíno, Adolfo. *Derecho Fiscal*, Themis, México, 2020, p. 257.

con el criterio de Arrioja porque aduce que el sistema tributario mexicano está inspirado en ideales de justicia, y menciona que gravar mediante tasas porcentuales de tipo diferencial grava a quienes posean mayor capacidad económica, y se deben establecer las tasas tributarias “que incidan sobre una porción razonable del ingreso, utilidad o rendimiento obtenido por cada ciudadano”²⁵, aunque la aplicación del principio revele otro efecto.

Es por ello que se comenta lo que la Suprema Corte de Justicia²⁶ ha afirmado, sobre el cumplimiento del principio de proporcionalidad, ya que afirma se aplica a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que los contribuyentes de menores ingresos paguen menos impuestos, a diferencia de un contribuyente de ingresos mayores, aunque en realidad se presente un efecto contrario en el momento de aplicar el principio. Se describe a continuación:

IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS.

El artículo 31, fracción IV, de la Constitución, establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativamente superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de este principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto en monto superior los contribuyentes de más elevados recursos y uno inferior los de menores ingresos, estableciéndose, además, una diferencia congruente entre los diver-

²⁵ *Ibidem*, p. 216.

²⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Pleno. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte, Vigésima Primera Sección-Principios de justicia tributaria. Apéndice 1917, Septiembre 2011, p. 1790.

sos niveles de ingresos. Expresado, en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto no sólo en cantidad sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio, reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etcétera, debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula²⁷.

De lo anterior, para efectos del Derecho fiscal, y dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, inserto en la tarifa progresiva descrita en el artículo 96 de la ley del Impuesto Sobre la Renta, se determina el impuesto según el ingreso del contribuyente, como concuerda Masbernat²⁸ cuando afirma que el pago de impuesto de una persona física por un ingreso por salario “debiera recaer sobre la parte que supere lo necesario para la subsistencia”, aunque en el momento de la determinación del impuesto, el efecto de la aplicación es regresivo.

²⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tesis, 232197, Pleno, vol. 199-204, p. 144.

²⁸ *Ibidem*, p. 144.

IV. LA PROPORCIONALIDAD (PROGRESIVIDAD) DE LA TARIFA MENSUAL

El Derecho fiscal formal está conformado por el conjunto de elementos instrumentales que se deben seguir para el cumplimiento de las obligaciones sustantivas. Uno de los elementos instrumentales se refiere a la tarifa mensual que determina el importe del impuesto que una persona física debe pagar. Con la afirmación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cumplimiento del principio de la proporcionalidad se realiza a través de la tarifa mensual²⁹, pues mediante ella se consigue que un contribuyente de ingresos menores cubra un impuesto en monto menor a los contribuyentes que tienen un ingreso mayor. El pleno lo explica desde el elemento formal del cumplimiento, pues el sistema tributario instrumenta el principio de proporcionalidad en la tarifa del impuesto mensual (o anual) del artículo 96 de la ley del impuesto sobre la renta que son “las tasas impositivas marginales estatutarias, es decir, las que se reflejan en las leyes³⁰” y que Beltrán también apoya, aunque a decir de la aplicación del principio en la tarifa se incumpla.

La tarifa mensual del artículo 96 de la ley del impuesto sobre la renta es el instrumento formal que se estableció y contiene la técnica fiscal que relaciona el ingreso fiscal de una persona física con el por ciento de la tasa impositiva, para que se determine el pago del impuesto. La tasa impositiva puede ser del 1.92% hasta llegar al 35%, que es la tasa impositiva para una persona física. Desde el elemento sustancial, el aumento sucesivo del ingreso, por tanto, de la tasa impositiva, hace comprender que la tarifa mensual muestra un aparente comportamiento del principio de proporcionalidad en

29 *Semanario Judicial de la Federación*, op. cit., Pleno. Séptima época, A. 1917, Septiembre 2011. p. 1790.

30 Beltrán Silva, Francisco, “Estimación de la recaudación potencial en el impuesto al trabajo y a los ingresos al capital: comparativo entre México y Estados Unidos”, *Revista Mexicana de Economía y Finanzas. Nueva Época*, vol. 9, núm. 2, 2014, p. 182.

la determinación del impuesto. Ante este efecto, y con fundamento en lo que los teóricos y doctrina exponen, continúa siendo motivos de reflexión ¿qué tan progresivo es el impuesto sobre la renta? ¿qué tan progresivos son los impuestos estatales? ¿qué tanto se cumple el principio de proporcionalidad en la tarifa del impuesto sobre la renta?

V. PROPORCIONALIDAD DE LAS TASAS CONTRIBUTIVAS CON EL ÍNDICE DE SUITS

Se identificó que los impuestos establecidos en las leyes estatales son tasas o cuotas, y son aplicables para contribuyentes personas físicas y morales. Se estructuró una base de datos (Tabla 1) para relacionar las tasas contributivas y el ingreso por las actividades económicas que giran sobre las diversiones y espectáculos, turismo, cultura y familia; tasas y cuotas por ingresos por la obtención de premios, loterías, rifas y sorteos, juegos y concursos que involucren el azar; tasas y cuotas por el pago de los impuestos (derechos) por la educación media y superior; impuestos vinculados al patrimonio como demasías y caducas; casas de empeños, la adquisición de bienes inmuebles; adquisición de vehículos automotores; y rendimientos de capital. Una vez codificados los impuestos se determinó el promedio de las tasas contributivas y los deciles para pasar al análisis con el índice de Suits.

Tabla 1. Tasas contributivas Estatales por rango de ingresos

Decil	Ingreso	Tasa ISR Federal	1. Diversiones y Espectáculos Públicos	2. Premios por loterías, rifas y sorteos	3. Enajenación de juegos y concursos	4. Turismo, Cultura y Familia	5. Educación Media y Superior	6. Demasías Cautivas	7. Parques Acuáticos y Balnearios	8. Casas de Empeño	9. Adquisición de Bienes Inmuebles	10. Adquisición Vehículos Automotor	11. Rendimientos de Capital
1	0.20	5.65	0.01	0.01	0.02	0.04	0.04	0.04	0	0.01	0.01	0.003	0.008
2	1.68	18.82	0.12	0.1	0.18	0.37	0.44	0.39	0	0.09	0.1	0.035	0.075
3	2.96	32	0.32	0.27	0.48	0.96	1.15	1.02	0.001	0.24	0.26	0.094	0.193
4	3.44	47.06	0.54	0.46	0.82	1.65	1.97	1.75	0.002	0.41	0.45	0.157	0.331
5	4.12	52.71	0.82	0.69	1.24	2.48	2.95	2.63	0.003	0.63	0.68	0.235	0.496
6	8.31	62.82	1.37	1.16	2.07	4.14	4.92	4.4	0.005	1.35	1.13	0.393	0.828
7	13.09	69.18	2.24	1.9	3.38	6.76	8.04	7.18	0.008	1.69	1.85	0.642	1.352
8	25.00	88.24	3.89	3.31	5.88	11.76	13.99	12.49	0.014	2.94	3.23	1.11	2.352
9	33.33	94.12	6.10	5.19	9.21	18.42	21.92	19.57	0.023	4.6	5.06	1.75	3.685
10	100.00	100	100.00	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Tasa impositiva	35%	6.63%	5.64%	10.0%	20.0%	23.8%	21.25%	0.025%	5.0%	5.5%	1.9%	4.0%
Ed.: elaboración propia con base en los Códigos financieros, Leyes de Hacienda Estatales, y Suits, 1977.												

1. ÍNDICE DE SUITS

El índice de Suits³¹ está inspirado en el índice Gini y es ampliamente utilizado para determinar la medida de progresividad de un impuesto³². Se basa en el supuesto que algunos impuestos son progresivos y otros regresivos, y que existen grados entre cada uno³³.

³¹ *Idem*.

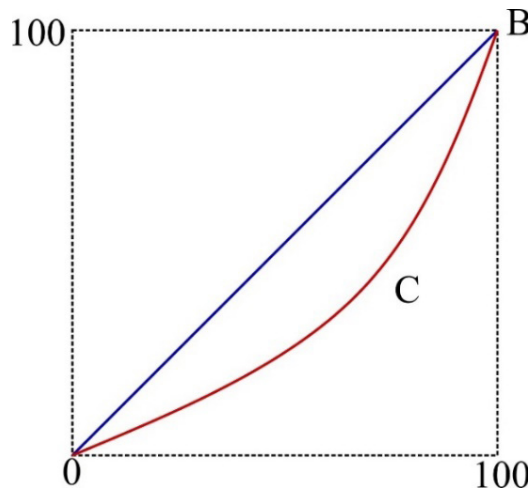
³² Basulto Santos, Jesús, Camúñez Ruiz, José Antonio, Sánchez-Lissén Rocío, “El índice de Suits para medir la progresividad de un impuesto. ¿o bien podría llamarse índice de Lagares?”, en *Historia de la probabilidad y de la estadística VI*, Coord. por José María Arribas Macho, Alejandro Almazán Llorente, Beatriz Mañas Ramírez, Antonio Félix Vallejos, 2012, p. 359-370.

³³ Hierro Recio, L. Ángel, Atienza Montero, Pedro, Patiño Rodríguez, David, “La distribución de los ingresos entre los Estados y Territorios australianos: origen de su

Para este propósito la distribución de la tasa contributiva se dividió en deciles.

Si se considera la curva de Lorenz, OCB en la Figura 1 puede deducirse que si un impuesto es proporcional entonces la diagonal OB coincidirá con la curva de Lorenz OCB.

Figura 1. Curva de Lorenz



Fuente: Elaboración propia.

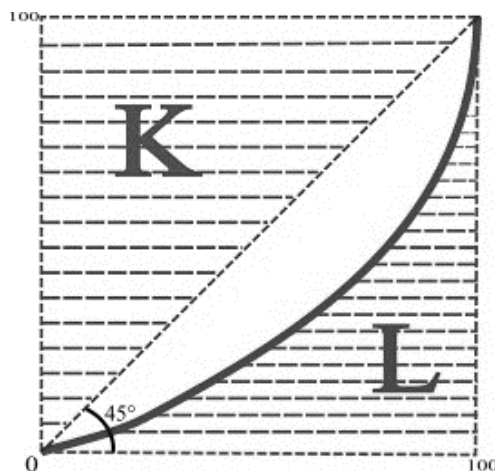
El índice de Suits se calcula considerando la proporción entre el área de la región por arriba de la línea de proporcionalidad OB en la Figura 1 y la región por debajo de la curva de Lorenz. El índice Suits se calcula con la siguiente fórmula:

$$S = 1 - \frac{L}{K}$$

El área y se muestran en la Figura 2. Observe que este índice varía entre y . Esto es, el índice de Suits es positivo para impuestos progresivos, negativo para impuestos regresivos y cero para impuestos proporcionales.

desigualdad y progresividad”, *Estudios de Economía Aplicada*, 2009. 27(1), 1-19. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=301/30117097014>

Figura 2. Índice de Suits como proporción de áreas y



Fuente: Elaboración propia

Debido a la relación que existe del índice de Suits con el área de las regiones y y L , se tiene una expresión para calcularlo en términos de una integral:

$$S = 1 - \frac{1}{5000} \int_0^{100} T(y) dy,$$

donde y son los porcentajes de ingreso total acumulado y su correspondiente tasa de impuesto acumulado. No obstante, en algunos casos no puede determinarse de forma analítica esa integral en la Ecuación 1, por lo que existe una aproximación numérica para el índice de Suits³⁴:

$$S \approx 1 - \frac{1}{5000} \sum_{i=1}^n \frac{1}{2} [T(y_i) + T(y_{i-1})] (y_i - y_{i-1}).$$

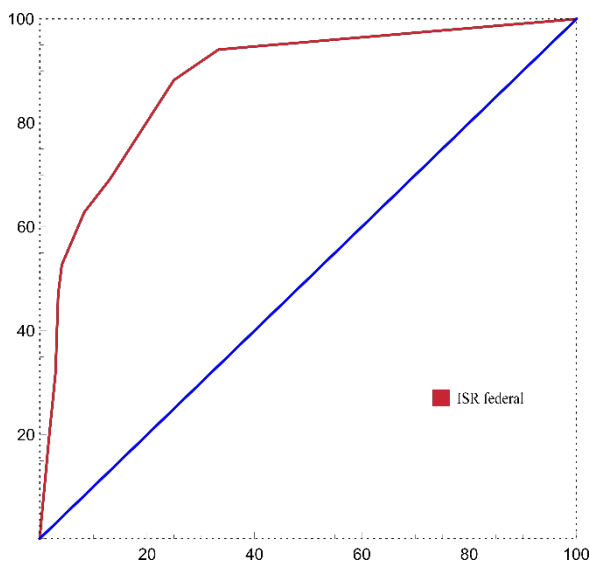
Como se mencionó anteriormente, S será positivo para impuestos progresivos, negativo para impuestos regresivos y cero para impuestos proporcionales.

³⁴ *Idem.*

2. RESULTADOS

Para medir la progresividad de un impuesto se grafica una curva similar a la curva de Lorenz, pero considerando el impuesto acumulado de la carga fiscal en el eje contra el porcentaje acumulado de ingresos en el eje. Para la tasa de ISR federal puede verse que está por encima de la diagonal lo que sugiere un impuesto progresivo (Figura 3). Puede verse que para esta tasa la curva de Lorenz se “arquea” por encima de la diagonal lo que sugiere un índice de progresividad negativo.

Figura 3. Tasa ISR Federal



Fuente: Elaboración propia con datos de la Tabla 1.

Por otra parte, los impuestos a diversiones y espectáculos públicos, premios por loterías, rifas y sorteos, enajenación de juegos y concursos, turismo, cultura y familia, educación media y superior, demasías caducas, parques acuáticos y balnearios, casas de empeño, adquisición de bienes inmuebles, adquisición vehículos automotor, rendimientos de capital se muestran en la Figura 4. Se observa que

las curvas de Lorenz de cada rubro se arquean por debajo de la diagonal, lo que sugiere índices de Suits positivos.

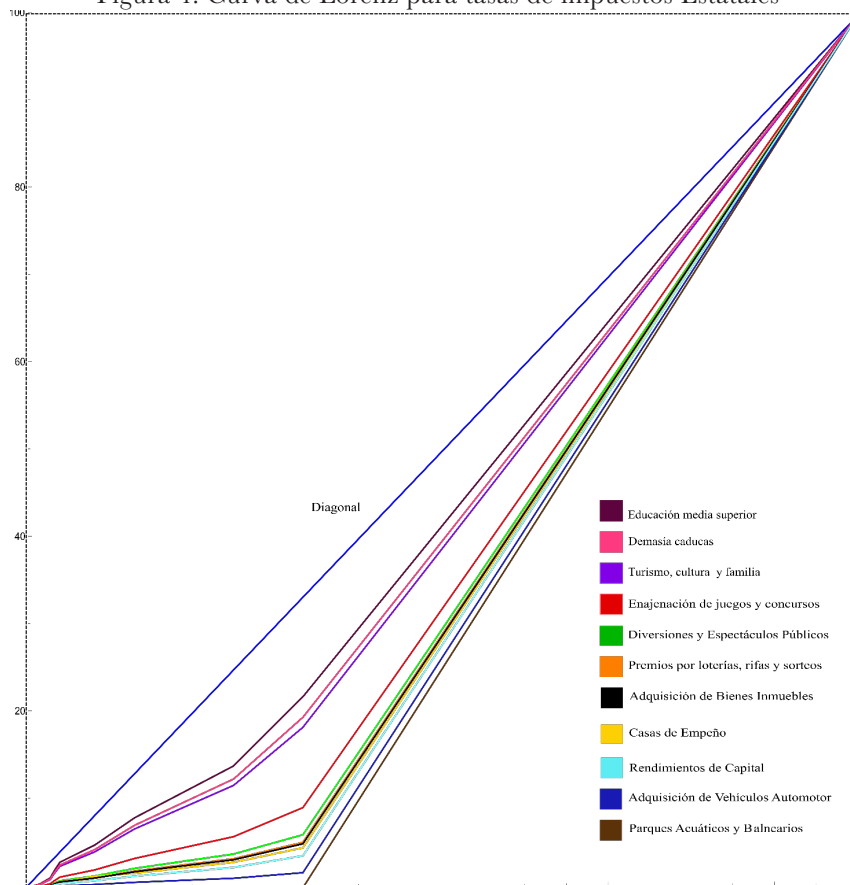
Para calcular el índice de Suits de cada impuesto, se utilizará la Fórmula (2) y los datos de la Tabla 1. Los resultados son mostrados en el Tabla 2.

Tabla 2. Índice de Suits para los impuestos Estatales

	Impuesto	Índice de Suits
1.	Tasa ISR Federal	-0.765913
2.	Diversiones y Espectáculos Públicos	0.274156
3.	Premios por loterías, rifas y sorteos	0.282998
4.	Enajenación de juegos y concursos	0.243989
5.	Turismo, Cultura y Familia	0.154675
6.	Educación Media y Superior	0.120757
7.	Demasías Caducas	0.143537
8.	Parques Acuáticos y Balnearios	0.333079
9.	Casas de Empeño	0.288395
10.	Adquisición de Bienes Inmuebles	0.284253
11.	Adquisición Vehículos Automotor	0.316345
12.	Rendimientos de Capital	0.297567

Se observa que la tasa ISR Federal es el único impuesto cuyo índice de Suits es negativo y cercano a lo que demuestra que se trata de un impuesto regresivo. El valor más cercano a cero es el impuesto Estatal a Educación Media y Superior, esto es, es un impuesto progresivo pero cercano al proporcional. Mientras que, el impuesto a Parques Acuáticos y Balnearios es el que presenta mayor grado de progresividad de todos los impuestos locales.

Figura 4. Curva de Lorenz para tasas de impuestos Estatales



Fuente: Elaboración propia con datos de la Tabla 1.

El índice de Suits proporciona, además, una herramienta para determinar el índice de progresividad para un sistema de dos o más impuestos en términos de los promedios ponderados de los índices de progresividad para cada impuesto local para residentes nacionales y sus respectivas tasas impositivas. La fórmula para calcular el índice de progresividad de las dos tasas impositivas es

$$S_{sistema} = \frac{r_1 S_1 + \dots + r_{12} S_{12}}{r_1 + \dots + r_{12}},$$

donde es el valor de la tasa impositiva dado en la Tabla 1 y es el valor del índice de Suits de la Tabla 2, . Entonces,

$$S_{sistema} = \frac{-0.06}{1.38} = -0.05$$

El valor del índice de progresividad para el sistema tributario total es el promedio ponderado de los valores de los impuestos locales. Es así como el sistema de impuestos es regresivo pero cercano a lo proporcional.

VI. CONCLUSIONES

El estudio nos permite apreciar la triangulación del principio Constitucional de proporcionalidad (progresividad) y los impuestos Estatales con el índice Suits. La aportación del estudio radica en el reconocimiento de la tasa del Impuesto Sobre la Renta ISR (35%) como un impuesto regresivo (se mide el grado de regresividad en -0.765913) y este indicador contrapone el criterio de la corte cuando afirma que la tarifa del impuesto a la renta instrumenta el principio de proporcionalidad (progresividad). Se infiere que el grado de regresividad del impuesto federal incide fuertemente en el ingreso del contribuyente.

La relación de la tasa del Impuesto Sobre la Renta (ISR) con los impuestos Estatales se puede apreciar como ninguno de ellos tiene el grado de regresividad del ISR; lo que querría decir que hay cumplimiento con los límites constitucionales establecidos en el orden de gobierno Estatal. Probablemente esto tenga que ver con lo que le es conferido al gobierno federal y municipal, y las prohibiciones al gobierno Estatal para establecer su sistema fiscal.

El impuesto a la educación media superior es el impuesto más cercano a la proporcionalidad, lo secundan los impuestos codificados a la diversión, y posteriormente los impuestos de juegos con azar, siendo los impuestos relacionados con el patrimonio los menos

progresivos, es decir, los que contienen tasas impositivas más altas. En lo individual los impuestos Estatales no son regresivos, no obstante, que en conjunto el sistema tributario mexicano se acota como regresivo, aunque en una medida corta. Esto tiene un efecto determinante en la capacidad económica del contribuyente, pues tiene menos recursos para aspirar a los derechos fundamentales de la salud, educación, vivienda, recreación, a la cultura, entre otros que consagra la Constitución.

Frente al cierre del estudio, se ha demostrado con él índice Suits que el principio de proporcionalidad es diferente a la progresividad, y en la interpretación integral de los datos, y la evidencia de la regresividad del Impuesto Sobre la Renta (ISR), el principio de proporcionalidad no cumple con lo que tutela la Constitución, mostrando en sí mismo una carga tributaria progresiva importante en el ingreso del contribuyente, aceptando la hipótesis propuesta. Por tanto, se infiere que la suma de la carga tributaria de un ciudadano en el orden federal, más el impuesto Estatal, más el impuesto municipal es alto, porque prevalece la existencia de los impuestos por las actividades de enajenación, prestación de servicios, el uso o goce y la existencia de los impuestos indirectos que conlleva el ejercicio de éstas, además de los impuestos especiales y los patrimoniales, que necesariamente al realizar el pago de ellos, mengua el ingreso del contribuyente, cuyo efecto disminuye la oportunidad de tener acceso a otros insumos que podrían proveer una mejor calidad de vida.

VII. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-GAYOU, Juan, *Cómo hacer investigación cualitativa. Fundamentos y Metodología*, 1ª ed., México, Paidós Mexicana, 2003.

ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo. *Derecho Fiscal*, Themis, México, 2020.

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, *Introducción al Sistema Fiscal Mexicano*, 2016. Recuperado de: https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/2._Introduccion_al_Sistema_Fiscal_Mexicano.pdf

BASULTO SANTOS, Jesús, Camúñez Ruiz, José Antonio, Sánchez-Lissén Rocío, *El índice de Suits para medir la progresividad de un impuesto. ¿o bien podría llamarse índice de Lagares?*, en Historia de la probabilidad y de la estadística VI, Coord. por José María Arribas Macho, Alejandro Almazán Llorente, Beatriz Mañas Ramírez, Antonio Félix Vallejos, 2012, págs. 359-370.

2. HEMEROGRAFÍA

ARNOLD, RAINER, Martínez Estay, José Ignacio, Zúñiga Urbina, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 1, 2012, pp. 65-116. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258003>

BELTRÁN SILVA, Francisco, “Estimación de la recaudación potencial en el impuesto al trabajo y a los ingresos al capital: comparativo entre México y Estados Unidos”, *Revista Mexicana de Economía y Finanzas. Nueva Época*, vol. 9, núm. 2, 2014, pp.175-194. Disponible de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=423739497005>

BURGOA TOLEDO, Carlos Alberto, “Principios tributarios en serio”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 8, 2009, pp. 193-209. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17207/1541>

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, “Globalización económica y principios tributarios”, *Cuestiones constitucionales*. Vol. 22, 2010, p. 80-113. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100003&lng=es&nrm=iso

CUEVAS AHUMADA, Víctor, Chávez Gutiérrez, Fernando, “Déficit, deuda y reforma fiscal en México”, *Problemas del desarrollo*, vol. 38, núm. 148, 2007. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0301-70362007000100004&lng=es&nrm=iso

FERNÁNDEZ NÚÑEZ, Lissette, ¿Cómo analizar datos cualitativos?, Institut de Ciències de l'Educació. Universitat de Barcelona. 2018.

HIERRO RECIO, L. Ángel, Atienza Montero, Pedro, Patiño Rodríguez, David, “La distribución de los ingresos entre los Estados y Territorios australianos: origen de su desigualdad y progresividad”, *Estudios de Economía Aplicada*, 2009. 27(1), 1-19. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=301/30117097014>

HUERTA QUINTANILLA, Rogelio, “Pobreza, distribución del ingreso y renta básica”, *Economía, UNAM*, vol. 9, núm. 26, 2012, pp. 68-81. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/45033/40585>

MARÍN-BARNUEVO Fabo, Diego, “La protección de la familia en el sistema tributario”, en Ortega, J., *Justicia Tributaria y Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 41-82.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4259/4.pdf>

MASBERNAT, Patricio, “Justicia y sistema tributario. Una mirada desde la perspectiva inglesa”, *Dikaion*, vol. 23 núm. 1, 2014, p. 135-169.

SÁNCHEZ, R., “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 1, núm. 21, 2009, pp. 471-489.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, “El principio de proporcionalidad”, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, 2017, pp. 9-15.

- SIMÓN OTERO, Liana, “Los principios de justicia tributaria en la historia constitucional cubana”, *Cuestiones Constitucionales*, vol. 25, 2011, Cuba, p. 201-266.
- SUITS, D. Measurement of Tax Progressivity. *The American Economic Review*, 1977, p. 747 – 752.
- UNAM, Sentimientos de la Nación, 1813, José María Morelos, 2020, UNAM.
- VARGAS TÉLLEZ, César, “¿Es redistributivo el sistema fiscal en México? La experiencia de 1984–2002”, *Estudios sociales*, vol. 18, núm. 35, 2010. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572010000100002

3. LEGISGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, lunes 5 de febrero de 1917. 8 de mayo dev2020, última reforma.
- Ley del Impuesto Sobre la Renta, *Diario Oficial de la Federación*, miércoles 11 de diciembre de 2013. 30 de noviembre de 2016, última reforma.
- Leyes de Hacienda y Códigos Fiscales de las Entidades Federativas tomadas de las páginas web de las administraciones públicas estatales.
- Semanario Judicial de la Federación, Pleno. Séptima Época. Apéndice 1917-septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte-SCJN Vigésima Primera Sección-Principios de justicia tributaria, 1790. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Semanario Judicial de la Federación, Tesis Aislada (Constitucional) 2a. CXXVII/2015 (10a.), Décima Época. Libro 24, Tomo II (2015): pp. 1298. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Semanario Judicial de la Federación, Tesis 1a. XCVIII/2007 (Constitucional, Administrativa) Tesis Aislada. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Primera Sala, Tomo XXV, (2007), pp. 792. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, t. 641 Sala auxiliar, Jurisprudencia (Constitucional), Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte, Vigésima Primera Sección, Principios de justicia tributaria, p. 1787.



LA NAVAJA DE OCKHAM: EL PROBLEMA DEL RECONOCIMIENTO DE ENTES NORMATIVOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

OCKHAM'S RAZOR: THE PROBLEM OF RECOGNITION OF NORMATIVE ENTITIES IN THE PHILOSOPHY OF LAW

ABRIL USCANGA BARRADAS¹

RESUMEN: El objetivo general de esta investigación consiste en determinar si la teoría de la navaja de Ockham podría aplicarse válidamente desde el enfoque de las teorías jurídicas contemporáneas, especialmente considerando el debate actual referente a la necesidad de establecer la multiplicidad de entes normativos para explicar el Derecho.

En este sentido, analizaremos si el Derecho debe ser comprendido desde la plenitud o la simplicidad, es decir, desde las diferentes visiones teóricas que postulan la existencia de normas y otros estándares, como los principios. Es así que, la navaja de Ockham nos ayudará a entender el Derecho desde la simplicidad o la economía del pensamiento postulado a través el principio *non sunt ponenda plura ubi pauciora sufficiunt* o *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

PALABRAS CLAVE: *nominalismo, reconocimiento, navaja de Ockham, normas, filosofía del derecho, principios.*

¹ Doctora en Derecho y Profesora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: auscangab@derecho.unam.mx, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>.

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2020; fecha de aprobación: 12 de agosto de 2020.

ABSTRACT: The general objective of this research is to determine in the current discussion whether Ockham's razor theory could be validly applied from the perspective of contemporary legal theories, specially considering multiplicity or simplicity of normative entities to explain law.

In this context, we will analyze by Ockham's razor if the law can be considered from the simplicity postulate, through the principle *non sunt ponenda plura ubi pauciora sufficient* o *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*, or if it is necessary to understand the law beyond rules.

KEYWORDS: *nominalism, recognition, Ockham's razor, rules, philosophy of law, principles.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El principio de la simplicidad: ¿Es posible?; III. El principio de parsimonia como antítesis del principio de plenitud; IV. La simplicidad de entes jurídico normativos; V. Entes superfluos en el Derecho: ¿Existe distinción entre reglas y principios?; VI. Conclusiones; VII. Fuentes de información.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo efectuaremos un estudio de la teoría denominada como navaja de Ockham desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, a partir del debate contemporáneo relativo al reconocimiento de entes normativos, para considerar así la multiplicidad o la simplicidad de normas que conforman el sistema jurídico de acuerdo a la versión de diferentes posturas teóricas que han discutido, hasta la actualidad, acerca de la existencia de una variedad de normas jurídicas en el Derecho, debido a que, hasta la fecha, no se ha establecido una postura unívoca al respecto y el debate continúa vigente en nuestros días. Por lo anterior, esta investigación tiene la finalidad de analizar la aplicabilidad de la

Teoría de Ockham a la luz de las teorías jurídicas contemporáneas a través del uso de la interpretación, poniendo de relieve tanto las implicaciones de los postulados de Ockham como las consecuencias históricas y prácticas de la formulación de su teoría, pues su planteamiento genera un punto de inflexión en el pensamiento ontológico que quiebra los paradigmas establecidos y aceptados de forma genérica por la comunidad filosófica.

La investigación tendrá como base la técnica documental, a través de textos en formato electrónico e impreso y, para la comprobación de la hipótesis planteada, se aplicará el método sistemático, dirigido a modelar el objeto mediante la determinación de sus componentes, así como las relaciones entre ellos (esas relaciones determinan por un lado la estructura del objeto y por el otro su dinámica). El método sistémico se articula a través de un esquema teórico cognoscitivo que considera al Derecho como un todo que se encuentra estructurado y ordenado de manera coherente, a fin de dar unidad funcional e integral al sistema normativo.

De forma transversal podremos observar la integración de los conceptos clave de la investigación y los hechos que la rodean, describir el funcionamiento de los mismos, para continuar con el examen crítico a través de la descomposición, enumeración, ordenación y clasificación de información; todo ello a fin de llegar a una conclusión que nos permita confirmar, desechar, ratificar o, en su caso, fortalecer una hipótesis que sostiene la existencia de más de un solo tipo de normas.

Respecto de los objetivos específicos o particulares, consideramos como tales los siguientes: a) evaluar la posible aplicación de los fundamentos de la navaja de Ockham en la Filosofía del Derecho; b) calificar la teoría de la economía del pensamiento para conocer si puede ser válido simplificar o reducir la multiplicidad de normas en el Derecho, y; c) determinar si la distinción estructural entre entes normativos (reglas/principios) carecen de una fundamentación apropiada por ser únicamente construcciones interpretativas argumentativas.

II. EL PRINCIPIO DE LA SIMPLICIDAD: ¿ES POSIBLE?

En el siglo XIV se abrió camino la corriente empirista, nominalista² y escéptica dejando atrás la ideología teológico-filosófica de los siglos XII y XIII. Este cambio de paradigma en el pensamiento se debió, en gran medida, a las aportaciones de Guillermo de Ockham³ (1300-1350),⁴ quien produjo una gran revolución en la manera de comprender la realidad, así como en el análisis de la misma, abogando por una simplificación ontológica notable, lo cual llevó a poner fin a la multiplicidad del proceso cognoscitivo característico de la filosofía medieval.⁵

Ese planteamiento de sencillez en lugar de complejidad y de reduccionismo en vez de diversidad de elementos en el razonamiento, se traduce en el hecho de que la aportación más reconocida de Guillermo de Ockham se entiende a través del principio *non sunt ponenda plura ubi pauciora sufficiunt*⁶ también expresado como *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*,⁷ todo lo cual implica que no debe expli-

² El nominalismo medieval se puede caracterizar por dos cuestiones: 1) su rechazo a los universalistas y, 2) la reducción ontológica.

³ Guillermo de Ockham, también conocido por sus apellidos: Occam, Ockham y Ockam.

⁴ No se conoce con certeza el año de su nacimiento y muerte, para más información con respecto a la biografía y pensamiento de Guillermo de Ockham *Vid.* Guerra Filho, Willis Santiago, “Sobre a Origem Medieval Do Conceito De Direios Subjetivos: A contribuição de Guilherme de Ockham”, en, Paulo Bonavides (Comp.), en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Brazil, 2005, p. 400.

⁵ En especial, se contrapuso a tres escuelas: el tomismo (el principio de individuación es distinto de la propia entidad individual), el agustinismo (existencia de un Dios iluminante para el conocimiento) y el escotismo (distinciones formales *ex natura rei*). García Borron, Juan Carlos, *Historia de la Filosofía*, t. 2, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1998, p. 638; Rábade Romeo, Sergio, *Guillermo de Ockham y la filosofía del siglo XIV*, Madrid, Instituto Luis Vives de Filosofía, 1996, pp. 77 y 78.

⁶ Traducido como: es algo vano explicar por muchas cosas lo que puede explicarse por pocas.

⁷ Quiere decir: los entes no deden multiplicarse sin necesidad.

carse por lo más lo que puede explicarse por lo menos, de la misma forma que no se debe establecer pluralidad si no hay necesidad, *exempli gratia*: si dos factores bastan para explicar el movimiento, no debe añadirse un tercero, con el objetivo de no postular entes innecesarios.⁸

Lo anterior es conocido como la navaja de Ockham, el principio de la parsimonia, el principio de la economía del pensamiento o de la simplicidad. Este afán de simplicidad y economía es el que le lleva a preferir la intuición a la abstracción.⁹

El término de navaja, utilizado para designar popularmente este principio presidido por la simplicidad planteado por Ockham se debe al hecho de que, a través de su teoría, rebate contundentemente los postulados de Platón, de tal manera que, como si de una navaja se tratara, Ockham afeita o rasura las barbas del filósofo griego, es decir, pretende poner de manifiesto la complejidad y falta de utilidad del idealismo platónico, el cual postula la teoría del conocimiento basada en la división del mundo de las ideas o inteligible y el mundo de las cosas o mundo sensitivo, en el cual indicaba que las cosas eran únicamente el reflejo del mundo ideal.

Debido a lo anterior, Platón es criticado por Aristóteles, quien consideraba innecesaria la duplicidad de los mundos para llegar al conocimiento verdadero, así como por Ockham, quien consideró el error o falsedad de la multiplicidad en su teoría del conocimiento. Es así que Ockham aboga por la simplicidad, por lo que si una si-

⁸ Gutiérrez Saénz, Raúl, *Historia de las doctrinas Filosóficas*, 38ª edición, México, Esfinge, 2006, p. 90; Lobato Valderrey, Tomás, *Historia del Pensamiento*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 15; C.S.B., Maurer, Armand, *Ockham razor and chatton's anti-razor*, Medieval Studies, 1984, pp. 465-470; Rábade Romeo, Sergio, *Guillermo de Ockham (1285?-1349)*, Madrid, Ediciones del Orto, 1998, p. 20; Panaccio, Claude, *Ockham on concepts*, University of Quebec, Montreal, Ashgate, 2004, p. 29; Spade, Paul Vincent, *The cambridge companions to Ockham*, United States of America, Cambridge University Press, 1999, p.101; Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 14ª edición, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p.186.

⁹ Rábade Romeo, Sergio, *Guillermo de Ockham y la filosofía...*, *op. cit.*

tuación concreta se puede explicar con base en un argumento sencillo, no resulta necesario acudir a un razonamiento ontológicamente complejo como haría Platón.

Para Ockham, el conocimiento sensitivo y la generalización de los conocimientos particulares¹⁰ será lo único que permitirá el conocimiento de lo existente y, en su caso, la formulación de proposiciones universales¹¹ de la ciencia.¹²

Se debe mencionar que Guillermo de Ockham manifestó un desdén por la metafísica -ya que entiende que las formas inteligibles y demás conceptos metafísicos son entidades inútiles e imaginarias-,¹³ y se inclinó por lo concreto y singular como objeto directo del conocimiento, así mismo, presentó al conocimiento intuitivo como primario y fundamental.

El conocimiento intuitivo -*notitia intuitiva*- es aquel que nos permite comprender la relación entre las cosas a través de la simple aprehensión inmediata.¹⁴ En general, se puede llegar de esa forma a cualquier conocimiento simple de uno o más términos, de una o más cosas, y así percatarnos de verdades contingentes, especialmen-

¹⁰ Para Ockham sólo existen sustancias individuales, toda vez que solo podemos conocer lo singular y no lo universal (únicamente pueden existir en la mente). *Vid.* Rábade Romeo, Sergio, *Guillermo de Ockham y la filosofía...*, *op. cit.*, p. 640.

¹¹ La forma en la que Ockham entiende a los universales es como cualquier cosa que sea naturalmente apta de ser predicado de muchos.

¹² Ockham señala la imposibilidad absoluta de considerar real a lo universal, ya que este último es en sí mismo contradictorio.

¹³ Gambra Ciudad, Rafaél, *Historia sencilla de la filosofía*, Madrid, Ediciones Rialp, 1976, p. 164.

¹⁴ En este sentido, el conocimiento intuitivo nos demuestra que nada puede ser conocido naturalmente en sí mismo, a menos que sea conocido intuitivamente. Por ejemplo, Ockham aseguraría que no podemos tener un conocimiento natural de la esencia divina tal como es en sí misma, porque no tenemos intuición natural de Dios y el conocimiento de Dios a través de la razón es imposible y falso, ya que nunca sería posible saber que eso sea lo que llamamos Dios. Copleston, S.I., Frederick, *Historia de la Filosofía, Vol. III De Ockham a Suarez*, trad. Juan Carlos García Borrón, 5ª edición, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 69-74.

te relativas al presente, que implican una relación intermedia entre el sujeto que conoce y la realidad conocida. Por ejemplo, a través de la aprehensión podemos tener por evidente la expresión: Sócrates fue humano.

De la anterior forma, Ockham buscaba conseguir el reduccionismo ontológico¹⁵ con la finalidad de articular una ciencia empíricamente adecuada, a través de un proceso intuitivo e inmediato, no abstracto.¹⁶ Esta irrenunciable reducción a lo intuitivo es lo que lleva a Ockham a sostener el principio de la economía del pensamiento.

También podemos decir que Ockham presentó dos líneas de ataque frente a la ontología de otros filósofos como Platón, Aristóteles o los pensadores del Medievo.

En este sentido, Ockham plantea las siguientes premisas:

- i) En la primera, denominada reduccionismo ontológico, el objeto reside en argumentar que las razones que otros dan para postular ciertos entes no son buenas razones y que todo lo que puede ser hecho con esos entes puede ser hecho sin ellos¹⁷ (piensa que las entidades son innecesarias y niega su existencia); y,
- ii) La segunda razón enuncia que las teorías ontológicas de ciertas personas no sólo postulan entes innecesarios sino que llevan a la falsedad, ya sea por contradecirse a sí mismas o, al menos, a declaraciones que contradicen hechos establecidos. De esta forma Ockham argumenta en contra de las teorías realistas de los universalistas,¹⁸ de tal modo que podemos eliminar, incluso, la apariencia de una necesidad de entes adicionales.

¹⁵ El rechazo de Ockham, en gran medida, se ve influenciado por sus esfuerzos a argumentar en contra de los inventarios ontológicos hinchados de sus contemporáneos. Para más información al respecto *Vid.* Spade, Paul Vincent, *The cambrige...*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶ Abbagnano, Nicolas, *Historia de la Filosofía*, t. I, 2ª edición, trad. Juan Estelrich y J.Perez Ballestar, Barcelona, Montaner y Simon, 1964, pp. 465 y 466.

¹⁷ Spade, Paul Vincent, *The cambrige...*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸ *Ibidem*, p. 103

En resumen, se puede explicar la navaja de Ockham desde dos perspectivas pues, por una parte, de forma simple se puede pensar como una regla para la elección de teorías que nos sugiere que cuando tenemos dos teorías apoyadas por la misma evidencia entonces debemos escoger aquella que es más simple y, por otra parte, la podemos interpretar como un principio metodológico que se encuentra asociado desde siempre con la ciencia, lo que implica la necesidad de descartar del mundo entes cuyo papel explicativo sea dispensable.¹⁹

III. EL PRINCIPIO DE PARSIMONIA COMO ANTÍTESIS DEL PRINCIPIO DE PLENITUD

Guillermo de Ockham empenó sus esfuerzos en descartar los entes cuya existencia no estuviera exigida por los datos de la experiencia, con la finalidad de realizar la simplificación del universo.

No obstante que se ha reconocido la aplicabilidad de su trabajo en diferentes disciplinas, se debe tener presente que la navaja de Ockham no es irrefutable, en la medida en que no prueba nada de forma concluyente ni puede, ni mucho menos, considerarse un resultado científico.

La teoría de Ockham puede proporcionar, tal vez, un conocimiento meramente aproximativo, netamente intuitivo y muy difuso, asentado en razonamientos simples que quizá concuerden con la realidad de los hechos, del mismo modo o en la misma proporción que puede ser que no tengan nada que ver con lo sucedido, alejándose de la verdad.

Para lograr esta simplicidad, Ockham otorga un rol primordial a la lógica, de tal manera que si algo se puede explicar con sencillez porque la lógica, la experiencia y la razón así lo han demostrado

¹⁹ Martínez, F. Sergio, *La navaja de Ockham y la heterogeneidad de las prepresentaciones: hacia una ontología de la abstracto*, p. 98 y 99. <<http://revistas.usal.es/index.php/0213-3563/article/view/7999/8834>>, [01/03/2019].

con anterioridad, entonces resulta ocioso intentar explicar esa misma situación con mayor complejidad, toda vez que se puede llegar a la solución de una manera sencilla. No obstante lo anterior, como ya quedó dicho, esta teoría adolece de defectos en cuanto a conocimiento de la verdad, pues una cosa es que cierta situación se pueda explicar con un razonamiento concreto y otra cosa muy diferente es que ese razonamiento concreto sea el único válido o posible.

Pensemos, por ejemplo, que tiene lugar el hecho A siendo que la lógica y la experiencia han demostrado en todas las ocasiones anteriores que cuando surge A, entonces la razón o motivo originador es B. ¿Esto hace que A solo pueda ser explicado con B? La respuesta es no, pues pueden existir factores o elementos añadidos que podrían alterar el resultado en A, siendo que la causa detonante fuera C. Pasándolo a un ejemplo práctico, pensemos en el supuesto en que el sujeto X atropella con su automóvil al sujeto Z, causándole su fallecimiento de manera inmediata. Tal vez, la lógica y la experiencia podrían llevar a pensar que el sujeto X circulaba a exceso de velocidad porque se haya demostrado que esa es la mayor causa de incidencia o la mayor probabilidad, no obstante, ¿esto supone que sea la única causa posible? De este supuesto pueden surgir una infinidad de variables que podrían, perfectamente, explicar el suceso pues, ¿qué sucede si el sujeto X simplemente circulaba distraído, pero a una velocidad permitida o moderada?, ¿qué pasaría si Z invadió el carril de circulación de manera temeraria de modo tal que a X no le dio tiempo a detener o, cuanto menos, reducir su velocidad o esquivar a Z y como consecuencia del imprevisto le atropelló?, ¿y si el automóvil de X se quedó sin frenos?

Estas interrogantes revelan que, si bien es cierto que la teoría de Ockham resulta muy práctica, ello no implica que la explicación que se pudiera llegar a dar sea la real, por lo que, en el mismo sentido y continuando con la argumentación, la solución ofrecida no siempre es la válida, pues simplemente se trata de una posible solución, la cual, tal vez, sea la más probable, pero considerando en

todo momento que, no por ser la más probable, es la correcta.

