

Boletín Mexicano de Derecho Comparado 153

Nueva Serie Año L Núm. 153 Septiembre-Diciembre 2018

ISSN 0041-8633

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 153

Nueva Serie Año L Núm. 153 Septiembre-Diciembre 2018

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy V. Rocha Cacho

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: bmdc@comunidad.unam.mx. Editor responsable: Pamela Rodríguez Padilla. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN electrónico 2448-4873. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz

Apoyo editorial: Iván Ismael Escoto Mora

Formación en computadora: Javier Mendoza Villegas.

Asistentes de la revista: Nayely Galindo Aguilar y Andrés Mendoza Noriega.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directora

Pamela Rodríguez Padilla

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero

Wendy V. Rocha Cacho

Consejo Editorial

Francisco Balaguer (España); Enrique Calvo Nicolau (México); León Cortiñas Peláez (México); José Ramón Cossío (México); Mariano-Florentino Cuéllar (EUA); Héctor Fix-Zamudio (México); Lawrence Friedman (EUA); Eduardo García de Enterría (España); Carmen García Mendieta (Uruguay); Sergio García Ramírez (México); Volkmar Gessner (Alemania); Patrick Glenn (Canadá); Juan Luis González Alcántara (México); Jesús González Pérez (España); Roberto Ibáñez Mariel (México); Olga Islas de González Mariscal (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Rahmatullah Kahn (India); Boris Kozolchyk (EUA); Donald MacRae (Canadá); Jorge Madrazo (México); John H. Merryman (EUA); Loreta Ortiz (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Javier Quijano (México); Jean-Michel Servais (Bélgica); Fernando Serrano Migallón (México); José Luis Siqueiros (México); José Luis Soberanes Fernández (México); José Juan Toharia (España); Gerald Torres (EUA); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México); Stephen Zamora (EUA).

Comité Editorial

Jorge Adame; Mercedes Albornoz (CIDE); César Iván Astudillo Reyes; Manuel Becerra; Leticia Bonifaz (Facultad de Derecho, UNAM); Ingrid Brena Sesma; José Antonio Caballero Juárez (CIDE); Enrique Cáceres; Miguel Carbonell; Alejandro Cárdenas Camacho (FES Acatlán); René Caso Luengo (Facultad de Derecho, UNAM); Gabriel Cavazos (Tecnológico de Monterrey); Kristyan

Complak (Polonia); Francisco Contreras Vaca (Universidad Panamericana); Óscar Cruz Barney; Juan Antonio Cruz Parceros (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Jorge Fernández Ruiz; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot; Héctor Fix-Fierro; Imer Flores; Sandy Gaines (Universidad de Nuevo México); David Ganz (Universidad de Arizona); Leticia García Villaluenga (Universidad Complutense de Madrid); Ma. del Refugio González; Rodrigo Gutiérrez Rivas; Alfonso Herrera García (SCJN); Carla Huerta Ochoa; Rafael Ibarra Gil (FES Acatlán); Alexei Julio Estrada (Universidad Externado de Colombia); Patricia Kurczyn; Sergio López-Ayllón (CIDE); José Pedro López Elías (Facultad de Derecho, UNAM); Eduardo Magallón Gómez (ITAM); María Elena Mansilla y Mejía (Facultad de Derecho, UNAM); Ricardo Méndez Silva; Jorge Montañez Ojeda (Facultad de Derecho, UNAM); Carlos F. Natarén Nandayapa; Ruperto Patiño Manffer (Facultad de Derecho, UNAM); Mercedes Peláez (Inacipe); María de Montserrat Pérez Contreras; Jonathan Pratter (Universidad de Texas, Austin); Carlos Reynoso (UAM); Gabriela Ríos Granados; Andrés Rodríguez Benot (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla); Víctor Manuel Rojas Amandi (Universidad Iberoamericana); José Roldán Xopa (ITAM); Javier Saldaña; Alfredo Sánchez Castañeda; Miguel Sarre (ITAM); José María Serna de la Garza; Eduardo Torres Espinoza (FES Acatlán); Luis Daniel Vázquez Valencia (Flacso-México); Gustavo Vega (El Colegio de México); Hernany Veytia Palomino (Universidad Panamericana); Jorge Witker.

Número de certificado de licitud de título: 2096

Número de certificado de licitud de contenido: 1327

Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102

Primera edición: 28 de junio de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Hecho en México

ISSN electrónico: 2448-4873

El *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* se encuentra registrado en los siguientes índices, directorios y bases de datos nacionales e internacionales:

Bibliography of Asian Studies (Online Edition)
CSA Political Science & Government (Cambridge Scientific Abstracts)
Human Rights Internet Reporter
Index to Foreign Legal Periodicals
International Political Sciences Abstracts
Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Marine Affairs Bibliography
Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)
Periodicals Index Online
Russian Academy of Sciences Bibliographies
Scientific Electronic Library Online (SciELO México)
SCOPUS
Scielo Citation Index (SCI)
Dialnet
Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)
Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)
Web of Science (WOS)

CONTENIDO

ARTÍCULOS

- Rodrigo BARCIA
LEHMANN
- Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (primera parte) 457
- The two Forms of Shared Custody in Case the Parents do not Agree [Part one]*
- Oscar CRUZ BARNEY
- Las facultades del titular del Poder Ejecutivo estadounidense frente a la renegociación del TLCAN y las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América 481
- The Powers of the Holder of the United States Executive Branch Against the Renegotiation of NAFTA and the Trade Relations Between Mexico and the United States of America*
- María Jesús
FREIRE-SEOANE
- Beatriz LÓPEZ
BERMÚDEZ
- Carlos PAIS-MONTES
- Gobernanza portuaria clásica y la nueva tendencia en los países de Latinoamérica 517

*Classical Port Governance and the New Trend
in the Countries of Latin America*

Felipe GONZÁLEZ
MORALES

La supervisión del cumplimiento de casos por el sistema interamericano y su contraste con el sistema europeo . 551

*Supervision of the Compliance of Cases by the
Inter-American System and its Contrast with
the European System*

Andrea LUCAS GARÍN

Más de una década de cambio climático en Chile: análisis de las políticas domésticas 587

*More than One Decade of Climate Change in
Chile: Analysis of Domestic Policies*

Cecilia MORA-DONATTO

Los nuevos desafíos del control parlamentario en México. Análisis y reflexiones. 627

*The New Challenges of Parliamentary Control
in Mexico. Analysis and Reflections*

Erick VALDÉS
Laura Victoria PUENTES

El bioderecho y sus aportes a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano. A propósito de una decisión peligrosa de la Corte Constitucional y su coincidencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 673

Biolaw and its Contribution to Colombian and Inter-American Legal Systems. Regarding a Dangerous Decision of the Constitutional Court and its Coincidence with the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

Diego DEI VECCHI

La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales. 711

The Appeal for Errors in the Evaluation of Evidence in the National Code of Criminal Procedures

Jorge WITKER

La actividad minera, el nuevo TLCAN y los derechos humanos 739

Mining Activity, the New NAFTA and Human Rights

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Miguel BONILLA LÓPEZ

Sobre la delimitación constitucional de los conceptos de seguridad pública, interior, nacional y humana 763

Jaime CÁRDENAS
GRACIA

Una visión general de la nueva Constitución de la Ciudad de México 791

Josafat CORTEZ SALINAS	Los cambios en las ideas jurídicas en México y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM	835
Marión ESTÉVEZ Ariadna ESTÉVEZ	Corresponsales de guerra en México: entre la investigación periodística y el necropoder	863
Juan Antonio HERRERA IZAGUIRRE Daniel CRUZ RODRÍGUEZ Demetrio REYES MONSIVÁIS	Áreas naturales protegidas: ¿esquema de conservación integral en el RLGEIPA-ANP?	879
Juan Jesús GARZA ONOFRE Javier MARTÍN REYES	El amparo contra la omisión de designar magistrados anticorrupción: entre la doctrina de las cuestiones políticas, el interés legítimo y la construcción de nuevos derechos	903
Ezequiel MERCURIO Eric GARCÍA-LÓPEZ Luz Anyela MORALES QUINTERO	Psicopatología forense y neurociencias: aportaciones al sistema de justicia para adolescentes.	931
Angel DAEN MORALES GARCÍA Jonatan Job MORALES GARCÍA	Patrimonio cultural y biodiversidad; el caso del jaguar mexicano	973