A diferencia de Ockham, filósofos modernos como Leibniz y Chatton pensaron que el principio de parsimonia debería ser contrarrestado como antítesis por el principio de plenitud, el cual indica que si dos cosas no son suficientes para verificar una proposición con respecto a cosas existentes, se debe postular una tercera.

Aunque en gran medida no podemos descartar el carácter pragmático de la teoría de la economía del pensamiento, mediante la cual podemos reconocer que la explicación más simple puede ser la más probable, tampoco se puede aseverar la verdad de sus conclusiones, alejándose así del necesario contexto científico que requiere el Derecho.

Es por lo anterior que podemos indicar que, a pesar de la practicidad de la aportación de Ockham, se debe señalar que en el Derecho existen aún muchas interrogantes que deberán ser analizadas mediante un riguroso proceso de comprobación y que, a pesar de todo, la filosofía y la teoría del Derecho tienen reservado un margen difuso que siempre permitirá reabrir el debate y el diálogo de las ideas.

La cantidad de factores que deben ser tomados en consideración por el Derecho para determinar la causa de una situación va mucho más allá de una simple observación en lo que a reiteración se refiere respecto del motivo que, generalmente, da lugar al supuesto en concreto, pues existe todo un universo de posibilidades que deben ser tomadas en cuenta para resolver.

El Derecho requiere del planteamiento de respuestas suficientes para la resolución de conflictos. Se puede decir que, en muchos sentidos, el ver al Derecho encajado únicamente desde una visión del principio de la economía del pensamiento podrá llevarle a resolver los supuestos desde un aspecto intuitivo, sin embargo, el Derecho requiere también de métodos y procesos más elaborados que, incluso, lo lleven a la multiplicidad de entes jurídicos normativos, como se puede sostener con las teorías postpositivistas.

Es así que aceptar postulados como el planteado por Ockham

puede provocar la aparición de falacias que, a través de un razonamiento simplificado, no solo no lleven al conocimiento, sino que, incluso, alejen de él, pues es susceptible de generar conclusiones irreales como consecuencia de una falta de análisis de todas las variables posibles en el caso en concreto.

Si bien es cierto que, aplicar la navaja de Ockham puede encasillar el estudio del Derecho a las posturas más básicas de entes normativos que han sido estudiados y, en algunos casos, criticados o descartados, ya que las respuestas que éstos pueden brindar no satisfacen ni permiten mostrar la gran variedad de entes que tienen existencia dentro del sistema jurídico, sin embargo, también podemos observar que entender el Derecho desde la plenitud puede llevarnos a entidades falsas o duplicadas, que únicamente den una apariencia de necesidad, o que realmente constituyen pluralidad innecesaria, por lo que gran parte de la discusión inacabada en la teoría jurídica busca responder cómo está constituido el Derecho.

IV. LA SIMPLICIDAD DE ENTES JURÍDICO NORMATIVOS

Tomando en consideración el planteamiento del problema presentado anteriormente, podemos reflexionar en torno a la necesidad de multiplicar entes para resolver un fenómeno, incluso considerando los fenómenos jurídicos.

En el Derecho podemos preguntarnos acerca de la posibilidad de sostener el principio de la economía del pensamiento, dando prioridad a las teorías que buscarían limitar los entes normativos y postulando la existencia de un solo tipo de normas, con los efectos que esto tiene para el sistema jurídico.

En este sentido, podemos preguntarnos de forma principal: ¿puede la complejidad de un sistema jurídico entenderse a través de la tesis de la navaja de Ockham?, o ¿acaso debemos considerar la multiplicidad de entes para resolver conflictos jurídicos, de tal forma que la navaja de Ockham no es suficiente para explicar el Derecho?

La teoría de Ockham implicó la salida del mundo medieval del siglo XIV hacia el mundo moderno y, en particular, por la posible vigencia que la navaja de Ockham tenga en la actualidad frente a la Filosofía del Derecho. En este sentido, los filósofos han generado teorías que contrastan la simplicidad y la plenitud de la diversidad de normas jurídicas y, de esta forma, dan cuenta de la importancia de que los entes normativos se entiendan en términos variados o simplificados, dando paso así al entendimiento del Derecho en términos potencialmente opuestos.

En este sentido podemos encontrar teorías acerca de la simplicidad de entes normativos como la teoría imperativa simple de Austin. El modelo de Austin establece una primera tesis del positivismo, en la que indica que el Derecho es un conjunto de reglas especialmente seleccionadas para gobernar el orden público. En sí mismo, este modelo es honesto en su simplicidad ya que ofrece una interrogante como prueba fáctica simple de identificación de las reglas, dando lugar a cuestionamientos de gran interés como, por ejemplo, aquel que pregunta ¿qué ha ordenado el soberano?

No obstante, con el tiempo, varios teóricos como H.L.A. Hart han estudiado y tratado de aplicar el modelo de Austin, sin embargo, lo han encontrado demasiado simple, de tal manera que se objetaron dos cuestiones de su teoría:

- 1) La suposición clave de Austin de que en cada comunidad puede encontrarse una institución o grupo determinado, el cual tiene el control último de todos los otros grupos, parece no ser el caso en una sociedad compleja; y,
- 2) Los críticos comenzaron a darse cuenta de que el análisis austiano falla enteramente al explicar, e incluso reconocer, ciertos hechos impresionantes acerca de las actitudes que nosotros tomamos en relación con el Derecho.

Por lo que respecta a la primera de las críticas, se debe consi-

derar que el control político en una nación moderna es pluralista y cambiante, es un asunto de compromiso, cooperación y alianza, de tal modo que es generalmente imposible decir que alguna persona o grupo tiene ese control dramático necesario para ser llamado un soberano en el sentido austiniano. Es así que, en las sociedades modernas se pueden encontrar variados grupos de control, alejándonos del supuesto de las sociedades simples o primitivas que caracterizan a la Teoría del Soberano de Austin.

En cuanto a la segunda crítica, Hart indica que Austin no llega a reconocer la diferencia semántica que existe en conceptos como el de obligación, mismo que nos permite distinguir el cumplimiento de lo que es Derecho (deber ser) y conductas desplegadas por órdenes respaldadas por amenazas, las cuales no necesariamente son Derecho, por ejemplo, las órdenes de un asaltante, quien emite el mandato “entrega tu dinero o te mato”. En este sentido, podemos diferenciar lingüísticamente entre tener la obligación de y, por otro lado, verse obligado a desplegar cierta conducta.

En general, el análisis de John Austin no permite hacer importantes distinciones entre el Derecho e incluso las órdenes generales de un maleante. Esto es así porque Austin define una obligación como sujeción a la amenaza de la fuerza y, de este modo, fundamenta la autoridad del Derecho enteramente en la capacidad y la voluntad del soberano en causar un daño a aquellos que desobedezcan.²⁰

Por otra parte, la versión del positivismo de H.L.A. Hart es más compleja que la de Austin en dos sentidos:

- 1) Reconoce, a diferencia de Austin, que las reglas son de diversos tipos lógicos (Hart distingue tipos y subtipos de reglas); y
- 2) Rechaza la teoría austiniana de que una regla es una especie de mandato y la sustituye por un análisis general más elaborado de lo que son las reglas.

²⁰ Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, trad. Javier Esquivel y Juan re-bolledo G., Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977, p. 12.

Es así que, será pertinente y necesario para la Filosofía del Derecho el estudiar desde las diferentes perspectivas si el tamiz de la navaja de Ockham pudiera ser válido para dar respuesta a discusiones actuales y, así, brindar una posible respuesta a la discusión filosófica.

Desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, los entes normativos pueden ser reducidos o bastos, de acuerdo a la perspectiva teórica que sea estudiada, por ejemplo, podemos encontrar diferencias entre las perspectivas de la teoría simple del mandato de John Austin, frente a la teoría de las normas de H.L.A. Hart, y ésta última confrontada con el pensamiento de Ronald Dworkin, quien consideró que la visión de Hart era reduccionista. Incluso en la actualidad estos teóricos representan perspectivas teóricas diversas que no han establecido verdades absolutas en torno al reconocimiento de entes normativos.

En este sentido, nos avocaremos al estudio y posible comprobación de la navaja de Ockham como herramienta indispensable que nos permite analizar las teorías de la filosofía jurídica contemporánea desde un planteamiento que ayudará a acotar la discusión que ha postulado un muy amplio universo de entes normativos, desde las muy diversas y variadas teorías en las que, en la actualidad, no existe consenso.

¿Podemos defender la existencia de una multiplicidad de entes? En las ciencias, la tesis de la simplicidad ha sido recurrentemente considerada a partir de la idea de que la verdad siempre termina siendo más simple de lo que se piensa, toda vez que las realidades complicadas son menos probables que las simples.

En esta tesitura, podemos considerar como supuesto general que, cuando un científico se enfrenta al hecho de que dispone de dos teorías rivales que son igualmente consistentes con los datos experimentales conocidos, indefectiblemente preferirá la más simple, basándose en la convicción de que será esa la que probablemente mejor concuerde con los datos experimentales futuros. Un ejemplo de ello se encuentra en el caso de Einstein, quien brindó un gran

avance a las ciencias simplificando²¹ y unificando la teoría de la gravitación de Newton para generar una explicación más sencilla al fenómeno.²²

En este tenor de ideas tendremos que cuestionarnos si las teorías de la simplicidad podrían aplicarse a la ciencia jurídica para así acercarnos a la pregunta: ¿Cómo se compone el Derecho?, de tal forma que podemos reflexionar con respecto a la existencia de los entes normativos,²³ su multiplicidad o simplicidad.

En la filosofía y teoría del Derecho han existido diferentes afirmaciones con respecto a asegurar la existencia de una amplia variedad normativa, la cual puede entenderse desde la multiplicidad hasta la simplicidad, para lo que tomaremos de base la visión de dos autores: H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, para a partir de ellos analizar si es posible la existencia de entes suplerfluos en el Derecho.

²¹ Se reconoce a la teoría de Einstein por la simplicidad o sencillez de su idea central, ya que a partir de un sistema de solo 10 ecuaciones diferenciales de segundo orden no lineales es posible, en principio, calcular la evolución de cualquier sistema físico cuya energía-momento se especifica. Contrariamente a otras teorías, tanto las ecuaciones de movimiento para la materia como las leyes de conservación pueden obtenerse de las ecuaciones de Einstein. Esto hace que la teoría sea conceptualmente sencilla, pero al mismo tiempo pueda describir procesos en extremo complejos, debido a la no linealidad de las ecuaciones.

²² Jenkins, Lyle, *Biolinguística*, trad. Cristina Piña Aldao, Madrid, Cambridge University Press, 2012, p. 237.

²³ El estudio de los entes normativos puede implicar el análisis en distintos sentidos, por ejemplo, el estudio de tesis reduccionistas, que indican la sustitución de la existencia de entes por hechos empíricos o la idea de que las normas tienen existencia propia fuera de ellos, entre muchos otros.

V. ENTES SUPLERFLUOS EN EL DERECHO: ¿EXISTE DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS?

Con lo anterior, podemos plantearnos la pregunta ¿qué entes normativos son realmente necesarios para explicar el Derecho? Teniendo en cuenta las diferentes teorías que han influenciado el pensamiento en la actualidad, las teorías del Derecho pueden llegar a discutir si se requieren las diversas clasificaciones y subclasificaciones de entes normativos como, por ejemplo, la diferencia conceptual entre las reglas y los principios que nos permitan afirmar su existencia genuina y útil o si, por el contrario, lleguemos a concluir que estos entes son el resultado de construcciones interpretativas y argumentativas que no pueden diferenciarse adecuadamente unas de otras y que, por ende, los principios²⁴ no son diferenciables de las reglas jurídicas, lo que confinaría a las teorías pospositivistas al necesario regreso a su reformulación.

Algunas formulaciones derivadas de la teoría de la navaja de Ockham podrían ser tomadas, en un inicio, para garantizar una conclusión más fuerte y, al decir que ciertos tipos de entes son vanos o suplerfluos, Ockham se refiere a que no hay razón suficiente para que ellos sean presentados, de tal forma que, no sólo no existe una base positiva para postularlos, sino que el principio de razón suficiente, en realidad, los elimina.²⁵

Contrastando con lo anteriormente indicado, podemos afirmar que la navaja de Ockham carece de poder alguno para negar la existencia de ciertos tipos de entes normativos, por lo que únicamente se avoca a prevenir nuestra afirmación positiva de la existencia de éstos, lo cual debe probarse mediante un adecuado estudio. En principio podemos mencionar que el argumento de Ockham

²⁴ Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han generado aportes relevantes en la discusión sobre los principios jurídicos y su distinción respecto de las reglas.

²⁵ Spade, Paul Vincent, *The cambrige...*, *op. cit.*, p. 102.

puede ser interpretado como la afirmación de existencia de complicaciones epistemológicas innecesarias,²⁶ toda vez que muchos de sus argumentos simplemente fallarían al evidenciar contradicción o falsedad directa en el Derecho siendo que, en el mejor de los casos, nos pueden mostrar únicamente intuiciones o resultados prematuros que no han pasado por un tamiz riguroso de la comprobación.

El debate teórico contemporáneo sigue con gran interés un análisis que se centra en mostrar la propuesta de dos vertientes que difieren en la aceptación de existencia de multiplicidad de entes jurídicos, es el caso de las reglas y los principios.

Por una parte, el positivista H.L.A. Hart²⁷ acepta la existencia de reglas, las cuales dividió en reglas primarias y reglas secundarias, con la consiguiente subdivisión de reglas de cambio, reglas de adjudicación y reglas de reconocimiento y, por otra parte, la clasificación hecha por Dworkin, quien considera la existencia de reglas -normas-, principios, directrices, políticas y otro tipo de pautas.²⁸ Es así como en el Derecho existe un reconocimiento diverso de entes normativos que revelan diferentes posicionamientos teóricos, en este sentido podemos preguntarnos si esta diferencia entre reglas y principios es superflua y si en realidad es inexistente la distinción.

Es así que, la propuesta postpositivista intenta ofrecer un criterio que permita una diferenciación clara entre reglas y principios, que los distinga ya sea desde lo estructural, lo lógico, lo analítico, lo metodológico o desde el terreno de lo aplicativo pero, ¿podemos afirmar categóricamente la diferencia? Una revisión detallada, que difiere de una respuesta afirmativa, podría llevarnos a concluir que dicha distinción no es defendible, pues o carece de fundamentación

²⁶ Panaccio, Claude, *Ockham on concepts*, *op. cit.*, p. 30.

²⁷ Hart se entiende dentro de la teoría jurídica como un positivista suave (*soft positivism*).

²⁸ Ronald Dworkin utiliza, en la mayoría de los casos, el término principios para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

apropiada, o supone decisiones interpretativas previas del órgano que toma la decisión.²⁹

Este debate inacabado entre dos de las más importantes posturas teóricas nos obliga a establecer en principio las diferencias principales que pueden existir entre las reglas y los principios, las cuales discutiré a continuación.

Iniciaremos con los principios, toda vez que ellos han reconfigurado la forma en la que se entiende el Derecho en la actualidad, y en particular, en la forma en la que el Derecho es aplicado, con lo cual ha trasladado la importancia de la labor del legislador que se asentó en la escuela de la exegesis y la jurisprudencia de conceptos para trasladar el poder al juzgador, quien puede hacer uso de otro tipo de estándares o pautas, que no obtienen juridicidad en las fuentes sociales como lo hacen las normas que son emitidas por los legisladores sino que su validez pre-existe, incluso aunque en muchas ocasiones no pueda percibirse a través de los sentidos.

Debemos recordar que Ronald Dworkin utilizó el término principio en sentido générico para referirse a todo el conjunto de estándares que no son normas³⁰ -reglas-, es decir, que él considera que los principios no pueden clasificarse como normas; desde esta forma abierta no hay claridad acerca de los límites, condiciones en la aplicación, ponderación de los mismos, ni en cuanto a la garantía de que no se juzgue exogámicamente mediante la utilización no solo del Derecho sino de elementos como la política, la moral, el subjetivismo o el azar.

Para poder distinguir a los principios de las reglas se han establecido de forma convencional algunas características que al menos de primer momento parecen diferenciarlos.

²⁹ Restrepo Ospina, Adrina María, “De la Inexistente Distinción entre Principios y Reglas”, en la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, número 8, enero-junio 2018, p. 93.

³⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.* p. 72.

En un inicio, podemos mencionar que los principios implican la existencia de mandatos de optimización de tal forma que su estructura lógica no es disyuntiva y, su peso relativo debe ser comparado cuando otros principios deben ser aplicados en un mismo caso, sin que esta colisión implique su invalidez o eliminación, sino simplemente su sustitución por otro que tenga mayor peso.

Es así que, la determinación de que un principio vale para un caso en concreto, no significa que sea así para todos, ya que no contienen mandatos definitivos sino solo poseen carácter *prima facie*, por lo que el hecho de que el peso de un principio sea mayor en cierta colisión, no significa que sea así para casos futuros, por lo que no tendrá validez de forma definitiva, y de acuerdo a Robert Alexy, carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.

Por otro lado, las reglas son de carácter taxativo, y por lo tanto disyuntivas, lo cual significa que siguen un criterio de todo o nada, de tal manera que no hay forma de cumplirlas en parte, toda vez que una norma no tiene grados de cumplimiento, utiliza la subsunción y puede determinarse con firmeza si ha sido cumplida o no.

No tienen peso, por lo que en un conflicto entre normas se debe decidir cuál subsistirá, y cual debe ser inválida o si debe aplicarse una cláusula de excepción, como sucede en el caso de las antinomias, por ejemplo, una norma reglamentaria que permita entrar a una sala de operaciones y otra que al mismo tiempo prohíba la entrada a la misma; para resolver este choque entre ambas normas se han establecido criterios que trascienden a las normas mismas, y que nos permiten conocer cual de las dos seguirá siendo válida, estos criterios son el jerárquico, cronológico y el de especialidad.

Entonces, después de ver algunas características podemos preguntarnos: ¿Las normas y los principios desempeñan funciones semejantes? ¿Es su diferencia una cuestión de forma? En inicio podemos mencionar que la forma de estos estándares no siempre revela con claridad si estamos ante un principio o una regla, además

de que los principios utilizados por el tribunal se convierten en una norma nueva jurídica que forma parte del sistema, y tan son parte del sistema que los consideran como obligatorios y los aplicadores del Derecho deben de tenerlo en cuenta en sus decisiones jurídicas, por lo que los principios son tratados como normas jurídicas.

Más allá de que nos podemos percatar que hay características que en general parecen diferenciar a las reglas de los principios, uno de los puntos fundamentales que se deben analizar previamente a afirmar un asunto funcional, lógico o estructural que nos permita distinguirlos, debemos señalar que en la práctica es el juzgador quien determina si está ante una regla o un principio y, por lo tanto, en cada caso decidirá si tendrá que subsumir o ponderar.

Es aquí donde nos preguntamos: ¿Cuál es el criterio para establecer qué tipo de ente normativo debe aplicarse? Esto tal vez nunca ha sido claro para el aplicador del Derecho, ya que nada puede garantizar que la determinación de utilización de reglas o principios no se realice de forma inconsciente e indiscriminada o incluso intencional, con la finalidad de manipular el resultado, de tal forma que pueda realizar un cálculo en sentido inverso en el que se determine primero el resultado deseado y después el estandar de aplicación del derecho, de manera que un solo enunciado normativo puede entenderse algunas veces como reglas y otras como principios.

Es de esta forma que el reconocimiento de entes normativos radicará en la aplicación misma, en su sentido de práctico, y puede ser una determinación que no corresponda necesariamente a razones jurídicas, y por lo tanto, aunque las normas como los principios podrían establecer características lógicas, lingüísticas, estructurales, o funcionales que los distinguan como elementos diferentes, no necesariamente significa que lo sean.

¿Podemos afirmar la existencia de principios? La afirmación de existencia de los principios ha establecido diferentes posicionamientos teóricos, en este sentido podemos por una parte afirmar su existencia desde una perspectiva postpositivista y negarla desde una postura positivista.

Aunque resulte incompatible, estas dos visiones subsisten en el Derecho, así como en el debate jurídico, el cual resulta inconcluso hasta el día de hoy, de tal forma que sigue abierta la pregunta de si el Derecho debe establecerse desde el deber ser o si debe atender a cómo debe ser, en un ánimo aspiracional.

Ahora bien, para intentar aclarar las ideas antes presentadas, si partimos de que los principios son mandatos de optimización, entonces podemos suponer que no existe evidencia para demostrar que ellos constituyen el sistema jurídico sino que se obtienen después de un proceso interpretativo.

Sin embargo, hemos mostrado anteriormente que ellos pueden distinguirse con respecto a las reglas por su estructura y lógica, de tal manera que su origen, contenido y forma de aplicación son distintos que el resto de las normas, así como resultan ser de obligatoria aplicación, toda vez que son preexistentes y subyacen en el sistema de normas del derecho positivo. Por lo anterior, no se debería dudar de su (extra)juridicidad, y por lo tanto, en primer momento, debe aceptarse la existencia genuina de los principios como entes diferentes a las reglas -normas-.

Sin embargo, la discusión acerca de los principios revela un proceso aún más profundo que implica un estudio ontológico que nos lleva a cuestionar si en verdad constituyen entes jurídicos válidos y no solo se puede suponer su existencia. En este sentido, desde la perspectiva positivista se ha defendido que las distinciones entre el método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales, ya que cualquier conflicto jurídico puede ser resuelto a través de la subsunción como de la ponderación, por lo que, por muchos contrastes que por separado puedan identificarse teóricamente entre las reglas y los principios, en la práctica se debilitan, e incluso llegan a disolverse las diferencias estructurales ente ambos entes normativos. Así mismo, se ha argumentado la falta de consistencia para sostener la credibilidad de la ponderación como razonamiento útil para los operadores jurídicos, o en el mejor de

los casos, bajo una distinción estructural se puede comprender a la ponderación como un recurso argumentativo a disposición del operador jurídico, el cual puede someterse a la racionalidad y objetividad que el juzgador o decisor quieran otorgarle.

Finalmente, podemos mencionar que desde una perspectiva ecléctica o desde una visión integradora, podría sostener que existe equivalencia metodológica entre la subsunción y la ponderación o incluso elementos complementarios en un sentido justificativo, toda vez que mientras la estructura subsuntiva presenta con mayor claridad las premisas del razonamiento (justificación interna), por otra parte, la estructura ponderativa acentúa las razones que justifican las premisas de ese razonamiento (justificación externa).³¹

VI. CONCLUSIONES

El pensamiento de Ockham se puede analizar desde diversas aportaciones, como son la teoría nominalista, la teoría del conocimiento singular e inmediato (inmanencia gnoseológica), el proceso intuitivo, el principio de contradicción, la omnipotencia divina, la ciencia empírica, entre otros. En el presente artículo nos delimitamos de forma estricta a abordar el trabajo en función a la aportación de Ockham en torno al principio de la economía del pensamiento, comúnmente conocido como la navaja de Ockham.

Es así que, hemos aplicado el estudio de la navaja de Ockham como una herramienta útil para el análisis de las discusiones contemporáneas con respecto a la teoría de las normas jurídicas y la apreciación de la composición del sistema jurídico por reglas y principios, lo cual constituye parte del debate actual acerca de la posibilidad de reconocer la existencia de una gran variedad de normas o, en su defecto, establecer la existencia aparente de las mismas.

³¹ Cabra Apalategui, José Manuel, “Subsunción y Ponderación. Modelos de Relación” en *El derecho en el análisis de casos: conflictos, razonamientos y decisiones*, coord. Abril Uscanga Barradas y Juan Antonio García Amado, UNAM, México, 2020, pp. 96 y 97.

Continuando con este razonamiento, desde la perspectiva del principio de la parsimonia es relevante sostener la existencia de un solo tipo de normas, como por ejemplo, lo hizo John Austin desde la perspectiva de la teoría imperativa simple, sin embargo, la afirmación de la economía del pensamiento en el Derecho va más allá, y ha posicionado a diferentes autores contemporáneos desde perspectivas encontradas donde pueden afirmar o refutar la existencia de los principios como otros tipos de estándares distintos a los normas jurídicas.

La relevancia de lo anterior nos permitió preguntarnos si la navaja de Ockham afirmará la sencillez y simplicidad del Derecho, y por lo tanto, desde una perspectiva en contrario, nos obliga a estudiar el sistema jurídico desde la multiplicidad de entes normativos como lo hizo Ronald Dworkin, quien dio paso al reconocimiento de una gran variedad de normas existentes en el Derecho.

En este sentido podemos recordar que los principios se han presentado como la fuente del resto de las normas, y las reglas como la concreción misma de los principios que subyacen en ellas de forma tácita, mientras que las reglas son el símbolo expreso.

Como se ha manifestado en la presente investigación, ante la pregunta referente a ¿qué entes normativos son realmente necesarios para explicar el Derecho? Desde la teoría del Derecho no existe una única respuesta correcta, toda vez que hay dos visiones del Derecho (positivista y postpositivista) que argumentan dos formas distintas de reconocimiento del mismo.

Es debido a lo anterior que buscamos proporcionar las dos visiones, que nos han ayudado a acercarnos a entender que podemos encontrar algunas distinciones, en algunos casos parciales o moderadas de estructura y lógica entre reglas y principios, las cuales en gran medida se disuelven si las posicionamos en el terreno de lo aplicativo y de la interpretación.

Sin embargo, no debemos olvidar que desde una postura conciliadora, se puede afirmar que existen elementos complementarios entre las reglas y los principios, en un sentido justificativo que de-

ben tomarse en cuenta en el momento en que el operador jurídico (aplicador del derecho) actúa. De esta forma, podemos concluir que la tesis de la navaja de Ockham, incluso en nuestros días resulta ser un método digno de considerarse para el análisis de la teoría de las normas jurídicas; no debemos olvidar que en la formulación y estudio de las proposiciones esenciales de las ciencias, incluido el Derecho, es prioritario descartar entidades inútiles e imaginarias.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Nicolas, *Historia de la Filosofía*, t. I, 2ª edición, trad. Juan Estelrich y J. Perez Ballestar, Barcelona, Montaner y Simon, 1964.

CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Subsunción y Ponderación. Modelos de Relación” en *El derecho en el análisis de casos: conflictos, razonamientos y decisiones*, coord. Abril Uscanga Barradas y Juan Antonio García Amado, UNAM, México, 2020.

COPLESTON, S.I., Frederick, *Historia de la Filosofía*, Vol. III De Ockham a Suarez, trad. Juan Carlos García Borrón, 5ª edición, Barcelona, Ariel, 2004.

DWORKIN, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de reglas?, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977.

_____, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

GAMBRA CIUDAD, Rafael, *Historia sencilla de la filosofía*, Madrid, Ediciones Rialp, 1976.

GARCIA BORRON, Juan Carlos, *Historia de la Filosofía*, t. 2, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, “Sobre a Origem Medieval Do Conceito De Direios Subjetivos: A contribuição de Guilherme de Ockham”, en, Paulo Bonavides (Comp.), en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Brazil, 2005.

- GUTIÉRREZ SAÉNZ, Raúl, *Historia de las doctrinas filosóficas*, 38ª edición, México, Esfinge, 2006.
- JENKINS, Lyle, *Biolingüística*, trad. Cristina Piña Aldao, Madrid, Cambridge University Press, 2012.
- LOBATO VALDERREY, Tomás, *Historia del Pensamiento*, Madrid, Dykinson, 2001.
- MARTÍNEZ, F. Sergio, *La navaja de Ockham y la heterogeneidad de las pre-presentaciones: hacia una ontología de la abstracto*, <<http://revistas.usal.es/index.php/0213-3563/article/view/7999/8834>>.
- MAURER, Armand, *Ockham razor and chatton's anti-razor*, Medieval Studies, 1984.
- PANACCIO, Claude, *Ockham on concepts*, University of Quebec, Montreal, Ashgate, 2004.
- RÁBADE ROMEO, Sergio, *Guillermo de Ockham y la filosofía del siglo XIV*, Madrid, Instituto Luis Vives de Filosofía, 1996.
- _____, *Guillermo de Ockham (1285?-1349)*, Madrid, Ediciones del Orto, 1998.
- RESTREPO OSPINA, Adrina María, “De la Inexistente Distinción entre Principios y Reglas”, en la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, número 8, enero-junio 2018.
- SPADE, Paul Vincent, *The cambrige companios to Ockham*, United States of America Cambridge University Press, 1999.
- XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 14ª edición, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.



IMPACTO DE LA AGENDA 2030 Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA, ESPAÑA Y MÉXICO

IMPACT OF THE 2030 AGENDA AND THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS IN THE EUROPEAN UNION, SPAIN AND MEXICO

RODOLFO CANCINO GÓMEZ¹

ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO²

RESUMEN: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por los 193 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Asamblea General en 2015, tiene como meta para alcanzar en el período 2015-2030 los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible. Se trata de normas cuya naturaleza jurídica es la del “Soft Law”, que están desarrollando una decisiva influencia en las políticas y legislaciones nacionales y se han convertido en el modelo mundial para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. En el trabajo se analiza el impacto de estos Objetivos de la Agenda 2030 en ámbitos tan decisivos como el medio ambiente, la lucha contra el cambio climático y otros temas relacionados. También son objeto de estudio las principales medidas adoptadas en los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, España y México para dar cumplimiento y aplicar la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

¹ Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: <rcancino@derecho.unam.mx> ORCID: 0000-0002-4883-3293.

² Profesora Investigadora Titular en Derecho Administrativo de la Universidad Castilla La Mancha. Contacto: <patricia.Dominguez@uclm.es> ORCID: 0000-0001-9778-5097.

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2021; fecha de aprobación: 26 de noviembre de 2021.

PALABRAS CLAVE: *Agenda 2030, Objetivos de Desarrollo Sostenible, cambio climático, sustentabilidad, medio ambiente, cooperación internacional.*

ABSTRACT: The 2030 Agenda for Sustainable Development, approved by the 193 member states of the United Nations in its General Assembly in 2015, aims to achieve the so-called Sustainable Development Goals in the period 2015-2030. These are rules whose legal nature is that of “Soft Law”, which are developing a decisive influence on national policies and legislation and have become the global model for sustainable development and poverty eradication. The work analyzes the impact of these Objectives of the 2030 Agenda in areas as decisive as the environment, the fight against climate change and other related issues. The main measures adopted in the legal systems of the European Union, Spain and Mexico to comply with and apply the 2030 Agenda and the Sustainable Development Goals are also object of study.

KEYWORDS: *2030 Agenda, Sustainable Development Goals, climate change, sustainability, environment, international cooperation.*

SUMARIO: I. Introducción. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas; II. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible como instrumento para la gobernanza global del desarrollo; III. Cambio climático y los Objetivos de Desarrollo Sustentable; IV. La cooperación al desarrollo y el impulso de la Agenda 2030 en la Unión Europea; V. El Plan de Acción de España para la implementación de la Agenda 2030; VI. México en el escenario internacional medioambiental y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TMEC); VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN. LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por los 193 Estados miembros de Naciones Unidas³ en su Asamblea General en 2015⁴, plantea 17 grandes objetivos y 169 metas que abarcan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) pretenden llegar más allá que lo que meramente contiene los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) adoptados por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2000⁵, al abordar las causas fundamentales de la pobreza y la necesidad universal de lograr un desarrollo a favor de todas las personas.

La Agenda de Desarrollo Sostenible aprobada por los líderes mundiales el 25 de septiembre de 2015, fijó nuevos objetivos que a su vez tienen metas específicas que deben alcanzarse en los próximos 15 años⁶.

³ Recordemos que el nombre de “Naciones Unidas” fue acuñado por el entonces presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, y fue utilizado por primera vez el 1 de enero de 1942, en plena segunda guerra mundial, cuando representantes de 26 naciones aprobaron la “Declaración de las Naciones Unidas”.

Se puede consultar la historia de Naciones Unidas en la web www.un.org/es/aboutun/history/ (consultada el 1 de diciembre de 2019).

⁴ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).

⁵ Resolución de Naciones Unidas, “Declaración del Milenio”, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2000 (A/55/L.2).

⁶ Organización de las Naciones Unidas, “Memoria del secretario general sobre la labor de la Organización”. Documentos Oficiales de la Asamblea General, A/70/1, 2015, Septuagésimo período de sesiones, suplemento No. 1.

La División de los Objetivos de Desarrollo Sostenible actúa como una Secretaría y analiza y coordina las áreas temáticas sobre las que giran los Objetivos de Desarrollo Sostenible, entre los que se incluyen el agua, la energía, el clima, los océanos, la urbanización, el transporte, la ciencia, la tecnología, el Informe de Desarrollo Sostenible Global, las alianzas y los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo⁷.

La División de los ODS contribuye a los procesos intergubernamentales en relación con la Agenda 2030, entre los que se encuentran aquellos que dependen de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social y el Foro Político de Alto Nivel⁸.

Los 17 ODS⁹, todos ellos interrelacionados entre sí, y sus 169 metas¹⁰, tienen un carácter global, inclusivo y plural y resultan universalmente aplicables. Todos los países, tanto desarrollados como en vías de desarrollo, comparten la responsabilidad de alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible mediante una serie de acciones y programas preestablecidos.

En definitiva, la Agenda 2030 integra de forma equilibrada las tres dimensiones del desarrollo sostenible (la económica, la social y la medioambiental) y refleja un trascendente consenso interna-

⁷ División de Objetivos de Desarrollo Sostenible. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/es/about/desa-divisions/sustainable-development.html>. Consultada el 12 de octubre de 2019.

⁸ Resolución 70/299 de las Naciones Unidas, “Seguimiento y examen de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible a nivel mundial”, 25 de septiembre de 2015.

⁹ Véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>. Consultado el 19 de agosto de 2021.

¹⁰ Instituto Danés de Derechos Humanos: (<http://sdg.humanrights.dk/es/goals-and-targets>. Consultada el 10 de octubre de 2019). Puede encontrarse una guía que conecta los 17 ODS y las 169 metas a los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a las normas internacionales del trabajo y a los instrumentos claves sobre el medio ambiente.

cional¹¹. La degradación de los ecosistemas, la preservación de los recursos naturales, la huella del carbón, la protección de la flora y la fauna, así como las formas de producir, transportar, envasar y comercializar los bienes y servicios son otros temas derivados que también forman parte de manera intrínseca de la mencionada Agenda.

Ahora bien, la consecución de estas metas resulta complicada y plantea dudas. Al respecto, se puede acudir al informe del año 2015 de los ODM¹², que reconoce el progreso desigual y déficits en muchas áreas¹³. Siguen siendo datos escalofriantes el que en el mundo unos 800 millones de personas viven en pobreza extrema y sufren de hambre y unos 16.000 niños mueren cada día antes de cumplir los 5 años, la mayoría por causas prevenibles¹⁴.

II. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE COMO INSTRUMENTO PARA LA GOBERNANZA GLOBAL DEL DESARROLLO

La importancia política e institucional de los ODS, aprobados por todos los países de Naciones Unidas, y sus funciones como norma multilateral, permiten considerarlos como un instrumento para la gobernanza global del desarrollo¹⁵. Aunque se trataría de normas

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Próximas etapas para un futuro europeo sostenible, “Acción europea para la sostenibilidad, documento COM (2016) 739.

¹² Véase: <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2015/Spanish2015.pdf>. Consultada el 20 de septiembre de 2021.

¹³ Tezanos Vázquez, Sergio, Madruño Aguilar, Rodrigo, “Logros y retos en el meridiano de los Objetivos de Desarrollo del Milenio”, en *Temas para el debate*, No. 157 (2007, ejemplar dedicado a “Objetivos del Milenio”), Madrid, 2019, pp. 61 y ss.

¹⁴ Informe del año 2015 de los ODM, *op cit.*, p. 9.

¹⁵ Sanahuja Perales, José Antonio, *Paz, seguridad y gobernanza: el ODS 16 y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*, Madrid, 2018, pp. 27-54; y Verdiales López, Diana, “La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: hacia una ética universalista del desarrollo global”, en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, No. 1405, Madrid, 2015, pp. 367-382.

cuya naturaleza jurídica para la doctrina internacionalista es la del “Soft Law” o de Derecho Indicativo, esto es, que carecen de fuerza vinculante directa; las cuales están llamadas a desarrollar una influencia directa en las políticas y legislaciones nacionales¹⁶.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible¹⁷ prevé que los países adopten los Objetivos de Desarrollo Sostenible como propios y establezcan marcos nacionales jurídicos para el logro de los mismos para todos los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas. Como, por ejemplo, para la integración de los ODS en las políticas públicas el Gobierno de España ha aprobado el “Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030, lo cual se constituye en toda una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible”¹⁸.

En consecuencia, el cumplimiento y el éxito de la Agenda se basan en las políticas, planes y programas de desarrollo sostenible que los países adopten y apliquen dentro de sus estructuras gubernamentales. Además, deberán contener una serie de metas sujetas a evaluación periódica, las cuales estarán dirigidas para que se dé seguimiento estricto a todos los compromisos adoptados.

La Agenda 2030 se fortaleció con una serie de acciones adoptadas en Addis Abeba¹⁹, que fue el resultado de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, donde además se establecieron políticas y medidas concretas para apoyar la aplicación de los ODS.

¹⁶ Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, vol. 44, No. 3, Estados Unidos de América, International Organization 2000, pp. 421 y ss.

¹⁷ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).

¹⁸ El plan fue aprobado en el Consejo de ministros del 29 de junio de 2018.

¹⁹ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General el 27 de julio de 2015 (A/69/L.82), Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo (Agenda de Acción de Addis Abeba).

Tal como reconoce la Agenda de Acción de Addis Abeba, se tiene un nuevo entorno político y se cuenta con un espíritu de alianza y solidaridad mundiales en la comunidad internacional, por lo que han señalado que el “objetivo es poner fin a la pobreza y el hambre y lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones mediante la promoción del crecimiento económico inclusivo, la protección del medio ambiente y el fomento de la inclusión social. Nos comprometemos a respetar todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo. Aseguraremos la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas. Promoveremos las sociedades pacíficas e inclusivas y avanzaremos plenamente hacia un sistema económico mundial equitativo donde ningún país o persona quede a la zaga, posibilitando el trabajo decente y los medios de vida productivos para todos, al tiempo que preservamos el planeta para nuestros hijos y las generaciones futuras”²⁰.

En este sentido, hay que destacar el papel que ha asumido la Organización de las Naciones Unidas, tanto en materia de dirección, coordinación, y gestión con los gobiernos, particularmente el proceso de negociación internacional como de la ejecución y cumplimiento de la agenda de desarrollo a nivel mundial. De tal forma, que ahora ya no existe el control de la ayuda al desarrollo que ejercían principalmente los países donantes del Banco Mundial y el Comité de Asistencia para el Desarrollo (CAD) de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)²¹.

La nueva gobernanza de la cooperación internacional y la ayu-

²⁰ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General, el 27 de julio de 2015 (A/69/L.82).

²¹ El comité de Asistencia para el Desarrollo, está formado por 29 miembros que lo integran en base al cumplimiento de los siguientes criterios: que dispongan de estrategias apropiadas, políticas y marcos institucionales que aseguren la capacidad de desarrollar un programa de Cooperación al Desarrollo, que hayan incorporado herramientas para la medición del esfuerzo y que tengan desarrollado un sistema de seguimiento y evaluación. España es parte del CAD desde 1991, véase: <http://www.oecd.org/spain/>. Consultada el 22 de octubre de 2019).

da al desarrollo, con la Organización de las Naciones Unidas y la Agenda 2030 a la cabeza, tuvieron como hito fundamental la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río+20, que estableció los principios y el procedimiento para la elaboración de los ODS²² y subrayó la importancia de la libertad, la paz y la seguridad, el respeto de todos los derechos humanos, entre ellos el derecho al desarrollo y el derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a la alimentación y el agua²³.

La Cumbre de Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río+20 reafirmó todos los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, incluido, el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, establecido en el principio 7 de la Declaración de Río; e inició el proceso intergubernamental sobre los objetivos de desarrollo sostenible abierto a todas las partes interesadas con el fin de formular objetivos mundiales de desarrollo sostenible convenidos por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

De esta forma, creó un grupo de trabajo de 30 representantes designados por los Estados miembros, procedentes de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas, al que encargó la presentación de un informe a la Asamblea en su sexagésimo octavo período de sesiones, “que incluirá una propuesta de objetivos de desarrollo sostenible para que esta los examine y adopte las medidas adecuadas”²⁴.

Los 17 ODS finalmente aprobados por Naciones Unidas en 2015 tienen un mayor alcance en cuanto a la inclusión de nuevas temáticas de aplicación universal para todos los países, esto es, en relación

²² Sanahuja Perales, José Antonio, *Paz, seguridad y gobernanza: el ODS 16 y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*, en *Objetivos de desarrollo sostenible...*, *op. cit.*, p. 29.

²³ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas, 66/288 (A/216/L.1), Resolución 66/288 (A/216/L.1).

²⁴ Resolución de la Organización de las Naciones Unidas, 66/288 (A/216/L.1). Apartados 248 y 249 del documento final de la Cumbre fue aprobado por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 66/288 (A/216/L.1).

directa con los ODM de 2000, que solamente estaban centrados en la lucha contra la pobreza extrema de los países en desarrollo²⁵.

Abarcando las tres dimensiones del desarrollo sostenible (el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente), los ODS tienen como propósito fundamental acabar con las desigualdades²⁶, incrementar el crecimiento económico, el acceso a un trabajo decente, la planificación y los servicios públicos en las ciudades; los asentamientos humanos, la industrialización, los océanos, los ecosistemas, la energía, el cambio climático, el consumo y la producción sostenibles, la paz y la justicia.

Los nuevos objetivos reconocen que es esencial luchar contra el cambio climático a fin de lograr el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Así, específicamente el ODS No. 13 plantea la necesidad imperiosa de aplicación de medidas concretas y eficaces para combatir el cambio climático, así como sus efectos desencadenantes que pueden ser catastróficos.

De tal forma, que con razón se advierte por parte de la Organización de las Naciones Unidas que resulta imposible alcanzar el desarrollo sostenible si no se adoptan medidas efectivas e inmediatas contra el cambio climático²⁷.

Por consiguiente, los ODS y la cooperación al desarrollo confirman la tendencia actual hacia la globalización en el Derecho y en especial en el ámbito del Derecho administrativo, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales, como está advirtiendo la doctrina científica²⁸, si bien se podría afirmar con la profesora DARNACULLETA que constituye

²⁵ Véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>. Consultado el 22 de octubre de 2019.

²⁶ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 57-120.

²⁷ Véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>. Consultado el 22 de octubre de 2019.

²⁸ Puigpelat, Oriol Mir, *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Madrid, Civitas, 2016, pp. 57-94.

un nuevo concepto clave, “que no posee la madurez suficiente para ser considerado, todavía, ni una nueva disciplina ni una nueva rama del Derecho administrativo”²⁹.

III. CAMBIO CLIMÁTICO Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SUSTENTABLE

En la actualidad, si hay un ámbito relevante de la globalización es, sin duda, el de las cuestiones medioambientales y, por encima de todas, la lucha contra el cambio climático³⁰.

El Parlamento de la Unión Europea aprobó el 28 de noviembre de 2019 una resolución en la que declara una “emergencia climática y medioambiental” en Europa y a nivel global³¹. El texto pide a la Comisión Europea que garantice que todas sus propuestas legislativas y presupuestarias tengan en cuenta el objetivo de limitar el calentamiento global a un máximo de 1,5° C.