BIBLIOGRAFÍA

María de Montserrat
PÉREZ CONTRERAS

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), 2017, 151 pp. 1003

Magda Yadira ROBLES
GARZA

VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 384 pp. 1009

EDITORIAL

Cerramos los trabajos de este 2018 con un número más “tradicional” del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. La sección de *Artículos* comienza con la primera parte de una investigación de Rodrigo Barcia Lehmann sobre los casos de custodia internacional de niños y niñas cuando los padres están en desacuerdo. El resto de los textos que conforman este número se encuentran dedicados a temáticas del derecho internacional o al nacional, con dos notables excepciones.

En la primera vertiente, Oscar Cruz Barney analiza las facultades del Ejecutivo estadounidense en los procesos de la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte —ahora AEUMC—, mientras que María Jesús Freire, Beatriz López Bermúdez y Carlos Pais Montes nos presentan una amplia panorámica sobre la gobernanza portuaria en América Latina.

Dentro de las colaboraciones dedicadas al derecho nacional, Andrea Lucas Garín publica con nosotros un análisis de las políticas públicas chilenas para combatir y mitigar el cambio climático. Cecilia Mora Donatto —galardonada hace algunas semanas por el gobierno del estado de Guerrero— nos presenta un texto sobre los nuevos desafíos del control parlamentario en México. Diego dei Vecchi nos propuso un artículo muy completo sobre la apelación por errores en la valoración de la prueba dentro del procedimiento penal mexicano, que esperamos constituya una referencia de valor para las y los lectores dedicados al ejercicio profesional del derecho. Finalmente, el profesor Jorge Witker, autor habitual en esta publicación, presenta una interesante reflexión sobre el impacto de la minería, los derechos humanos y el nuevo TLCAN en México.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 451-454.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Una de las dos excepciones a esta “clasificación” la constituye Felipe González Morales, quien presenta un artículo sobre la supervisión del cumplimiento en materia de casos en el sistema interamericano bajo un enfoque eminentemente de *derecho comparado*, puesto que a lo largo de su argumentación contrasta las características de este sistema con el de su contraparte europea. Por su parte, Erick Valdés Meza y Laura Victoria Puentes nos presentan un trabajo sobre el bioderecho en el ordenamiento jurídico colombiano y en la jurisprudencia interamericana. Espero que las y los lectores disfruten tanto estas lecturas como los revisores y yo hicimos en su momento.

Las tres primeras colaboraciones dentro de los *Estudios legislativos* caen dentro de la línea editorial tradicional del *Boletín*, especialmente porque abordan problemas muy específicos del panorama mexicano contemporáneo. El magistrado Miguel Bonilla López presentó desde hace varios meses, en el marco de la discusión de la Ley de Seguridad Interior, una colaboración que destaca la necesidad de delimitar los conceptos de seguridad pública, interior nacional y seguridad humana. Jaime Cárdenas Gracia, quien participó en los trabajos de redacción de la Constitución de la Ciudad de México, presenta un panorama muy completo de las circunstancias en torno a su promulgación. Josafat Cortez Salinas, profesor de la FCPYS de esta universidad, escribe en esta ocasión sobre el impacto que el Instituto de Investigaciones Jurídicas ha ejercido sobre los cambios en las ideas jurídicas en México.

Por una coincidencia afortunada, Marión y Ariadna Estévez aceptaron publicar con nosotros un texto sobre las condiciones de trabajo de las y los corresponsales de guerra en México, que constituye el primer texto sobre los efectos del necropoder en estas páginas. Con esta colaboración abre las puertas a más textos con temas relevantes para la investigación en ciencias sociales. Juan Antonio Herrera, Daniel Cruz Rodríguez y Demetrio Reyes, de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, presentan un análisis detallado sobre el funcionamiento del esquema de áreas naturales protegidas, encaminado a la conservación integral de la biodiversidad. Javier Martín Reyes y Juan Jesús Garza Onofre escriben sobre el amparo interpuesto por miembros de la sociedad civil contra la omisión de designar magistrados especializados en el combate a la corrupción, que tanto revuelo causó a mediados de este año.