Muchos de los ODS están relacionados directa o indirectamente con el cambio climático y específicamente el Objetivo No. 13, promueve la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. En este sentido, el citado objetivo reconoce que la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático es el principal foro intergubernamental internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático.

El Foro Político de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible, la mayor reunión anual de seguimiento de los avances en la consecución

²⁹ Darnaculleta Gardella, Mercé, “El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?”, en *Revista de Administración Pública*, No. 199, Barcelona, 2016, p. 12.

³⁰ Fernández Egea, Ramón, *Desafíos de la globalización: la protección internacional del medio ambiente ante el fenómeno del cambio climático*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 461-469.

³¹ Resolución del Parlamento Europeo 2019/2930 (RSP). Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20191121IPR67110/el-parlamento-europeo-declara-la-emergencia-climatica>. Consultado el 29 de septiembre de 2021.

de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, celebrado en Nueva York (EEUU) en julio de 2019, hizo un llamamiento para que se incrementara la acción climática como un factor crítico para alcanzar los ODS y un multiplicador de amenazas con el potencial de empeorar algunos de los mayores desafíos de la humanidad, como la salud, la pobreza y el hambre³².

Como ha puesto de manifiesto el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático³³, las emisiones continuas de gases de efecto invernadero están causando un mayor calentamiento y nuevos cambios en todos los componentes del sistema climático. Para contener el cambio climático, será necesario reducir de forma sustancial y sostenida las emisiones de gases de efecto invernadero. Las proyecciones para los próximos decenios muestran que la variabilidad interna natural continuará ejerciendo una importante influencia en el clima, especialmente a corto plazo y a escala regional.

La Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (IPPC por sus siglas en inglés) hizo público el 9 de agosto de 2021 su Informe “Cambio Climático 2021, Bases Físicas”, que consta de cuatro partes dedicadas al estado actual del clima; posibles futuros climáticos; información climática para la evaluación de riesgos y la adaptación regional; y la limitación del cambio climático futuro. Se constatan en el informe cambios en el clima en todas las regiones y en todo el sistema climático y que, en gran medida y de forma cate-

³² Véase: <https://unfccc.int/es/news/los-impactos-del-cambio-climatico-en-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-destacados-en-el-foro>. Consultado el 11 de noviembre de 2020.

³³ Se presentó el informe anual que mide el progreso de los ODS, en el que se advierte que los impactos del cambio climático están socavando el progreso en la agenda del desarrollo sostenible, y amenazan con revertir muchos de los avances logrados en las últimas décadas que lograron mejorar la vida de las personas; así como un informe sobre el estado de la seguridad alimentaria y la nutrición, que cita el cambio climático como uno de los principales factores de la inseguridad alimentaria, junto con los conflictos y la desigualdad económica.

górica, estos cambios se deben a la acción del hombre³⁴.

En este contexto, se estableció formalmente la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y fue adoptada el 9 de mayo de 1992 en Nueva York, entrando en vigor el 21 de marzo de 1994. En 1997 se aprobó el Protocolo de Kyoto, que obliga jurídicamente a los países desarrollados que son Parte a cumplir unas metas de reducción de las emisiones. El primer período de compromiso del Protocolo comenzó en 2008 y finalizó en 2012. El segundo período de compromiso empezó el 1 de enero de 2013 y terminará en 2020. Hoy en día hay 197 Partes en la Convención y 192 países miembros en el Protocolo de Kyoto.

La Conferencia de las Partes (COP) es el órgano supremo de toma de decisiones formado por las partes que han suscrito la Convención. La primera COP sobre el Clima fue celebrada en Berlín en 1995. Desde entonces la COP se reúne de forma periódica y, como mínimo anualmente, tanto para establecer nuevas metas como para evaluar la consecución de los objetivos.

En 2015 se firmó el Acuerdo de París, en la COP21, cuyo principal objetivo es reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático manteniendo el aumento de la temperatura mundial en este siglo por debajo de los 2 °C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir con los esfuerzos para limitar aún más el aumento de la temperatura a 1,5 °C³⁵.

³⁴ La Convención Internacional de Protección Fitosanitaria fue creado en 1988 por la Organización Meteorológica Mundial y la ONU para llevar a cabo evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta. Disponible en: https://archive.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml. Consultado el 22 de octubre de 2019.

³⁵ El Acuerdo de París fue firmado el 22 de abril de 2016 por 175 líderes mundiales en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Disponible en: <https://unfccc.int/process-and-meetings/conferences/past-conferences/paris-climate-change-conference-november-2015/paris-climate-change-conference-november-2015>. Consultado el 24 de septiembre de 2021.

La 25 Conferencia de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP25) estaba programada del 2 al 13 de diciembre de 2019 en Santiago de Chile. Sin embargo, el 30 de octubre de 2019, la secretaria ejecutiva de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático anunció que Chile no albergaría la COP25, en vista de la difícil situación política por la que estaba sumida el país. Finalmente, la COP25 se celebró en Madrid, y se ha centrado en sectores clave donde actuar en la lucha contra el cambio climático, como son la industria pesada, soluciones ecológicas, ciudades, energía, residencia y finanzas³⁶. Se ha avanzado también en la preparación de las nuevas estrategias a largo plazo, donde se pretende alcanzar el objetivo de neutralidad climática en el año 2050 y los nuevos compromisos nacionales de reducciones de emisiones para el año 2030.

El Real Decreto-ley 15/2019, de 8 de noviembre, adoptó medidas urgentes para la organización en España de la XXV Conferencia de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Ante la celebración de la COP25, la resolución del Parlamento de la Unión Europea de 28 de noviembre de 2019 declaró la “emergencia climática y medioambiental” e instó a la Comisión Europea a garantizar que todas sus propuestas legislativas y presupuestarias tengan en cuenta el objetivo de limitar el calentamiento global a un máximo de 1,5°C³⁷.

Del 9 al 20 de noviembre de 2021 se celebra en Glasgow (Escocia) la COP26, en cuyas negociaciones climáticas participan más de 30.000 delegados, cuyo objetivo es acordar un nuevo plan de acción

³⁶ Véase: <https://unfccc.int/es/cop25>. Consultada el 20 de diciembre de 2019.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo 2019/2930 (RSP). Fue aprobada con 429 votos a favor, 225 en contra y 19 abstenciones. El texto sobre la cumbre del clima de Madrid recibió el apoyo de 430 eurodiputados, 190 votaron en contra y 34 se abstuvieron. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20191121I-PR671110/el-parlamento-europeo-declara-la-emergencia-climatica>. Consultado el 29 de noviembre de 2019.

coordinado para hacer frente al cambio climático³⁸. Se concluye por lo tanto la importancia de la lucha contra el cambio climático y sus efectos en los ODS de la Organización de las Naciones Unidas, así como su carácter transversal e impacto en todas las actuaciones impulsadas para el desarrollo de estos ODS.

IV. LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO Y EL IMPULSO DE LA AGENDA 2030 EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea ha desarrollado un papel de mucha relevancia impulsando la cooperación al desarrollo y la consecución tanto de los ODM como de los ODS. El artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) otorga a la Unión las competencias para desarrollar actividades y emprender una política común en el ámbito de la cooperación para el desarrollo. En su apartado 4, precisa la norma que en los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria, “la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya”. Se trata, por tanto, de una competencia compartida con la que ostentan los países de la Unión Europea, que también pueden ejercer sus propias competencias al respecto³⁹.

El objetivo principal de la política de la Unión en este ámbito será la reducción y, finalmente, la erradicación de la pobreza. La Unión tendrá en cuenta los objetivos de la cooperación para el desarrollo al aplicar las políticas que puedan afectar a los países en desarrollo.

³⁸ Véase: Cumbre de la COP26: <https://ukcop26.org/>. Consultada el 29 de octubre de 2021.

³⁹ Dispone el artículo 208 del TFUE que la política de la Unión en el ámbito de la cooperación para el desarrollo se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión. Las políticas de cooperación para el desarrollo de la Unión y de los Estados miembros se complementarán y reforzarán mutuamente.

En su apartado 2, el citado artículo 208 establece que la Unión y los Estados miembros respetarán los compromisos y tendrán en cuenta los objetivos que han acordado en el marco de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales competentes.

Por tanto, junto al objetivo principal de reducir y erradicar la pobreza, la política de desarrollo de la Unión también busca alcanzar los objetivos de la acción exterior de la UE, en particular los que recoge el artículo 21, apartado 2, letra d) del Tratado de la Unión Europea (TUE) con miras a apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo.

En línea con los objetivos establecidos en el artículo 21, apartado 2 del TUE, la política de desarrollo contribuye, entre otras cosas, a fomentar la democracia, el estado de Derecho y los derechos humanos, a mantener la paz y prevenir los conflictos, a mejorar la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, a ayudar a los países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales o de origen humano y a promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial.

Con relación con la aplicación de la política de desarrollo ambiental, el artículo 209 del TFUE prevé en particular, en su apartado 2, que la Unión podrá celebrar con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes cualquier acuerdo adecuado para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 21 del TUE y en el artículo 208 del TFUE.

Como se desprende de los artículos 21 del TUE y 208 y 209 del TFUE, así como de la jurisprudencia del TJUE, en particular, de la sentencia Portugal/Consejo⁴⁰, la política de cooperación al desarrollo se ejecuta en el marco de un amplio abanico de objetivos políticos dirigidos al desarrollo de cualquier país tercero de que se trate, dentro de un marco de cooperación internacional.

⁴⁰ Sentencia de 3 de diciembre de 1996, asunto C-268/94, EU:C:1996:461, apartados 37 y 38.

La cooperación al desarrollo también se refleja en el Derecho derivado, tal como se pone de relieve con el elevado número de acciones que son susceptibles de recibir financiación de la Unión al amparo del Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo, creado por el Reglamento (CE) No. 1905/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006⁴¹.

Asimismo, se deriva de la Declaración conjunta del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento y de la Comisión sobre la política de desarrollo de la Unión Europea titulada “el consenso europeo sobre desarrollo”⁴².

En la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 11 de junio de 2014, que resuelve un recurso de anulación de la Decisión 2012/272/UE del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo marco de Colaboración y Cooperación entre la Unión Europea y la República de Filipinas⁴³, recuerda el Tribunal que la política de la Unión en el ámbito de la cooperación al desarrollo no se limita a las medidas directamente dirigidas a la erradicación de la pobreza, sino que también persigue los objetivos definidos en el artículo 21 TUE, apartado 2, como el precisado en la letra d) de ese apartado 2, consistente en apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en vías de desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza.

La concepción amplia de la cooperación al desarrollo se concretó, en particular, mediante la aprobación del Reglamento No. 1905/2006, el cual, para apoyar la consecución de los mismos objetivos, prevé que la ayuda de la Unión se preste a través de programas geográficos y temáticos que presentan múltiples aspectos.

⁴¹ *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 378, p. 41.

⁴² *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2006, C 46, p. 1.

⁴³ Asunto C-377/12, ECLI:EU:C:2014:1903, fundamentos jurídicos, p. 36 y ss.

En el Consenso Europeo en materia de Desarrollo de 2017 (“Nuestro mundo, nuestra dignidad, nuestro futuro”)⁴⁴, la UE ha fijado los principios de su cooperación con los países en desarrollo para contribuir a la consecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Los 17 ODS de la Organización de las Naciones Unidas marcan la acción de la UE en materia de desarrollo, que se estructura en torno a los cinco pilares fundamentales de la Agenda 2030 (conocidos en lengua inglesa como las «5 Ps»: personas, planeta, prosperidad, paz y alianzas).

El Consenso Europeo tiene como objetivo el guiar a las instituciones y los países de la UE en su cooperación con los países en desarrollo para contribuir a la consecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, así como el Acuerdo de París sobre cambio climático, y para responder a otros cambios en el contexto mundial. En este sentido, en la resolución del Parlamento Europeo de 28 de noviembre de 2019 por la que se declara una “emergencia climática y medioambiental”⁴⁵, se indica que los países de la UE deben al menos duplicar sus contribuciones al Fondo contra el cambio climático y hace un llamamiento urgente a todos los países de la UE para que eliminen progresivamente todas las subvenciones directas e indirectas a los combustibles fósiles para 2020.

Si bien la erradicación de la pobreza sigue siendo el objetivo principal de la política de desarrollo de conformidad con el Consenso de la UE, también integra las dimensiones económicas, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible y destaca los vínculos entre el desarrollo y otras políticas, incluidas la paz y la seguridad, la ayuda humanitaria, la migración y el clima⁴⁶.

⁴⁴ Declaración conjunta del Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del consejo, del parlamento europeo y de la comisión (DO C 210 de 30.6.2017, p. 1/24).

⁴⁵ Resolución del Parlamento Europeo 2019/2930 (RSP). Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20191121IPR67110/el-parlamento-europeo-declara-la-emergencia-climatica>. Consultado el 29 de noviembre de 2019.

⁴⁶ Véase: <https://www.consilium.europa.eu/es/>. Consultada el 2 de diciembre de 2019.

Conforme a las bases de la Estrategia Global sobre Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea y las normas para la acción exterior del Tratado de Lisboa, el Consenso subraya elementos transversales como la juventud; la igualdad de género; la movilidad y la migración; la energía sostenible y el cambio climático; la inversión y el comercio; la buena gobernanza; la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos; el compromiso innovador con los países en desarrollo más avanzados; y la movilización y la utilización de los recursos nacionales⁴⁷.

El Consenso incorpora un enfoque global de la financiación al desarrollo según lo convenido en la Agenda de Acción de Addís Abeba, donde se recomienda a la Unión Europea con sus Estados miembros participen en formas más innovadoras de financiación del desarrollo, potenciando las inversiones del sector privado y movilizándolo más recursos nacionales para el desarrollo. En este contexto, el avance más importante en el Derecho de la Unión Europea sobre la cooperación al desarrollo, ha sido el reconocimiento de la transversalidad del principio de desarrollo sostenible en todas las políticas de la Unión⁴⁸.

V. EL PLAN DE ACCIÓN DE ESPAÑA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA AGENDA 2030

La política española de cooperación para el desarrollo tiene su origen en la declaración contenida en el preámbulo de la Constitución de 1978, en la que la Nación española proclama su voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra, y ha vivido desde finales de los años 90 del siglo XX un incremento extraordinario

⁴⁷ Véase: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3883. Consultada el 4 de diciembre de 2019.

⁴⁸ Mangas Martín, Araceli, *Unión Europea: Derechos Humanos y Desarrollo Sostenible*, Madrid, Universidad Carlos III, 2018, p. 15.

de los recursos destinados a este fin. Todas las administraciones y la sociedad civil a través de las Organizaciones No Gubernamentales han impulsado programas y proyectos de cooperación al desarrollo⁴⁹. Sin embargo, las crisis económicas de los años 2008 y siguientes y la más reciente tras la pandemia de la COVID-19 han supuesto una notable reducción de las ayudas al desarrollo⁵⁰.

En España, el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, creó el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030⁵¹, que de acuerdo con el artículo 18.2 de la norma le corresponde “la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de impulso para la implementación de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas”. El Ministerio se estructura en una Secretaría de Estado de Derechos Sociales y otra Secretaría de Estado para la Agenda 2030.

Para la integración de los ODS en las políticas públicas el Gobierno de España ha aprobado el “Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible”⁵², que plantea actuaciones coordinadas entre todas las administraciones y los actores sociales, económicos y medio ambientales.

Junto al Plan, se firmó el “Marco de asociación estratégica Gobierno del Reino de España con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)”⁵³ también reconocido como (MAE), que está abierto a la adhesión de otras entidades, como son las co-

⁴⁹ Consejo Económico y Social, “La cooperación al desarrollo”, en *Cauces: Cuadernos del Consejo Económico y Social*, No. 37, 2018, pp. 142-144.

⁵⁰ Ortiz García, Mercedes, *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 224.

⁵¹ Real Decreto 3/2020, de 12 de enero, sobre las Vicepresidencias del Gobierno.

⁵² El plan fue aprobado en el Consejo de Ministros el 29 de junio de 2018.

⁵³ Véase: https://www.cooperacionespanola.es/sites/default/files/marco_de_asociacion_estrategica_espana_pnud_es.pdf. Consultado el 21 de octubre de 2019.

munidades autónomas y los entes locales⁵⁴.

La Orden PCI/169/2019, de 22 de febrero, crea el Consejo de Desarrollo Sostenible, como un espacio ciudadano de carácter consultivo y de seguimiento del Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030.

El Consejo forma parte y complementa la estructura de gobernanza para la implementación de la Agenda 2030 en España. Es un órgano colegiado⁵⁵ de asesoramiento, colaboración y cauce de la participación de la sociedad civil para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030. El Consejo está adscrito a la Oficina del Alto Comisionado para la Agenda 2030.

De acuerdo con el apartado 2 Orden PCI/169/2019, el Consejo tiene como funciones el asesorar a la Alta Comisionada para la Agenda 2030 en la elaboración e instrumentación de los planes y estrategias necesarios para el cumplimiento de la Agenda 2030; generar documentos y análisis sobre aspectos de la implementación para la consecución de la Agenda 2030; contribuir a la divulgación y comunicación de la Agenda 2030 al conjunto de la ciudadanía española; e impulsar el diálogo entre todos los agentes sociales, económicos y culturales para contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Son órganos del Consejo de Desarrollo Sostenible, lo que se conoce como el Pleno y la Comisión Permanente. El Consejo está integrado por cuarenta y ocho personas representantes de la sociedad civil, a propuesta de las organizaciones o instituciones correspon-

⁵⁴ En el desarrollo y seguimiento de la Agenda 2030, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación de España, ostentará la representación del Gobierno del Reino de España. La coordinación recaerá en la Dirección General de Políticas para el Desarrollo Sostenible, como órgano de planificación y evaluación de políticas de desarrollo sostenible, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo en los asuntos de su competencia.

⁵⁵ De los previstos en el artículo 22.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

dientes, que han dado resultado tangibles y trascendentales⁵⁶.

Toda esta organización administrativa debe contribuir a la consecución de los ODS y la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas, si bien hasta ahora se está produciendo más una utilización con fines políticos que una verdadera y eficaz gestión que muestre logros concretos⁵⁷.

VI. MÉXICO EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL MEDIOAMBIENTAL Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TMEC)

México está comprometido con la Agenda 2030, desde su lanzamiento en 2015 para cumplimentar los objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, agendados en el horizonte 2030 (aprobados el 25 de septiembre de 2015 y con vigencia desde enero de 2016), con la finalidad de promover la convergencia entre los países de la región de América del Norte a través del TMEC y demás países mediante el mecanismo de cooperación internacional que el mismo tratado regula para tener un medio ambiente más sano.

Dentro del texto del TMEC se reconoce la importancia de los acuerdos multilaterales de Medio Ambiente para su protección y encontrar soluciones a los grandes problemas ambientales globales

⁵⁶ El apartado 3 de la Orden PCI/169/2019 precisa que once vocales procederán del sector empresarial y sindicatos; tres vocales del sistema universitario y centros de investigación; catorce vocales de las principales plataformas y redes ciudadanas del tercer sector; diez vocales de organizaciones representativas de intereses sociales elegidos a través de los consejos consultivos estatales; tres vocales del sector de la economía social y las fundaciones; dos vocales en representación de las redes de expertos vinculados con la Agenda 2030; y cinco expertos independientes en el ámbito del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030 a propuesta del Alto Comisionado para la Agenda 2030 previa consulta con el pleno del Consejo.

⁵⁷ Véase: Progreso 2021 del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 del gobierno de España. Disponible en: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/InfProg2021.pdf>. Consultado el 29 de octubre de 2021.

o regionales. Dada esa conectividad preexistente del TMEC con dichos acuerdos, existe el compromiso para adoptarlos e instrumentar acciones en la materia, principalmente la Agenda 2030 y la participación activa y constructiva en los foros internacionales.

Esto significa que un país miembro del TMEC, no solo está obligado a cumplimentar de las reglas del capítulo 24, sino también participar y cumplir con los demás acuerdos multilaterales de medio ambiente, así como intercambiar información sobre los mismos, las negociaciones en curso de nuevos acuerdos multilaterales de medio ambiente; y, las respectivas opiniones de cada Parte sobre convertirse en parte de acuerdos multilaterales de medio ambiente adicionales⁵⁸.

El TMEC entró en vigor el 1 de julio del 2020 considerando aspectos de los 17 objetivos, bajo el lema “Transformar Nuestro Mundo”, que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). La Agenda de Naciones Unidas que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible es esencial para lograr la prosperidad, el bienestar y el desarrollo económico. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza, entre otras que propician una mala administración pública y el comercio justo⁵⁹.

⁵⁸ TMEC. Artículo 24.8: Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente.

⁵⁹ Incluso con dimensión propia en la organización de la estructura de gobierno: Orden DSA/819/2020, de 3 de septiembre, por la que se regula la composición y funcionamiento del Consejo de Desarrollo Sostenible (creado por Orden PCI/169/2019, de 22 de febrero), que se concibe como un espacio ciudadano de carácter consultivo y de seguimiento de la implementación de la Agenda 2030 desde un enfoque participativo, incluyente y transparente. Porque la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada.

En este sentido, México, un país latinoamericano catalogado en el amplio limbo de nación de renta media alta, inmerso en problemas de subdesarrollo y pobreza, al ser un Estado promotor del multilateralismo, del desarrollo y la cooperación internacional, constituye un país clave en el referido proceso de consolidación de la Agenda 2030. Ello debido a múltiples factores, en particular debido a su condición de país emergente, situación geográfica, doble perfil de país receptor y oferente de cada vez mayores flujos de cooperación internacional. Ello, junto con su calidad de Estado miembro de la ONU, OCDE, G-20 y muchos otros organismos y mecanismos de colaboración e integración, le impone asumir un estatus de “país puente” entre el Norte y el Sur. De esta forma, su propensión a favor de la internacionalización y democratización de procesos de gobernanza mundial en los temas más relevantes de la agenda global, en donde el desarrollo guarda un destacado lugar, le permiten y exigen, a la vez, asumir un rol de creciente pro actividad e influencia en este tipo de procesos⁶⁰.

En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TMEC), particularmente el Capítulo 24 “Medio Ambiente” introduce reglas claras y una serie de obligaciones para atender esta temática que tiene una trascendental relevancia y conexión con otros temas comerciales de vital importancia. Para tal cometido, dicho capítulo cuenta además con dos herramientas adicionales para obligar a las partes a cumplir con los objetivos determinados: I) El acuerdo en Materia de Cooperación Ambiental entre los Estados Unidos de América (EE. UU), Canadá y II) México y el Acuerdo de Cooperación Ambiental y Verificación Aduanera.

El texto del TMEC concibe un catálogo amplio de políticas y prácticas comerciales y ambientales para promover altos niveles de protección ambiental y una aplicación efectiva de las leyes ambien-

⁶⁰ Prado Lallande, Juan Pablo, *México y la Agenda 2030 de desarrollo sostenible*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2016, pp. 50-60.

tales y plantear soluciones a los problemas ambientales relacionados con el comercio, y fomentar el desarrollo sostenible. fortalecer su gobernanza ambiental y apoyar la implementación de los acuerdos internacionales ambientales para complementar los objetivos del TMEC sobre comercio y medio ambiente⁶¹.

En este contexto, si se preserva el medio ambiente conforme a las reglas del TMEC se acrecientan los flujos comerciales, que al final de cuentas redundará en mayor bienestar económico, pero si se utilizan pretextos ambientalistas para restringir el comercio y la inversión, será contraproducente. Es decir, *no se deben aplicar sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente*⁶² *en una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes*⁶³.

Esto sin soslayar los compromisos sobre las acciones de implementación de los acuerdos multilaterales de medio ambiente, lo cual incluye intercambiar información sobre los avances que están obteniendo en las distintas aristas y líneas de acción. Un aspecto fundamental del capítulo, es el mecanismo jurisdiccional que ya existía desde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, donde cualquier ciudadano puede solicitar a las autoridades competentes de una de las partes del TMEC se investiguen presuntas violaciones a sus leyes ambientales, y que las autoridades compe-

⁶¹ Véase: TMEC, Capítulo 24, Objetivos, Artículo 24.4.

⁶² Para mayor certeza, un “curso de acción o inacción sostenido o recurrente” es “sostenido” si el curso de acción o inacción es constante o continuo, y es “recurrente” si el curso de acción o inacción ocurre periódicamente o repetidamente y cuando las ocurrencias están relacionadas o son de la misma naturaleza. Un curso de acción o inacción no incluye una instancia o caso aislados.

⁶³ Para mayor certeza, un “curso de acción o inacción” es “en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes” si el curso involucra: I) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio comercializado entre las Partes o tiene una inversión en el territorio de la Parte que ha incumplido con esta obligación; o II) a una persona o una industria que produce una mercancía o suministra un servicio que compite en el territorio de una Parte con una mercancía o un servicio de otra Parte.

tentes otorguen debida consideración a dichas solicitudes, según lo estipulado en sus leyes nacionales, lo cual puede detonar e iniciarse un procedimientos administrativo, cuasi-judicial o judicial para la aplicación de las leyes ambientales para que se apliquen las sanciones correspondientes.

Dentro de un procedimiento de naturaleza administrativa o judicial, es esencial se lleven a cabo audiencias públicas, las cuales deben ser conducidas por personas imparciales e independientes, donde las resoluciones definitivas deben ser:

- a) Formuladas por escrito y de ser apropiado señalen los motivos en los que se basan las resoluciones;
- b) Puestas a disposición de las partes en los procedimientos sin demora injustificada y, de conformidad con su derecho interno, a disposición del público; y
- c) Basadas en la información o evidencia presentada por las partes u otras fuentes, de conformidad con su derecho interno⁶⁴.

Este nuevo esquema sancionatorio es por violaciones directas a sus leyes ambientales, que deberán considerar la naturaleza y gravedad de la violación, el daño al medio ambiente y cualquier beneficio económico obtenido por el infractor.

Existen otros temas importantes y trascendentales considerados en el texto del TMEC, tales como subvenciones a la pesca, gestión forestal sostenible y comercio, bienes y servicios ambientales, entre otros. Por ejemplo, en cuanto a la protección de la capa de ozono, es vinculante para los países miembros del TMEC seguir los lineamientos operacionales del Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, hecho en Montreal, el 16 de septiembre de 1981. De igual forma en lo relativo a la protección del medio marino de la contaminación de buques se respetará el Convenio Internacional respectivo, que data desde el 17 de febrero de 1978.

⁶⁴ Véase: TMEC, Objetivos, Capítulo 24.

Dada el número de temas que comprende el medio ambiente, se estableció en el TMEC el Comité de Medio Ambiente y Puntos de Contacto, el cual estará compuesto por representantes gubernamentales de alto nivel, o sus representantes designados, de las autoridades nacionales relevantes de comercio y medio ambiente del nivel central del gobierno de cada Parte, responsables de la implementación de estos compromisos⁶⁵.

En materia de solución de controversias, se prevé en primera instancia las consultas medioambientales mediante los puntos de contacto de cada una de las partes. Si no se logra resolver el conflicto se deben llevar a cabo consultas de Representantes de Alto Nivel y finalmente consultas ministeriales, esto cuando la problemática ha escalado políticamente porque existen fuertes afectaciones al comercio y al medio ambiente. Bajo estos mecanismos procederán la intervención de la Comisión de Medio Ambiente para administrar los Buenos Oficios, la Conciliación y Mediación. Finalmente, cualquiera de las partes en conflicto podrá solicitar el establecimiento de un Panel, el cual emitirá un informe final que contendrá sus conclusiones y determinaciones⁶⁶.

El desarrollo sustentable desde un aspecto ecológico deriva de la preservación y función de los sistemas ecológicos, es decir conservar las condiciones de vida del ser humano; la cual busca el desarrollo entre la persona y el entorno natural, de ahí que el medio ambiente en un sentido amplio se entiende como “el conjunto de elementos físicos, bióticos, económicos y sociales, y su sistema de interrelaciones que existen en el entorno de una zona o región en estudio”⁶⁷.

Los compromisos medioambientales que tiene México en este capítulo del TMEC son coincidentes con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone

⁶⁵ *Ibidem*, Comité de Medio Ambiente y Puntos de Contacto, Artículo 24 y 26.

⁶⁶ *Ibidem*, Solución de Controversias, Artículo 24 y 32.

⁶⁷ Fernández José, Treviño Francisco, *El Derecho ambiental en América del norte y el sector eléctrico mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 144.

el derecho humano a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de la población, la cual considera como obligación de la administración pública proteger y promover el cuidado de los recursos naturales, señalando la necesidad de crear instituciones encargadas de realizar dicha actividad. Al mismo tiempo es necesario señalar que la materia ambiental y su sustentabilidad es concurrente, por lo cual, la federación, entidades federativas y el municipio, podrán realizar los actos necesarios de acuerdo con sus necesidades para preservar un ambiente sano a la par de implementar la sustentabilidad de los recursos naturales, dentro de su demarcación territorial.

En esta línea de acción, se estableció el Programa Institucional del Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático 2020-2024⁶⁸. Donde también ha derivado en el Programa Especial de Cambio Climático (PECC). Por ejemplo, este programa se ha marcado como objetivo la reducción del 8.7% de las emisiones de gases y compuestos de efecto invernadero, mientras que en el plan 2021-2024 se estableció que la economía mexicana la trayectoria del país a corto y mediano plazo, debe acelerar la transición energética con inclusión social, la creación de capacidades y la resiliencia de las comunidades más vulnerables.

El PECC marca las prioridades, las estrategias y las líneas de acción de México, así como las metas puntuales para atender la crisis climática mundial, considerando:

- a. Incentivar el monto del financiamiento del sector bancario a inversión en generación de energía limpia.
- b. Fortalecer los esquemas de pago por servicios ambientales e impulsar el financiamiento de acciones climáticas a través de proyectos desarrollados por actores sociales.
- c. Identificar, impulsar y orientar tanto el financiamiento como la cooperación internacional para el cambio climático.
- d. Gestionar integralmente los riesgos y coordinación entre gobierno estatales y municipales por fenómenos naturales perturbadores.

⁶⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 14 de octubre 2020.

En conclusión, es importante retomar el rediseño de las políticas públicas para tener una mayor aproximación al cumplimiento de los objetivos y evitar un daño irreparable ambiental. Se debe trabajar conjuntamente en los tres niveles de gobierno para implementar diversas políticas públicas en materia ambiental, como incentivos fiscales, entre otros esquemas operacionales en los niveles básicos, medios y superior de educación para generar cultura, conciencia y responsabilidad sobre la importancia y transcendencia de esta materia.

Finalmente, la participación e incidencia de México en el escenario internacional, en lo particular dentro de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible continua con una posición constructiva y solidaria en torno a que la agenda integre entre sus preceptos para su cumplimiento propósitos precisos dedicados a grupos vulnerables, en particular migrantes, indígenas y personas con discapacidad. Asimismo, se mantiene una visión más amplia con respecto al combate a la pobreza desde la perspectiva de ingreso, así como establecer objetivos tendientes a reducir las brechas estructurales del desarrollo.

También México ha realizado esfuerzos respecto al impulso y fomento de capacidades humanas y de sistematización, registro y difusión de información sobre el impacto de los programas y proyectos de cooperación internacional en torno a los 17 objetivos y las 169 metas de Desarrollo Sostenible. En la COP26 México se comprometió a reducir la deforestación y la tala inmoderada junto a una lista de 105 países, lo cual manda una señal clave en la lucha contra el cambio climático, aunque todavía no refrenda su apoyo y compromiso para el uso y adopción de las energías alternativas para combatir las emisiones de carbono. De todas formas, México sigue inmerso en un proceso de mejora continua dentro de la Agenda 2030 prevaleciendo sus leyes nacionales, totalmente consciente de que la implementación de dichos compromisos y de sus contenidos con relación directa con las políticas públicas nacionales, estatales y municipales, pueden ser la base para tener o no un escenario medioambiental favorable y más sano para todos.

VII. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFIA

- A. Damián, “La primera meta del milenio: reducir a la mitad la pobreza ultra extrema: ¿se ha cumplido en México?”, en C. Garrocho Rangel (Coord.), *México y los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, México, El Colegio Mexiquense, 2010.
- ABBOT y Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 44, No. 3, 2000.
- BARBIER, E. B., Burgess, J. C., & Markandya, A., “The Economics of Tropical Deforestation”, *Ambio*, 2002.
- DARNACULLETA, Gardella, M. “El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?”, en *Revista de Administración Pública*, No. 199, Barcelona, 2016.
- EVANS, A. y Steven, D., *What Happens Now? Taking the Post-2015 Agenda on the Next Stage*, New York, Center on International Cooperation, New York University, 2013.
- FERNÁNDEZ EGEA, R.M., *Desafíos de la globalización: la protección internacional del medio ambiente ante el fenómeno del cambio climático*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2021.
- FERNÁNDEZ, J. y Treviño, F., *El Derecho ambiental en América del norte y el sector eléctrico mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- FRERES, C. (Dir.), *La inserción de América Latina en el cambiante sistema internacional de cooperación*, Documento de Trabajo 46, Madrid: Fundación Carolina, CEALCI. 2017.
- GRANGUILLHOME, R, “La política mexicana de cooperación internacional y su nueva institucionalidad”, en *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, No. 28, 2011.
- HEINZ, W. S., “Positive Measures in Development Co-operation: United States and Germany”, in P. Baher (Ed.), *Human Rights*

- in Developing Countries*, Yearbok, 1994. Oslo, Nordic Human Rights Publications, Oslo, 1995.
- HOSONUMA, N., *An assessment of deforestation and forest degradation drivers in developing countries*, Environmental Research Letters, 2012.
- JACKSON, R., Sorensen, G., *Introduction to International Relations. Theories and Approaches*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LANCASTER, C., *Foreign Aid. Diplomacy, development, Domestic Politics*, Chicago: The University of Chicago Press, 2007.
- M. Edwards, *Un futuro en positivo. La cooperación internacional en el siglo XXI*, Barcelona, Intermón Oxfam, 2002.
- MANGAS MARTÍN, A., *Unión Europea: Derechos Humanos y Desarrollo Sostenible*, Madrid, Universidad Carlos III, 2018.
- MAWDSLEY, E., *From recipients to Donors. Emerging Powers and the Changing Development Landscape*, Londres: Zed Books, 2012.
- MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Madrid, Civitas, 2016.
- ORTIZ GARCÍA, Mercedes, *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- PRADO LALLANDE, J. P., *México y la Agenda 2030 de desarrollo sostenible*, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2016.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., “El Derecho Administrativo Transnacional o Global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo”, en Rodríguez-Arana y Hernández G. (Coords.), *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones: una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, 2016.
- SANAHUJA PERALES, J.A., “La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: hacia una ética universalista del desarrollo global”, en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, No. 1405, 2015.

- _____. “Paz, seguridad y gobernanza: el ODS 16 y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible”, en Verdiales López, Díaz Barrado y Fernández Liesa, (Coords.), *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas*, Madrid, Universidad Carlos III, 2018.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I., “International Economic Soft Law”, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, 1979-II. 2015.
- SHAHIDUL, S. M., & Karim, Z., “Factors contributing to school dropout among the girls: A review of literature”, in *European Journal of research and reflection in educational sciences*, 2015.
- SORIA, E. “El papel de México en la construcción de un nuevo enfoque de la cooperación internacional para el desarrollo”, en *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, 2011.
- SURASKY, J. L., *La Piedad de Caín. La lucha contra la pobreza en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Buenos Aires: Nuevo hacer, Grupo Editor Latinoamericano, 2010.
- TEZANOS VÁZQUEZ, S. y Madrueño Aguilar, R. “Logros y retos en el meridiano de los Objetivos de Desarrollo del Milenio”, en *Temas para el debate*, No. 157 (2007, ejemplar dedicado a “Objetivos del Milenio”), Madrid, 2019.
- TORRES LÓPEZ, A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2012.
- VIOTTI, P. R. y Kauppi, M. V., *International Relations Theory*, Londres, Longman, 2012.
- WYATT, D., “¿Qué cooperación, para qué desarrollo?: el futuro de la política europea de cooperación al desarrollo”, en *Cuadernos europeos de Deusto*, No. 34, monográfico dedicado a la acción exterior de la Unión Europea, 2006.



LOS RÉGIMENES EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ENERGÉTICA DE 2013: EL CASO DE LA ELECTRICIDAD

THE EXTRAORDINARY REGIMES BECAUSE OF THE 2013 CONSTITUTIONAL ENERGY REFORM: THE CASE OF ELECTRICITY

MARTHA LAURA BOLÍVAR MEZA¹

ROGELIO ZACARÍAS RODRÍGUEZ GARDUÑO²

RESUMEN: En el presente artículo se expone el procedimiento legal y constitucional desde la década de los 90's, mediante el cual se fue reconfigurando el sector energético de una visión pública de Estado rector hacia una visión tendente a la privatización, con el abandono de la política de mantener el dominio y la soberanía en el sector para el Estado Mexicano, mediante y reformas a leyes secundarias y la emisión de reglamentos, y finalmente formalizándose en la reforma constitucional de 2013, a través de tres ejes: 1) el replanteamiento del régimen de propiedad, 2) la trasmutación de lo público en privado, y 3) la aplicación de principios de gobierno corporativo de las empresas privadas hacia las empresas públicas. Al final, se analiza cómo estas modificaciones han impactado

¹ Maestra en Administración Pública, por el Instituto Nacional de Administración Pública, y estudios de Maestría en Ciencia Política por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Actualmente estudiando el Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: <bolivar.laura@gmail.com> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8929-1101>.

² Licenciado en Derecho por la UNAM, medalla "Gabino Barreda". Maestro en Derecho Procesal Constitucional, y en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal Constitucional, Práctica Forense del Derecho Administrativo, Epistemología Jurídica. Profesor de Tiempo Completo "C" en la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: <rrodriguezg@derecho.unam.mx> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1765-7968>.

Fecha de recepción: 2 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 17 de noviembre de 2021.

el sector eléctrico y a la Comisión Federal de Electricidad (CFE).

PALABRAS CLAVE: *servicio público, gobierno corporativo, áreas estratégicas, reforma energética, propiedad originaria de la Nación.*

ABSTRACT: This article describes the legal and constitutional process since the 1990's, through which the energy sector was reconfigured from a public right to a private one. This was achieved through legal reforms and the application of regulatory instruments, finally being formalized in the constitutional reform of 2013, by three different aspects: 1) the rethinking of the property regime, 2) the transmutation of the public into private, and 3) the application of principles of corporate governance of private companies to public companies. At the end, we analyze how these modifications have impacted the electricity sector and the Federal Electricity Commission (CFE).

KEYWORDS: *public service, corporate governance, strategic areas, energy reform, original property of the nation.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El contexto y antecedentes de las reformas constitucionales y legales en materia energética; III. La reforma constitucional en materia energética de 2013; IV. Las leyes secundarias de la reforma energética: la creación de los regímenes extraordinarios en el sector eléctrico; V. Reflexiones finales; VI. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

El decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía, del 20 de diciembre de 2013, fue parte de un proceso iniciado por los gobiernos de la república que van de 1982 a 2018. Las justificaciones y bondades de la transformación que esgrimió el gobierno mexicano se pueden resumir en las siguientes: mantener la propiedad de la Nación so-

bre los hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo; modernizar y fortalecer, sin privatizar a Pemex y a la CFE como empresas productivas del Estado; permitir que la Nación ejerza de manera exclusiva la planeación y control del sistema eléctrico nacional, en beneficio de un sistema competitivo que permita reducir los precios de la luz y, sobre todo, atraer mayor inversión en el sector energético mexicano para impulsar el desarrollo del país.

El presente trabajo se ocupará de la materia energética en lo general y eléctrica en lo particular, respecto de la cual el artículo 27 Constitucional dispone que la planeación y control del sistema eléctrico nacional corresponde exclusivamente a la Nación y, por lo tanto, prohíbe otorgar concesiones para tales atribuciones. La transformación de fondo es la permisividad para que el Estado celebre contratos con particulares por cuenta de la Nación, para que lleven a cabo el financiamiento, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura para prestar el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

Así pues, la base del análisis consiste en identificar la creación de regímenes extraordinarios en la propiedad de la Nación y en las estructuras jurídico-administrativas dada la “necesidad” de ajustar el derecho público que ha regulado al sector energético -específicamente a la electricidad- hacia el derecho privado, derivado de la apertura de las inversiones hacia este sector, para privilegiar la apertura a la inversión privada.

II. EL CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN MATERIA ENERGÉTICA

La materialización formal en México de la trasmutación de lo público hacia lo privado se ha dado mediante el cambio constitucional que se desarrolló desde finales del siglo XX, sobre todo en las reformas constitucionales al artículo 28 que fueron “redefiniendo” las áreas estratégicas en las que el Estado ejercería de manera exclusiva

su rectoría, cambiándolas hacia las áreas prioritarias³, en las que el Estado otorgara concesiones o permisos a particulares.

Así, este proceso de trasmutación de lo público hacia lo privado -específicamente para el sector energético y puntualmente en la industria eléctrica-, tiene que ver con un cambio en la política del Estado mexicano que quedó plasmado en la antes aludida reforma constitucional.

Este andamiaje se construye considerando las “recomendaciones” de organismos internacionales, que a partir de la prevalencia de la aplicación de las políticas neoliberales de la década de los 80, que trajeron consigo la pérdida de la soberanía económica del país y con ello se fueron dejando de lado los principios establecidos desde la Constitución de 1917, surgiendo regímenes extraordinarios en las leyes e instituciones en materia energética, contrarias a la teleología de la Constitución y al resto del marco jurídico, así como a las instituciones de la administración pública, mediante doctrinas y argumentos que poco tienen que ver con nuestro proceso histórico, particularmente el que surgió con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 que reforma la de 5 de febrero de 1857.

³ Es indiscutible la importancia que ha tenido la redacción del párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, en donde las áreas estratégicas –que son exclusivas del Estado- deben quedar señaladas explícitamente, pues de lo contrario, la experiencia histórica nos ha demostrado que su omisión o inclusión en las áreas prioritarias las deja susceptibles de ser objeto de concesiones o permisos y, por tanto, sujetas de derecho privado. Pese a que las áreas estratégicas se posicionan y definen explícitamente como áreas de exclusividad del Estado en el artículo 28 constitucional, se inician una serie de reformas a este párrafo cuarto, y se va despojando a la Nación de sus dominios originarios, lo que abrió la puerta para la política de desincorporación de muchas actividades que estaban reservadas al sector público. Por ejemplo, en la reforma del 2 de marzo de 1995, se cambia el párrafo cuarto, sacando del listado de áreas estratégicas a la comunicación vía satélite y los ferrocarriles, pasándolos a la clasificación de prioritarias, para ser objeto de concesiones o permisos.

1. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

Para insertarse en la globalización económica, al adherirse a la Organización Mundial de Comercio (OMC) en la década de 1990, el gobierno de México empieza a realizar modificaciones al marco constitucional y legal de las décadas de los 90 en el siglo XX para ir “liberalizando” sectores económicos antes sólo del dominio estatal o nacional a fin de hacer atractiva y garantizar la inversión del capital extranjero, en específico en el sector energético, ajustándose a los tratados internacionales de libre comercio firmados en ese entonces. La liberalización del comercio y la eliminación de aranceles exige abrir la jurisdicción soberana de los países para la resolución de controversias⁴, y en ese tenor hubo cambios en las leyes nacionales para cumplir con estos “compromisos”⁵.

El Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) de 1994 abrió el mercado nacional a Estados Unidos y Canadá, aunque con un resquicio para preservar la soberanía nacional, en el Anexo III, denominado “Actividades reservadas al Estado”. México se reservó la materia energética (hidrocarburos y electricidad) manteniendo con ello la exclusividad del Estado, por considerarse un área estratégica conforme a nuestra Constitución entonces vigente. Pero ese Anexo preveía la opción para que los países pudieran eli-

⁴ El Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”), es uno de los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías en el marco del GATT, en el que México asume una serie de restricciones a su jurisdicción, pues en el Acuerdo para Entendimiento sobre Solución de Diferencias se podrá solicitar, cuando lo juzguen necesario, *consultar a otras partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente*.

⁵ Según se expresa en el Apartado 5 del Acuerdo sobre las MIC, “Legislación nacional”, se establece explícitamente que “cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos.”

minar las reservas⁶. Al eliminar la exclusividad del Estado, la liberalización trae aparejada un principio hacia el inversionista extranjero, consistente en el trato nacional⁷ y obliga a que se otorgue a las inversiones del otro país, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas, incluyendo el caso de conflictos armados o contiendas civiles y las pérdidas que esto les ocasione⁸. Otro elemento a que se obliga México, es que los diferendos se puedan resolver mediante arbitraje internacional de acuerdo con el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI⁹.

⁶ La Sección B, relativo a la “Desregulación de actividades reservadas al Estado” previó que si México permite la participación de inversiones privadas en tales actividades a través de contratos de servicios, concesiones, préstamos o cualquier otro tipo de actos contractuales, “no podrá interpretarse que a través de dicha participación se afecta la reserva del Estado en esas actividades”.

⁷ Artículos 1102 y 1103 del TLCAN.

⁸ *Ibidem*, artículo 1105.

⁹ *Ibidem*, artículo 1120. En 1966 se elabora el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, como un foro para la solución de conflictos entre las partes, con el objetivo de “despolitizar” el arreglo de diferencias en materia de inversiones internacionales. Aunque no resuelve o concilia propiamente los conflictos, provee la organización de tribunales *ad hoc* por un árbitro propuesto por cada parte en pugna y otro por el CIADI. Los Estados pueden exigir el agotamiento de sus recursos jurisdiccionales internos antes de recurrir al CIADI, pero al firmar los tratados internacionales en materia de libre comercio, se admite dicho consentimiento. Sus resoluciones se emiten a través de un laudo, que tiene carácter obligatorio, prohibiendo la posibilidad de que las partes puedan interponer recurso en su contra. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> . Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

2. LAS REFORMAS LEGALES Y LOS INTENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

A pesar de los distintos intentos privatizadores en materia energética desde el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, México aún mantenía su modelo sustentado en mandatos constitucionales y legales que preservaban la exclusividad del Estado en su explotación (con prohibición a extranjeros) para el beneficio de la Nación, a fin de proveer la energía primaria y desarrollar una industria petrolera propia para el desarrollo del país.

Pero algunos años después, durante el gobierno de Ernesto Zedillo, se eliminó la exclusividad de la Nación en materia de transporte, almacenamiento, distribución, venta y comercio exterior de gas natural, con las reformas a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, que en su artículo 4, segundo párrafo, ahora determina que “podrán ser llevados a cabo, previo permiso, por los sectores social y privado, los que podrán construir, operar y ser propietarios de ductos, instalaciones y equipos”¹⁰. Asimismo, se dio mayor flexibilidad a la inversión extranjera para la construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados, así como para la perforación de pozos petroleros y de gas, conforme a las reformas a la Ley de Inversión Extranjera realizadas ese mismo año.¹¹

¹⁰ Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia de Petróleo. Abrogada en 11 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lrart27_rp/LRArt27_RP_ref02_11may95.pdf Fecha de consulta: 22 de enero de 2021.

¹¹ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; de la Ley Minera; de la Ley de Inversión Extranjera; de la Ley General de Sociedades Mercantiles y del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, *Diario Oficial de la Federación* 24 de diciembre de 1996. En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lie/LIE_ref03_24dic96.pdf. Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

En materia de electricidad, en 1992 se modifica el artículo 3 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica en la que se dejó incluir a la inversión privada como un complemento a la inversión pública, al tiempo que se le excluye de la consideración del servicio público, siendo ahora productores independientes abastecimiento para usos propios¹².

Con este antecedente fue que en 1999 se solicitó al Congreso modificar los artículos 27 y 28 de la Constitución para sentar las bases constitucionales y establecer una “nueva industria eléctrica nacional”, en la que se permita la participación del sector privado en la generación, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad. Propone reservar a la Nación, en forma exclusiva, el control operativo de la red nacional de transmisión, estableciendo que dicho control sea una actividad estratégica, y redefine a la electricidad en sus diferentes segmentos, como un área prioritaria (ya no estratégica) para el desarrollo nacional, sobre la que el Estado ejerce su rectoría, conservando el dominio sobre los bienes que integran las redes generales de transmisión y distribución y sólo como área estratégica la generación de energía nucleoelectrica.¹³. Dicha propuesta no prosperó.

En la administración de Vicente Fox Quesada se insistió en la privatización del sector eléctrico, sin hacerlo a nivel constitucional ni legal sino a nivel de reglamentos, para omitir la acción del Poder Legislativo. El 22 de mayo de 2001 Fox reformó el Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, con la finalidad de

¹² Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. Abrogada en 11 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lspree/LS-PEE_ref04_23dic92_ima.pdf Fecha de consulta: 22 de enero de 2021.

¹³ Un estudio que revela todas las iniciativas de reforma constitucional y legal durante el periodo 1999 a 2003 se puede localizar en: Cámara de Diputados, Iniciativas de Reforma a los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Energía Eléctrica, México, 2005. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SDL-01-2005.pdf> . Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

eliminar restricciones a la producción de excedentes de electricidad por parte de autoabastecedores y cogeneradores, así como permitir su venta a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) sin licitación, la cual estaría obligada a comprarlos a precios que podrían ser muy elevados.

Ante tal escenario, el Congreso de la Unión, con fundamento en la facción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la controversia constitucional 22/2001 en contra del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, del Secretario de Energía, de la Comisión Reguladora de Energía y del Secretario de Gobernación, considerando que el decreto invadía la esfera de competencia del Poder Legislativo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró distinta jurisprudencia que define al servicio público como “la obligación del Estado de ministrarlo”, así como “un servicio técnico prestado al público, de una manera regular y continua, para la satisfacción del orden público y por una organización pública”. El 25 de abril de 2002 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dictó sentencia a favor del Congreso y declaró su invalidez¹⁴.

En este continuo intento de reformas al modelo energético, el 21 de agosto de 2002 el Congreso recibió iniciativas de reforma constitucional y legal, enviadas por el presidente Vicente Fox, a los artículos 27 y 28 Constitucionales, a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y a la Ley de la Comisión Reguladora de Energía, por la que en su conjunto se proponían nuevas leyes orgánicas de la Comisión Federal de Electricidad y del Centro Nacional de Control de Energía, con la finalidad de cambiar la organización de la industria eléctrica y crear un mercado eléctrico comenzando con

¹⁴ https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=727597&fecha=03/06/2002. También disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1730/7.pdf>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2021.

los grandes usuarios¹⁵. Nuevamente, la propuesta se rechazó ya que la Constitución definía de manera expresa el papel reservado de la electricidad al sector público.

El proceso insistente hacia la privatización del sector energético continuó durante el gobierno de Felipe Calderón Hinojosa, de manera más acentuada en el ámbito petrolero, específicamente en hacer de Petróleos Mexicanos (PEMEX) una empresa con reglas de “gobierno corporativo” sin tocar la Constitución y modificando la Ley Orgánica del entonces organismo descentralizado¹⁶. La iniciativa de reformas para conseguir plenamente “gobierno corporati-

¹⁵ <http://www.diputados.gob.mx/sia/polint/dpi43/cua3.htm>. Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

¹⁶ Se basó en los principios desarrollados por la Junta Rectora de la OCDE sobre Gobierno Corporativo, que en junio de 2002 encargó al Grupo de Trabajo sobre Privatización y Gobierno Corporativo de Activos Públicos -compuesta por la OCDE, el Banco Mundial y el FMI. Las premisas de este gobierno corporativo implican solicitar al Estado replantear sus objetivos para las empresas estatales, tales como reducir las distorsiones a la libre competencia, maximizar la búsqueda de rentabilidad, favorecer la tasa de retorno y la política de dividendos, señalar que el Estado como propietario debe conducirse como cualquier accionista y debe tener la influencia necesaria sobre las empresas públicas sin inmiscuirse en su gestión cotidiana. Establece como requisito que las empresas públicas se sometan a los mismos estándares de contabilidad y de auditoría que las empresas listadas en Bolsa, y que sean los Consejos Directivos de las empresas públicas quienes tengan la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la administración.

Como complemento a los principios sobre gobierno corporativo que había publicado en el año 2004 para las empresas privadas, la OCDE publicó sus Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, en 2005 y las actualizó en 2011 (disponible en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>). Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

En este documento se afirma el carácter privatizador de la propuesta, ya que en se indica que “la experiencia de la OCDE también ha demostrado que el buen gobierno corporativo de las empresas públicas constituye un importante *requisito previo* para llevar a cabo una privatización efectiva desde el punto de vista económico, dado que hará que las *empresas resulten más atractivas para los posibles compradores*, aumentando su valoración.” (p. 9).

vo”¹⁷ para las empresas productivas de Estado en el sector energético, fue presentada el 10 de abril de 2008 por parte del Ejecutivo Federal ante la Cámara de Senadores, y pese a que en la Exposición de Motivos admite la imposibilidad de hacer los cambios constitucionales que permitan lograr su verdadero objetivo privatizador, en la práctica las reformas legales lo hacen, mediante la reforma a la Ley Orgánica de PEMEX, las reformas y adiciones al artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; la reforma y adición a diversas disposiciones de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo de Petróleo; la reforma, adición y derogación de diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía y una propuesta de Ley de la Comisión Nacional del Petróleo (posteriormente Comisión Nacional de Hidrocarburos en la reforma de 2013). Este paquete de reformas se aprobó el 28 de octubre del mismo y se procedió a publicar casi de inmediato en el Decreto en el Diario Oficial de la Federación del 28 de noviembre de 2008¹⁸.

3. RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES PARA LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

El tema de gobierno corporativo, una vez encaminadas las reformas de PEMEX de 2008 en los aspectos financieros, de estructura y de contratismo, fue avanzando a profundidad, ya que a solicitud del gobierno mexicano la OCDE realizó en 2010 un estudio específico

¹⁷ Este modelo de “gobierno corporativo” para las empresas productivas de Estado en el sector energético, que inició en México en 2008 con la reforma legal antes aludida, preparó las bases para la reforma constitucional y legal en materia energética de 2013 y 2014, respectivamente- se tomaron en consideración las Directrices de la OCDE sobre esa forma de control corporativo de las empresas públicas, pero no se alcanzaron a cumplir todos sus objetivos a falta de una reforma constitucional.

¹⁸ Todos estos decretos pueden consultarse en el *Diario Oficial de la Federación*, 28 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2008&-month=11&day=28> Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

de Gobierno Corporativo para PEMEX, haciendo la valoración de la reforma energética de 2008, “centrándose especialmente en la Junta de la compañía, y tomando como referencia las Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las empresas de propiedad estatal, con las cuales todos los gobiernos de los países miembros de la OCDE se han alineado”. Este documento, que en su versión original se presentó en inglés bajo la denominación *Corporate governance and Board arrangements at Petroleos Mexicanos: Evaluations and recommendations*¹⁹, hace un diagnóstico en el que aseveran que se reconocía que aunque esta reforma de 2008 no modificó los principios constitucionales que afectan a PEMEX “pero sí deja la vía libre para un cambio jurídico y estructural en cuatro áreas importantes con los que, hasta esa fecha, estaba operando: i) el régimen especial de administración pública, ii) la reforma de gobierno corporativo, iii) la autonomía operativa, y iv) las reformas a la contratación especial.”²⁰ Lo anteriormente presentado, reconoce que los ajustes orgánicos y financieros para PEMEX sentaron las bases para avanzar aún más en reformas profundas encaminadas a insertar de lleno el modelo de gobernanza corporativa de PEMEX y de sus organismos subsidiarios y que serían referente también para CFE una vez cris-

¹⁹ Cabe señalar que este documento fue clasificado en su momento por PEMEX como información confidencial. De hecho, en 2011 un particular solicitó la información después de encontrar notas periodísticas en las que se señala que en dicho documento “se propone la privatización de Pemex” y derivado del hecho de que la entonces paraestatal había reservado la información por un año, a partir del 28 de junio de 2010, argumentando que el documento es analizado por los servidores públicos de la paraestatal y que su difusión podría generar falsas expectativas respecto de su aplicación.”. El entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) ordenó a PEMEX entregar copia del documento. Finalmente, el documento quedó disponible en su versión en inglés, bajo la consideración de “desclasificado”. Consultar: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CA/SOPP\(2010\)5/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CA/SOPP(2010)5/FINAL&docLanguage=En) Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

²⁰ OCDE, *Corporate governance and Board arrangements at Petroleos Mexicanos: Evaluations and recommendations*, 2010, pp. 8-10.

talizada la reforma constitucional de 2013²¹.

Otra premisa de este nuevo modelo que requeriría de una reforma constitucional es el cambio del régimen de propiedad de la Nación y la renta nacional a partir de la trasmutación de lo público en privado, tomando como base la maximización del valor, esto es, obtener mayor valor de la propiedad de sus recursos, y bajo esta premisa se plantea la “necesidad” de mayores operadores y la competencia de las empresas energéticas. Dentro de las “recomendaciones” que instituciones académicas internacionales hacen al gobierno de México destacamos las realizadas por el Woodrow Wilson Center. En su documento *“Un nuevo comienzo para el petróleo mexicano: principios y recomendaciones para una reforma a favor del interés nacional”*²², manifiesta la necesidad de un nuevo modelo de propiedad nacional a través de un cambio constitucional y regulatorio, cambiando y redefiniendo conceptos, tales como dueño, operador y contratista.

Según el Woodrow Wilson Center, el dueño de los hidrocarburos es la Nación, que puede autorizar operadores - públicos o privados- para extraer y transformar esos recursos, a fin de que “moneticen” las reservas y, de hecho, se considera que esta es “la rectoría del Estado bien entendida”. Por su parte, se define al contratista como el contratado por el operador para realizar funciones a cargo de una cuota, es decir “gana independientemente del resultado y por ello no corre ningún riesgo”. Bajo estos conceptos, el modelo se funda-

²¹ A este documento se le suman las “recomendaciones” de gobierno corporativo para PEMEX, que la OCDE entregó al gobierno entrante de Peña Nieto en diciembre de 2012, mediante el documento *“Getting It Right. Una Agenda Estratégica para las Reformas en México”*, que en materia destaca el requerimiento “Para transformar a PEMEX en una empresa de clase mundial competitiva: mejorar la gobernanza corporativa y la política de adquisiciones en PEMEX.”

²² Cabe señalar que este documento fue publicado en conjunto con el ITAM, y es citado abundantemente en el *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Energía, y Estudios Legislativos, Primera de la Cámara de Senadores, con Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan los Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Energía del 10 de diciembre de 2013*.

menta en la maximización del valor, esto es, que para obtener *mayor valor de la propiedad de sus recursos*, México “debe” considerar una amplia gama de opciones para la operación de campos mexicanos de gas y petróleo, buscando maximizar la creación de valor monetario para el Estado mexicano.

En suma, el resultado de todas estas recetas y recomendaciones, se reflejaron en la creación de regímenes extraordinarios, especiales y preferentes planteados en la reforma constitucional a los artículos 25, 27 y 28, y en cada una de las leyes que conforman el paquete de reformas secundarias que se perfilaron en los 21 artículos transitorios de la reforma constitucional.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ENERGÉTICA DE 2013

Los intentos varios para hacer las reformas constitucionales al modelo energético mexicano tuvieron su freno con base en los principios fundamentales vigentes hasta 2012, respecto a la propiedad de la Nación y la definición de áreas estratégicas de hidrocarburos y electricidad, prevaleciendo los principios de soberanía y servicio público.

Pero con la entrada de la administración de Peña Nieto se plantearon las denominadas “reformas estructurales”, o reformas constitucionales -entre ellas la energética-, pero la correlación de fuerzas en la composición del Poder Legislativo obligó a la realización de una estrategia política mediante el denominado Pacto por México, ya que se necesitaban las dos terceras partes de cada Cámara (Diputados y Senadores) para hacer dichas reformas²³.

²³ El Pacto por México se presentó mediáticamente a la población como un compromiso y una agenda que los partidos políticos firmantes (PRI, PAN, PVEM y PRD) deben cumplir. Parte de la premisa de comprometer “...al gobierno y a las principales fuerzas políticas dispuestas a impulsar un conjunto de iniciativas y reformas para realizar acciones efectivas para que nuestro país mejore”. Es así que de los 95 compromisos establecidos en el Pacto, 63 de ellos requerirían pasar por un proceso legislativo que requería el aval de los “partidos de oposición”. De estos 63 compromisos, 7 correspon-

Con este marco pactado entre los partidos firmantes del Pacto por México, para moldear la reforma energética se presentaron dos iniciativas ante el Senado. La primera del PAN, presentada el 31 de julio de 2013, denominada *Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.²⁴ La segunda, presentada por el Ejecutivo el 14 de agosto de ese mismo año, denominada *Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.²⁵ En las exposiciones de motivos de ambas iniciativas se incluyeron explícitamente las “recomendaciones” de los organismos internacionales anteriormente desglosadas. Este modelo para la apertura del sector energético implicó la modificación de los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, que contienen las siguientes premisas generales: la reconsideración de la propiedad de la Nación; la redefinición de las áreas estratégicas en materia energética, y la creación de una nueva figura denominada “empresas productivas del Estado”.

1. LAS MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 25 CONSTITUCIONAL

La reforma modificó los párrafos cuarto, sexto y séptimo del artículo 25 constitucional con el objetivo de crear la figura de “empresas

dieron a la reforma energética y minería.

²⁴ Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Recuperado de: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-07-31-1/assets/documentos/Inic_PAN_art.25-27-y-28-Const.pdf Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

²⁵ Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de: http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/62/1/2013-08-14-1/assets/documentos/INICIATIVA_PRESIDENTE_ARTS_27_Y_28_CONSTITUCIONALES.pdf Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

productivas del Estado”, encargadas de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, que seguirán siendo “estratégicas” (sic). Bajo el nuevo planteamiento que se establece en el artículo 27 de nuestra Carta Magna, en el sexto y séptimo párrafos, tales facultades y atribuciones se ejecutarán por medio de contratos con las empresas productivas del Estado o bien por particulares.

El cambio fundamental de la reforma constitucional en este párrafo cuarto al artículo 25 de la Constitución es la creación de la figura jurídica-administrativa, hasta entonces inexistente, “empresas productivas del Estado”: así no sólo se crea esta figura para petróleo y electricidad, sino que se aprovecha para “remodelar” el concepto de áreas estratégicas en esta materia²⁶: En el anterior modelo, hasta antes de diciembre de 2013, el sector público mantenía la exclusividad de la explotación del petróleo y los demás hidrocarburos, así como de la electricidad en general; es decir, toda la cadena productiva de los energéticos correspondía al Estado a través de los organismos descentralizados paraestatales, esto es, PEMEX y CFE.

2. LAS MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL

En este artículo constitucional se hacen modificaciones nodales en el párrafo sexto y se adiciona un párrafo séptimo, que cambia sustancialmente el alcance de la propiedad de la Nación, sobre todo en

²⁶ Esta invención de la figura de empresas productivas del Estado venía prefigurada desde el Pacto por México, que en su compromiso 55 establecía que “Se realizarán las *reformas necesarias*, tanto en el ámbito de la regulación de entidades paraestatales, como en el del sector energético y fiscal para transformar a PEMEX en una empresa pública de carácter productivo, que se conserve como propiedad del Estado pero que tenga la capacidad de competir en la industria hasta convertirse en una empresa de clase mundial. Para ello, será necesario dotarla de las reglas de gobierno corporativo y de transparencia que se exigirían a una empresa productiva de su importancia”.

el caso de los hidrocarburos, y hacen un replanteamiento indirecto de las áreas estratégicas del Estado, con referencia a las modificaciones que a su vez se harán al artículo 28 constitucional. Los cambios constitucionales realizados a este párrafo modifican la prohibición del otorgamiento de concesiones sólo se aplicará al caso de los minerales radioactivos, y se elimina de este tratamiento a los hidrocarburos.

Y para el caso específico de la electricidad, se replantean las áreas en que la Nación tiene la exclusividad, ya que antes era sobre la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público, y ahora se limita a sólo la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica. Hay una compleja circunstancia, ya que en estas actividades -ya replanteadas- no se otorgarán concesiones; sin embargo, se adiciona la posibilidad de que *“el Estado puede celebrar contratos con particulares para que éstos puedan participar en las demás actividades de la industria eléctrica”*, es decir, se liberalizan y privatizan las áreas de generación, conducción y transformación, pues si bien desde el punto de vista del Derecho Administrativo no se otorgarán concesiones, el permitirse celebrar contratos con particulares, a estos se les permite participar de las actividades que de manera exclusiva de corresponden a la Nación.

En las adiciones de un séptimo párrafo del citado artículo 27 constitucional se hace un tratamiento diferenciado para el caso de los hidrocarburos, pues si bien como se comentó anteriormente en el párrafo sexto se le excluyó de la prohibición de otorgarse concesiones que estaba establecido en el párrafo sexto del artículo 27, se incorporan cambios sustantivos para el caso del petróleo y los demás hidrocarburos. Las repercusiones de esta adición al artículo 27 constitucional, son los siguientes:

- Se afirma que el petróleo en el subsuelo sigue siendo propiedad de la Nación, con lo que se entiende que una vez extraído se convierte

en susceptible de apropiación privada. Es decir, son propiedad de la Nación todos aquellos recursos del subsuelo que estén sepultados o improductivos, pero en el momento de que sean explotados y generen riqueza y valor agregado, en ese momento pueden ser de apropiación privada.

- Se abre la puerta a la existencia de varios “operadores”, y se incluye la figura de asignaciones para las empresas productivas del Estado, y la de contratos para éstas o con particulares, con lo que desde el precepto constitucional se le pretende dar certeza jurídica a los operadores privados.

Con esta adición hay un replanteamiento de la propiedad de la Nación, ya sea del suelo y del subsuelo, así como de las modalidades jurídicas de su explotación a través de los contratos, modelo que se dejaría definido en los artículos transitorios y las leyes secundarias.

3. LAS MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

Las modificaciones al párrafo cuarto del artículo 28 es la pinza que hace el cierre hermético del modelo, ya que replantea lo que quedaba como áreas estratégicas para el Estado en materia energética, tal y como se describió en la reforma del artículo 25, quedando sólo para éste la exploración y extracción del petróleo, así como la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, en los términos del artículo 27. Con ello se elimina de la lista de las áreas estratégicas del Estado a la electricidad como concepto global de servicio público, y se liberaliza a la inversión privada la generación, y la transmisión y distribución de aquella que no se considere servicio público. Por el lado de los hidrocarburos, se mantiene como estratégico sólo su exploración y extracción y se liberaliza y privatiza automáticamente la petroquímica básica, que es la industria que genera el mayor valor agregado de la industria de los hidrocarburos.

A su vez se plantea un régimen extraordinario en recaudación de recursos, ya que se modifica el párrafo sexto del artículo 28 con el objetivo de crear el Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, como un fideicomiso que administrará los recursos provenientes de este nuevo tipo de contratos y asignaciones derivadas del nuevo esquema de explotación y captación de la renta petrolera, sin pasar por la Tesorería de la Federación.

Por último, se crea un régimen extraordinario en el párrafo octavo, que define la figura de los órganos reguladores en materia energética²⁷, figura antes inexistente en el derecho administrativo mexicano, consistiendo en los órganos que operarán el nuevo modelo mediante los actos de autoridad relativos a las asignaciones y contratos en materia energética.

IV. LAS LEYES SECUNDARIAS DE LA REFORMA ENERGÉTICA: LA CREACIÓN DE LOS RÉGIMENES EXTRAORDINARIOS EN EL SECTOR ELÉCTRICO

El molde para la armazón de las leyes secundarias del nuevo modelo energético se perfiló en los 21 artículos transitorios de la reforma constitucional de 2013, de los cuales se van descolgando los principios de este régimen excepcional y extraordinario. En agosto de 2014 se aprobaron los 9 paquetes de leyes, agrupadas conforme a cierta lógica entre sí²⁸, y que para efectos del presente trabajo reto-

²⁷ Estos órganos reguladores (la Comisión reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos) tienen un régimen extraordinario desde nuestro punto de vista incongruente, pues por una parte son dependencias del Ejecutivo Federal como parte de la Administración Pública Centralizada, en los términos del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, fracción III, pero se les dota de personalidad jurídica propia y autosuficiencia presupuestaria, en los términos de la adición del artículo 43 Ter de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

²⁸ Paquete 1. Ley de Hidrocarburos y las modificaciones en la Ley de Inversión Extranjera, Ley Minera y Ley de Asociaciones Público Privadas; Paquete 2. Ley de Industria Eléctrica; Paquete 3. Ley de Energía Geotérmica y reformas a la Ley de Aguas Nacionales; Paquete 4. Ley de PEMEX y Ley de CFE, y las Reformas a la Ley

maremos las que corresponden al sector eléctrico.

1. LA LEY DE LA INDUSTRIA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y LOS REPLANTEAMIENTOS DE CONCEPTOS Y PRINCIPIOS

Aunque nos hemos venido enfocando al sector eléctrico, es importante señalar en principio que el propósito de la Ley de Hidrocarburos, y de manera paralela en la Ley de la Industria Eléctrica, es el desglose del cambio al concepto propiedad originaria de la Nación y el dominio eminente²⁹. Desde el Octavo Transitorio de la reforma constitucional se estableció que las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos se consideran de “interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo” de los terrenos afectos a aquéllas; y que la ley preverá las contraprestaciones y las indemnizaciones por las ocupaciones a través de los contratos. Así, se redefinió lo que era un área exclusiva del Estado para permitir su apertura a la inversión privada discrecionales en su

Federal de las Entidades Paraestatales, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con la Mismas; Paquete 5. Ley de los Órganos Coordinados en Materia Energética y reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Paquete 6. Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos; Paquete 7. Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos, y las modificaciones a la Ley Federal de Derechos y Ley de Coordinación Fiscal; Paquete 8. Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para el Desarrollo y la Estabilización; Paquete 9. Reformas, adiciones y derogaciones de diversas disposiciones de la la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y de la Ley General de Deuda Pública. Disponibles en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/energia/reforma.php>. Fecha de consulta 20 de enero de 2021.

²⁹ El dominio eminente es un elemento referente al concepto de soberanía nacional incluido en los artículos 27, 39, 40, 41 y 89 fracción X de la Constitución, y define el poder del Estado sobre su territorio e impide que cualquier otro poder externo o interno lo vulnere, de ahí que se desprende el principio de dominio directo de la nación sobre los recursos del subsuelo, entre otros, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno, sólidos, líquidos o gaseosos, como postula el párrafo cuarto del artículo 27 de la Constitución, y que no pueden ser sujetos de apropiación por parte de los particulares.

operación, y que terminan por aterrizar en la Ley de Hidrocarburos y la Ley de la Industria Eléctrica.

Asimismo, es pertinente señalar que hay un manejo discrecional respecto de los conceptos de utilidad pública, interés social y orden público. La “industria de hidrocarburos” (no definida como tal en la Ley) es de “utilidad pública”³⁰, por lo que procede la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de sus actividades. En cambio, mientras que las actividades de “exploración y explotación” de hidrocarburos, se consideran “preferentes”, y ya no de utilidad pública. Esta definición adquiere una peculiar importancia, ya que convierte el interés y beneficio privado sobre la primacía del bien público³¹. Cabe señalar que esta concepción también se aplicará para el caso de la electricidad para beneficiar a los transportistas y distribuidores, según el artículo 42 de la Ley de la Industria Eléctrica³².

Específicamente en el caso de la Ley de la Industria Eléctrica, ésta incorpora dos ejes principales de este paquete de leyes, con sus respectivas premisas son los siguientes:

- Cambio del principio de servicio público por el de industria eléc-

³⁰ Conforme a la doctrina clásica, el interés público tenía que ver con la atención de las necesidades colectivas y por ello requieren de una intervención directa y permanente de Estado. En contraste, cuando el interés es del orden privado, el Estado se limita a crear las condiciones propicias para que los particulares satisfagan sus pretensiones mediante esfuerzo propio. Por su parte, la definición de utilidad pública se fundamenta en el principio del servicio público, entre otros, por lo cual procede la expropiación para tales fines, y con ello, lo que se refiera a la industria de los hidrocarburos, puede ser susceptible de expropiación.

³¹ Derivado del artículo Octavo Transitorio de la reforma constitucional, el régimen de propiedad de la tierra cambia totalmente en el derecho mexicano. La propiedad privada, social o pública estará subordinada a las actividades preferentes de la industria energética y, las expropiaciones sobre la propiedad privada podrán realizarse para satisfacer los intereses privados de las empresas trasnacionales del petróleo y de la electricidad.

³² El artículo 42 de la Ley de la Industria Eléctrica permite las servidumbres legales para beneficiar a los transportistas y distribuidores. La propiedad privada, pública, social o indígena queda subordinada a la actividad energética.

trica. Se desintegra el concepto de lo que constitucionalmente sólo se denominaba como “electricidad”; se cambia el concepto de interés social y orden público, utilidad pública e interés público en favor de los particulares; la electricidad pasa de objetivos de servicio público bajo las reglas del Derecho Administrativo a un régimen extraordinario con enfoque al Derecho Mercantil, y por tanto se hace un viraje del derecho público hacia el derecho privado.

- No aprovechamiento de la infraestructura funcional, operativa y física del sector eléctrico; se obliga a una separación legal, contable, operativa y funcional. Este desmantelamiento se justifica mediante el cambio de los principios del concepto de servicio público para incorporar los conceptos bajo premisas de mercado.

A continuación identificaremos los textos de ley en los que se encuentran estos dos ejes de la Ley de la Industria Eléctrica y las respectivas premisas que terminan en la privatización y visión de mercado del otrora servicio público de energía eléctrica.

A) CAMBIO DEL PRINCIPIO DE SERVICIO PÚBLICO POR EL DE INDUSTRIA ELÉCTRICA

El primer cambio consiste en la abrogación de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica con la entrada en vigor de la Ley de la Industria Eléctrica del 11 de agosto de 2014. La denominación de la nueva ley, aparentemente semántico, tiene como trasfondo la modificación de los objetivos, principios y premisas que la electricidad mantenía hasta antes de la reforma constitucional, y que en esta ley secundaria se pueden apreciar, comenzando por un replanteamiento del concepto de “electricidad” con lo que, al desmenuzarse, lo no considerado servicio público se privatiza al hacerlo sujeto a reglas de mercado.

Con ello, en primer lugar, se desintegra el concepto de lo que constitucionalmente sólo se denominaba como “electricidad”, y ahora sólo se deja como área estratégica “la planeación y el con-

trol del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica”, quedando a la deriva de definiciones privadas al resto de las actividades conexas a la electricidad. Baste analizar el artículo 2 de la Ley de la Industria Eléctrica, en donde hay una mezcla de conceptos y confusiones de la cualidad de cada una de las actividades correspondientes a la electricidad, y se desmenuza lo que era sólo “electricidad” en tramos y consideraciones jurídicas en cinco diferentes categorías:

1. Sector eléctrico: incluye la industria eléctrica y la proveeduría de sus insumos primarios.
2. Industria eléctrica: comprende las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica, la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como la operación del Mercado Eléctrico Mayorista.
3. Planeación y el control del sistema eléctrico nacional y el servicio público de transmisión y distribución: se definen como áreas estratégicas, en las que el Estado mantiene su titularidad, sin perjuicio de que pueda celebrar contratos con particulares.
4. Suministro eléctrico: es un servicio de interés público, y por la ubicación en el mismo artículo de Ley, se entiende que comprende la generación y comercialización de energía eléctrica, que son servicios que se prestan en un régimen de libre competencia.
5. Suministro básico: es una actividad prioritaria para el desarrollo nacional, lo que se entiende en términos constitucionales el Estado participe por sí o con los sectores social y privado.

Este desglose y desmenuzamiento no hace más que inhibir la exclusividad al Estado, para dar la entrada a la inversión privada, y generar una segmentación del mercado por regiones o tramos del proceso productivo.

En segundo lugar, se cambia el concepto de interés social y orden público, utilidad pública e interés público en favor de los particulares, lo cual se basa desde lo señalado en el Transitorio Octavo, primer párrafo, de la reforma constitucional, que considera sólo de interés social y de orden público al servicio público de energía

eléctrica “por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas”. Sin embargo, en la Ley de la Industria Eléctrica hay una extralimitación, pues se reestructuran los conceptos de manera diversa y confusa, como indicamos a continuación:

- Interés social y orden públicos³³: congruentemente al precepto constitucional se consideran como tal al servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, conforme a los artículos 42 y 71, segundo párrafo.
- Interés público³⁴: Se entienden así a las actividades de la industria eléctrica que incluyen la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica, la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional, así como la operación del Mercado Eléctrico Mayorista, conforme al artículo 2, final del primer párrafo, y el Suministro Eléctrico, en el artículo 4, primer párrafo.
- Se definen de utilidad pública³⁵: las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional, las cuales se sujetarán a obligaciones de servicio público y universal, aunque sea operado por particulares en un régimen de libre competencia³⁶, según se señala en el segundo párrafo del artículo 4 de la Ley. Asimismo, hay una mezcla y extralimitación al definir a toda la industria eléctrica bajo

³³ Es muy importante entender que la definición de interés social y orden públicos se constituye en el fundamento para crear los mecanismos a través del cual el legislador impida que actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad, tales como los valores, tradiciones o instituciones jurídicas.

³⁴ El interés público tiene que ver con la atención de las necesidades colectivas y por ello requieren de una intervención directa y permanente de Estado. En contraste, cuando el interés es del orden privado, el Estado se limita a crear las condiciones propicias para que los particulares satisfagan sus pretensiones mediante esfuerzo propio.

³⁵ La utilidad pública se fundamenta en el principio del servicio público, entre otros, por lo cual procede la expropiación sólo para tales fines, como se identifica en el artículo 27 constitucional y el artículo 1o. de la Ley de Expropiación.

³⁶ Esta afirmación se basa en el primer párrafo del artículo 4 de la Ley de la Industria Eléctrica, que señala que “La generación y comercialización de energía eléctrica son servicios que se prestan en un régimen de libre competencia.”

este principio (y no sólo al servicio público), sobre todo en lo que se refiere en el primer párrafo del artículo 71.

En este tenor, y al considerarse al servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica como de interés social y orden públicos, pero también de utilidad pública, conforme al artículo 42, hay una preferencia sobre otras actividades. Incluso, el primer párrafo del artículo 72 de la misma Ley señala que “los concesionarios mineros, así como los titulares de asignaciones, permisos o contratos, *no podrán oponerse* al tendido de ductos, cables o a la instalación de cualquier otra infraestructura para la transmisión y distribución de energía eléctrica en el área comprendida en la concesión, asignación, permiso o contrato de que se trate, siempre que sea técnicamente factible.”

Por lo tanto, con este aparente manejo de criterios confusos lo que resulta es un argumento legal que adminiculado beneficia el interés particular de los contratistas sobre la idea institucional del interés público. Al igual que en el tema de los hidrocarburos, las materias eléctrica y de geotermia se consideran preferentes y de utilidad pública, aunque sean operados por particulares bajo principios de reglas de mercado, por lo que procede la ocupación superficial que se resuelve vía administrativa y no vía jurisdiccional. Este procedimiento puede advertirse de los artículos 71 a 89 de la Ley de la Industria Eléctrica.

En tercer lugar, la electricidad pasa de objetivos de servicio público a un régimen extraordinario con enfoque mercantil, ya que en la nueva Ley de la Industria Eléctrica, las reglas del mercado se hacen equivaler al interés público, y los permisionarios para la generación de energía eléctrica están obligados a cumplir las reglas de mercado, como se establece en los artículos 17, segundo párrafo, y 23 con lo cual se migra a un régimen privado tanto de derecho como de objetivos del sector, tratándolo como *mercado eléctrico* y se abandonan los objetivos originales de la creación de Comisión Federal de Electricidad

(CFE) de *servicio público*³⁷, para asumir la de crear valor económico.

Por último, sólo queda como de carácter público y a cargo del gobierno federal la electrificación de las zonas marginadas. En los términos del artículo 113 se establece el concepto del servicio universal, que se realizará por medio de un Fondo de Servicio Universal Eléctrico, conforme al artículo 114, mismo que se podrá formar “por el excedente de ingresos que resulte de la gestión de pérdidas técnicas en el Mercado Eléctrico Mayorista” y por donativos de terceros para cumplir sus objetivos. Esta definición significa que la electrificación para estas zonas marginadas no son más una obligación social del Estado, sino una posibilidad marginal en conjunto con la dádiva y la caridad de los particulares.

En suma, podemos afirmar que se hace un viraje del derecho público –bajo las formas del Derecho Administrativo- hacia el derecho privado, ya que se consideran mercantiles los actos de la industria eléctrica, por lo que se regirán por el Código de Comercio y de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal, tal y como se dispone en el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley de la Industria Eléctrica. Con ello la industria eléctrica, que comprende las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica, la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional y la operación del Mercado Eléctrico Mayorista, antes sujeto a principios de derecho público, ahora

³⁷ La Ley que crea la Comisión Federal de Electricidad, del 24 de agosto de 1937, establecía en el artículo 5: “La Comisión Federal de Electricidad tendrá por objeto organizar y dirigir un sistema nacional de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, basado en principios técnicos y económicos, sin propósitos de lucro y con la finalidad de obtener con un costo mínimo, el mayor rendimiento posible en beneficio de los intereses generales”, en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/pdf/L194.pdf>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2021. El servicio público de energía eléctrica proporcionado por la CFE, tenía como obligación establecida en el artículo 21 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, “en condiciones de continuidad, eficiencia y seguridad” asegurar la confiabilidad, continuidad estabilidad y seguridad en el abasto, al menor costo y para beneficio general.

adquieren naturaleza mercantil.

B) DESMANTELAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA FUNCIONAL, OPERATIVA Y FÍSICA DEL SECTOR ELÉCTRICO

En paralelo al replanteamiento funcional y de categorías jurídicas de la antes llamada sólo “electricidad” y ahora denominada “industria eléctrica”, se hace un desmantelamiento de la infraestructura nacional física y operacional, para que se vaya insertando en el mercado eléctrico. Esto se realiza a través de dos vías: la separación legal, contable y operativa, por un lado, y por la otra la inserción de la inversión privada en la infraestructura de la industria eléctrica, a pesar de que sea considerada un área estratégica, en términos de lo previsto por el artículo 28 constitucional. Tal circunstancia impacta directamente a la CFE, ahora como empresa productiva del Estado, a través de una separación legal, contable, operativa o funcional, que se previó desde el artículo Décimo Transitorio, inciso a), de la reforma constitucional de 2013, pues faculta a la Secretaría de Energía para realizar “la estricta separación legal” de lo que hasta ese momento era la prestación del servicio público de electricidad por parte de la CFE, “para fomentar el acceso abierto y la operación eficiente del sector eléctrico”, que no es otra cosa que la participación directa y preponderante por parte de los particulares contratistas en cadena de la prestación del servicio público de electricidad.

En la Ley de la Industria Eléctrica se advierte un exceso al establecer la separación contable, operativa o funcional -y no sólo la legal como se estableció en el Transitorio de referencia- como se puede advertir en el texto del artículo 8, último párrafo, que dice “Sin perjuicio de la separación legal a que se refiere este artículo, la CRE podrá establecer la separación contable, operativa o funcional de los integrantes de la industria eléctrica, cuando, a su juicio, sea necesaria para la regulación de dicha industria”, esto es así, por-

que da absoluta discrecionalidad para la separación contable, sin determinar circunstancias objetivas que motiven tal separación y el beneficio indubitable que deba incidir, con tal medida a usuarios y la economía nacional.

Con ello, además, hay una pérdida del control operativo de la industria por parte del Estado en favor de los privados, ya que se podrán formar asociaciones o celebrar contratos con particulares para que presten servicios “auxiliares” a la operación del Mercado Eléctrico Mayorista, como se desglosa a lo largo de los artículos 14 y 15 de la aludida Ley de la Industria Eléctrica, lo que facilita la privatización -en la práctica- de la red de transmisión y de distribución de energía eléctrica.

La nueva definición de las áreas estratégicas en materia de energía, según el artículo 28 constitucional permite que los particulares realicen aportaciones para obras, ampliaciones o distribución de la red de energía eléctrica. Así, específicamente la transmisión y distribución de energía eléctrica ya no quedará más bajo el pleno gubernamental, sino en manos privadas, como lo establece el artículo 26 de la Ley de la Industria Eléctrica, al determinar que los transportistas y los distribuidores son responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución y operarán sus redes conforme a las instrucciones del CENACE; sin embargo, el servicio público de transmisión y distribución seguirán siendo responsabilidad del Estado, en los términos de la fracción I del artículo 30 de la Ley.

Lo más notable es que los transportistas y distribuidores no tendrán responsabilidad por los costos en que incurran en el mercado eléctrico mayorista como resultado de caso fortuito o fuerza mayor, en los términos del artículo 28. En este sentido, podemos señalar que la red queda privatizada y el control del gobierno se limita, pero se le conservan todas las responsabilidades y costos. Esto es un trato desigual, además, porque los empresarios recibirán ingresos por la venta de las obras conforme a las Reglas del Mercado, de-

terminadas en el primer párrafo del artículo 35 Ley de la Industria Eléctrica.

Esta privatización *de facto* contrasta con el hecho de que, como señalamos anteriormente, en los términos del artículo 42, el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica se considera de interés social y orden público, preferente sobre cualquier otra actividad que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas, y además es de utilidad pública.

En general, las modificaciones que implicaron la abrogación de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica hacia la creación de una Ley de la Industria Eléctrica con una visión mercantil, cristaliza la tendencia iniciada en el último tercio de la década de los 80, como lo analizamos anteriormente, cuando se empezaron a dar contratos y permisos como resultado de la reforma a la Ley del Servicio Público para “alinearse” al TLCAN, llevando a permitir anticonstitucionalmente la autogeneración de electricidad por parte de privados y extranjeros. El concepto de servicio público representaba un estorbo jurídico para la visión mercantilista, pues demostraba la irregularidad en el que estaba operando el sector privado incorporado en la generación y “cogeneración” de la energía eléctrica. Por tanto, la modificación de servicio público de electricidad por el de industria eléctrica, resultaba indispensable para permitir que los contratos vigentes dejaran de ser anticonstitucionales, ya que a partir de esta modificación ya no es responsabilidad exclusiva del Estado la prestación del servicio público de energía.

En este nuevo modelo la CFE sólo proveerá a los usuarios de suministro básico, bajo tarifas reguladas, que incluso pueda generarle pérdidas en el mediano y largo plazos pues se abre la posibilidad de que el Estado, para atender al servicio público de energía eléctrica, les deba comprar a los generadores privados y extranjeros la energía al precio “de mercado” que ellos determinen conforme a sus costos y utilidades. Por el contrario, lo que permanece como

obligación del gobierno federal es garantizar el servicio universal de energía de comunidades rurales y zonas urbanas marginadas.

2. LA LEY DE LA COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD Y LA CREACIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES.

A fin de poner en marcha las premisas del gobierno corporativo mediante la creación de las empresas productivas del Estado, ya detallados anteriormente, se hicieron las reformas a las leyes secundarias, creando la Ley de PEMEX y Ley de CFE, y realizando reformas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas. En primer término, las modificaciones a estas tres últimas leyes son las que permiten la creación de una ley para PEMEX y otra para CFE, en los términos que se plantean, y que se derivan de lo establecido en el los transitorios Tercero y Vigésimo del decreto de reforma constitucional en la materia.

A) LEY FEDERAL DE LAS ENTIDADES PARAESTATALES.

La creación de la Ley PEMEX y la Ley CFE como empresas productivas del Estado, tiene como requisito la incorporación en el tercer paquete de iniciativas de reformas, la modificación del artículo 3º, tercer párrafo de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, que las excluye del sector paraestatal, al señalar que las empresas productivas del Estado y sus respectivas subsidiarias, atendiendo a sus objetivos y la naturaleza de sus funciones, quedan excluidas de la observancia la misma. En este paquete de reformas se deroga el párrafo cuarto del mismo artículo 3, que señalaba que esta Ley se aplicaría sólo en lo que no se oponga o en lo no previsto por sus respectivas leyes orgánicas.

Es decir, ambos ajustes, excluyen a PEMEX y CFE de las regulaciones aplicables o referentes a las entidades paraestatales, ahora

con un régimen extraordinario, lo cual posibilita la elaboración de las dos respectivas leyes, creando la nueva figura jurídica-administrativa de empresas productivas del Estado, cuyo dueño es el Estado, renunciando a su naturaleza de entes públicos para participar en el mercado como el resto de las empresas privadas.

B) LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO Y LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

Se crea un régimen excepcional y extraordinario en materia de adquisiciones, contrataciones, y obra pública, ya que en el artículo 1º de cada una de estas Leyes, se excluye a PEMEX y CFE del régimen de las adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, que contraten las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias que aplican al resto del sector público.

C) LEY DE PEMEX Y LEY DE CFE

Una vez exceptuadas del régimen aplicable a las entidades paraestatales, se puede observar en las respectivas Leyes de cada empresa productiva del Estado la elaboración de un régimen extraordinario exclusivo para ellas. Cabe señalar que ambas leyes son casi un espejo, por lo que los principios que a continuación destacamos aplican para ambas empresas, y a partir de este momento sólo citaremos la Ley de CFE dado el objeto de nuestro análisis:

- Se cambia el principio de servicio público por el de valor económico: hay un cambio significativo en el objeto social de las entidades en materia energética, a ser una empresa cuyo objeto es la ganancia. En el artículo 4 de la Ley de CFE se señala que la Comisión Federal de Electricidad tiene como fin el desarrollo de actividades

- empresariales, económicas, industriales y comerciales, generando valor económico y rentabilidad para el Estado Mexicano como su “propietario”.
- Se elimina la regulación con principios de derecho público a regirse por el derecho privado: al quitarse el principio de servicio público por el de creación de valor económico, define a las nuevas empresas productivas del Estado con características corporativas de derecho privado para evitarle el control, vigilancia y transparencia que el propio Estado ejerce sobre los organismos públicos. Sólo por citar una referencia que avala la afirmación anterior, en el artículo 7, segundo párrafo, de la Ley de CFE se señala que los contratos y, en general, todos los actos jurídicos que celebre la Comisión Federal de Electricidad para el cumplimiento de su objeto podrán incluir cualquiera de los términos permitidos por la legislación mercantil y común, y deberán cumplir con la regulación aplicable en las materias que corresponda.
 - Se le otorgan poderes extraordinarios a los Consejos de Administración, por encima del Legislativo, disponiendo de los destinos y operación de las empresas productivas del Estado: en primer lugar, se genera un régimen de contrataciones excepcional y extraordinario; como complemento a lo señalado anteriormente respecto de la exclusión de la aplicación de la ley en materia de adquisiciones y obra pública, con la incorporación de una Sección Segunda, denominada “De las medidas para garantizar la integridad en las contrataciones”, incluida en los artículos 84 a 88 de la Ley CFE. Con esta base, se le dota al Consejo de Administración la facultad de emitir “disposiciones y políticas” para prevenir, identificar, subsanar y sancionar actos u omisiones irregulares o ilícitos en los procedimientos de contratación.

En segundo lugar, hay un régimen extraordinario para la decisión de la desincorporación de sociedades, tal procedimiento está previsto en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, pero al quedar la CFE excluida de esta ley en virtud de su cambio de naturaleza jurídica, se faculta al Consejo de Administración en el artículo 68 Ley CFE para aprobar la forma y términos en que se podrá dar la

constitución, escisión, liquidación o fusión de otras sociedades o de la participación en las mismas por parte de sus respectivas empresas productivas del Estado.

- Las empresas filiales de CFE tendrán naturaleza de derecho privado, nacional o extranjero: Las filiales pasan a ser totalmente privadas e incluso constituirse como empresas extranjeras, en los términos establecidos en el artículo 59 de la Ley CFE, que las define como aquellas en las que participe, directa o indirectamente, en más del cincuenta por ciento de su capital social, con independencia de que se constituyan conforme a la legislación mexicana o a la extranjera. Con esto, en su calidad de empresas privadas, los controles del Estado, incluidos los que tienen que ver con vigilancia y auditoría, quedan eliminados e incluso excluidos de la jurisdicción nacional.

V. REFLEXIONES FINALES

Una vez realizado el planteamiento, desarrollo y análisis de las implicaciones del cambio del andamiaje constitucional y legal en materia energética, queda de manifiesto que fue el resultado de un proceso a partir de las graves crisis económicas de los años ochentas y noventas, donde los gobiernos de México optaron por plegarse a los dictados del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, con una visión de apertura a la inversión privada supranacional y los acuerdos de libre comercio.

Así pues, en lo que corresponde a las reformas del artículo 25 constitucional se logró la desarticulación del proceso integral tanto en hidrocarburos como electricidad, dejándole sólo a la nueva figura de empresas productivas del Estado, un tramo de dicho proceso, y bajo nuevas reglas corporativas cuyo objetivo privatizador ya se ha explicado anteriormente.

La inclusión de dicha figura de empresas productivas y su enfoque corporativo y de competencia abandona el principio de servicio público, que implica toda actividad destinada a satisfacer una necesidad

de carácter general, cuyo cumplimiento debe estar en todo momento asegurado, regulado y controlado por el Estado, con un régimen jurídico que asegure el beneficio indistinto de toda persona. Estos servicios debieran cumplir con los requisitos de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad y, en algunos casos, de gratuidad.

Al sustituirse el principio de servicio público por el de creación de valor económico para la explotación de la propiedad privada, perfila a las nuevas empresas productivas del Estado con características corporativas de derecho privado y así evitar su control, vigilancia y transparencia que el Estado hace a las instituciones públicas.

La modificación del párrafo cuarto del artículo 25 constitucional fue un cheque en blanco para la legislación secundaria, ya que la incorporación de un Cuarto Transitorio de la reforma constitucional abre la posibilidad que las modalidades de contratación puedan ser muy amplias, que incluso se asemejen a las concesiones, mismas que aparentemente quedaron prohibidas en los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 constitucional, es decir, desde estas reformas se fue sembrando el principio de que lo prioritario es la “productividad”, “competitividad”, “costos”, “negocios”, no importando que se haga por empresas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, siempre en favor del libre mercado.

Respecto a las reformas al artículo 27 constitucional, los cambios en el párrafo sexto dejaron prácticamente toda la definición del régimen de contratos y las formas de explotación al arbitrio de la legislación secundaria. En el caso específico de la electricidad, con la eliminación del concepto “servicio público” y pasarlo a denominar “industria eléctrica”, se pretende regularizar los hasta entonces contratos anticonstitucionales que para generación de energía de habían otorgado desde hace más de dos décadas. Con esta afirmación en el texto constitucional respecto a la posibilidad de celebrar contratos con particulares, se elimina la exclusividad del Estado en materia de hidrocarburos y electricidad, consecuentemente ya no se excluye la inversión extranjera en el sector.

Destaca el hecho que las modificaciones en el párrafo cuarto del artículo 28 constitucional genera un régimen extraordinario para las áreas estratégicas en materia energética –irónicamente así definidas-, pues aunque se suponen por ello “exclusivas” del Estado, se pueden celebrar contratos con particulares, lo cual abre al sector a un proceso privatizador que no aplica para el resto de las áreas que aún quedan como estratégicas dentro de la rectoría del Estado.

Aunque en estos textos constitucionales ya se podría ir identificando el replanteamiento hacia este nuevo modelo de apertura del sector energético y las garantías a sus inversiones, es en los 21 artículos transitorios donde se puede advertir el perfilamiento del nuevo modelo.

Finalmente, el sector eléctrico está sufriendo actualmente este proceso de regímenes extraordinarios y de falta de definición clara, que por una parte convierten al ámbito del derecho privado lo que antes era de derecho público, abren a la inversión y operación privada no sólo la generación, sino la transmisión y distribución de lo que antes eran áreas estratégicas para proveer el servicio público de energía eléctrica, y la conversión de la CFE en un competidor más del ahora mercado eléctrico, con una previa conversión en una empresa productiva del Estado para generar valor económico, pero mediante un desmembramiento de la misma mediante los mandatos de separación no sólo legal, sino contable y operativa.

FUENTES CONSULTADAS

1. BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA.

Banco Mundial CIADI, *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, 2006.

BOLÍVAR MEZA, Martha Laura, “Los Regímenes Extraordinarios derivados de la Reforma Energética”, en: *Revista de Administración Pública* 135, México, INAP, 2015.

- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1995.
- Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, Canadá y Estados Unidos de América, *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 1995.
- ITAM-Woodrow Wilson Center, *Un nuevo comienzo para el petróleo mexicano: principios y recomendaciones para una reforma a favor del interés nacional*, México, ITAM, 2013.
- OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo*, París, 2004.
- OCDE, *Corporate governance and Board arrangements at Petroleos Mexicanos: Evaluations and recommendations*, París, 2010
- OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, París, 2011
- OCDE, *Getting It Right. Una Agenda Estratégica para las Reformas en México*. México, diciembre de 2012.
- Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio*, 1996.

2. INICIATIVAS, LEYES Y DECRETOS:

- Decreto por el que se crea la Ley que crea la Comisión Federal de Electricidad, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de agosto de 1937.
- Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de julio de 1992
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; de la Ley Minera; de la Ley de Inversión Extranjera; de la Ley General de Sociedades Mercantiles y del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República

en materia federal, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1996.

Decreto por el que se reforma reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2013.

Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

Decreto por el que se expide la Ley de los Órganos Coordinados en Materia Energética y se reforman diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

Decreto por el que se expiden la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto de 2014.

Cámara de Diputados, Iniciativas de Reforma a los Artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Energía Eléctrica, México, enero 2005.

Cámara de Senadores, Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Energía, y Estudios Legislativos, Primera, con Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan los Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Energía, 10 de diciembre de 2013.

Partido Acción Nacional, Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 31 de julio de 2013.

Poder Ejecutivo Federal, Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de septiembre de 2009.

_____, Iniciativa de Decreto por el que se reforman los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 14 de agosto de 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 22/2001 promovida por el Congreso de la Unión en contra del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, del Secretario de Energía, de la Comisión Reguladora de Energía y del Secretario de Gobernación.

ESTUDIOS JURÍDICOS



DISCUSIONES Y ETAPAS EN TORNO A “QUIEN SE MATA A SÍ MISMO” Y AL “SUICIDIO”, SU CONFLUENCIA EN EL CASO MEXICANO Y LA PERTINENCIA DE CREAR UN NUEVO DERECHO HUMANO: EL DERECHO A LA MUERTE DIGNA

DISCUSSIONS AND STAGES AROUND “WHO KILLS HIMSELF” AND “SUICIDE”, ITS CONFLUENCE IN THE MEXICAN CASE AND THE PERTINENCE OF CREATING A NEW HUMAN RIGHT: THE RIGHT TO A WORTHY DEATH

MARIO A. TÉLLEZ G.¹

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo hacer un acercamiento, breve y episódico, a los cambios que ha sufrido la acción de quien se causa la muerte a sí mismo, a la luz de la historia del Derecho, así como a la discusión —que hay en México— del tema en la actualidad, así como a plantear la sustitución parcial de la expresión “suicidio” por el de “derecho a la muerte digna” como un nuevo derecho humano. De igual manera se concluye con un par de ideas que reflejan parte de nuestra reflexión respecto de la decisión de terminar con la propia vida.

PALABRAS CLAVE: *Suicidio; Muerte; Dignidad; Derecho Humano.*

ABSTRACT: The objective of this work is to make a brief and episodic approach to the changes that the action of those who cause the death of themselves has undergone in light of the history of Law, as well as to the discussion of the subject —which exists in Mexico— in the current times and to propose

¹ Profesor titular en la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa (UAM-C). Contacto: <mario.tellez.99@gmail.com>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7738-889X>.

Agradezco a la doctora Jessica Colín su lectura y comentarios puntuales al presente escrito. Los errores, reiteraciones y opacidades son de mi entera responsabilidad.

Fecha de recepción: 09 de julio de 2020; fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2021.

the partial replacement of the expression “suicide” by the “right to a dignified death” as a new human right. And at the end, in a short epilogue, we will conclude with a couple of ideas that reflect part of our reflection regarding the decision to end one’s life.

KEYWORDS: *Suicide, Death, Dignity, Human Right.*

SUMARIO: I. Introducción; II. El mundo clásico y romano; III. El mundo medieval y la edad moderna; IV. El siglo XIX mexicano; V. Los tiempos actuales; VI. Epílogo; VII. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

ntes de iniciar el trabajo, es oportuno aclarar que quien esto escribe no es especialista en el tema ni pretende serlo; más bien, me he ocupado en escribir sobre la historia del derecho mexicano del siglo XIX y es precisamente de allí que surgió la preocupación por el término de lo que ahora se conoce como “suicidio”, y después tuve la necesidad personal de reflexionar sobre el fenómeno que conlleva. Sobre este tema, con anterioridad ya tuvimos una primera aproximación.² De lo que se trata, insisto, es de observar, en algunos momentos de un largo periodo, dónde surge el fenómeno y sus diversas expresiones y, aprovechando su dinamismo, sugerir hacia dónde se debía dirigir, es decir, aquí no planteamos, en términos convencionales, una hipótesis de investigación por comprobar, sino un recorrido en cuatro grandes etapas

² Téllez G., Mario A., “Del desesperamiento, el suicidio y el derecho a la muerte. Un debate en ciernes”, *Círculos jurídicos*, México, ITESM, 2018. No puedo dejar de mencionar a mis queridos ex alumnos del “Tec” que me acompañaron en los tiempos que elaboré ese primer texto. Se convirtieron en la motivación que necesitaba para cumplir la promesa que les había hecho: publicación sus textos en nuestros *Círculos Jurídicos*: Ramón Cabrera, Brian Mendoza, Julio Calleros, Simón Salinas y Susana Márquez. Hasta el presente, Simón continúa en la elaboración de esta segunda versión; Susana pasó de ex alumna a convertirse en lo más cercano a una hija.

históricas: desde el pasado lejano en el mundo clásico y romano, y la continuación, hasta la época contemporánea, del fenómeno de quien se mata por sí mismo. La intención es evidenciar que se trata de una muy larga construcción histórica y cultural que, por ende, se puede transformar para crear un nuevo derecho humano, ubicado en los límites de este amplio espacio; esto es, se pretende utilizar y entender el pasado para incidir en el presente y en futuro... que ya nos alcanzó. Ésta es la pretensión, la novedad y aportación de este trabajo.

Al principio, creíamos que no había muchos esfuerzos en la bibliografía especializada para explicar el fenómeno que nos interesa examinar durante tan periodo, y que la mayoría de trabajos se concentraba en los últimos cincuenta años, desde la óptica de la Filosofía, la Medicina y, principalmente, de la Bioética. Con el paso del tiempo, nos percatamos de que la primera idea era equivocada, no así la segunda.³

La empresa que nos planteamos es muy complicada por el amplio intervalo y por la enorme complejidad de lo que implica abordar el tema de quitarse la vida *per se*, que no del suicidio; pero tampoco se desdeñar la oportunidad para —apoyados en la historia del Derecho y de algunos elementos de la Filosofía— repensarla y abonar

³ Sólo como mera orientación sugerimos la siguiente bibliografía para darse idea del apogeo de la literatura sobre la materia, particularmente después de los años setenta del siglo xx: Chan, B., y M. Sommerville “Converting the ‘right to life’ to the ‘right to physician-assisted suicide and euthanasia’: an anlysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Suprem Court of Canada”, *Medical Law Review*, 24(2), 2016, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4914707/>. Elbeke, E., “The Way Assisted Suicide is legalized: balancing a medical framework against a demedecalised model”, *European Journal of Health Law*, 18(2), 2011, Gonzalo Arruego, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Granada, Editorial Comares, 2019. No podemos omitir el ya clásico texto de Dworkin, Ronald, *Life’s Domination. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Vintage Books, Random House, 1993. Ahora bien, en el siguiente vínculo, entre otras cuestiones, se pueden obtener, por suscripción gratuita, las últimas novedades en la materia: <https://finalexitnetworknews.net/mailman/listinfo/right-todienews_finalexitnetworknews.net>.

algunos elementos para entenderla y proponer algunos cauces menos atribulados y más libres, cuando se trate de los individuos que deciden enfrentarse, por voluntad propia, con su muerte.

Y puesto que hablar de quitarse la vida implica hablar de la muerte, sobre esta última cabe señalar dos cosas: que no queremos hablar de la muerte como fenómeno médico y que nos interesa abordar el tema principalmente como fenómeno histórico jurídico que se ha construido y variado con el tiempo: “Es evidente que no existe idea alguna, por extraña que parezca, en la que los hombres no estén dispuestos a creer con profunda devoción, con tal de que les proporcione alivio ante el conocimiento de que un día ya no existirán, con tal de que se les ofrezca la esperanza en una forma de eternidad para su existencia”.⁴ Ésta es la explicación clara que Norbert Elias da para entender el éxito de la religión, por su alternativa para “garantizar” o abrir la expectativa a una vida futura después de la muerte; y coincidimos con aquélla, pero también agregaré que la muerte es también, o mejor dicho, sobre todo, un fenómeno cultural.

En principio, debe señalarse que la voz *suicidio* tuvo reconocimiento formal en español hasta 1817, cuando la Real Academia Española (RAE) la incorporó por primera vez en el diccionario de ese año y la definió como: “El acto de quitarse uno á si mismo la vida” [sic].⁵ En las ediciones previas del DRAE no aparece, y los especialistas en el tema así lo reconocen. Por supuesto que la conducta aludida se utilizaba con mucha anterioridad por los hablantes. En efecto, esta conducta tiene una larga historia, no así la palabra “suicidio”,

⁴ Elías, 2015, p. 25.

⁵ Ver www.rae.es en “diccionarios anteriores (1726-2006)”, “Nuevo tesoro lexicográfico”, “Acceso a la consulta del “NTLLE”, consultado el 13 de abril del 2018. Aunque, según el filólogo Joan Corominas, fue Leandro Fernández de Moratín (1760-1828), quien, haciéndose eco del término en inglés, sugirió usarlo en español, citado por Cohen, Diana, *Por mano propia. Estudio sobre las prácticas suicidas*, México, FCE, 2010 (2007), p. 75.

que apareció, según los especialistas, por primera vez en la primera mitad del siglo XVIII en Inglaterra como “suicide”, para incorporarse después al español y a otras lenguas. Antes se le conoció con diferentes frases y de diferentes formas, incluso en la primera época del mundo romano, no tenía un nombre en particular. Desde ahora adelanto que esta incorporación por parte de la RAE fue importante, pues reconoció una conducta de larga data, pero más relevante aún fue la definición que le dio; por ahora, baste esta llamada de atención. Sobre ello me detendré más adelante.

Reitero: aquí se hará un acercamiento, a grandes rasgos, a la conducta de quien se quita la vida a sí mismo, en cuatro grandes momentos: el mundo clásico y romano, el mundo medieval y la edad moderna, el siglo XIX mexicano y los tiempos actuales. Al final, como incluye un epílogo. Por lo tanto, y por su aparición en el español, será hasta la penúltima parte del texto, el siglo XIX, cuando utilice el término “suicidio”; antes, en retrospectiva, no es oportuno hacerlo porque el fenómeno no existía.

II. EL MUNDO CLÁSICO Y ROMANO

Para los especialistas, Séneca, ciudadano romano, nacido en lo que ahora es Córdoba, España, en los linderos del año 0 de la era cristiana, es posiblemente uno de los pensadores más agudos, heredero de la filosofía del mundo clásico, que defendió el derecho del individuo a quitarse la vida. Él formó parte destacada del grupo de pensadores estoicos. Si bien es cierto no fue innovador en la defensa de esa práctica, porque en esa época era aceptada y discutida, sí fue puntual y certero hasta el punto de que en nuestros días su pensamiento es punto de referencia. Se diría que en sus reflexiones se concentra la herencia del pensamiento clásico y lo refleja en sus ideas. Visto en retrospectiva, al igual que muchos de sus contemporáneos, el pensamiento de Séneca se adelantó varios siglos. Mejor aún, parece que, a partir de sus ideas, Occidente inició un largo viaje, y algunas

de éstas, aunque a trompicones, avanzaron; otras, quedaron atrapadas en el oscurantismo, llenas de lastres acumulados por el largo trayecto, hasta su resurgimiento, para ser rescatadas y revaloradas en la actualidad. Algunas son tal agudeza y vigencia que pareciera que surgieron a la luz de las discusiones de hoy.

Lamentablemente no fue muy prolífico; sólo en algunas cuantas páginas de sus *Epístolas morales a Lucilio* plantea sus agudas ideas. Precisamente en la epístola “La muerte apetecible”,⁶ se lee lo siguiente: “Bien sabes que no es forzoso conservar la vida, pues lo importante no es vivir mucho sino vivir bien. Así que el sabio vive lo que debe, no lo que puede”. Se planteó, desde entonces, que la prolongación de la vida, en ocasiones, podría ser un sinsentido. El tema de la vida no estriba “en morir antes o después, sino en morir bien” “y ¿qué es morir bien? Sustraerse al peligro de vivir mal”.

Pareciera adelantarse siglos a quienes suscribimos la idea de que la vida ha de tener sentido para quien la vive y no un calvario para la redención, como se cree entre los cristianos y en otras religiones. Es, pareciera decir, vivirla a gusto, con ánimo, con convicción de hacerlo: “Y no faltarán otras [opiniones] que, haciendo de profesión de sabiduría, te dijeran que no es lícito atentar contra la vida propia, que es un crimen destruirse, que es un deber aguardar el término que la naturaleza nos prescribe. Los que así hablan no ven que cierran la puerta a la libertad”. Aquí radica la clave de todo: la libertad del individuo para decir en qué ocasiones se “vive bien” y cuándo esta condición termina. Sí, esa libertad que centurias más tarde recuperaría John Stuart Mill, como eje del liberalismo, la misma que ha retomado una legión de pensadores para apuntalar el principio de autonomía kantiano (tema al que regresaré hacia el final de este texto).

⁶ Séneca, *Tratados filosóficos. Cartas a Lucilio*, México, Porrúa, 2016, pp. 217-221.

Sobre esa misma línea, Séneca prosigue, para rematar:

¿He de esperar la crueldad de una dolencia o la de los hombres, cuando puedo escapar a todo sufrimiento y sustraerme a los golpes de la adversidad? La mejor razón para no quejarse de la vida es que ella no retiene al que la quiera dejar.... ¿Te place la vida? Vive. ¿No te place?, pues eres dueño de volver al lugar de donde has venido”. Pone sobre la mesa de la discusión lo innecesario o cuestionable que es vivir bajo condiciones de sufrimiento y, sobre todo, hay que insistir, la libertad para vivir sólo si se tiene la voluntad de hacerlo. Si esta doctrina es esencialmente una filosofía fundada en la autonomía del ser racional que aspira a la libertad no sólo para vivir sino también para elegir morir, en ella el [propricidio] adquiere un profundo significado moral porque el agente realiza una acción racional —señala con certeza Diana Cohen.⁷

Por otra parte, Carmen Juanatey señala que se desconoce si “existió o no una regulación jurídica de la muerte voluntaria en las civilizaciones más antiguas”,⁸ después de una revisión a los materiales especializados en ese tema y de referirse, entre otros, al texto clásico de Émile Durkheim, *El suicidio. Estudio de sociología*, que ha sido, según ella, uno de los textos más citados para acercarse a esas civilizaciones.

También refiere que el Derecho romano antiguo, al parecer, no estableció ninguna sanción contra quien se quitaba la vida; y en parte tiene razón, porque esa circunstancia cambiaría para la última parte de la República y del Imperio, en la que más que penar la conducta, que no tenía un nombre específico, porque parecía regir el principio de “liber mori”, se buscaba impedir la tentativa de fraude al fisco, cuando el individuo, mediante la práctica de esa conducta, evitaba pagar esas deudas;⁹ es decir, más bien comenzó a ser una práctica que preocupó a las autoridades porque algunas

⁷ Cohen, 2010, p. 156.

⁸ Juanatey, Carmen, *El derecho y la muerte voluntaria*, México, Fontamara, 2004, p. 16.

⁹ Mommsen, Theodor, II, *El Derecho Penal Romano*, Pamplona, Analecta, 1999, p. 34.

personas se quitaban la vida para evadir responsabilidades fiscales, algún pago al Estado o para eludir el castigo por la comisión de algún delito. Esto último sí tuvo serias repercusiones en los ordenamientos medievales, que reinterpretaron al Derecho romano, así como en la edad moderna.

Por su parte, Theodor Mommsen, en su clásico texto de *Derecho penal romano*, hace una larga exposición “de los delitos en particular”, pero no aparece ninguna referencia especial a quien segab su vida por mano propia. En el libro apenas se aluden ciertas cuestiones sobre la idea de que, en el Derecho penal romano clásico, se castigaba a quienes dieran apoyo a otro para quitarse la vida y de darles el trato de homicidas a quienes dieran muerte “a otro por compasión”; adelantando ideas sobre los elementos que siglos después comprende la eutanasia.¹⁰

En el mundo grecolatino, la muerte del individuo por cuenta propia fue ampliamente practicada. Se conservan numerosos testimonios de importantes filósofos helenos que la llevaron a cabo.¹¹ En el mundo latino, herederos del pensamiento griego, estoicos y epicúreos, con la presencia fundamental de Séneca, hicieron de su defensa un eje vertebrador de su filosofía y no tuvo, ni mucho menos, la repulsa social que empezaría a tener a finales del Imperio, durante los inicios del cristianismo, y que alcanzaría en los próximos siglos gracias al Derecho canónico y al cristianismo. En todo caso, sólo preocuparon a los romanos los posibles fraudes económicos y la evasión de la justicia que intentarían quienes recurrieran a esa práctica.

¹⁰ Mommsen, II, 1999, pp. 94 y 106, respectivamente. Resulta interesante cómo esta idea planteada por Mommsen a principios del siglo XX prevaleció; por ejemplo, la definición que daba el Código Penal del Distrito Federal de 1931, en el artículo 312: “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”.

¹¹ Bauzá, Hugo, *Miradas sobre el suicidio*, México, FCE, 2018, pp. 73-122. También hace un recuento de destacados personajes del mundo romano que practicaron el propicidio, ídem, pp. 122-139.

III. EL MUNDO MEDIEVAL Y LA EDAD MODERNA

Frente a los importantes avances logrados por Séneca y otros pensadores, así como la aridez en los tiempos del Derecho romano clásico, en el mundo medieval se alcanzaron altos niveles de complejidad de pensamiento en torno a la conducta del individuo que atenta contra sí mismo, aunque lamentablemente no fueron para mejorar las cosas. Lo llevaron a espacios tortuosos y lugares fantásticos de castigo, de los que aún no acaba de salir.

De forma particular, en el siglo XI, en Occidente hubo una renovada influencia del Derecho romano, a partir del descubrimiento de varias partes del *Corpus iuris civilis* en distintas bibliotecas italianas —según señala Francisco Tomás y Valiente— y su posterior difusión en toda Europa.¹² A partir de ello, y de la pausada construcción del *Corpus iuris canonici*, el Derecho feudal y la doctrina de los doctores a lo largo de ese periodo dio como resultado el *ius comune*.¹³ Sin duda, una de las obras más representativas, importante y de enorme influencia de este derecho común fueron las *Partidas* de Alfonso X El Sabio; por ser una obra fundamental, permite el acercamiento no sólo al tema aquí estudiado, sino también para dimensionar cómo era el Derecho medieval y, quizá lo más importante, para entender cómo se proyectó al Derecho colonial americano primero y después se prolongó hasta la creación de los estados nacionales en el continente, dada la enorme influencia de este cuerpo jurídico en las distintas legislaciones, sobre todo de la América hispánica del siglo XIX.

Tomás y Valiente refiere que, si bien las *Partidas* se han atribuido generalmente a Alfonso X El Sabio, en realidad se trataría de un texto que muy posiblemente elaboraron distintos juristas, en el que se perciben influencias del *Corpus iuris justineano*, de las *Decretales*, del *Libri feudorum*, de las obras de importantes juristas medievales,

¹² Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1995, p.182.

¹³ Ídem, p.193.

como Azzo, Accursio, Godofredo; de filósofos de la Antigüedad como Aristóteles, Séneca, Cicerón, así como de teólogos escolásticos y obras anónimas, entre otras tantas influencias, como la Biblia;¹⁴ amén de que no se conoce la obra original, sino ediciones tardías del siglo xv, que posiblemente también recibieron adiciones, pero que, en todo caso, reflejan fielmente la compleja visión jurídica del mundo bajomedieval.¹⁵

Cada una de *Las Siete Partidas*, aunque no siempre de la mejor forma, dado el casuismo con el que fueron escritas, está dedicada a un tema o materia jurídica. La séptima está dedicada principalmente al Derecho penal y, por lo tanto, allí es a donde debía acudir para indagar sobre el tema aquí tratado. Y, en efecto, en las P 7, 1, 24 y P 7, 27, 1,¹⁶ se aborda la cuestión sobre quien se quitaba la vida por propia mano y algunas de las consecuencias derivadas de ese hecho:

P 7, 1, 24. El encabezado de este *título 1* habla del modo en que el juzgador debía actuar “si el acusado se mata el mismo” y establece tres supuestos:

1°. Si el hombre “desesperado” se mata él mismo después de ser acusado por miedo al castigo o por vergüenza, en caso de ser culpable y merecerlo, “por ende debe morir” y “perder sus bienes”.

Es fácil observar aquí la huella del Derecho romano ya mencionado, en el sentido de que la autoridad no toleraría que alguien evadiera sus responsabilidades matándose a sí mismo, sobre todo en materia fiscal.

2°. Pero si no era culpable sus bienes debían pasar a sus herederos.

3°. Esto mismo debía suceder “si alguno se matase por locura, por

¹⁴ Ídem, pp. 240-241.

¹⁵ Consultamos distintas ediciones de *Las Siete Partidas*, pero la más interesante, por ser la más antigua, es la facsimilar de 1491.

¹⁶ *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, tomo III, Madrid, Imprenta Real, 1807, p. 533.

cuita de enfermedad o por gran pesar que tuviese” [se ha modernizado el lenguaje].

Es decir, por padecer algo que podría ser cercano, guardadas las proporciones, a lo que conocemos ahora como “enfermedad terminal” y “depresión”.

P 7, 27, 1. Por su parte, el *título* 27 hace mención a: De los Desesperados que se matan a sí mismos o a otros por algo que les dan; y de los bienes de ellos”. Y contiene una introducción de la cual vale la pena rescatar su inicio: “Desesperación es pecado que nunca Dios perdona a los que en él caen”. Y su ley 1 refiere en el encabezado: “Qué cosa es desesperamiento, y cuántas maneras caen en él”. “Desesperamiento” es cuando el hombre se aleja de los bienes de este mundo y del otro, “aborreciendo su vida y codiciando su muerte”. Y hay cinco maneras de “desesperación”:

1^a. Cuando alguien haciendo con gran hierro o acusado de él, por vergüenza de la pena, se “matase él mismo con sus manos o bebiendo yerbas”.

2^a. Cuando alguien se mata por enfermedad y por las consecuencias de ella.

3^a. Cuando alguien se mata por locura.

4^a. Cuando alguien rico, honrado y poderoso pierdes estas condiciones.

5^a. Los asesinos y los traidores (los que matan por otro, sicariato). Esta última no parece tener ninguna relación con las anteriores y, en efecto, el famoso jurista renacentista Gregorio López, interpretando a las *Partidas*, refiere que esta quinta manera nada tiene que ver con las anteriores ni con la “desesperación”, por ello, hay que dejarla de lado.¹⁷

Es decir, sucintamente, en la P 7, 1, 24, se habla de cómo debe actuar el juzgador frente al que se mata a sí mismo y en la P 7, 27, 1, se define el desesperamiento y sus modalidades. No obstante, en los textos transcritos se encuentra reiteradamente la palabra clave —y

¹⁷ En su Glosa “sorprendentemente y sorprendido dice *non bene explicat ista lex*”, citado en Montanos, Emma y José Sánchez Arcilla, *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, Dykinson, 1990, p. 264.

sus conjugaciones—: la desesperación,¹⁸ que revela, puntualmente, el estado emocional extremo en el que debía estar el individuo para aniquilarse a sí mismo; sin embargo, lo más relevante es que el suicidio, institución sucesora del desesperamiento, sigue siendo, en cierta medida, hasta nuestros días, lo mismo.

No es accidental, por tanto, que la RAE defina hoy la “desesperación” como la “pérdida total de la esperanza”, en una conexión directa con las modalidades planteadas por las *Partidas* a aquel que practicaba el propicidio.

Así, la enorme relevancia de este cuerpo jurídico, como un texto modélico del *ius commune* de origen castellano, tuvo gran influencia en Europa y más allá, pero sobre todo porque varias de las ideas centrales sobre “el matamiento de uno mismo” allí plasmadas, ya fuera nutrida por las discusiones del Derecho romano o por el desarrollo del Derecho canónico, tuvieron larga pervivencia, por lo menos hasta el siglo XVIII, en algunos casos, incluso hasta el XIX, en otros.

Además con la amplia difusión de las *Siete Partidas* —primero en el mundo medieval; más tarde, en el Renacimiento—, se desplegó una amplia discusión en torno al propicidio, influenciada también por la patrística y los pensadores que la siguieron. Por la vertiente del Derecho canónico, en una interpretación primigenia y sin concederle ninguna excepción, para San Agustín quedaba claro que con esa acción se incumplía gravemente el quinto mandamiento: *non occides* (no matarás).¹⁹

¹⁸ Por su parte, Alejandro Morín explica que el término “desesperamiento” proviene del ámbito teológico “y remite el homicidio de sí mismo al gravísimo pecado de desesperación, es decir, desesperar de la merced divina lo que en última instancia implica una negación de los poderes de Dios, así como, en algunos casos, de la vida eterna”, de acuerdo con el pensamiento de Tomás de Aquino (Morín, Alejandro, “Suicidas, apóstatas y asesinos. La *desesperación* en la Séptima Partida de Alfonso El Sabio”, *Hispania. Revista Española de Historia*, núm. 207, 2001, p. 183).

¹⁹ Cohen también reconoce a San Agustín la idea originaria de rechazar de forma contundente la muerte voluntaria pero señala que es deudora del pensamiento de Platón porque aun cuando reconocía ciertas excepciones, sus seguidores “juzgaban que

En efecto, todo lo que agravaría directamente a Dios o a su imagen, era severamente castigado en la Tierra y en el más allá, dependiendo de la gravedad del agravio, en un largo periodo en el que la fe y la Iglesia controlaban la vida interna y externa del individuo, y su trascendencia a una vida futura y eterna. Santo Tomás de Aquino decía: “1°. el que alguien se dé muerte es contrario a la inclinación natural y a la caridad por la que uno debe amarse a sí mismo; 2°. cada parte, en cuanto tal, es algo del todo; y un hombre cualquiera es parte de la humanidad”, por lo que, si atenta contra sí mismo, atenta contra la comunidad, y “3°. la vida es un don dado al hombre por Dios”, y si atenta contra su vida peca contra Dios.²⁰ “Matarse a sí mismo es grauissimo peccado mortal. Esto enseña [Santo Tomás] y con él todos sus discípulos”, decía el teólogo Pedro Ledesma en 1605 (Sandoval, 2017: 42).²¹ “El que a sí mismo se mata pecaba contra las tres virtudes teologales (fe, esperanza y caridad) y contra las cuatro cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza)”.²²

Por su parte, Giovanni Baptista Ziletti, en 1566 decía que la ley divina “amarás al prójimo como a ti mismo”, no se cumplía con este crimen atroz, ¿si no se tenía amor por sí mismo cómo podía tenerse por los demás?²³ La vida es un don, continuaba Ziletti, que no le pertenece al hombre, sino a Dios y sólo Él decide, por lo tanto, cuándo otorgarla y cuándo quitarla. Al matarse por propia mano, el individuo “pierde tanto el cuerpo como el alma”,²⁴ rezaba una sentencia.

Ya en nuestra época, Francisco Tomás y Valiente señala: “Si el hombre está hecho a la imagen de Dios, eso mismo es lo que el

el suicidio era un pecado contra la divinidad” (Cohen, 2010, p. 80).

²⁰ Juanatey, 2004, pp. 57-58.

²¹ Sandoval, Victoria, *El crimen de suicidio en la edad moderna. Tratamiento institucional en la literatura moral y jurídica europea*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 42.

²² Ídem, p. 75.

²³ Ídem, p. 49.

²⁴ Ídem, p. 17.

hombre lesiona o rechaza de alguna manera con [quitarse la vida], pues con él el hombre desprecia la invitación divina” de preservarse en la imagen y semejanza de su creador²⁵ y, por lo tanto, la acción de matarse a sí mismo se constituyó en una de las conductas que merecía una reprobación mayor: “morir bien, morir con altivez y con santa y cristiana resignación lava las culpas, y el penitente arrepentido y entregado a la paz del Señor deja de ser un delincuente odiado[...]”.²⁶

Ciertamente la doctrina cristiana, a pesar de todo, había aceptado algunas excepciones, como la muerte autoinflingida para salvar el honor de las doncellas, o cuando había que enfrentar a los enemigos de la fe. Por otro lado, cabe considerar que el arrepentimiento era —y es— un principio fundamental que redimía al pecador, incluso a quienes cometían los delitos más atroces o atrocísimos, como se les llamaban en la época. De allí que el que se matara a sí mismo, que difícilmente tenía el tiempo para arrepentirse, tuviera la condenación eterna del alma, con lo que se agravaba la severidad del castigo, porque trascendía la vida terrenal para prolongarse en la vida eterna. Y, precisamente con la intención de extenderlo a la eternidad y de agravar el sufrimiento del infeliz y de su entorno familiar, tempranamente, en el Concilio de Orleans de 533, la Iglesia prohibió la inhumación del cadáver en el cementerio.²⁷

Ya en la modernidad y por la vertiente del *ius puniendi* (o Derecho penal), los jurisperitos y teólogos equiparan el *occidere se ipsum* (muerte de sí mismo) con el homicidio, “de tal forma que el acto doloroso de comisión de muerte contra el prójimo que el homicidio significa se convierte en un atentado de muerte contra la propia vida del homicida”,²⁸ en una perfecta continuidad y comunión con el pensamiento primigenio de San Agustín.

²⁵ Tomás y Valiente, 1990, p. 39.

²⁶ Ídem, pp. 21-22.

²⁷ Sandoval, 2017, p. 148.

²⁸ Ídem, p. 11.

Quien *occidere se ipsum* ofendía gravemente por igual a Dios, al Derecho natural y a la República. A Dios porque, según esta concepción filosófica, es el verdadero dueño de la vida de los hombres, creados a su imagen y semejanza. Daña a la naturaleza porque ésta proporciona al hombre todas las virtudes, “entre ellas la fuerza para abogar por la conservación de la vida”²⁹ y la templanza para resistir la apatía. “Ofende a la República porque el hombre ha nacido para servir a su patria, como miembro que es de ésta, y no a sí mismo”, decía, a principios de ese mismo siglo, entre otros, el teólogo Jacobo Menocchio.³⁰

Precisamente en el siglo XVII, los tratadistas habían alcanzado cierto acuerdo sobre dos tipos universales del propicidio:

1°. Con *conscientia criminis*, que suponía la existencia de un delito anterior.

2°. Ligado al *taedium vitae*, es decir, al estado físico o mental del sujeto.

Había otras clasificaciones, pero ésta fue una de las más dominantes. No puede pasar desapercibido que los dos tipos están, de alguna manera, avanzados en *Las Siete Partidas*, que a su vez también incorporaron elementos del Derecho romano en una acumulación temporal y de experiencias de varios siglos; la larga duración del fenómeno, como diría Braudel. En el primer tipo, la existencia del delito previo implicaba la culpabilidad y, por ende, una serie de consecuencias para el infractor y hasta para sus herederos y descendientes, como la confiscación de bienes o la invalidación de su testamento, según refiere el tratadista Antonio Gómez de Amezcuá en el siglo XVII.³¹ En el caso del segundo tipo de prop, el tedio por

²⁹ Ídem, p. 11.

³⁰ No sólo iba contra el iusnaturalismo teológico, sino contra el racionalista, “porque sucede como si la pretensión de morir debilitara, hiciera flaquear, agotara la capacidad de raciocinio del hombre, despojado así de su inteligencia y con ello de su faceta natural singularizadora frente al resto de las criaturas” (Sandoval, 2017, pp. 52-53).

³¹ Ídem, p. 11.

la vida, se relacionaba más con enfermedades físicas y mentales y menos con posibles sanciones materiales.

En el ámbito de las interpretaciones científicas, fue Robert Burton quien, en su *Anatomía de la melancolía*, argumentaba de forma prematura en 1621 que este sentimiento era una enfermedad, seguramente haciéndose eco en parte del *taedium vitae*, y alejándose de forma franca de las antiguas explicaciones vinculadas a las posesiones demoniacas. Con esto se adelantaría un poco la idea de atenuar la responsabilidad en el ámbito moral y criminal de la muerte autoinflingida.³²

En otro orden, también de forma excepcional en el siglo XVI, el moralista francés Michel de Montaigne adelantaba y describía como una elección personal la posibilidad del propicidio si se tenía una vida miserable. Su gran mérito fue desafiar, tempranamente, el principio de la autoridad religiosa que había construido un andamiaje portentoso en contra.³³

Pero estos avances precoces en las ciencias y la filosofía no fueron, de ninguna manera, uniformes ni homogéneos en el tiempo. En los siglos venideros hubo avances y retrocesos; estos últimos incluso entre personajes que se pensaría arrojaron luces en la ciencia política siglos más tarde; también lo harían en otros ámbitos de su pensamiento. Tal es el caso de autores tan modernos y racionalistas como John Locke y Jean-Jacques Rousseau, quienes mantuvieron una postura apegada a las discusiones de la edad moderna y del mundo medieval, cuando al hombre no se le permitía decidir sobre su propia vida.³⁴ Aunque, de nueva cuenta, en ese vaivén, hubo pensadores de la contraparte, que siguieron empujando hacia adelante, como David Hume —que para algunos “desea defender el acto suicida de su impugnación moral”— y el varón de Holbach. Hume

³² Cohen, 2010, pp. 163-164.

³³ Ídem, p. 158.

³⁴ Morín, 2001, p. 180.

dijo, lapidaria e irrefutablemente, por ejemplo, “si la disposición de la vida humana estuviera tan reservada como dominio peculiar del todopoderoso que fuera una vulneración de su derecho por parte de los hombres disponer de sus propias vidas, sería igualmente criminal actuar a favor de la preservación de la vida, como en aras de su destrucción”.³⁵

El Marques de Beccaria, por su parte, influyó en ese mismo sentido, particularmente en el Derecho criminal. En el caso del suicidio —término ya utilizado en su momento—, se cuestionaba el rigor de su castigo y la naturaleza del hecho. Beccaria “rechazaba la imposición de cualquier castigo a los suicidas, al considerarlo injusto e inútil: injusto, pues en última instancia afectaba a un inocente (quien sufría la infamia era la familia y la posible confiscación del patrimonio), e inútil porque en realidad no producía ningún efecto represivo o ejemplar”. Aunque ya desde el siglo xvii era objeto de crítica, sobre todo en el ámbito anglosajón,³⁶ sumado al importante proceso de secularización que vivía la sociedad europea de la segunda mitad del siglo xviii, y que diferenciaba con cierta claridad que uno era el ámbito de la fe y de la consciencia, y otro el ámbito de la vida civil o terrenal. Al final de la Ilustración, en todo caso, a pesar del contrapunteo de los argumentos, la discusión sobre el suicidio se había ido alejando de las opiniones de la Iglesia —que se mantuvo en sus resabios medievales— y se ubicó, definitivamente, en el mundo de lo civil y, en buena medida, en el análisis del comportamiento mental del individuo.

En el siglo xix, destacados pensadores como Arthur Schopenhauer y Friedrich Nietzsche abonaron de manera relevante para atemperar el rigor social en contra de los suicidas, incluso en algún punto llegaron hasta la apología.³⁷

³⁵ Citado por Tasset, José, *David Hume. Escritos impíos y antireligiosos*, Madrid, Akal, 2005, p. 54.

³⁶ Cita 40, Sandoval, 2017, p. 242.

³⁷ Morín, 2001, en cita 4.

IV. EL SIGLO XIX MEXICANO

María del Refugio González señala, con toda precisión, que el *Diccionario razonado de legislación* (México, 1837) “es una de las obras que mayor interés tiene para conocer la doctrina jurídica mexicana del siglo XIX, en una de sus vertientes más significativa: la conservadora”.³⁸ Pero es ineludible iniciar el rastreo a través de esta obra, no sólo por las influencias ideológicas que recibió, sino porque fue una de las obras de mayor reconocimiento e influencia en el foro mexicano de su época.

El autor original del *Diccionario* fue el español Joaquín de Escriche, pero el jurista mexicano Juan N. Rodríguez de San Miguel, “ilustrado católico” y editor de la obra —apunta González— fue quien se dio a la tarea de recuperar todas las citas de autores y obras que el autor suprimió originalmente. Esta decisión dio una enorme valía al *Diccionario* y constituyó—considero— una obra en sí misma para proyectarse al futuro y convertirse en un texto de gran influencia en el mundo jurídico mexicano del siglo XIX, en donde alcanzó múltiples ediciones; influencia y ediciones que, por cierto, se multiplicaron por España y América Latina.³⁹

Pues bien, este *Diccionario*, en la voz “suicidio” (ed. de 1837) hace referencia a la acción de “quitarse asimismo [sic] la vida”, y que es precisamente la misma que había dado unos años antes la RAE. Y agrega las siguientes ideas: la primera era que el suicida antiguamente perdía sus bienes si no tenía herederos, “pero esta disposición legal ya no está en uso”, porque se pensaba que quien lo hacía “perdió antes el juicio”; la segunda era que debía colgarse el cadáver si era culpable y procedía tal pena; en tanto que la tercera indicaba: “Entre los romanos no se imponía pena alguna al que se

³⁸ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de san Miguel*, edición y estudio introductorio por María del Refugio González, México, UNAM, 1996, p. 7.

³⁹ Ídem, pp.7-8.

daba la muerte por tedio de la vida, por impaciencia de algún dolor o acontecimiento desgraciado, por causa de deudas o por vanagloria”, y refería a la confiscación en caso de ser culpable. Y cita a pie de página precisamente a las P 7, 1, 24 y P 7, 27, 1 —ya reseñadas en el apartado previo— añadiendo que el Escriche omitió el canon 11 “*de sepulturis*”, y que se refiere a “que al suicida no se da sepultura eclesiástica”, todo lo cual también ya se describió.

En el *Diccionario* destacan tres elementos: 1) la definición recientemente incorporada al español de la voz “suicidio”, 2) la referencia expresa al mundo románico y 3) la falta de vigencia de las sanciones prescritas; es decir, reconocía el peso y la influencia de las *Siete Partidas*⁴⁰ en el Derecho mexicano, pero dejaba claro, por otra parte, quizá más importante, que el término aludía a una conducta que ya no se perseguía ni castigaba y que, en el mejor de los casos, su punición se dejaba al ámbito de la fe. De allí tal vez que se haya omitido desde la edición original (1831), antes de la glosa de Rodríguez de San Miguel, la referencia al canon 11.

Así, nos parece que el Escriche contiene tres ideas torales en el proceso de construcción del fenómeno de quien practicaba el propicidio: incorporó al mundo jurídico mexicano el concepto de suicidio, para dejar atrás el desesperamiento medieval; reconoció que era una conducta que había dejado de ser del interés del Derecho criminal de la época y la relegaba más bien al mundo social y, tercera, esta última decisión se inscribió claramente en el proceso de secularización del fenómeno. Todo lo cual significaba, de cierta manera, un gran avance en términos culturales.

⁴⁰ El lenguaje se fue adecuando, según la edición de *Partidas* que se consulte. En el caso de la edición de las *Siete Partidas* de 1807, salida de la Imprenta Real y, por ello, de una edición oficial, en las P 7, 1, 24 y P 7, 27, 1 sólo se habla de “desesperado” o “desesperamiento” (*Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio por la Real Academia de la Historia, tomo III, Partida Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima*, de orden y a expensas de SM, Madrid en la Imprenta Real, año de 1807, p. 533). Pero si la búsqueda se hace en una edición posterior; por ejemplo, en las *Pandectas Hispano-mexicanas* de 1852, *Pandectas*, III, núm. 4591, que es la P 7, 1, 24. en P 7, 1, 24 inicia hablando “Del suicidio” y enseguida aparece el mismo texto que en la edición de 1807.

Por supuesto que ese proceso comenzó, formalmente, un poco antes, cuando la RAE, en 1817, incorporó el término suicidio y su breve definición; que a su vez se inscribía en el largo devenir iniciado desde el Renacimiento. A partir de aquí se perfilan los nuevos elementos que describirían a la conducta más en el terreno médico y del comportamiento de las personas. Sin embargo, me parece que una de las obras que mejor explicó la situación jurídica y hasta sociológica del suicidio en el México de mediados del siglo XIX, fue el “Marcos Gutiérrez”, como se le conocía a la *Práctica forense criminal*, otra de las obras más citadas e influyentes del foro mexicano. Dentro “De los delitos contra la persona del ciudadano y sus penas” aparecía, en primer lugar, el homicidio y, en segundo, el suicidio, al que definió como “homicidio de sí mismo”; dentro de esa larga tradición forjada desde el mundo medieval. Le dedicó a dicho término algunos párrafos, entre los que destacan dos ideas que muestran de forma evidente, desde nuestra perspectiva, el pulso del Derecho criminal mexicano de esa época, si pensamos que se trata de una de tantas ediciones de esa obra, cuya popularidad en el mundo de los tribunales había sido *mexicanizada*. “Pero ¿quién creería que en dichas naciones [refiriéndose a “la sabia Inglaterra” y otros países de Europa] se hace comparecer ante un tribunal a un ser que ya no existe, que se presenta contra él una acusación, que se forma un proceso, y que se condena un asqueroso cadáver a unas ignominiosas y ridículas ceremonias?” Se pregunta con sorna y sorpresa el autor. No da respuestas; sólo las formula para enfatizar la ironía y llevarlas al punto de lo inverosímil; y remata diciendo con toda seriedad:

Nosotros distamos mucho de hacernos apologistas de una acción que varios filósofos antiguos y modernos han defendido con sofismas, y que nuestra santa y venerable religión justamente condena; pero séanos lícito decir que en nuestro dictamen en el catálogo de los delitos y penas de una legislación criminal debiera pasarse en silencio el suicidio, reservando para Dios su castigo (Gutiérrez, 1850).

Esta última idea no deja lugar a dudas: es contundente desde el punto de vista del jurista, el suicidio debía castigarse en el ámbito de la fe, y con ello sólo la pervivencia de los postulados del Derecho canónico en la materia, en el que los suicidas debían seguir siendo repudiados después de su muerte, con todas las nefastas consecuencias de sufrimiento para la vida eterna. Para Gutiérrez pervivía el pecado del suicidio y todas sus derivaciones en el más allá, pero no debía existir más este delito.

Y junto con esto, cabe reiterarlo, no se puede soslayar que desde hacía años soplaban, desde los gobiernos liberales mexicanos, los vientos de la separación Iglesia-Estado, hasta que, finalmente, se consumaría la Reforma, y con ello la posibilidad de que la autoridad civil controlara los panteones, de tal manera que la Iglesia no impidiera la inhumación de los cadáveres, aunque se tratara de suicidas. La separación entre el mundo terrenal y el reino de Dios, entre el Derecho civil —*lato sensu*— y el Derecho canónico, dejaba sentir sus favorables consecuencias, después de una lucha centenaria, jalonada de avances y retrocesos.⁴¹

V. LOS TIEMPOS ACTUALES

Como parte del ensanchamiento del ámbito de los derechos humanos y de los avances importantes en la Medicina —sobre todo en

⁴¹ Aun cuando hay cierto desacuerdo entre los especialistas, parece que fue desde el siglo VI cuando la Iglesia impuso, como parte del castigo y del destierro de la comunidad cristiana a quien se matara a sí mismo, impedir su enterramiento en el campo santo. Sandoval dice en cita 3 que fue en el Concilio de Orleans del año 533 (idem, 2017, p. 148). Por su parte, Cohen dice que fue en el Concilio de Praga del mismo siglo. Sin embargo, también advierte que fue en realidad Platón quien había adelantado esta idea y luego arraigó en el cristianismo y judaísmo (Cohen 2010, pp. 31, 145). Lo que no deja de ser sorprendente es la persistencia milenaria del derecho canónico. En efecto, en el *Código de Derecho canónico*, jeditado en 1978!, se dice en 3, 2^a, 3, 1240 y que correspondería en el tiempo al *Canon* 11: “Están privados de la sepultura eclesiástica, a no ser que antes de la muerte hubieran dado alguna señal de arrepentimiento: 3°. Los que se han suicidado deliberadamente” (Código, 1978, p. 312).

lo relativo a la prolongación de la vida— y la Filosofía, en los años setenta del siglo pasado comenzó a hablarse de una nueva disciplina: la Bioética, desde ese momento y hasta la fecha, la discusión científica se ha multiplicado aceleradamente. Sin describir siquiera sucintamente sobre sus principales cauces y causas, aquí me adhiero a la vertiente liberal trazada por Rodolfo Vázquez y otros especialistas en la materia:

Un liberal, o al menos el liberal al que aludimos, parte del supuesto de que toda elección individual es valiosa por el mero hecho de ser libre [...]. No niega que puede haber formas de vida mejores que otras, pero rechaza cualquier intervención del Estado (o de otros individuos) que busque imponer de manera perfeccionista o paternal algún plan de vida y, por lo tanto, proscribire las acciones que perjudiquen la autonomía y bienestar de terceros.⁴²

En esta lógica, siguiendo a John Stuart Mill e Immanuel Kant, el principio de autonomía personal resulta fundamental y el bien protegido por dicho principio es la “libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros”;⁴³ libertad que, en una larga curva de tiempo, se une al pensamiento de Séneca o, mejor dicho, después de un largo trayecto se regresa al pensamiento de este filósofo.

No se soslayar que el Derecho romano canónico germánico, del que se desprende como familia jurídica nuestro derecho y al que hemos aludido en los apartados precedentes, tiene como una de sus principales columnas el derecho a la vida, en el que la carga ideológica del cristianismo, con sus principios y valores construidos desde el mundo medieval y romano, abonó desde hace tiempo para conducirlo hasta el punto de la sacralidad.

Por fortuna, esta idea ha cambiado paulatinamente, con mayor rapidez en los últimos años, y el valor de la vida en ciertas con-

⁴² Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, FCE, 2004, p. 11.

⁴³ Ídem, p. 12.

diciones se relegaría por el valor de la libertad y del ejercicio del principio de autonomía. Por ejemplo, cuando una persona prefiere morir —en la modalidad de “suicidio asistido” o de “eutanasia”—⁴⁴ antes que seguir con vida. El desarrollo de las sociedades modernas parece ir en esa dirección, aun cuando no puede soslayarse que, al mismo tiempo, frente al suicidio permanece la reprobación social. Por supuesto que el ejercicio pleno de la autonomía también aplica cuando el individuo decide prolongar su vida hasta que el cuerpo se lo permita, o cuando decide renunciar a ésta para dejarla en manos de un ser superior, aunque parezca paradójico. Pero, como atinadamente lo expresa Carmen Juanatey:

no hay razón para pensar que la libertad sea siempre un valor superior a la vida. Pero creo que sí la hay para no intervenir jurídico-penalmente en la decisión de una persona adulta y en pleno uso de sus facultades mentales sobre cuándo poner fin a su vida [...]. La autonomía del individuo supone reconocer que es él —no la sociedad o algún ser sobre natural— el único que ha de ejercer el control sobre su vida y sobre su muerte.⁴⁵

Por lo tanto, bajo este estado de cosas, creo que lo más pertinente sería dejar el concepto de suicidio únicamente para las conductas relacionadas con estados anímicos frágiles y de ciertas patologías médicas,⁴⁶ de “desesperamiento”, como se decía antaño, en las que

⁴⁴ Para Rodolfo Vázquez existe “eutanasia” cuando: *a*) se precipita la muerte, *b*) se trata de un enfermo terminal, *c*) la desea, *d*) el objetivo es evitar un daño mayor; *e*) la acción u omisión la realiza una tercera persona, y existe “suicidio asistido” cuando no está presente el inciso *b*) (cita 1, *idem*, p. 67).

⁴⁵ Juanatey, 2004, p. 12.

⁴⁶ “la psiquiatría ha tirado al cesto de la basura el “pecado” del suicidio para convertirlo en un desorden mental detonado por la depresión y que amerita tratamiento.”, Álvarez del Río, Asunción, *La muerte asistida en México. Una opción más para morir con dignidad*, México, DMD *et al*, 2017, p. 18. Éste pareciera ser el caso, por ejemplo, que presenta Graciela León, quien estudia a las mujeres suicidas de los sectores marginales de la Ciudad de México, entre 1890 y 1929, en el que señala que si bien es cierto todavía hay cierta tendencia a asociar su conducta suicida a la debilidad de sus pasiones,

el Estado debe impulsar políticas públicas para atenderlo, sobre todo en el caso particular de los jóvenes y de otros sectores vulnerables, además de aceptar una nueva expresión para las personas que, en el uso responsable de su autonomía, puedan decidir con libertad la continuación o conclusión de su vida⁴⁷ y ponerla en la frontera de los derechos humanos. La expresión que proponemos es el “derecho a la muerte digna”, es decir, se trata de la posibilidad de tener una muerte ponderada, decidida en el momento en que la vida pierde sentido continuarla, cuando no hay desesperación ni tragedia —por ello no es pertinente denominarla “suicidio asistido”, por las difíciles y traumáticas evocaciones—, sino la convicción de concluirla, porque en el conjunto de ideas, anhelos y valores prohijados a lo largo de su vida, el individuo ha llegado al final por cuestiones de enfermedad —no forzosamente terminal ni incurable—, o emocionales, o ambas; en esencia, porque piensa y decide que su vida está completa —y si no lo está por cualquier otra razón—, que no puede prolongar más tiempo las condiciones en las que se encuentra; sería deseable que su entorno afectivo íntimo estuviera enterado, que hubiera acompañamiento y respeto.

Si bien es cierto que el concepto de “dignidad” ofrece una gran complejidad filosófica, de la que en ocasiones podrían explicar un poco más quienes hablan de “morir con dignidad”,⁴⁸ aquí me sumo

a un romanticismo mal interpretado, en realidad fueron la pobreza, la violencia y el abandono las posibles causas que las orillaron a tomar esa decisión, León, Graciela, “Cansada de la vida, maldigo a mi esposo. Mujeres suicidas en la ciudad de México 1890-1929”, texto presentado en el Seminario Permanente de Historia Social, 20-05-2019, El Colegio de México, pp. 27-28.

⁴⁷ En el caso de la existencia de enfermedades graves o incurables, existen los términos de eutanasia y suicidio asistido.

⁴⁸ Álvarez del Río, 2017, *passim*. Si bien es cierto que no pretende ser un libro especializado, al incorporar la expresión “morir con dignidad”, creemos que sí debían fijar su posición de lo que se entienden por esta expresión dadas sus largas y extensas vinculaciones con la doctrina cristiana y de la que se distancian con mucha claridad. Para una visión más amplia, véase Eberle, Edward J., “Observations on the Development

a la postura trazada por Pufendorf, a la dignidad que se construye desde la vertiente liberal, y que nos conduce al concepto de la libertad que tiene el hombre para ponerse los límites que él mismo ha decidido, y que la libertad misma supone el ejercicio de la autonomía del individuo,⁴⁹ por ello, reitero, el nuevo derecho humano por el que pugno es el “derecho a una muerte digna” que, por obviedad, siempre debe estar al final de todos los demás.

Por otra parte, si el Derecho mexicano reconoce hoy amplias libertades sexuales y reproductivas; si ha abierto espacio en los regímenes jurídicos para regular el uso de ciertas drogas antes satanizadas —mariguana y cocaína—; si permite el uso y abuso de otras no prohibidas, como el alcohol y el tabaco; si la utilización del cuerpo para modificarlo y transmutarlo también está permitido, a lo cual hay que sumar otros tantos muchos derechos ganados desde la Ilustración, primero para el individuo, después, para los colectivos, ¿hoy, con qué argumentos podría negársele a un individuo decidir, en el pleno ejercicio de su autonomía, sobre el último momento de su vida? Cuando, además, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se reconoció la autonomía como tal y, tiempo después, la Carta de los Derechos de los Pacientes también.⁵⁰

Desde mi punto de vista, se trata de un tema pertrechado en los viejos argumentos prohijados por la Iglesia católica desde el Medievo, reciclados por el protestantismo, luego reprocesados por el *iusnaturalismo* de corte religioso en la actualidad; difundidos, multiplicados y manipulados tramposamente por los sectores conservadores. Son los mismos personajes y argumentos que anularon los

of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview”, *Liverpool Law Review* volume 33, pp. 201-233 (2012), <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10991-012-9120-x>>.

⁴⁹ Becchi, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, México, Fontamara, 2016, p. 15. En este libro se hace una discusión amplia sobre el concepto de dignidad humana.

⁵⁰ Brena, Ingrid, “La autonomía de las voluntades anticipadas”, Manuel H. Ruiz e Ingrid Brena (coords.), *Bioética y derechos humanos*, México, UNAM, 2018, p. 32.

avances en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), en 2007, cuando se promulgó la Ley de Voluntad Anticipada, y diez años después en su primera Constitución, aun cuando en su artículo 6°, inciso a), se habla de la autodeterminación personal, en un sentido cercano al de la autonomía, y no se han logrado —todavía— mayores avances en la realidad de las personas. Son los mismos que, hasta ahora —esperamos que no por mucho tiempo— han logrado que la eutanasia y el suicidio médicamente asistido estén prohibidos en el país.⁵¹

Es verdad que algunos destacados pensadores y teólogos, dentro de la Iglesia católica, están tratando de abrir, sin renunciar a los principios de su fe, los cauces que permitan transitar a los fieles hacia “una muerte feliz”, pero aún no encuentran alternativas posibles dentro de la institución.⁵² Por fortuna, no todo es retroceso; sin embargo, tenemos muy claro que no hay otro camino que la perseverancia y el largo aliento, como en las conquistas anteriores. Y como muestra de esta perseverancia y esperanza, vale la pena mencionar, brevemente, tres fragmentos que son parte de los argumentos dados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2017, en el amparo que concedió a una persona para el uso lúdico de la marihuana —y que también sustentan el otorgado al uso lúdico de la cocaína—:

si la medida legislativa [prohibicionista] sólo logra evitar o prevenir daños menores, entonces resulta desproporcionado que el legisla-

⁵¹ Geraldina González de la Vega nos dice que son tres “las razones que presentan quienes se oponen a la muerte asistida: 1) la protección de los vulnerables, 2) la pendiente resbaladiza, y 3) la sacralidad de la vida.” Por cuanto al primero y segundo puntos comenta que la autoridad podría establecer medidas estrictas para impedir que haya un uso indiscriminado de la muerte asistida en la que los vulnerables queden incluidos y, por cuanto al tercero, dice que no es sostenible en las sociedades plurales, ídem, “Muerte digna. Algunas reflexiones a propósito de dos sentencias sobre eutanasia y suicidio asistido”, Pauline Capdevielle, *Bioética y decisiones judiciales*, México, UNAM, 2018, p. 117, y, agregaríamos, menos en los Estados laicos.

⁵² Küng, Hans, *Una muerte feliz*, Madrid, Trotta, 2016.

dor recurra a una prohibición absoluta que afecta severamente el libre desarrollo de la personalidad [...]. La doctrina especializada ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas”, de tal manera que puede decirse que este derecho supone “la proclamación constitucional de que, *siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses* [sic].

El individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir, en forma libre, informada y responsable, su proyecto de vida, así como la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes. Pero este derecho “*no es absoluto pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público*” [sic].⁵³

Los argumentos parecen contundentes, pero conviene ahondar. El primero es, desde mi óptica personal, el exhorto que hace la Suprema Corte al legislador para que modifique su posición prohibicionista, sin los relativismos que las circunstancias imponen siempre a los absolutos. Desafortunadamente, de acuerdo a los reportes de la prensa, no hay condiciones en el país, aunque sea para avanzar en la regulación flexible en el consumo de la mariguana. En segundo lugar, la aceptación lisa y llana del Tribunal Constitucional —la SCJN también hace esta importante función— del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual define de forma precisa en el segundo párrafo transcrito. Pero, además, aprovecha la oportunidad para alejarse del paternalismo estatal —otro argumento también de la Bioética— y reconocer que ese principio tiene límites. En el tercer párrafo aparece la idea crucial: la libertad de la que el individuo debe gozar para elegir y vivir hasta el final su proyecto de vida; exactamente la misma libertad de la que hablaba hace siglos Séneca, y ahora tutelada por el Estado.

⁵³ Amparo en revisión 1115/2017, en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-03/AR-1115-17-180316.pdf>, consultada el 4 de febrero de 2020.

De manera complementaria y relevante, resulta lo que la literatura especializada observa sobre el “libre desarrollo de la personalidad”: “representa la consagración jurídica del principio de autonomía individual”.⁵⁴ (Santana, 2014: 99). Simple y brevemente se aclara la vinculación de ambos principios; se trata de las dos caras de la misma moneda, que buena parte de los estudiosos y la Corte se ocupan de explicar. Algunos, sin saberlo, se confundirían o se pensaría que se trata de dos conceptos surgidos de distintas tradiciones. Y remata: “no es un mero ideal social jurídicamente irrelevante. Constituye una fórmula jurídica reconocida habitualmente a nivel constitucional”.⁵⁵

Por ello, sorprende que, en el caso mexicano, el principio del libre desarrollo de la personalidad apenas alcanza una mención en el artículo 19 constitucional, y lo hace en el contexto de la materia penal. No obstante, a partir de las ideas que la Suprema Corte plasmó en el amparo ya citado y en otros más,⁵⁶ la perspectiva cambia radicalmente. El ambiente jurídico está listo —se cree— para que este principio alcance pronto la definición constitucional que la doctrina y varios países le han dado.

Finalmente, si se logra el convencimiento de que el “derecho a la muerte digna” forma parte del “libre desarrollo de la personalidad” o, mejor dicho, constituye su último eslabón, en donde el individuo elige “en forma libre, informada y responsable su proyecto de vida”,

⁵⁴ Santana Ramos, Emilia, “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valencia, núm. 29 (2014), p. 99. Y agrega dos ideas: a) “Es el individuo, y nadie más que él, quien decide cuál es el objetivo al que hay que enfocar su desarrollo personal”, en plena coincidencia con lo dicho por la Corte, y b) “plenitud del desarrollo personal y libre desarrollo de la personalidad serían expresiones sinónimas” (ídem, p. 104).

⁵⁵ Ídem, p. 100.

⁵⁶ No tenemos claro cuándo comenzó la Corte a echar mano de este principio, pero de forma relevante apareció en 2015, cuando resolvió una contradicción de tesis sobre divorcio: <<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2009591&Clase=DetalleTesisBL>>, consultada el 6 de febrero de 2020.

incluido el último instante de ésta y del que indudablemente forma parte, las preguntas que siguen son ¿cómo lograrlo? ¿a través de qué medios?

Estos planteamientos conducen, parcialmente, al camino de la muerte médicamente asistida, en la que los especialistas en Bioética han multiplicado la bibliografía crítica en los últimos tiempos, pero que no se abordará aquí.

VI. EPÍLOGO

El suicidio dejó de ser un delito hace más de un siglo en los países civilizados, pero, lamentablemente, sigue siendo una conducta moralmente reprobable para buena parte de la sociedad. Creo que sea una práctica que debe atenderse desde la Psicología y la Medicina. Pero hay otra vertiente de la terminación voluntaria de la vida que se supone no tiene que ver con esa conducta. Ante esta nueva práctica, propongo que se ejerza responsablemente, en el pleno ejercicio del principio de autonomía, que sin angustia ni *desesperamiento* se le reconozca como un nuevo derecho humano, el último, “el derecho a la muerte digna”.

No podía ser más categórico y certero Norbert Elias al señalar: “La muerte no encierra misterio alguno. No abre ninguna puerta. Es el final de un ser humano. Lo que sobrevive de él es lo que ha conseguido dar de sí a los demás. Lo que de él se guarda en la memoria de los otros”.⁵⁷ Esa puerta y misterio quedan limitados al ámbito de la fe o de la metafísica, que no todos profesan o comparten; creo que la libertad, en su más amplio sentido, es el principio clave de nuestra vida y por encima de ella nada... hasta sus últimas consecuencias.

Para concluir, es insoslayable que, irónicamente, termine estas líneas en los tiempos aciagos de la pandemia de la Covid-19, a raíz

⁵⁷ Ídem, 2015, p. 107.

de la cual ha habido millones de muertes, multiplicadas por todo el mundo; cuya mayoría de decesos, sus cercanos no lo querían ni esperaban, y por la que otros muchos morirán también, después de padecer las durísimas consecuencias que se pronostican y que lamentablemente ya se viven. ¿No hubiera sido un poco menos doloroso si hubieran pensado y proyectado con anticipación “su derecho a la muerte digna”, o que al menos se hubiera puesto sobre la mesa de discusión? Ni el destino ni la fe mitigarán las penurias que ya vivimos y las que están por venir.

VII. FUENTES CONSULTADAS

1. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas*. Ed. numerada, hecha sobre la impresión realizada en Sevilla. Adiciones del Dr. Montalvo, por Meynardo Ungut Alamano y Lanqalao en el año 1491, vol. 2. Valladolid, Lex Nova, 1988.

_____, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, t. 3. Madrid, Imprenta Real, 1807.

ÁLVAREZ DEL RÍO, ASUNCIÓN (coord.), *La muerte asistida en México. Una opción más para morir con dignidad*. México, DMD, 2017.

ARRUEGO, GONZALO, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*. Granada, Comares, 2019.

BAUZÁ, HUGO FRANCISCO, *Miradas sobre el suicidio*. México, FCE, 2018.

BECCHI, PAOLO, *El principio de la dignidad humana*. México, Fontamara, 2016.

BRENA SESMA, INGRID, “La autonomía de las voluntades anticipadas”, en Manuel H. Ruiz de Chávez e Ingrid Brena Sesma (coords.), *Bioética y derechos humanos. México y la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina*. México, Ins-

- tituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Comisión Nacional de Bioética, 2018.
- CAPDEVIELLE, PAULINE (ed.), *Bioética y decisiones judiciales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018.
- CHAN, B. y M. SOMMERVILLE, “Converting the ‘Right To Life’ to the ‘Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia’: An Anlysis Of *Carter vs. Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada”, *Medical Law Review*, vol. 24, núm. 2, 2016, en <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4914707/>>.
- COHEN AGREST, DIANA, *Por mano propia. Estudio sobre las prácticas suicidas*. México, FCE, 2010.
- DURKHEIM, ÉMILE, *El suicidio. Estudio de sociología*. Rev. de la trad. Sandra Chaparro Martínez. Madrid: Akal, 2012.
- DWORKIN, RONALD, *Life’s Domination. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. Nueva York, Vintage Books/Random House, 1993.
- EBERLE, EDWARD J., “Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview”, *Liverpool Law Review*, vol. 33, p201-233, 2012, en <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10991-012-9120-x>>.
- ELBEKE, E., “The Way Assisted Suicide Is Legalized: Balancing a Medical Framework against a Demedecalised Model”, *European Journal of Health Law*, vol. 18, núm. 2, 2011.
- ELIAS, NORBERT, *La soledad de los moribundos*. Trad. de Carlos Martin. México, FCE, 2015.
- ESCRICHE, JOAQUÍN, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*. Ed. y estudio introductorio de María del Refugio González. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, “Punto de partida: los individuos como agentes morales racionales”.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, GERALDINA, “Muerte digna. Algunas reflexiones a propósito de dos sentencias sobre eutanasia y suicidio asistido”, en Pauline Capdevielle (ed.), *Bioética y decisiones judiciales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018.

GUTIÉRREZ, JOSÉ MARCOS, *Práctica forense criminal, obra publicada por el licenciado Don José Marcos Gutierrez; útil y necesaria a los jueces, abogados, escribanos, procuradores, agentes de negocios y toda clase de personas. 1ª ed. mexicana adicionada*, t. 3. México, Imprenta de Juan R. Navarro, 1850.

JUANATEY, CARMEN, *El derecho y la muerte voluntaria*. México, Fontamara, 2004.

KRAUS, ARNOLDO, *Decir adiós, decirse adiós*. México, Mondadori, 2013.

KÜNG, HANS, *Una muerte feliz*. Trad. de Jorge Seca. Madrid, Trotta, 2016.

LEÓN, GRACIELA, “Cansada de la vida, maldigo a mi esposo. Mujeres suicidas en la ciudad de México 1890-1929”. México, ponencia presentada en el Seminario Permanente de Historia Social, El Colegio de México, 20 de mayo, 2019.

MOMMSEN, THEODOR, *Derecho penal romano*, 2 vols. Trad. de Pedro Dorado Montero. Pamplona, Analecta, 1999.

MONTANOS, EMMA y JOSÉ SÁNCHEZ-ARCILLA, *Estudios de historia del Derecho criminal*. Madrid, Dykinson, 1990.

MORÍN, ALEJANDRO, “Suicidas, apóstatas y asesinos. La desesperación en la Séptima Partida de Alfonso El Sabio”, *Hispania. Revista Española de Historia*, núm. 207, 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2018. <www.rae.es>

RIGHT TO DIE NEWS, “Right to Die News — Right to Die News

- List — FEN”, 2021, en <https://finalexitnetworknews.net/mailman/listinfo/righttodienews_finalexitnetworknews.net>.
- RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, JUAN N., *Pandectas hispano-mexicanas*. Est. introductorio de María del Refugio González, t. 3. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991.
- SANDOVAL, VICTORIA, *El crimen de suicidio en la edad moderna. Tratamiento institucional en la literatura moral y jurídica europea*. Madrid, Dykinson, 2017.
- SANTANA RAMOS, EMILIA, “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (Universidad de Valencia), núm. 29, 2014.
- SÉNECA, LUCIO ANNEO, *Tratados filosóficos. Cartas a Lucilio*. México, Porrúa, 2016.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), “Amparo en revisión 1115/2017”, 2017, en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-03/AR-1115-17-180316.pdf>, consultada el 4 de febrero de 2020.
- , “Contradicción de tesis sobre divorcio”, 2015, en <<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2009591&Clase=DetalleTesisBL>>, consultada el 6 de febrero de 2020.
- TASSET, JOSÉ (ed.), *David Hume. Escritos impíos y antirreligiosos*. Madrid, Akal, 2005.
- TÉLLEZ G., MARIO A., “Del desesperamiento, el suicidio y el derecho a la muerte. Un debate en ciernes”, en Mario A. Téllez G. (ed.), *Círculos jurídicos*. México, ITESM, 2018.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Manual de historia del Derecho español*. Madrid, Tecnos, 1995.
- VÁZQUEZ, RODOLFO, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*. México, FCE, 2004.



LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CAMPO MÉDICO: UNA POSTURA JURÍDICA

HUMAN RIGHTS IN THE MEDICAL FIELD: A LEGAL POSITION¹

CAROLINA CAMPOS SERRANO²; LAURA PÁEZ DÍAZ DE LEÓN³

RESUMEN: La complejidad de la práctica médica en hospitales ocasiona se vulnere el derecho humano a la salud. A partir de la observación del comportamiento de los médicos más jóvenes quienes se encuentran en proceso de formación profesional y de aquéllos que cursan la residencia médica —especialización— en estudios de posgrado, es que en este artículo se muestra como las nuevas generaciones de médicos son propensos a transgredir derechos humanos y cometer delitos por el desconocimiento de las consecuencias de sus actos. Se plantea la necesidad de que los derechos humanos sean parte de la educación en el campo médico y la urgencia de crear un modelo jurídico basado en derechos humanos y legalidad que permita armonizar la educación del área médica con el derecho.

PALABRAS CLAVES: *Derechos humanos, derecho a la salud, campo médico, educación en derechos humanos.*

ABSTRACT: The complexity of medical practice in hospitals

¹ El presente trabajo se plantea en el marco de la estancia de investigación posdoctoral. Se agradece al Programa de Becas Posdoctorales de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico UNAM el apoyo brindado para efectuar la presente investigación.

² Doctora en Derecho, profesora investigadora adscrita a la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. México. Contacto: <caritocampos@gmail.com>. ORCID:

³ Doctora en Letras Modernas, Profesora de Tiempo Completo Definitiva y secretaria de Investigación y Posgrado de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. México. Contacto: <laurapaez.unam@gmail.com>. ORCID:

Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2020; fecha de aprobación: 14 de octubre de 2021.

causes the human right to health to be violated. Based on the observation of the behavior of the youngest doctors who are in the process of professional training and those who are studying medical residency - specialization - in postgraduate studies, this article shows how the new generations of doctors are prone to transgressing human rights and committing crimes due to ignorance of the consequences of their actions. There is a need for human rights to be part of education in the medical field and the urgency of creating a legal model based on human rights and legality that allows harmonizing education in the medical field with the law.

KEYWORDS: *Human rights, right to health, medical field, human rights education.*

SUMARIO: I. Preámbulo; II. Consideraciones sobre los conceptos y su vinculación teórica; III. Metodología; IV. Evidencia empírica; V. Hallazgos; VI. Conclusiones.

I. PREÁMBULO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde principios del siglo XXI el problema de la mala atención proporcionada por el personal de la salud ha llamado especialmente la atención. Sin embargo, el enfoque que las autoridades de salud observan es que aquél va encaminado a un problema en la *calidad* en los servicios.⁴ Por este problema muchos más se han evidenciado, entre ellos se destaca el de la violencia obstétrica que reveló por diversos medios de comunicación, como los derechos reproductivos de las mujeres son fuertemente transgredidos.⁵

⁴ Hernández Torres, Francisco. La calidad de la atención a la salud en México a través de sus instituciones: 12 años de experiencia. Coordinado por Martha Alicia Alcántara Balderas. Secretaría de Salud. México, 2012. p.12

⁵ El periodista Pedro Matías realizó un reportaje especial para la revista Proceso

La presente investigación se plantea en el marco de la estancia posdoctoral realizada en la Universidad Nacional Autónoma de México con el proyecto el derecho humano a la salud y su estudio en las prácticas obstétricas. Así, iniciada la investigación se encontró que existen muchos estudios oficiales por autoridades⁶, academia⁷ y por asociaciones privadas⁸ que visibilizan la gran problemática que existe en el ámbito del derecho a la salud. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos a solicitud de recomendaciones internacionales⁹ ha tomado como suya esta problemática para investigarla y contribuir para aminorarla, un ejemplo de ello es la “recomendación general 31/2017. Sobre la violencia obstétrica en el Sistema Nacional de Salud” que pronunció ese organismo autónomo.¹¹

publicado el 4 de octubre de 2013, el cual en su título decía “Irma, la indígena mazateca que parió en el patio de un hospital”, lo mostraba gráficamente lo cual indigno al país. Derivado de esta y otras publicaciones en los medios de comunicación es que la CNDH atrae el caso y emite la Recomendación No. 1/2014 sobre el caso de la inadecuada atención médica de V1 y su recién nacido V2, indígenas mazatecos, en el centro de salud rural del municipio San Felipe Jalapa de Díaz, Oaxaca, emitida el 29 de enero de 2014 por el presidente de la CNDH, Dr. Raúl Plascencia Villanueva.

⁶ “Diagnóstico sobre victimización a causa de violencia obstétrica en México”, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, 2017. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/194701/Diagno_stico_VO_port.pdf

⁷ Castro Pérez, Roberto, “Génesis y práctica del habitus médico autoritario en México”. *Revista Mexicana de Sociología* 76, núm. 2, abril-junio, 2014

⁸ GIRE, Informe “Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México”, Capítulo 4. Violencia Obstétrica, Grupo de Información en Reproducción Elegida, AC, México, 2013.

⁹ Como es el caso de México ante la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW por sus siglas en inglés, que nuestro país rinde informes sobre los avances para erradicar la violencia contra las mujeres.

¹⁰ Recomendaciones Internacionales a México en materia de Derechos Humanos. Disponible en: <http://recomendacionesdh.mx/>

¹¹ La síntesis de dicha recomendación general fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 30 de agosto de 2017 en donde señala como objeto el contribuir a que las autoridades de salud identifiquen y combatan aquellas violaciones a derechos humanos de las mujeres en ocasión de la atención obstétrica.

No obstante, en estos últimos años el sector salud ha estado en constante movimiento¹². Evidencia de ello fue que durante el mes de abril de 2019, el entonces director del IMSS, Germán Martínez Cázares —director a partir del 3 de diciembre 2018—, aceptó el grave problema que existe en ese instituto y aseguró que todos esos males son heredados por administraciones pasadas: La falta de presupuesto y la consecuente carencia de equipos, instalaciones adecuadas y personal calificado en varias áreas tienen al Instituto Mexicano del Seguro Social en los bajos niveles de cobertura y de calidad de su historia¹³. Ante esta problemática que vive el Seguro Social se exhibe la existencia de la responsabilidad y violencia institucional del Estado Mexicano hacia todo el personal médico que presta el servicio de salud. Aunado a lo anterior también señaló, el entonces director del IMSS que existen fraudes y robos tanto de recetas médicas como en medicamentos y de recursos materiales: La corrupción también está en el IMSS.

Se agrava la problemática cuando los medios de comunicación dan noticias donde señalan que la negligencia médica, por parte de algunos médicos, han ocasionado la muerte de algunas personas.¹⁴ Aun cuando por otro lado, también cabe apuntar que se han mostrado las capacidades médicas que tienen los médicos comprometidos con su profesión, quienes aun sin tener todo el equipo necesario

¹² Se refiere específicamente a los años comprendidos entre el 2018 al 2020. Años en que hubo recorte presupuestal para el sector salud, se reformó al artículo 4 constitucional en el contexto al derecho a la salud y a su ley reglamentaria, se creó el Instituto del Bienestar y el contagio por la pandemia derivada del coronavirus SARS Cov2 que ha puesto en *jake* a los sistemas de salud en el mundo.

¹³ Gobierno de México. #IMSS en ruinas: German Martínez, video, revista panorama, México, 8 de abril de 2019. Ver en Línea. URL: <https://youtu.be/778-8nj89Rc/>

¹⁴ Bañuelos, Claudio, Investigan muerte de madre y su bebe por negligencia en el ISSSTE. La Jornada. 15 noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2019/11/15/por-negligencia-muere-madre-y-su-bebe-en-el-issste-de-aguascalientes-8551.html>

para trabajar, salvan las vidas de los pacientes.¹⁵

Los problemas que se presentan en el sector salud¹⁶¹⁷¹⁸ son muy graves, los cuales han crecido desordenadamente y ahora se ha convertido en una problemática gigantesca que no se puede resolver en lo individual porque están interrelacionados con otros factores que a su vez dan vida a otros problemas.

Del mismo modo, existen investigaciones bajo una mirada sociológica en la que se ha argumentado que el problema de deshumanización en el sector salud se debe a la instrucción recibida en sus primeros años de estudiantes de pregrado en donde adquieren la formación de médico. A esta formación es lo que han denominado el *Habitus Medico*.¹⁹ Este *habitus* médico se conforma por tres características principales: 1. El entrenamiento de la incertidumbre, para reconocer el conocimiento y distinguirlo con las limitaciones propias. 2. El entrenamiento para la atención distante, en el que se enseña a no involucrarse moralmente con los pacientes, y 3. Entrenamiento para el “manejo de los errores y fracasos” en su práctica, donde se enseña al desapego total a los pacientes en el caso de error.²⁰ Además de las anteriores existen otras prácticas más, que se

¹⁵ Comunicado del IMSS. Médicos salvan a bebé tras realizar cesárea a su mamá en estado de coma. W Radio, ciudad de México, 17 de junio de 2019. Disponible en: https://wradio.com.mx/radio/2019/06/17/nacional/1560799796_173288.html

¹⁶ Benassini, Oscar. “Atención en salud mental regionalización y reorientación en el marco de la descentralización de servicios de salud en México.” *Salud Mental* 20.4 (1997): 48-53.

¹⁷ Dreser, Anahí, et al. “Uso de antibióticos en México: revisión de problemas y políticas.” *salud pública de México* 50 (2008): S480-S487.

¹⁸ Híjar-Medina, Martha, María Victoria López-López, and Julia Blanco-Muñoz. «La violencia y sus repercusiones en la salud: Reflexiones teóricas y magnitud del problema en México.» *salud pública de México* 39 (1997): 565-572.

¹⁹ Castro Roberto y Erviti, Joaquina. (2015) *Sociología de la práctica médica autoritaria. Violencia obstétrica, anticoncepción inducida y derechos reproductivos*. UNAM, Cuernavaca, 2015, p. 51

²⁰ *Ibidem*, p. 55

desarrollan durante su formación en los hospitales escuelas, llamado el currículo oculto. 1) El Disciplinamiento Sistemático, consistente en una forma de castigos que obligan a estudiar a los estudiantes en caso de errores. 2) Las jerarquías dentro de la profesión, donde se enseña a respetar aquéllos que tienen mayores conocimientos. Respeto a sus superiores. 3) La distinción de género, se alude a aquéllos que no son aptos para desarrollarse en determinadas áreas del campo de la salud.²¹

El habitus médico permea no solo entre los médicos, sino también lo hace hacia el personal de enfermería e incluso entre el personal administrativo. Todos ellos son influenciados por ese habitus generándose conductas de autoritarismo y arbitrariedades entre ellos mismos y dirigiéndose también hacia los pacientes y familiares de los pacientes²². Esto se ha traducido en una deshumanización para aquéllos que son ajenos a ese medio.

Además, se observa que la violencia que vive la sociedad mexicana²³ ha permeado en todo el entorno, por lo que es imposible pensar que un hospital pueda permanecer ajeno a estas dinámicas sociales. Los hospitales las manifiestan a través de la violencia insti-

²¹ Ibidem, p. 59

²² Ibidem, p. 62-64

²³ Nájar, Alberto, *Violencia en México: cómo se explica el nuevo récord en el número de homicidios*, BBC News Mundo, México, 22 julio 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49079323>

tucional,²⁴ la violencia obstétrica²⁵, la violencia laboral²⁶ e incluso la violencia por robo²⁷ u homicidio a mano armada²⁸.

La investigación documental²⁹ no pudo resolver todas las interrogantes, por ello a través de la investigación de campo se buscó corroborar que a) el *habitus* médico sigue siendo el mismo o se ha modificado, b) que la violencia institucional conduce a provocar conductas deshumanizadas y c) que la generación demográfica Millennials es la constante en la que se señalan las principales negligencias médicas.

²⁴ De acuerdo con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, son los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

²⁵ La Secretaría de Salud define la Violencia Obstétrica como una forma específica de violación a los derechos humanos que implica toda acción u omisión por parte del personal del sistema de salud, que dañe, lastime o denigre a las mujeres durante el proceso preconcepcional, el embarazo, parto/nacimiento y puerperio, en “Guía de Implantación. Modelo de atención a las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio. Enfoque Humanizado, Intercultural y Seguro”, SSA: México, 2012, p. 95

²⁶ A quien obstaculice o condicione el acceso de una mujer a un empleo, por el establecimiento de requisitos referidos a su sexo, edad, apariencia física, estado civil, o condición de madre estará incurriendo en violencia laboral, tal y como se prevé en el artículo 279 del código penal del estado de México.

²⁷ IMSS denuncia robo de medicamentos controlados, en su comunicado oficial No. 106/2019 del mes de mayo de 2019 publicado en su página oficial donde señaló que el robo fue de 191 piezas de 14 medicamentos distintos de la farmacia del Hospital General de Zona (HGZ) No. 29, ubicado en la colonia San Juan de Aragón, de la Alcaldía de Gustavo A. Madero

²⁸ El Universal. *Con camioneta, derriban portón para rematar a hombre en hospital de Guanajuato*. El Universal, redacción, sección Estados, ciudad de México, junio de 2018, Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/estados/con-camioneta-derriban-portal-para-rematar-hombre-en-hospital-de-guanajuato>

²⁹ Muñoz Rocha, Carlos, “Metodología de la investigación”, Oxford, México, 2015, pp. 287 y 288

Cabe aclarar que esta investigación se concluyó antes de que estuviera presente el aislamiento³⁰ en torno al coronavirus SARS-CoV-2 conocido como Covid-19³¹ y se modificaran las condiciones en la atención médica en los hospitales.

La investigación teórica³² apoyada en la técnica documental arrojó los siguientes resultados:

- i. Desconocimiento de la disciplina de Derechos Humanos.
- ii. Desconocimiento de la Responsabilidad Jurídica en que se incurre por una conducta contraria a derecho.
- iii. Necesidad urgente de impartir un Taller de Sensibilización de DDHH a estudiantes de Pregrado y de Posgrado en las instituciones públicas de salud.
- iv. El Estado Mexicano incumple sus obligaciones en materia de derechos humanos en el sector salud.

³⁰ Aun cuando la Fase 2 de la contingencia sanitaria por el coronavirus SARS-CoV2 – COVID-19, fue anunciada por el Gobierno de México el martes, 24 de marzo de 2020, múltiples instancias gubernamentales y privadas se anticiparon a la suspensión de actividades desde el 17 de marzo, de manera parcial o total, para evitar el contagio en el país.

³¹ El coronavirus SARS-CoV-2 es un nuevo tipo de coronavirus que puede afectar a las personas y que se detectó por primera vez en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China. Mayoritariamente, en un 80% de los casos solo produce síntomas leves respiratorios. El virus se conoce como Coronavirus SARS-CoV-2 y la enfermedad que causa se denomina COVID-19, en *¿Qué es el Coronavirus SARS-CoV-2?* Hospital Clínic de Barcelona, Universidad de Barcelona. Disponible en: <https://www.clinicbarcelona.org/asistencia/enfermedades/covid-19/definicion>

³² La investigación teórica identifica alguna hipótesis que descansa en una teoría. Ésta se confirma o se modifica de acuerdo con los resultados obtenidos al tratar de comprobar la hipótesis, en Schmelkes, Corina y Schmelkes, Nora, “Manual para la presentación de anteproyectos e informes de Investigación”, Oxford, tercera edición, México, 2012, p.54

II. CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONCEPTOS Y SU VINCULACIÓN TEÓRICA

Para la investigación empírica se plantearon los conceptos derechos a la salud, a la igualdad y discriminación y su vinculación con otros derechos humanos bajo la óptica de la teoría de los derechos humanos.

La teoría de los derechos humanos “se sostiene en una serie de instrumentos jurídicos diseñados por representantes de las naciones y se complementa con el trabajo de instancias investigadoras, conciliadoras y jurisdiccionales especializadas que evalúan su cumplimiento”.³³ Esta teoría sustenta que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”³⁴

Los derechos humanos se rigen por cuatro principios rectores: Principio de Universalidad, que implica el reconocimiento de todos los derechos en favor de todas las personas, independientemente de su posición jurídica³⁵. El Principio de Interdependencia, el cual apela a la correlación que existe entre todos los derechos, de modo que el cumplimiento de uno promueve y facilita el cumplimiento de los demás y, por lo contrario, el obstáculo o negación de uno implica el de otro u otros³⁶. El Principio de Indivisibilidad, radica en que

³³ Hernández Barrón, Alfonso. (2016) *La teoría jurídica de los derechos humanos; el orden que surge del caos. Perspectiva desde el trabajo de la corte interamericana de derechos humanos*. Tesis doctoral dirigida por José Luis Piñar Mañas. España: Universidad CEU San Pablo. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=118416>

³⁴ Declaración Universal de los derechos humanos, Art. 1.

³⁵ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. (2011) *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica* en “La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”, Coords. Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.140

³⁶ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. (2011) *Los principios de universalidad, inter-*

los derechos forman en su conjunto un corpus indivisible, es decir, no se puede otorgar uno o unos y negar otro u otros. Asimismo, se refiere a que el ejercicio o goce de los derechos acarrea la obtención de todas las prestaciones que el mismo otorga y no es posible respetar o garantizar únicamente una o unas de esas prestaciones, y negar el resto. No existe jerarquía entre unos y otros³⁷; y el Principio de Progresividad, que atiende a la idea de la expansión de la protección y del beneficio a todas las personas y, a su vez, a la ampliación de la obligación protectora, promotora, garante y respetuosa de la autoridad en la materia³⁸.

Así, si se atiende a la correlación que existe entre todos los derechos, de modo que el cumplimiento de uno promueve y facilita el cumplimiento de los demás, entonces es posible entender que cuando se viola el derecho a la salud³⁹, también a la par se están violando otros derechos.

El concepto de Salud se define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de

dependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica en “La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”, Coords. Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.152

³⁷ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. (2011) *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica* en “La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”, Coords. Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.152 y 153

³⁸ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra. (2011) *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica* en “La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma”, Coords. Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p.159

³⁹ El derecho a la salud reconocido como derecho fundamental se encuentra consagrado en gran cantidad de instrumentos jurídicos internacionales, los cuales fueron debidamente ratificados por México, en Bermúdez, Gabriela Mendizábal. “La atención a la salud en México.” (2018), p.23

afecciones o enfermedades”⁴⁰⁴¹, mientras que el derecho humano a la salud es “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr...”⁴² El derecho humano a la salud⁴³ se encuentra previsto en el artículo 4 párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su ley reglamentaria es la Ley General de Salud además de un cuerpo de reglamentos y normas específicas⁴⁴. Cabe señalar que, al violentar el derecho a la salud, generalmente, hay un trato discriminatorio y omite el trato digno al paciente. La discriminación⁴⁵ es la omisión del derecho y principio de igualdad jurídica⁴⁶. La ausencia de igualdad se constriñe a la inexistencia del trato igual entre iguales en mismas condiciones o circunstancias.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis donde explica claramente la diferencia entre discriminación directa e indirecta. La tesis lleva por rubro DISCRIMINACIÓN POR OBJETO Y POR RESULTADO. SU DIFERENCIA⁴⁷. En esta tesis se explica que la discriminación ocurre cuando las normas y prácticas invocan explícitamente un factor prohibido de discriminación, a lo que le llama

⁴⁰ Ley General de Salud, artículo 1 bis

⁴¹ OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Formato PDF. Disponible en: <https://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>

⁴² Ibidem

⁴³ Para hacer efectivo ese derecho humano se instrumentó el Sistema Nacional de Salud en los términos del artículo 5 de la Ley General de Salud

⁴⁴ La Ley reglamentaria que emanó de este artículo 4 párrafo cuarto constitucional es la Ley General de Salud y de ahí se derivó una serie de reglamentos, normas oficiales y guías de práctica médica.

⁴⁵ La discriminación tiene la intención de nulificar o menoscabar los derechos y las libertades de las personas, se considera un delito tanto en materia federal como en el estado de México.

⁴⁶ Principio de igualdad jurídica: trato igual a los iguales en las mismas circunstancias y condiciones.

⁴⁷ Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima época. Registro 2012597. Pleno. Libro 34, septiembre 2016. Tomo I. Materia Constitucional. Tesis P.VII/2016 (10ª.), p.255

“categoría sospechosa”. La discriminación puede aparecer como causa motivadora de la distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria e injusta, y es a lo que se le llama discriminación por objeto o discriminación directa. Sin embargo, la discriminación por resultado o discriminación indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituye un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo debido a esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable.⁴⁸

Determinándose que la diferencia entre la discriminación directa de la indirecta radica en que la primera se encuentra regulada expresamente en la norma hacia un grupo en situación de vulnerabilidad, mientras que la indirecta puede aparecer también, cuando los efectos de su aplicación les generan un daño de discriminación a determinado grupo de personas. “Esto significa que una ley que, en principio, parezca neutra, podría tener efectos discriminatorios para cierto grupo de personas.”⁴⁹ En definitiva, la discriminación es una práctica cotidiana en la atención obstétrica tanto en hospitales públicos como privados del país. Tratándose de mujeres embarazadas hay que considerar que existe el binomio materno – infantil lo que conlleva a considerar más derechos transgredidos. En este último caso estamos hablando del interés superior del menor⁵⁰ y

⁴⁸ Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima época. Registro 2012597. Pleno. Libro 34, septiembre 2016. Tomo I. Materia Constitucional. Tesis P.VII/2016 (10ª.), p.255

⁴⁹ Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima época. Registro 2012597. Pleno. Libro 34, septiembre 2016. Tomo I. Materia Constitucional. Tesis P.VII/2016 (10ª.), p.255

⁵⁰ Regulado en el artículo 4 constitucional en su párrafo noveno y siguientes donde se precisa que el principio del interés superior de la niñez son acciones encaminadas a garantizar el desarrollo pleno de los menores para que gocen de una vida digna, tanto en condiciones materiales como afectivas que les permita vivir con completa satisfacción y bienestar posible.

del derecho a la identidad ⁵¹ en el caso de que fuera rechazada la atención médica por parte del centro de salud. En otros casos más delicados, en donde se pone en peligro la vida, seguridad y salud de las personas, se puede considerar vulnerado el derecho a la integridad y seguridad personal ⁵², incluso en caso de muerte, el derecho a la vida.

También existe la violencia psicológica ⁵³, la que se define como el trato deshumanizado ⁵⁴ por parte del personal médico. Este considera tres tipos de prácticas: 1) la omisión de la información, 2) el trato deshumanizado, y 3) actos u omisiones que impliquen discriminación o humillación. ⁵⁵ Al concretarse cualquiera de esas conductas se configura el mal trato con lo que se atenta contra la dignidad humana ⁵⁶, pero también en discriminación de sus derechos. Lo delicado de las prácticas de discriminación —que a la vez generan

⁵¹ También regulado en el artículo 4 párrafo octavo donde se le reconoce el derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a la persona recién nacida garantizándole el Estado con ello sus derechos.

⁵² Al privarle de sus derechos a un individuo se está atentando contra el pleno desarrollo de la persona, conocido como derecho a la integridad. El derecho a la integridad personal implica la prohibición a la pena de muerte, a la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagrados en el artículo 22 constitucional.

⁵³ La violencia psicológica esta considerada como un delito previsto en el artículo 282 del Código Penal del Estado de México.

⁵⁴ Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 6, fracción I

⁵⁵ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. (CEAV) (2017) “Diagnóstico sobre victimización a causa de violencia obstétrica en México.” [En línea] Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/194701/Diagnostico_VO_port.pdf, [Consultado 8 de febrero de 2019] p.6

⁵⁶ En la tesis aislada P. LXV/2009 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 8, la SCJN reconoce el valor superior de la dignidad humana, en cuanto a que ésta es necesaria para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, puesto que se consideran implícitos otros derechos como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.

violencia hacia las personas— es que han decantado en la creación de un nuevo tipo punitivo⁵⁷. Éste considera que se atenta contra la dignidad humana, por tanto, el resultado perjudicial que prohíbe el derecho penal es “la intención de nulificar o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”.⁵⁸

Es notorio que los principios de interdependencia e indivisibilidad que señala la teoría de los derechos humanos están presentes, por ello la observancia de los derechos humanos debe ser una práctica obligada por todas las personas y enfatizarse en los servicios de salud.

Esta misma teoría señala que el garante de los derechos humanos es el Estado y para ello cuenta con obligaciones y deberes. Para el caso de México esas obligaciones y deberes se encuentran plasmados en el artículo 1º, tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por un lado, se encuentran las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos⁵⁹ de conformidad con los principios rectores ya estudiados, y por otro lado con el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos⁶⁰. Ante toda la problemática que presenta el Sistema Nacional de Salud, el Estado Mexicano es el responsable de proteger y garantizar el derecho humano a la salud y de sancionar y reparar las violaciones al mismo.⁶¹

⁵⁷ Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), artículo 206 fracción III

⁵⁸ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis: Aislada. Décima Época. Registro: 2005489. Sexto Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Primer Circuito. Libro 3, febrero de 2014, Tomo III. Tesis: I.6o.P42 P (10a.), p.2310

⁵⁹ Carbonell, Miguel. *Teoría de los Derechos humanos y del control de convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, quinta edición, México, 2014, p.18

⁶⁰ Becerra Ramírez, Manuel, *Artículo 1o., tercer párrafo. Prevenir, investigar, sancionar y reparar como deberes del Estado frente a violaciones de derechos humanos*, en “Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, t. I”, Cords. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Caballero Ocha, José Luis y Steiner, Christian IIJ-UNAM, SCJN, Fundación Konrag Adenauer, México. 2013, p.140

⁶¹ Salazar Ugarte, Pedro y otros, Las obligaciones del Estado, en “La reforma

Lo relevante es que, tratándose de centros de salud pública, sin importar quién sea el servidor público que cometa la infracción, de acuerdo con la legislación, ésta es considerada una Responsabilidad del Estado Mexicano⁶².

III. METODOLOGÍA

Para la investigación de campo se utilizó la metodología *ex post facto*⁶³. Se elige este tipo de metodología por considerarse la más apropiada para establecer posibles relaciones de causa-efecto. La metodología *ex post facto*: ... es un planteamiento contrario al normalmente usado. Aquí sucede que el investigador, a diferencia de lo que ocurre en la metodología convencional, no puede manipular la variable independiente, porque ésta ya se presentó y produjo sus efectos sin que el investigador los conozca; pero sí está en condiciones de analizar el efecto, es decir la variable dependiente, para tratar de identificar las causas que lo produjeron.⁶⁴

En el campo médico, desde la postura jurídica, se analizan los efectos de determinados actos en la salud humana que han producido trasgresión a derechos humanos en las personas, buscándose las causas que los han ocasionado para minimizar sus efectos.

Para el desarrollo de la técnica de campo se determinaron lineamientos metodológicos⁶⁵ que sirvieron para establecer la línea

constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual”, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México, 2014, p.119

⁶² Salazar Ugarte, Pedro y otros, Las obligaciones del Estado, en “La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual”, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México, 2014, p.121

⁶³ *ex post facto*, su significado *después que sucedieron los hechos*. Esta metodología es muy común que se ocupe en el campo del derecho, ya que se requiere que se produzca el efecto jurídico para que se inicie su estudio.

⁶⁴ Mejía Mejía, Elías, *Metodología de la investigación científica*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005, p. 186

⁶⁵ Ponce de León Armenta, *Metodología del derecho*, México, Porrúa, 2011, p. 130.

de investigación. Se precisó como objetivo de estudio: Analizar los sucesos que originan la trasgresión de los derechos humanos en el Hospital Escuela del IMSS, ubicado en el estado de México, con el fin de identificar las causas de las incidencias y cómo interactúan los alumnos de medicina en el Sector Salud. Se eligió esta institución de salud, ya que es un hospital general de segundo nivel, que alberga la mayor parte de las especialidades médicas. Además, es un hospital-escuela con diversas categorías de alumnos que constituyen el universo⁶⁶ de estudio de esta investigación.

El universo determinado para la aplicación de la técnica de campo lo conforman los profesionales de la salud, alumnos universitarios, de pregrado y posgrado. Esta fase se apoyó en opiniones de médicos especialistas, médicos profesores y autoridades del mismo hospital.

Se trazó como hipótesis⁶⁷ principal: Los profesionales de la salud omiten pasos en los procedimientos, ocasionando involuntariamente error médico y trasgresión a los derechos humanos de las pacientes en el Hospital; y como hipótesis secundaria⁶⁸: La educación en derechos humanos en el campo medico sensibilizará a los alumnos universitarios, de pregrado y posgrado para brindar una atención médica con trato humanizado y evitar responsabilidad profesional. Básicamente, para la investigación *ex post facto* es imposible tener control sobre las variables independientes, puesto se deben tomar las cosas tal como son e intentar descifrarlas a través de las variables dependientes. Por otro lado, se propuso contar con un grupo de control dividido en tres categorías: alumnos universitarios, internos

⁶⁶ Se denomina Universo a la población sobre la que versará el estudio.

⁶⁷ Se puede definir a la hipótesis como la respuesta tentativa a un problema objeto de investigación, tal y como señala Muñoz Rocha, Carlos en *Metodología de la Investigación*, Oxford, México, 2015, p.196

⁶⁸ Para este trabajo se utilizaron hipótesis de investigación, que con base en la metodología *ex post facto* se requiere vincular a estas con las variables, por ello se eligió una hipótesis principal y una secundaria.

de pregrado y residentes de posgrado.⁶⁹

IV. EVIDENCIAS EMPÍRICAS

En esta etapa de la investigación, se tomó como muestras⁷⁰ experimentales situaciones reales que se produjeron espontáneamente en los actos médicos. Se obtuvo una explicación entre las relaciones causales y los elementos: la práctica médica y la violación a los derechos humanos. La intención fue indagar sobre los procesos que siguen los jóvenes médicos y demás profesionales de la salud y relacionarlos con los derechos humanos para visibilizar la manera en que interactúan los estudiantes en ese ámbito. Esta parte se complementó con las técnicas de la entrevista no estructurada, la observación directa y no estructurada, el diario y libreta de notas.⁷¹

Se diseñó el taller de sensibilización en materia de derechos humanos⁷² que se impartió al grupo de control dividido en las categorías: alumnos universitarios, internos de pregrado y residentes de posgrado. El taller para alumnos universitarios de los semestres quinto, séptimo y octavo se celebró en dos sesiones de una hora y media los miércoles 21 y jueves y 22 de agosto de 2019. El taller para alumnos internos de pregrado se realizó en tres bloques de una hora los miércoles 25, jueves 26 y viernes 27 de septiembre de 2019 y, por último, el taller para alumnos de posgrado fue celebrado el 26

⁶⁹ Este grupo de control en sus tres categorías fueron alumnos seleccionados por el jefe de enseñanza del Hospital sin que se conociera su identidad, ni ningún dato que los pudiera individualizar previamente a las sesiones programadas con ellos.

⁷⁰ La muestra es el segmento de la población que se considera representativa de un universo y se selecciona para obtener información acerca de las variables objeto de estudio, en Muñoz Rocha, Carlos, *Metodología de la Investigación*, Oxford, México, 2015, p. 220

⁷¹ Todos estos elementos forman parte de la técnica de investigación empírica.

⁷² Este Taller se derivó de los resultados obtenidos de la investigación documental, en donde se visibiliza el desconocimiento de los derechos humanos en el campo médico y que se requiere verificar con la investigación empírica.

de febrero de 2020 durante la semana de capacitación e inducción que reciben los residentes, previo a la incorporación a sus servicios respectivos de la especialidad en el hospital. Fue una sesión única de dos horas y media.

1. ENTREVISTA CON EL JEFE DE ENSEÑANZA

Una semana antes, de iniciar el primer curso me presenté con el Jefe de Enseñanza, para organizar los grupos y me diera instrucciones para la impartición del taller. En esa entrevista me indicó que se había detectado que “las recomendaciones que llegan son para los médicos, pero también para el personal de enfermería y para las señoritas del área administrativa por dar mal trato a pacientes y familiares”, o bien, el llamado trato deshumanizado en hospitales. Comentó que “este primer grupo era de alumnos de los últimos semestres de la universidad y que había algunos que empezarían el próximo año su internado en el hospital. Estos jóvenes nunca han tenido contacto con el tema de los derechos humanos, por lo cual el taller era muy conveniente”. Ese mismo día, el jefe de enseñanza me enseñó el auditorio del hospital, lugar donde se impartió el curso. Es un recinto con capacidad para 100 personas, pero para el taller se estaba considerando un grupo de 80 alumnos, cuya asistencia era obligatoria. Me apoyó con parte de la impresión del material, pero no tuvieron acceso a los instrumentos de evaluación.

Categoría 1. Alumnos Universitarios de Medicina de la Facultad de Estudios Superiores Iztacala, UNAM.

El 22 de agosto de 2019, los alumnos en su totalidad de la UNAM tardaron en entrar al auditorio, los primeros ingresaron a las 11:05 horas y los últimos llegaron a las 11:45 horas. Éstos *últimos* fueron los alumnos de 8° semestre, quienes ya mostraban actitud de superioridad ante los demás, ejerciendo las jerarquías dentro de la

profesión⁷³. A estos últimos se les tuvo que pedir orden para que se condujeran apropiadamente dentro del recinto. El tema de la sesión fue el error médico, que conduce a la negligencia y a la violencia en hospitales. Se explicó la diferencia entre estos conceptos y cómo su ejecución produce delitos como el de responsabilidad profesional. Resulta interesante observar que los alumnos solicitaron un curso de derechos de los médicos para saber cómo se podían defender y ante quién podían acudir. Otra inquietud fue reconocerse incapaces de percibir cuándo realizan actos de discriminación a los pacientes. Se destaca que son los mismos médicos profesores con quienes realizan sus prácticas profesionales son quienes que giran esas instrucciones a los alumnos para que ignoren a los pacientes.

Por un período vacacional del Jefe de Enseñanza se pospusieron los talleres. En tanto eso sucedía, el 5 de septiembre de 2019 alrededor de mediodía me dirigí al hospital en comento para agradecer personalmente al director del hospital el que me haya permitido realizar esa primera actividad. En esa entrevista se utilizó la técnica de la entrevista no dirigida,⁷⁴ porque sólo fue una charla ligera y sin formalismos. Fue amable y comentó que existen problemas relacionados con la violación a los derechos humanos entre casi todo el personal. Al parecer, la gente que acude con sus pacientes se queja directamente por el mal trato que reciben ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o a la Comisión Estatal de Derechos Humanos. “El mayor problema es con el personal administrativo, que brinda una atención sin calidez humana”, comentó. En cuanto a las quejas por los médicos, no aclaró si son por una responsabilidad institucional o profesional. Al dirigir la conversación, me permití ofrecer algunas sugerencias: le comenté que se debería tener

⁷³ En esta primera sesión dejó ver que los estudiantes de octavo semestre ejercen el currículum oculto que es parte de la formación como médicos, como se refirió en el *habitus médico*.

⁷⁴ Ibáñez, Alejandro Acevedo, and Alba Florencia A. López Martín. *El proceso de la entrevista: conceptos y modelos*. Editorial Limusa, 2004, p.29

mucho cuidado con el asunto de la violencia obstétrica, ya que ahí es donde están los delitos previstos en el código penal del estado de México. Respondió “ya los hemos experimentado y ya hemos trabajado al respecto. Esa área la tenemos casi controlada para no incurrir en delitos. Sin embargo, se siguen vulnerando derechos humanos”. Me comentó “en Oncología se ha desatado la violencia de médicos y residentes hacia los pacientes y familiares de los pacientes. Son acontecimientos muy difíciles de controlar y prever”, me dijo. Y eso nos llevó al tema de los alumnos de posgrado que cursan su especialidad, cuya edad promedio está alrededor de los 30 años.⁷⁵ “Ellos son los más rebeldes y difíciles de tratar. Exigen sus derechos y casi no quieren estudiar con el ahínco con que lo hacían otras generaciones”. Me explicó que por esa dedicación de servicio los médicos eran respetados y reconocidos por toda la población, pero ahora “las nuevas generaciones quieren trabajar poco, retirarse a sus horas oficiales de salida sin la menor inquietud”. También aseveró que “la medicina se aprende con la práctica, no tanto en el aula universitaria, sino en la clínica, practicando”. Habló de la violencia en la sociedad y de cómo ha permeado en el hospital. De esa conversación destacó que la capacidad hospitalaria está rebasada por 200 mil pacientes, ya que ésta es de hasta 800 mil personas, pero a la fecha (2019) se encontraban atendiendo a un millón de personas. Me expresó su agradecimiento por estar impartiendo esos talleres y me invitó a continuar por el tiempo que yo quisiera, lo cual agradecí y aproveché para ofrecer la capacitación a los médicos titulados del hospital, con un taller enfocado en derechos humanos, pero dirigido a la responsabilidad profesional. Al parecer, el personal del hospital se comunicó entre sí y señalaron que estaba un representante de Derechos Humanos, pero nunca aclararon que

⁷⁵ La generación que actualmente cuenta con una edad de 30 años pertenece a la población por estadística demográfica conocida como *Millennials*, en Ramírez Arias, José Luis, Federico Rodríguez Weber, and Raquel Ocampo Lujano. “La educación médica para las últimas generaciones.” *Acta médica Grupo Angeles* 16.3 (2018): 267-270.

yo era una académica y que sólo iba a impartir los talleres de capacitación en la materia, por lo que poco a poco personal del hospital, representantes del sindicato, representantes de enfermería, entre otros se fueron presentando en la oficina, para escuchar lo que se hablaba. Ante ello, el director fue más parco en sus respuestas y yo entendí que la entrevista había concluido, de modo que me despedí y salí de su oficina.

CATEGORÍA 2. ESTUDIANTES INTERNOS DE PREGRADO

Día 1. El 25 de septiembre de 2019, a las 13:30 horas me presenté acompañada por una observadora, quien atendió el control de asistencia y la aplicación de los instrumentos de medición. El jefe de enseñanza me proporcionó el equipo de sonido y de cómputo para realizar el taller. Su técnico auxiliar nos ayudó en la instalación del equipo y sonido, ya que en esta ocasión se presentó un vídeo. A las 14:08 horas ya había alrededor de 30 estudiantes, por lo que el curso dio inicio. La observadora me ayudó a repartir el material y al control de asistencia. Los estudiantes tenían entre 22 y 26 años. Expresaron que en su grupo sólo había cinco estudiantes provenientes del Instituto Politécnico Nacional (IPN) y el resto eran de la FES Iztacala (UNAM). Este grupo fue más participativo. Sobre todo, cuando se explicaron los derechos humanos que tienen injerencia en el Sector Salud. Las preguntas e inquietudes empezaron a manifestarse, principalmente con el tema de violencia: cómo evitar la violencia de los pacientes y familiares ejercida en contra de los médicos. Planteando sus experiencias y lo que habían hecho para resolverlo o agravarlo, en su caso. Después de dejarlos que interactuaran, se les dio la opinión jurídica para evitar entrar en conflictos legales. Otro asunto que llamó su atención fue el consentimiento informado en la sala de urgencias. Este es el derecho a la información que se traduce a la información clara y oportuna sin dejar lugar a dudas sobre el padecimiento y el procedimiento que se le va

a realizar al paciente. Con estos dos temas se realizaron los grupos de discusión, donde se expresaron las inquietudes y se resolvieron dudas sobre la actuación de los jóvenes médicos y cómo evitar ser objeto de violencia y de responsabilidad profesional. Con esta dinámica concluyó la primera sesión.

Día 2. El 26 de septiembre de 2019 se presentó un vídeo⁷⁶ donde se mostró *como una persona asistente médico* negó otorgar el servicio de atención médica y de medicamentos en un hospital de IMSS ubicado en La Quebrada, estado de México. La intención era que reconocieran los derechos humanos que se vulneraban en dicha circunstancia. Es relevante mencionar que no todos los estudiantes eran los mismos que en la primera sesión. En esta ocasión se trabajó en dinámica grupal la solución de un caso práctico de los derechos reproductivos de una mujer menor de edad. El 90% de los internos comentaron que no le aplicarían un anticonceptivo porque no querían caer en un supuesto de responsabilidad profesional. Sólo una minoría decidió apoyar a la joven con un método anticonceptivo apropiado a las necesidades de su cuerpo, sin que existieran consecuencias jurídicas para ninguna de las partes. Acto seguido se explicó lo que era el error médico, cómo se construía y las consecuencias que derivan de él. También se indicó lo que debía entenderse por violencia en el ámbito de la salud y cómo se convertía en cocreadora de algunos delitos que impactaban directamente en la práctica médica. A lo que indicaron como ellos habían respondido en esas circunstancias, algunos con trato arbitrario.

Incidencia. Al concluir la sesión un alumno se acercó para preguntarme si él tenía alguna responsabilidad porque, durante su servicio en piso, la familiar de un paciente, sin importarle las reglas del hospital, aun cuando ella también es trabajadora del IMSS de otro nosocomio, había tomado el carrito de curaciones, y le había rea-

⁷⁶ Video grabado por la paciente y difundido en redes. “Empleada del IMSS niega insulina a paciente”. AM noticias. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=J66SczShp_U

lizado la curación al paciente. Cuando llegó el interno, a quien le correspondía esa actividad, notó lo sucedido y le dijo a la familiar: “Usted no puede hacer esto”. Ante ello, la mujer se tornó agresiva y le contestó casi a gritos “no le han hecho las curaciones a mi paciente y no le han dado informes médicos de la situación”. El interno abrumado y molesto se retiró sin confrontarla, pero lo asentó en el expediente clínico. No supo qué sustancia o medicamento le aplicó, ni qué procedimiento siguió. Le avisó a la jefa de enfermeras y ésta última tomó cartas en el asunto. Acto seguido, la enfermera le dijo al interno que se pusieran de acuerdo para que coincidieran las notas médicas en el expediente clínico⁷⁷. La mayor preocupación del interno era su situación jurídica. Se le explicó que él no era responsable mientras fuera estudiante, pero el médico tratante sí lo era. Así que debería avisarle, pero comentó que el médico tratante se había retirado. Sin embargo, avisó a los de la siguiente guardia. Quedó tranquilo cuando se le mencionó que había procedido correctamente.

En la última sesión se planeó una estrategia para tomar la asistencia y reconocer a los internos que se anotaban en la lista, pues ellos agregaban a otros compañeros. La observadora estuvo al pendiente de quiénes firmaban y aproximadamente cinco estudiantes pretextaron que debían ir a entregar papeles, más nunca regresaron⁷⁸. Al iniciar el curso se empezó dando un repaso de lo que es el error médico para dar entrada al tema de los delitos. En esta ocasión expresaron muchas inquietudes sobre la violencia de la que son objeto por parte de los pacientes y sus familiares. Al finalizar el jefe de enseñanza abordó las problemáticas que se estaban presentando: el tema de violencia que sufrió su compañero interno, el acoso sexual que están sufriendo algunas alumnas en el hospital y

⁷⁷ Estas acciones visibilizan como el personal de salud más experimentado, instruye a los alumnos de medicina a manejar las notas medicas que integran el expediente clínico.

⁷⁸ Fue notorio el desinterés en el curso y las prácticas deshonestas con la alteración y la falsificación de firmas de los compañeros ausentes.

los robos entre los internos. Les señaló la importancia de cumplir con el reglamento y sobre la limpieza de sus uniformes, así como de los lugares donde descansan por las noches. Mencionó que por el incumplimiento del reglamento en las faltas debían cubrir las inasistencias durante sus vacaciones. De esta charla se muestra que el *habitus médico* persiste, aun cuando ha cambiado en el sentido de que los profesionales de la salud ahora están más protegidos y se les impide tomar decisiones por sí mismos. Además de que el servicio social ya lo realizan en las ciudades por la inseguridad que existe en el país. Las medidas disciplinarias siguen existiendo, sobre todo porque los alumnos han quebrantado una regla de conducta.

El 8 de noviembre de 2019 me presenté en el hospital y me enteré qué el jefe de enseñanza se había jubilado. En ese momento, se me presentó al nuevo jefe, con quien platiqué un poco y me pidió tiempo en lo que tomaba posesión del puesto. Me indicó que lo buscara en enero de 2020.

CATEGORÍA 3. ESTUDIANTES RESIDENTES DE POSGRADO

El 14 de enero de 2020, el nuevo Jefe de Enseñanza, me informó que tenía programada la fecha para el curso de los residentes para el 26 de febrero del 2020, sería durante la semana de capacitación e inducción que reciben, previo a la incorporación a sus servicios de la especialidad en el hospital. Sería una sesión única de dos horas y media. El día del curso inicié a las 11:20 horas y noté que eran aproximadamente 42 alumnos los que ocupaban el auditorio. Todos médicos titulados iniciando su primer año de residencia. Su edad fluctuaba entre los 24 y los 30 años. Después de presentarme y expresar los agradecimientos, al director del Hospital y al jefe de enseñanza, inicié la exposición. Los temas les resultaron de interés a medida que se avanzaba y sobre todo cuando empezaron a intervenir con el caso práctico. Se pudo notar que tenían diferentes criterios para identificar un menor de edad y el médico que debería

tratarlo. Solo los médicos residentes con especialidad en pediatría sabían la respuesta correcta. Posteriormente al llegar a la respuesta del caso práctico, surgieron más interrogantes. Se destaca que ellos siguen las guías elaboradas por la secretaría de salud, las cuales dan imprecisiones legales al tratarse de menores de edad, lo cual fue notorio cuando se hizo la discusión. “La guía dice que los menores de edad si pueden decidir sobre su cuerpo”, aludió una alumna. Creció la discusión. Finalmente, les compartí la respuesta legal con el procedimiento y los requisitos que ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se hicieron comentarios generales, pero finalmente un alumno infirió, “sí no quiero tener problemas legales, aunque la guía diga que se puede, mejor no lo hago”. En ese sentido asintieron muchos de ellos. Lo que más les llamó la atención fueron las sanciones a las que pueden ser acreedores si no siguen las reglas previstas por las Normas Oficiales Mexicanas ya que existía desconocimiento de su existencia. Este grupo fue más sigiloso en sus experiencias y conductas médicas, tampoco sabían sobre el error médico y como se integra. Solo reconocieron conocer la negligencia médica, pero ya con experiencia de como evitarla en el expediente clínico.

V. HALLAZGOS

Después de haber procesado la información y analizado los datos se obtuvieron los siguientes hallazgos.

Hallazgo 1. Los estudiantes universitarios de medicina desean aprender sobre derechos humanos y responsabilidad profesional médica

Estudiantes de los semestres quinto, séptimo y octavo de medicina. De un universo de 80 alumnos que integró este grupo con edades que fluctuaban entre los 20 y 22 años, solo se pudo aplicar el instrumento de medición a 62 alumnos, por lo que con este número se tomó la muestra. Por el rango de edades, cabe advertir que este

grupo está dentro de la generación demográfica llamada *Centennials*. En función a los alumnos con posibilidad de vulnerar derechos humanos, los datos obtenidos muestran un riesgo alto de 28 alumnos lo que equivale a 35%; un riesgo medio de 24 alumnos lo que equivale a 30%, y un riesgo bajo con 28 alumnos lo que equivale a 35%. En total hubo un aprovechamiento de: 84% con la calificación más alta de 8.8 obtenida por 4 alumnos de séptimo semestre.

Cabe señalar que este grupo se mostró preocupado por el error médico y saber más sobre la responsabilidad médica. Se destaca que éste también manifestó estar interesado en repetir el curso y a que se les impartiera un curso sobre los derechos de los médicos.

Hallazgo 2. Los Estudiantes De Pregrado Y Posgrado Son Más Propensos A Vulnerar Derechos Humanos

Alumnos de pregrado – internos. De un universo de 56 alumnos que integró este grupo solo se consideró una muestra de 26 alumnos para el instrumento de medición. Las edades fluctuaban entre 22 y 26 años, lo que hace que este grupo se considere dentro del margen de dos generaciones demográficas *millennials* y *centennials* puesto que este grupo estaba conformado por la transición entre una y otra. En función a los alumnos con posibilidad de vulnerar derechos humanos los datos obtenidos muestran un riesgo alto de 34 alumnos lo que equivale a 61%. En este rubro se consideraron a los ausentes que inasistieron a la evaluación. Un riesgo medio a 10 alumnos el cual equivale a 21% y un riesgo bajo de 12 alumnos que equivale a 21%. El aprovechamiento fue de 84%, pero en función a la muestra de 26 alumnos ya que el universo era de 56 alumnos por lo que este dato no es definitivo. La calificación más alta fue de 9.2 y la obtuvo una alumna mujer.

Se subraya que este grupo mostró demasiadas conductas asociadas a la falta de ética y valores. Mintieron con mucha facilidad para evitar tomar el curso, falsificaron firmas — un total de 46 falsificaciones— y presunción de asumir otra identidad, todas ellas son consideradas falta de probidad. A este grupo se le recomendó trabajar

con la ética médica. En el informe que se presentará al director del hospital se sugiere repetir el curso ya que el riesgo de vulnerar derechos humanos y cometer delitos es alto. Aun cuando este grupo no mostró mayor interés de repetir el curso ni conocer sobre derechos humanos. Su mayor inquietud fue resolver sobre la violencia física y de acoso sexual que sufren en su persona.

Hallazgo 3. Los residentes evitan caer en problemas legales

Alumnos de Posgrado – Residencia Médica de primer año. De un universo de 40 alumnos de posgrado que integro este grupo se consideran 37 residentes de primer año y 3 de servicio social. En este curso no hubo ausentismo porque se realizó en una sola sesión y todos permanecieron de inicio a fin en el recinto. Las edades fluctuaban entre 24 y 30 años, correspondiéndoles la generación demográfica *Millennials*. En función a los alumnos con posibilidad de vulnerar derechos humanos los datos obtenidos muestran un riesgo alto de 8 estudiantes lo que equivale a 20%, un riesgo medio de 14 estudiantes lo cual equivale a 35% y un riesgo bajo de 18 estudiantes que equivale a 45%. El aprovechamiento fue de 87%, aun cuando se hace notar que la calificación más alta fue de 8.4, correspondiéndoles a 3 alumnos de residencia médica y uno del servicio social. Se destaca que aun cuando el aprovechamiento fue mayor la calificación más alta es menor que la que obtuvieron los alumnos de pregrado y estudiantes universitarios.

Recomendación trabajar con la ética médica. Se sugiere repetir el curso ya que son médicos titulados con experiencia profesional, a quienes se les han muerto pacientes y conocen los riesgos de la responsabilidad profesional médica, por lo que evitan caer en un problema legal. Además, señalaron desconocer los derechos humanos en la práctica médica y sus implicaciones.

VI. CONCLUSIONES

La investigación arrojó que los profesionales de la salud tienen desconocimiento sobre derechos humanos y la responsabilidad jurídica a la que son acreedores por una conducta contraria a Derecho. Además, el Taller de Sensibilización de Derechos Humanos impartido a alumnos universitarios, de pregrado y posgrado en hospitales-esuelas de instituciones públicas de salud reveló que los estudiantes de medicina de la UNAM no cursaron la asignatura ética médica, lo que constituye un factor que durante su estancia en *éste* vulneren los derechos humanos de los pacientes.

Ante la violencia que existe en la sociedad y que ha permeado en los hospitales, los estudiantes de medicina desean conocer sus derechos y las implicaciones legales de sus conductas causadas por error médico, pues existen quejas por negligencia. El error médico que se presenta en hospitales públicos es, generalmente, inexcusable lo que conlleva que se finque una responsabilidad administrativa al médico tratante y un acta administrativa a los estudiantes. En cuanto a la apreciación de los derechos humanos, los profesionales de la salud mostraron gran interés por la capacitación en materia de derechos humanos y en ampliar su cultura de legalidad para conocer las responsabilidades médicas, sus derechos y cómo ejercerlos.

La problemática que presenta el sistema de salud pública en el país se ha agudizado en el actual gobierno por el presupuesto reducido que se presentó para el período 2019-2024 y la aparición del coronavirus SARS-CoV-2, lo cual vino a evidenciar las grandes carencias hospitalarias en infraestructura, malas condiciones laborales del personal de la salud y las prácticas de corrupción que aún prevalecen, por lo que el incumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano en el ámbito de sus competencias en materia de salud, se visibilizan como una actividad administrativa irregular, ocasionando violencia institucional dirigida al personal de salud que repercute a pacientes con trato arbitrario y deshumanizado. Lo que todo apunta a un estudio de responsabilidad del Estado en el sector salud.

En el Hospital del IMSS, donde se realizó la investigación empírica, —a partir de marzo del 2020 es dedicado a pacientes Covid-19—, aunque ha disminuido la violencia obstétrica dentro de sus instalaciones, siguen prevaleciendo las trasgresiones a los derechos humanos, por ello es obligada la capacitación por lo menos una vez al año, donde se profundice en aspectos de derechos de los pacientes y de los médicos. Además, se debe reforzar la ética médica a todo el personal de la salud y resolver inquietudes sobre la violencia ejercida sobre ellos.

No se puede dejar de observar que el 8 de mayo de 2020 se publicó la reforma en donde se inserta en el artículo 4 párrafo cuarto constitucional “un sistema de salud para el bienestar para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social” y una reforma en cascada a la Ley General de Salud, lo que provocaría un cambio de paradigma. Sin embargo, el COVID, vino a replantear el funcionamiento y organización del sistema nacional de salud y por el momento solo hay incertidumbre.

En suma, se corrobora *a)* el *habitus* médico se está modificando y sigue en transformación; *b)* la violencia institucional provoca conductas deshumanizadas y *c)* los médicos de edades entre los treinta que pertenecen a la generación demográfica *Millennials* son en los que recaen la mayor parte de negligencias médicas. El riesgo de vulnerar derechos humanos y cometer delitos en hospitales por parte del personal de la salud es alto, por ello es urgente diseñar un modelo jurídico basado en la educación en derechos humanos y cultura de la legalidad aplicable tanto al Sector Salud como al del Derecho donde se integren estrategias para coadyuvar en mejoras a la educación con el fin de armonizar la interdisciplina de las ciencias médica y del derecho. No obstante, se deberá esperar a que la epidemia del coronavirus SARS-CoV-2 (Covid-19) encuentre una vacuna cierta que aminore esta epidemia para estar en condiciones de implantarse.

VII. FUENTES

- BAÑUELOS, Claudio, “Investigan muerte de madre y su bebe por negligencia en el ISSSTE”, en La Jornada, México, ciudad de México, 15 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/sociedad/2019/11/15/por-negligencia-muere-madre-y-su-bebe-en-el-issste-de-aguascalientes-8551.html>
- BECERRA-Ramírez, Manuel, “Artículo 1o., tercer párrafo. Prevenir, investigar, sancionar y reparar como deberes del Estado frente a violaciones de derechos humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, et al. (coord), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, t. I*, México, IJJ-UNAM-SCJN-Fundación Konrag Adenauer, 2013.
- BENASSINI, Oscar. “Atención en salud mental regionalización y reorientación en el marco de la descentralización de servicios de salud en México. “*Salud Mental* 20.4 (1997): 48-53.
- BERMÚDEZ, Gabriela Mendizábal, *La atención a la salud en México*. Morelos, Fontamara, 2018.
- CARBONELL, Miguel. *Teoría de los Derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, quinta edición, 2014.
- CASTRO, Roberto y Joaquina Erviti, *Sociología de la práctica médica autoritaria. Violencia obstétrica, anticoncepción inducida y derechos reproductivos*, Cuernavaca, UNAM, 2015.
- CASTRO-PÉREZ, Roberto, “Génesis y práctica del habitus médico autoritario en México”. *Revista Mexicana de Sociología* 76, núm. 2, abril-junio, 2014
- CEAV. “Diagnóstico sobre victimización a causa de violencia obstétrica en México”, Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. 2017, Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/194701/Diagno_stico_VO_port.pdf

- CEDAW. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>
- CÓDIGO Penal del estado de México
- CÓDIGO Penal Federal
- CÓDIGO Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México)
- CONSTITUCIÓN Política de Los Estados Unidos Mexicanos
- DECLARACIÓN Universal de los derechos humanos.
- DRESER, Anahí, et al. “Uso de antibióticos en México: revisión de problemas y políticas.” *Salud pública de México*, 50 (2008): S480-S487.
- EDITOR MF, “Se recortó presupuesto al sector Salud en pandemia”, en Momento Financiero, México, ciudad de México, 22 de julio de 2020, Disponible en: <https://momentofinanciero.mx/recorte-salud/>
- EDITOR. “Con camioneta, derriban portón para rematar a hombre en hospital de Guanajuato”, en El Universal, México, ciudad de México, 9 de junio de 2018, Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/estados/con-camioneta-derriban-porton-para-rematar-hombre-en-hospital-de-guanajuato>
- GIRE. “Capítulo 4. Violencia Obstétrica”, en *Informe Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México*, Grupo de Información en Reproducción Elegida, AC, México, 2013.
- HERNÁNDEZ, Alfonso. *La teoría jurídica de los derechos humanos; el orden que surge del caos. Perspectiva desde el trabajo de la corte interamericana de derechos humanos*, 2016, Tesis Doctoral dirigida por José Luis Piñar Mañas. España: Universidad CEU San Pablo. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=118416>
- HERNÁNDEZ-TORRES, Francisco, *La calidad de la atención a la salud en México a través de sus instituciones: 12 años de experiencia*, Martha Alicia Alcántara Balderas (coord.), Secretaría de Salud, México, 2012.

- HÍJAR-MEDINA, Martha, María Victoria López-López, and Julia Blanco-Muñoz. “La violencia y sus repercusiones en la salud: Reflexiones teóricas y magnitud del problema en México.” *Salud pública de México* 39 (1997): 565-572.
- IBÁÑEZ, Alejandro Acevedo, and Alba Florencia A. López Martín. *El proceso de la entrevista: conceptos y modelos*, Limusa, 2004.
- IMSS. Comunicado del IMSS. “Médicos salvan a bebé tras realizar cesárea a su mamá en estado de coma”. W Radio, ciudad de México, 17 de junio de 2019. Disponible en: https://wradio.com.mx/radio/2019/06/17/nacional/1560799796_173288.html
- IMSS. Comunicado oficial No. 106/2019 “IMSS denuncia robo de medicamentos controlados” 2 de mayo de 2019 Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 2019. Disponible en: <http://imss.gob.mx/prensa/archivo/201905/106>
- LEY General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- LEY General de Salud.
- MATÍAS, Pedro, “Irma, la indígena mazateca que parió en el patio de un hospital”, reportaje especial, en *revista Proceso*, México, Oaxaca, 4 de octubre de 2013, Disponible en: <https://www.proceso.com.mx/reportajes/2013/10/4/irma-la-indigena-mazateca-que-pario-en-el-patio-de-un-hospital-124238.html>
- MEJÍA-MEJÍA, Elías, *Metodología de la investigación científica*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- MUÑOZ-ROCHA, Carlos, *Metodología de la investigación*, Oxford, México, 2015
- NÁJAR, Alberto, “Violencia en México: cómo se explica el nuevo récord en el número de homicidios”, en BBC News Mundo, México, 22 julio 2019. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49079323>

- OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Disponible en: <https://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>
- PONCE DE LEÓN-Armenta, *Metodología del derecho*, México, Porrúa, 2011
- RAMÍREZ-ARIAS, José Luis, Federico Rodríguez Weber, and Raquel Ocampo Lujano. “La educación médica para las últimas generaciones.” *Acta médica Grupo Ángeles* 16.3 (2018): 267-270.
- RECOMENDACIÓN 03/2019, “Violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud, a una vida libre de violencia obstétrica por inadecuada atención médica y acceso a la información en materia de salud, derecho a la vida y al principio del interés superior de la niñez”, CNDH, Baja California Sur, 2019.
- RECOMENDACIÓN GENERAL 31/2017 “Sobre la violencia obstétrica en el sistema nacional de salud”, CNDH, Oaxaca, 2017
- RECOMENDACIÓN No. 1/2014 “Sobre el caso de la inadecuada atención médica de V1 y su recién nacido V2, indígenas mazatecos, en el centro de salud rural del municipio San Felipe Jalapa de Díaz”, Oaxaca, CNDH, 2014
- RECOMENDACIONES Internacionales a México en materia de Derechos Humanos. Disponible en: <http://recomendacionesdh.mx/>
- SALAZAR-UGARTE, Pedro y et al., “Las obligaciones del Estado”, en *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México, 2014
- SCHMELKES, Corina y Nora Schmelkes, *Manual para la presentación de anteproyectos e informes de Investigación*, Oxford, tercera edición, México, 2012.
- SSA. “Guía de Implantación. Modelo de atención a las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio. Enfoque Humanizado, Intercultural y Seguro”, SSA: México, 2012.

- SSA. Comunicado de Gobierno de la República, “Inicia fase 2 por coronavirus COVID-19”, Ciudad de México, 2019, Disponible en: <https://www.gob.mx/salud/prensa/095-inicia-fase-2-por-coronavirus-covid-19>
- TESIS P.VII/2016 (10ª.), p.255. Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Tesis aislada. Décima época. Registro 2012597. Pleno. Libro 34, septiembre 2016. Tomo I. Materia Constitucional.
- TESIS: I.6o.P.42 P (10a.), p.2310. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tesis: Aislada, décima época. Registro: 2005489. Sexto Tribunal Colegiado En Materia Penal del Primer Circuito, libro 3, febrero de 2014, Tomo III.
- TESIS: P. LXV/2009, página 8. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, diciembre de 2009, tesis: Aislada, novena época, registro 165813, Pleno en materia constitucional
- TRILLA, ANTONI, et al., “¿Qué es el Coronavirus SARS-CoV-2?”, Clinic, Barcelona: 2020. Disponible en: <https://www.clinic-barcelona.org/asistencia/enfermedades/covid-19/definicion>
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y Sandra Serrano. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Pedro Salazar Ugarte y Miguel Carbonell Sánchez, (coords.) Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.
- VIDEO del Gobierno de México. #IMSS en ruinas: German Martínez, revista panorama, México, 2019. Ver en Línea. URL: <https://youtu.be/778-8nj89Rc/>
- VIDEO grabado por la paciente y difundido en redes. “Empleada del IMSS niega insulina a paciente”. AM noticias. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=J66SczShp_U

ENTREVISTAS



ENTREVISTA A LA DRA. MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUÍZ JEFA DE LA DIVISIÓN DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM

COORDINADA POR EL DR. FERNANDO GUADALUPE FLORES TREJO

REALIZADA POR DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS¹



MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUÍZ, licenciada, maestra y doctora en derecho por la UNAM. Profesora titular “C” de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Profesora por oposición de Derecho Administrativo. Ha fungido como directora del Seminario de Derecho Administrativo y como consejera técnica de la misma Facultad. Miembro del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la UNAM, de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Ha dirigido diversas tesis de licenciatura y de grado. Ha sido profesora en el Instituto Nacional de Administración Pública, como profesora asociada individual.

Autora del libro *Marco jurídico estructural de la administración pública federal mexicana*, publicado por el INAP, y del libro *Derecho administrativo*, escrito en coautoría con el doctor Ricardo Rivero Ortega,

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La realización de la entrevista estuvo a cargo de María Guadalupe Fernández Ruíz y Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Yuriria Maryem Domínguez Juárez y Diana Erika Hernández Ríos.

publicado por Editorial Tiranto lo Blanch, coautora del libro *Derecho administrativo I*, que forma parte de la *Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho*, UNAM.

Recipiendaria de la Cátedra extraordinaria Andrés Serra Rojas en 2013, así como de la Medalla Antonio Caso con dictamen favorable de la Comisión de Mérito Universitario, en ese mismo año. Recibió el Premio Sor Juana Inés de la Cruz en 2020.

Cuenta con 25 años de docencia en la Facultad de Derecho de la UNAM.

ENTREVISTA A LA DRA. MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUÍZ

Dra. Abril Uscanga Barradas: Muy buenas tardes, Doctora. Agradezco mucho que nos otorgue un poco de su tiempo para esta entrevista. Doctora, ¿Podría comentarnos un poco acerca de su formación profesional?

Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz: Buenas tardes, es para mí un gusto contestar sus preguntas. Bueno, estudié la licenciatura, la maestría y el doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. En la licenciatura obtuve el título con la tesis: “El origen consensual del Estado y los derechos del hombre”, bajo la guía de la doctora Lourdes García Ruíz; en la maestría, con el trabajo “Marco jurídico de la estructura del servicio público de educación superior”, con especial énfasis en los organismos descentralizados de la administración pública, y en el doctorado, el trabajo de investigación que realice fue referente a la “Teoría de la desconcentración administrativa y la administración pública federal mexicana”.

AUB: Gracias por su respuesta, Doctora. A lo largo de su trayectoria como alumna universitaria, ¿Cuál fue el profesor que marcó su formación académica?

MGFR: En mi trayectoria de alumna de la Licenciatura y del Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México tuve la fortuna de ser alumna de grandes maestros.

Uno de ellos fue el doctor Ignacio Galindo Garfias, un destacado civilista, profesor emérito, e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas; como profesor era muy exigente, llevaba una clase a un ritmo intenso, brindaba explicaciones muy claras, hacía preguntas a sus numerosos alumnos y lograba tener una comunicación especial con nosotros. Era un profesor muy estricto, muy exigente, pero también muy justo.

Otro profesor que marcó mi formación fue el doctor Andrés Serra Rojas. Fue un maestro con una cultura vastísima, tanto en lo jurídico como en lo general, amante de la lectura, se refería a él mismo como un “ratón de biblioteca”; llegaba puntual a las 7 de la mañana todos los días, de él era fácil saber que se estaba ante un hombre excepcional, de gran calidad moral, un excelente catedrático y un servidor público honesto, que no obstante su notable trayectoria conservaba su sencillez y buen trato con los alumnos; además de impartir Teoría del Estado y Derecho Administrativo, también enseñaba cómo servir a México, a la Universidad, y siempre dejaba entrever lo importante que era para él la convivencia con sus alumnos. Creo que fue uno de los profesores que dejó una huella importante en mi formación. Sabía yo que en ese momento estaba cursando con una figura prominente del Derecho.

Debo mencionar también entre estos grandes docentes a la doctora Yolanda Frías, profesora de Derecho Internacional Público. Ella impartía sus clases despertando el interés en los alumnos por su materia; era motivadora y apasionada en sus clases; el recuerdo de pie, escribiendo en el pizarrón, rara vez se sentaba; resultaba difícil saber quién disfrutaba más la clase, si ella o los alumnos. Ella me hacía reflexionar en la dedicación, la preparación y el compromiso como profesora: saber estar a la altura. Nunca nadie se durmió ni se aburrió en su clase, notabas que ella realmente tenía una fascinación por el Derecho Internacional Público.

Tuve la fortuna, el honor, también de tomar clases con el doctor Ignacio Burgoa. Entrabas a aquella clase y no querías ni parpadear para no perderte nada.

AUB: Realmente fue privilegiada al tener la oportunidad de aprender con tan grandes profesores. Dentro de sus estudios y formación, ¿Cómo decidió dedicarse al Derecho Administrativo?

MGFR: Desde la licenciatura supe que lo que más me interesaba era el Derecho Público, y dentro de éste, el Constitucional. Posteriormente, al cursar Derecho Administrativo, me reencontré con lo que había estudiado en Derecho Constitucional, no en balde se afirma que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretizado. Es cierto que influyó en este interés mío, la dedicación de mi papá al Derecho Administrativo, lo cual me llena de satisfacción y ha sido para mí una feliz coincidencia

Y así fue como me empecé a interesar por el Derecho Administrativo, no todo me gustaba del administrativo, pero empiezas a interesarte más en un área, a formar un ámbito, a elegir temas de tu interés que te llevan a dedicarte enteramente a una rama del Derecho.

AUB: Muchas gracias, Doctora. Me gustaría conocer, de acuerdo con usted, ¿Cómo podemos vincular el Derecho Administrativo -Administración Pública- con los Derechos Humanos?

MGFR: Claro, para empezar, por una parte, yo creo que es necesario considerar que puedes referirte a la Administración Pública como una herramienta que tiene el Estado para alcanzar sus fines. Cada Estado tiene sus propios fines, sus propios objetivos, que varían en el tiempo y en el espacio. Pero los fines que tiene el Estado Mexicano ahorita no son los mismos que tenía en 1943, evidentemente. Entonces, ¿Cómo logra esos fines? En gran medida los logra a través de la Administración Pública, que es la herramienta de la cual se vale, la cual utiliza para alcanzar esos fines en distintas áreas y en distintas épocas. Entonces, en ese sentido, muchos de esos fines tienen que ver, principalmente, con Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos permean de diferentes maneras en todas las ramas del Derecho. Su carácter transversal permite entender cómo el enfoque de los Derechos Humanos no se queda estático en un caso, sino que va creando conexiones complejas. Por ejemplo, el derecho a la alimentación pasa por el derecho a la salud, a un medio ambiente sano e incluso hay interesantes enfoques que lo estudian transversalmente con la igualdad. Como este derecho, los llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se materializan en políticas públicas y regulación que atañe implementar a la Administración Pública.

Hay que recordar que la Administración Pública es el objeto de estudio del Derecho Administrativo. Disgregar para estudiar por separado y luego volver a juntar las partes para entender el todo de su organización y funcionamiento es precisamente la tarea del iusadministrativista, pero al menos en nuestro país, desde las reformas del año 2011, a esta organización y funcionamiento se le exige que se opere con un propósito: el de velar por la dignidad de las personas.

Entonces, la incorporación de los Derechos Humanos es cada vez más notoria en ese ámbito del Derecho Administrativo (y por ende de la Administración Pública), porque no podemos entender la actividad del Estado sin pensar inmediatamente en las obligaciones que tiene en materia de Derechos Humanos.

Podemos hablar del artículo 1º constitucional que reza “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Esto quiere decir que todo el aparato estatal, independientemente de si es parte del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial u organismos constitucionales autónomos, deben cumplir con estas obligaciones.

Ahora, sobre este —y otros párrafos del mismo artículo— la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado importantes interpretaciones que forman parte del bagaje jurídico que construye la fundamentación de los Derechos Humanos en nuestra Carta Magna, pero poco se ha estudiado desde el Derecho Administrativo y los pocos estudios que hay datan de al menos hace unos ocho o nueve años a la fecha, pero son en gran medida traídos de otras legislaciones, por ejemplo, de España.

Puedo también mencionar que uno de los temas que se encuentra en desarrollo es el derecho humano o fundamental a una buena Administración Pública. En torno a ello hay todo un debate que oscila entre si es o no conveniente que se plasme en el texto constitucional. Seguramente seguiremos un par de años más hablando sobre esto, pero lo que sí es necesario destacar, es que este tipo de temas y su respectivo estudio, sirven como argumento para frenar la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

De hecho, la función del Derecho, en general, considero que es precisamente esa: ser un contrapeso, un cúmulo de principios y valores institucionalizados o formalizados, de carácter general en tanto norma jurídica, para frenar el abuso del poder, la discrecionalidad desmedida y la arbitrariedad en detrimento del interés público, por ello, es necesario seguir abonando al debate sobre ese punto de interconexión entre los Derechos Humanos, la Administración Pública y el Derecho Administrativo.

Entonces, el respeto a los Derechos Humanos es algo que subyace, es esa argamasa que une a todas las instituciones al ser el tema transversal que atraviesa por completo toda la legislación. Y la actuación de la administración pública, como herramienta del Estado, no puede desarrollarse violentando los derechos humanos. Lamentablemente, en la realidad esto no siempre se cumple, pero la administración pública debiera conducirse en esta línea, para lo cual necesita que sus titulares implementen políticas, establezcan programas, impulsen leyes, en fin, que actúen conforme a Derecho para garantizar este respeto a los tan importantes Derechos Humanos.

AUB: Me parece que nos acaba usted de dar una respuesta bastante completa, lo cual se agradece demasiado. Así mismo, ¿Podría hablarnos de los principios que deben regir al Derecho Administrativo para asegurar una buena administración?

MGFR: Al respecto, nuestra Constitución establece principios generales que deben regir el actuar de la Administración Pública, así tenemos que el artículo 134 establece que “Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las Entidades Federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.”

Por lo tanto, un primer acercamiento sobre la buena administración nos hace reflexionar que ésta no es otra cosa que el cabal cumplimiento de estos 5 principios y, como finalidad, cabría hacer una interpretación sistemática con otras disposiciones constitucionales para incluir al interés general.

Estos principios que te acabo de mencionar los ha replicado el legislador para particularizar temas del ámbito administrativo, por ejemplo, en el artículo 25 constitucional, cuando se refiere a las áreas estratégicas y, especialmente a la de distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, se hace una remisión a la ley respectiva para que establezca las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar los siguiente principios: la eficacia, la eficiencia, la honestidad, la productividad, la transparencia y la rendición de cuentas.

Por otra parte, tenemos otra referencia más amplia, siendo esta el documento internacional de que la doctrina parte para hablar del derecho a una buena administración pública. Se trata de la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”, que contiene disposiciones no solo en clave de “principios” sino también derechos a favor de las y

los ciudadanos y obligaciones a cargo de ellas y ellos. Es un documento interesante y en torno a él es que han surgido propuestas de reforma en nuestro país.

Como dato adicional, podemos mencionar que esta Carta fue emitida en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá, Panamá, de 27 y 28 de junio de 2013. Asimismo, fue adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

En particular, sobre la pregunta que me han realizado, los principios que se encuentran ahí asentados son varios:

- 1) El primero de ellos es el principio de servicio objetivo a los ciudadanos el cual se refiere a que todas las actuaciones administrativas, ya sean expresas, tácitas, presuntas o materiales, deben estar dirigidas a concretar el respeto a los derechos de los ciudadanos, y que la Administración Pública y las personas al servicio de esta, deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable.
- 2) Otro principio es el principio promocional de los poderes públicos, mismo que tiene lugar en tanto se crean las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de las y los ciudadanos sean reales y efectivas. Esto incluye remover obstáculos que impidan dicho cumplimiento y también implica fomentar la participación ciudadana.
- 3) Como tercer principio se encuentra el principio de racionalidad, este tiene estrecha relación con la motivación y la argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas. La Carta es enfática en que esto debe permear especialmente en el ejercicio de las potestades discrecionales.
- 4) Asimismo, se tiene el principio de igualdad de trato. Este se refiere a que todas y todos los ciudadanos serán tratados de manera igual. También implica que las Administraciones Públicas deban realizar

los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para asegurar que este principio llegue efectivamente a los ciudadanos con especiales dificultades, por ejemplo, a personas con discapacidad.

- 5) Respecto al principio de eficacia, como hemos mencionado, este principio lo tenemos constitucionalizado y se refiere a que las actuaciones administrativas deben realizarse, conforme al personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, ordenadas, en la mayor medida posible a satisfacer las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano.
- 6) También es contemplado el principio de eficiencia, sobre este principio, nos refiere la Carta que obliga a todas las autoridades a optimizar los resultados en relación con los recursos disponibles en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general. Por lo tanto, la eficiencia se mide en términos cuantitativos.
- 7) Acerca del principio de economía este es otro de los principios constitucionalizados en nuestro sistema jurídico, relativo al uso racional de los recursos públicos disponibles. Asimismo, la Carta abunda respecto a que la implementación de este derecho debe atender transversalmente a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia.
- 8) Mientras que el principio de responsabilidad la Administración Pública consiste en que, en caso de lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, la Administración Pública debe responder, de acuerdo con la normatividad que para tal efecto se establezca.
- 9) El también presente principio de evaluación permanente de la Administración Pública se refiere a que ésta debe adecuar su estructura, funcionamiento y actividad (tanto interna como externa), a la identificación de oportunidades para su mejora continua, midiendo objetivamente el desempeño de sus estructuras administrativas.
- 10) La Carta también hace mención al principio de universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general. Al respecto, la Carta establece que este principio debe implemen-

tarse con independencia de la ubicación geográfica de las y los ciudadanos y del momento en que estos requieran hacer uso de dichos servicios territorialmente hablando.

- 11) Respecto al principio de ética, este principio también lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en tanto se emiten códigos de ética en instituciones gubernamentales. De conformidad con la Carta, se refiere a que todas las personas al servicio de la Administración Pública deberán actuar con rectitud, lealtad y honestidad, con miras a la vocación de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos así como la primacía del interés general sobre el particular.
- 12) En lo que concierne al principio de participación, en este principio el sujeto activo son las y los ciudadanos, quienes podrán estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos por la legislación de cada país. Asimismo, la Carta prevé que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa y, como carga a la Administración Pública, que facilite que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente en la elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.
- 13) Otro de los varios principios de esta Carta es el principio de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y del quehacer administrativo. Dicho principio se circunscribe al derecho a la intimidad, por lo que prevé que las reservas, por razones de confidencialidad o interés general, serán objeto de interpretación restrictiva.
- 14) Es igual de importante el principio de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, siendo este uno de los principios fundamentales para todo orden jurídico. La Carta lo dispone como el sometimiento irrestricto de la Administración Pública al derecho vigente, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas. Una aportación de la Carta es cuando refiere

que la Administración Pública procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos.

- 15) En cuanto al principio de proporcionalidad este es aplicable a las decisiones administrativas, se refiere a que estas deben ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, es decir, que se dicten en un marco de equilibrio entre los diferentes intereses y evitar limitar los derechos de las y los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.
- 16) Haciendo referencia al principio de ejercicio normativo del poder, por lo que he aseverado anteriormente, este principio cobra especial trascendencia, pues significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento. Con ello, prohíbe el abuso o exceso de poder.
- 17) Sobre el principio de objetividad la Carta alude que este principio se encuentra fundamentado en los principios de imparcialidad e independencia, ya que mandata que las autoridades y funcionarios deban abstenerse de actuar arbitrariamente o que brinden un trato preferente. Esto incluye evitar beneficiar a personas cercanas que generen cualquier tipo de conflicto de intereses.
- 18) Por lo que respecta al principio de buena fe, si bien se trata de un principio general del Derecho, la Carta lo orienta hacia la Administración Pública estableciendo que autoridades y ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
- 19) El principio de facilitación, también previsto en la Carta, se refiere a que las y los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración Pública las mejores condiciones de calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten. Añade, sobre el uso de las tecnologías de la información y comunicación, que deben servir para facilitar la tramitación de procedimientos.

- 20) El principio de celeridad, como su nombre lo dice, se puede decir que en virtud de este principio las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo.
- 21) Otro de los principios relevantes es el principio de transparencia y acceso a la información de interés general. Al respecto, se hace mención que el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración Pública deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de manera que puedan conocer en todo momento la información generada tanto por las Administraciones Públicas, como por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos, así como por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva. Este principio, según refiere la Carta, tiene estrecha relación con el Gobierno Electrónico.
- 22) Mientras que, del principio de protección de la intimidad, si bien ya encontramos alusiones a él en anteriores, particularmente tiene cabida en el manejo de datos personales, de modo que las y los servidores públicos deben respetar la vida privada y la integridad de las personas, tomando en cuenta también el principio de consentimiento.
- 23) Finalmente, está previsto el principio de debido proceso, mismo que se encuentra estrechamente relacionado con otros principios que ya hemos mencionado. Orientado a las actuaciones administrativas, se refiere a que estas deben realizarse de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia, con plena garantía de los derechos de representación, de defensa y de contradicción. Como se ha evidenciado, varios de estos principios los encontramos dispersos en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la Carta sirve de referencia sistemática para poder tomar en consideración aquellos elementos que conforman una buena administración pública.

AUB: Es realmente esa una respuesta muy completa que demuestra lo mucho que domina usted el Derecho Administrativo, le agradezco demasiado. Me gustaría también preguntarle, ¿Qué considera que se necesita mejorar en la legislación administrativa?

MGFR: Para ello se debe partir de que la legislación administrativa es muy extensa y se construye diariamente, gran parte de la productividad legislativa incide en el ámbito de la Administración Pública. Si se consulta diariamente el Diario Oficial de la Federación, se puede observar que no hay día en que no se publique un reglamento, un decreto, una reforma legislativa, o un acuerdo, así nos podemos encontrar con un decreto que reforma la Ley del Impuesto Sobre la Renta, o la publicación del Manual de Organización de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, por mencionar algunas de ayer y hoy mismo. Por tanto, si se busca algo que mejore la legislación administrativa, sería que ésta siempre se ajuste a la jerarquía normativa, guardando la congruencia en criterios jurídicos a todo lo largo y ancho del universo que conforma la legislación en materia administrativa.

AUB: Muy bien, Doctora. Podría compartírnos, ¿Cuáles serían las propuestas con relación al marco jurídico estructural de la administración pública federal mexicana?

MGFR: La Administración pública, como herramienta para alcanzar los fines del Estado, se encuentra a lo largo y ancho del ente estatal, pero de manera muy acentuada se ubica en la órbita del Poder Ejecutivo. Día con día podemos apreciar la actuación de la Administración Pública desde las cosas más sencillas hasta las más complejas: el ingreso de un estudiante a una escuela pública para cursar la primaria, el otorgamiento de una licencia de construcción, la expedición de un pasaporte o el sistema de transporte que presta el Servicio de Transportes Eléctricos a través del “cablebus”, el tema de la construcción del nuevo aeropuerto, la construcción del tren maya, o cuando se afirma que el 46% de los trasplantes de órganos realizados en el país se efectúan en el IMSS. Cada una de estas acciones y muchas otras más son reflejo de la actuación de la Administración Pública. Por lo tanto, respecto a tu pregunta sobre propuestas en torno al marco jurídico de la administración

pública federal mexicana, sería que ésta fuera construida y regulada con base en las formas organizacionales idóneas y congruentes con el ejercicio de la función pública. Es decir, si se requiere que un órgano guarde dependencia con el titular del Ejecutivo, pues que se le mantenga en el ámbito de la centralización administrativa, o si se busca cierta autonomía con relación al titular del Ejecutivo y un grado de especialización en una actividad técnica específica, entonces recurrir a la desconcentración administrativa, o a la descentralización administrativa cuando se requiera de una autonomía mayor. Pero es fundamental no desvirtuar la racionalidad de la Administración Pública Federal con la creación de órganos anómalos que no son centralizados ni desconcentrados ni descentralizados, que debieran gozar de autonomía, pero se les ubica como desconcentrados, subordinados a una secretaría de estado, a la vez que se les otorga personalidad jurídica propia, con saldos grises.

Por otra parte, respecto a las formas de creación y extinción de la variedad de órganos que integran la Administración Pública, es necesario que se observen las formas establecidas en el ordenamiento jurídico para ello, finalmente estamos hablando de la estructura estatal que realiza la función pública administrativa, tiene que existir, al menos, idoneidad y congruencia entre el órgano y su actuación: llámese empresa productiva del estado, organismo descentralizado de la administración pública, Secretaría de Estado o fideicomiso público.

AUB: Muchísimas gracias por su respuesta. Hace poco recibió el reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz, como una de nuestras grandes maestras, ¿Qué recomendaciones nos puede compartir a los jóvenes académicos?

MGFR: No hay camino fácil de la tierra a las estrellas, como dijo Séneca, así que me permitiría decirles que han escogido el mejor de los caminos, sólo que lleva implícito un cúmulo de esfuerzo, disciplina y dedicación: que se comprometan a fondo y que lleguen

muy lejos, sin olvidarse nunca de que los demás también somos caminantes y compañeros y es bueno saber tender la mano y respetar siempre a quienes se cruzan contigo en el camino.

AUB: Gracias por sus palabras, Doctora. En la actualidad usted tiene una importante encomienda, el Posgrado de nuestra Facultad. ¿Podría comentarnos cuáles son las áreas de oportunidad que encuentra en nuestro Posgrado?

MGFR: Creo que la principal es mantener la excelencia académica en la División de Estudios de Posgrado, en todas sus áreas: especialidad, maestría y doctorado.

Sería mantener el nivel de excelencia del Posgrado, y el reconocimiento más alto que le pueda dar el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología tanto a la maestría como al doctorado para que se encuentren, primero dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, pero no sólo eso, sino que tengan el máximo nivel de reconocimiento, el máximo nivel entre los posgrados.

Creemos la Unidad de Investigación y Metodología, precisamente para elevar el nivel de las investigaciones que se generen aquí, en Posgrado, pero esperamos que todos los profesores de metodología, todos los que tengan que ver también con argumentación jurídica, todos se unan en esta unidad de investigación y metodología para que seamos un referente en cuanto a investigación, que tengamos nuestros propios criterios editoriales, que se genere investigación de calidad, y que esta misma llegue a ser conocida y reconocida en distintas partes del mundo.

AUB: Muchísimas gracias. Finalmente me gustaría terminar pidiéndole que nos regale alguna recomendación para los alumnos de Posgrado.

MGFR: Mi recomendación para los alumnos es que aprecien todo lo que la universidad les ofrece porque es una oportunidad muy valiosa de crecimiento personal y profesional; la posibilidad de cursar una especialidad, una maestría o de hacer un doctorado por investigación en una de las mejores universidades del mundo,

con excelentes docentes, realmente es un privilegio. Les recomendaría también que sean generosos con su alma mater, retribuyéndole siempre que lo necesite.

La UNAM es una universidad extraordinariamente generosa, lo da todo, educación, deporte, cultura; diría que hay que retribuirle a la universidad lo que nos da, pues la generosidad no tiene límites.

AUB: Doctora, agradezco sinceramente su tiempo. Ha sido un gusto enorme compartir con usted y escucharla.

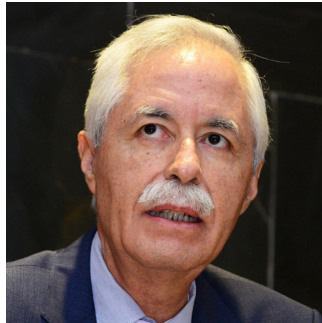
MGFR: El gusto es mío, gracias a ti y al doctor Flores Trejo por la oportunidad.



ENTREVISTA AL DR. MANUEL TORRES LABANSAT

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

REALIZADA POR DR. FERNANDO GUADALUPE FLORES TREJO¹



MANUEL TORRES LABANSAT, estudió la licenciatura y la maestría en Física en la Facultad de Ciencias de la UNAM. Completó su formación con una segunda maestría y un doctorado en su disciplina en la Universidad de Oxford, Inglaterra.

Obtuvo la Promoción a nivel III Sistema Nacional de Investigadores (SNI); Se hizo acreedor a los Premios UAM a la Investigación en Ciencias Básicas e Ingenierías, y “Gordon Francis” U. de Oxford Maestría en Ciencia e Ingeniería de Plasmas.

Sus líneas de investigación más importantes son: Física de neutrinos, Solitones y propiedades no-lineales en teorías de campos y, Teorías bidimensionales de campos y efectos cuánticos de Hall. Actualmente es el Coordinador General de Estudios de Posgrado.

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La revisión de la entrevista estuvo a cargo de Abril Uscanga Barradas, con la colaboración de Yuriria Maryem Domínguez Juárez y Diana Erika Hernández Ríos.

ENTREVISTA AL DR. MANUEL TORRES LABANSAT

Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo: Doctor, de antemano agradezco tu valioso tiempo y disposición para esta entrevista, ya que sé que tienes múltiples asuntos que atender. Quisiera iniciar con la siguiente pregunta: ¿Podrías explicarnos cuáles son las principales funciones de la Coordinación General de Estudios de Posgrado?

Dr. Manuel Torres Labansat: Es para mí un gusto contestar tus preguntas. En respuesta a lo que cuestionas, una misión fundamental de la UNAM es la de formar profesionistas y académicos del más alto nivel, capacitados para contribuir a la creación y aplicación de conocimientos en el ámbito de las disciplinas científicas, artísticas, humanísticas y sociales. Para cumplir de manera cabal con lo anterior, la UNAM ha consolidado un formidable sistema de estudios de Posgrado. Formidable por su magnitud que comprende más de treinta mil estudiantes en los niveles de especialidades, maestría y doctorado; pero sobre todo por la calidad académica que lo caracteriza.

Es por ello que la Coordinación General de Estudios de Posgrado (CGEP) tiene como función coordinar en lo general las actividades académicas y administrativas del Sistema de Estudios de Posgrado en los niveles de maestría y doctorado.

FGFT: Agradezco tu excelente respuesta. Me gustaría saber ahora, ¿Cómo visualizas en la actualidad los estudios de Posgrado en la UNAM?

MTL: La educación impartida en sus Programas de Posgrado está caracterizada por su pertinencia humanística, científica y social, contribuyendo con esto a la proyección futura de generaciones de posgraduados y su invaluable contribución al objetivo de un país más justo y próspero. Ejemplos de las valiosas aportaciones del Posgrado de la UNAM son: el enorme caudal de conocimientos transmitidos y generados que permiten entender nuestro entorno físico y social y proponer soluciones a las problemáticas asociadas, las creaciones intelectuales y artísticas que enriquecen nuestra vida cultural, los desarrollos y productos tecnológicos.

FGFT: Sin duda el Posgrado desempeña una labor importante. ¿Podrías comentarnos cuál es la relación de la Coordinación a tu cargo con el Consejo Académico de Posgrado?

MTL: Claro que sí. El Consejo de Estudios de Posgrado (CAP) es un órgano Universitario encargado de la evaluación y planeación académica, así como de establecer las políticas generales para fortalecer el sistema de Posgrado. Como Coordinador General de Estudios de Posgrado (CGEP) estoy a cargo de la Secretaría Técnica del CAP. La CGEP apoya en la organización y planeación de las sesiones del CAP, y se encarga de ejecutar las resoluciones de su competencia, emitidas por el Consejo de Estudios de Posgrado.

FGFT: Muchas gracias, estimado Manuel. Me gustaría preguntarte, ¿Qué áreas de nuevo desarrollo podrías sugerir en los estudios de Posgrado?

MTL: La estructura académica de los Programas de Posgrado, así como de los planes de estudio que los componen está en constante evaluación y evolución. Esto es resultado de los intereses académicos de nuestra comunidad, que como resultado de la renovación generacional inyecta vitalidad y nuevas directrices. Depende por supuesto del surgimiento de constantes retos que plantea el avance del conocimiento. Pero me parece que un elemento de vital importancia que definirá las áreas y metodología emergentes estará relacionado con la necesidad de contribuir a los retos más apremiantes que enfrentan nuestras sociedades y la humanidad en su conjunto.

FGFT: Me parece que nos ha brindado una magnífica respuesta. Ahora bien, ¿Qué medidas podrían ser convenientes para el mejoramiento de los estudios de Posgrado en nuestra máxima casa de estudios?

MTL: Considero que las medidas de mejoramiento constantes de los estudios de Posgrado incluyen, entre otras: la revisión y actualización de los planes de estudios, el incremento de las actividades de internalización de los estudiantes, el fortalecimiento de los programas de becas y apoyo a los estudiantes; el desarrollo de

foros de reflexión y planeación a futuro del sistema de posgrado; la expansión de apoyos y programas de actividades extracurriculares que fortalecen la preparación de los alumnos.

FGFT: Muchas gracias. Durante esta prolongada pandemia, ¿Cuáles han sido los retos más significativos que ha tenido la Coordinación a tu cargo?

MTL: La respuesta no la enmarcaría en la Coordinación, sino en el Posgrado de la UNAM.

El reto más importante ha sido, sin lugar a duda, mantener vivo y funcionando al Sistema de Posgrado en la gran diversidad de sus actividades esenciales, a pesar de la adversidad. En este sentido es de resaltar el admirable compromiso y resiliencia mostrado por la comunidad del Posgrado que permitió continuar con actividades tales como cursos, exámenes, proyectos de investigación, etcétera. Aunque por supuesto hay que reconocer que irremediablemente hay rezagos y afectaciones en estas actividades, que habrá que analizar y atender.

FGFT: Debido a la experiencia de la pandemia, y a la necesidad de utilizar los instrumentos tecnológicos: ¿Qué sería lo más idóneo?, ¿Continuar con el sistema presencial, con el sistema virtual o tal vez con un sistema mixto o combinado?

MTL: En lo inmediato, el principal reto se relaciona en reintegrarnos lo más rápido posible a las actividades presenciales, e implementar medidas para que los estudiantes puedan subsanar las posibles deficiencias en su preparación académica derivadas de las condiciones y limitantes impuestas por la pandemia. Sin embargo, un resultado positivo fue el identificar que el uso de las tecnologías y plataformas de comunicación ofrece posibilidades que amplían el impacto y alcance de varias de las actividades académicas; por lo cual seguramente el uso de sistemas híbridos para conferencias, mesas redondas y algunos tipos de cursos llegó para quedarse.

FGFT: Y ante todo esto, ¿Cómo visualizas el futuro de los Programas de Posgrado en la UNAM?

MTL: En pocas palabras: “luminoso”, creciendo y consolidándose como uno de los baluartes indiscutibles de nuestra máxima casa de estudios.

FGFT: Me gustaría ahora hablar de otro tema: la interdisciplinaria-riedad científica. ¿Es una buena opción para los estudios de Posgrado?

MTL: Hay que partir de que la inter y multidisciplinaria (IMD) surge de la necesidad de estudiar o resolver fenómenos o problemas reales que por sus características requieren de la concurrencia de dos o más disciplinas académicas. En este sentido es importante señalar que la IMD ya existe de tiempo atrás en nuestra estructura del posgrado, ejemplos son: (i) el Posgrado Ciencias Bioquímicas, (ii) la maestría en Física Médica, (iii) el Posgrado en Ciencias de la Sostenibilidad. Mencionamos, además, que el Reglamento General de Estudios de Posgrado, permite que los estudiantes de maestría cursen hasta el 50% de sus créditos en un plan de estudios diferente al que se encuentran inscritos. Adicionalmente, existen las Orientaciones Interdisciplinarias de Posgrado (OIP), las cuales, aunque poco usadas hasta ahora, tienen una normatividad y estructura que se está revisando actualmente para hacerlas más operativas. Todo esto ofrece posibilidades para expandir los alcances de un plan de estudios específico, aprovechando los elementos que ofrecen planes de otras disciplinas y que dan lugar de manera natural a proyectos de investigación inter y multidisciplinarios de acuerdo con los intereses específicos de tutores y alumnos.

FGFT: Para terminar, quisiera formularte dos últimas preguntas. La primera de ellas es, ¿Qué recomendación o recomendaciones les harías a los estudiantes de Posgrado de la UNAM?

MTL: Les diría que la disciplina, el compromiso y la responsabilidad en los estudios, aderezado con una buena dosis de pasión por el campo de conocimiento elegido, son garantía de éxito y satisfacciones intelectuales inigualables.

FGFT: Muchas gracias por tus palabras. Finalmente, ¿Qué sugerencias harías a los egresados de los Programas de Posgrado de la UNAM?

MTL: Mi sugerencia para los egresados de Posgrado sería que no olviden las enseñanzas, valores y formación adquirida en la UNAM; así como el compromiso social que ello implica en sus actividades profesionales.

FGFT: Nuevamente, te agradezco tu tiempo y disposición para esta entrevista, ha sido un placer.

MTL: Reitero que el gusto ha sido mío, verdaderamente.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminará con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

Título	
Autor	
Sinopsis curricular y correspondencia	
Dedicatoria	
Sumario	
Resumen	
Palabras clave	
<i>Abstract</i>	
<i>Keywords</i>	
Cuerpo de la obra	I. Partes con números romanos
	1. Secciones en números arábigos
	a) Incisos
	<i>Entradas en cursivas</i>
	II. Fuentes
	Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- ☐ El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- ☐ No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- ☐ El original se enviará en formato Word o RTF.
- ☐ Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- ☐ Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- ☐ Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- ☐ Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- ☐ No se dejará espacio entre párrafos.
- ☐ Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- ☐ El título deberá ser breve y descriptivo.
- ☐ Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- ☐ Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- ☐ El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- ☐ No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- ☐ El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- ☐ En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Fernando Guadalupe Flores Trejo

(Lugar), a __ de _____ de 202__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR
P R E S E N T E

Quien suscribe _____ comunico a usted, bajo protesta de decir verdad que, soy el autor intelectual del (la) _____ (artículo u obra gráfica) intitulada _____ para la obra denominada **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**, en sus versiones impresa y electrónica. En este acto acepto ceder los derechos patrimoniales de manera exclusiva a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por lo que solicito se efectúen los trámites correspondientes al registro legal a favor de la institución, lo anterior, de conformidad con lo que se estipula en los artículos 27, 30 y 42 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

No omito manifestar que, la citada obra no ha sido publicada con anterioridad, ni está siendo considerada para dictamen en alguna otra obra colectiva ni publicación periódica, así mismo que, respondo por su originalidad trabajo, liberando a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO** de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra que pudiera afectar intereses de terceros.

Asimismo, otorgo a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, el derecho de comunicación pública y de reproducción del _____ (artículo u obra gráfica) que formará parte de la obra en comento para los fines que estimen pertinentes, por lo que estará disponible en el archivo electrónico de la obra, que será descargable en formatos digitales bajo la modalidad de Acceso Abierto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CD. UNIVERSITARIA, CD. MX., A __ DE _____ DEL 20__.

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado en
Derecho de la UNAM, año 8, número 15, edita-
da por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la
UNAM, se terminó de imprimir el mes de junio de 2021
en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12,
número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa,
09220, México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y
5592-2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Us-
canga Barradas y consta de 300 ejemplares.