Otro tema “pionero” en estas páginas es el de la psicopatología forense y las neurociencias —de manera más específica, el impacto que ambas ciencias pueden tener en los sistemas de justicia para adolescentes—. Eric García López, Ezequiel Mercurio y Luz Anyela Morales conformaron un equipo internacional e interuniversitario muy atractivo, que refleja la necesidad actual de organizar la investigación en torno a líneas multidisciplinarias. A manera de cierre, Ángel Daen y Jonatan Job Morales García, colaboradores de la asociación civil *Biofutura*, presentan un texto apasionante sobre el caso del jaguar mexicano y por qué su protección a nivel legal requiere el reconocimiento de su papel tanto al interior del patrimonio cultural como dentro de la biodiversidad de los ecosistemas en México.

Ante el material previsto dentro de los *Estudios legislativos*, en esta ocasión la sección de *Bibliografía* resulta más breve de lo habitual, con dos colaboraciones en lugar de las cuatro habituales. La doctora María de Montserrat Pérez Contreras, asidua colaboradora del *Boletín* como autora y como dictaminadora, reseñó una obra sobre los estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado en el SIDH, producto de una de las líneas de investigación del IJ UNAM. Por su parte, Magda Yadira Robles Garza, directora de la Academia Interamericana en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila, revisó una obra de Félix Vacas Fernández acerca del papel del derecho internacional ante el conflicto de Colombia.

Hay más cambios en la política editorial de la revista: en el marco del proceso de revisión de los acuerdos de buena voluntad del repositorio gestionado por la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (Redalyc), ambas partes nos percatamos de diversas discrepancias respecto del tipo de licencia abierta que deben tener las colaboraciones publicadas en las revistas científicas de acceso abierto. En realidad, esta discusión sobre la difusión y los alcances del contenido científico está abierta desde hace varios años, es amplia y no está exenta de controversias. Así que el número 150 (septiembre-diciembre de 2017) será el último que aparezca en esta base de datos. Externamos, pues, nuestros mejores deseos al doctor Eduardo Aguado y a su equipo de trabajo por el apoyo brindado durante estos años para potencializar la visibilidad del *Boletín*.

Deseo aprovechar estas últimas líneas para felicitar al doctor Efrén Chávez en su nueva posición de coordinador de asistentes de revistas

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 451-454.

científicas. Bajo su liderazgo, estaremos en condiciones de consolidar un equipo de trabajo que redunde en el incremento del nivel de todas las publicaciones de este Instituto, así como la adopción de más buenas prácticas internacionales a nivel editorial. Finalmente, reitero —aunque no de manera suficiente— mi agradecimiento a los asistentes del *Boletín*, Nayeli Galindo Aguilar y Andrés Mendoza Noriega, al Departamento de Publicaciones y a la Biblioteca Jurídica Virtual de este Instituto. A todos ellos, va dedicado este último número de 2018.

PR

ARTÍCULOS

LAS DOS FORMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA EN CASO DE QUE LOS PADRES NO ESTÉN DE ACUERDO [PRIMERA PARTE]*

*THE TWO FORMS OF SHARED CUSTODY IN CASE THE PARENTS
DO NOT AGREE [PART ONE]*

Rodrigo BARCIA LEHMANN**

...no me resisto a transcribir una valoración —que comparto— de la Juez María Sanahuja. Dice así: “si queremos superar el modelo de la caverna —él caza, ella se ocupa de la prole— crecer profesionalmente y enriquecer a nuestros hijos, la custodia compartida tiene que ser nuestro modelo”.

(Delgado del Río, p. 205)

RESUMEN: El presente artículo justifica la custodia compartida, aun con oposición de uno de los padres, como régimen legal supletorio preferente, pero sobre todo como régimen específico dentro de un sistema de

ABSTRACT: *This article justifies shared custody, even with opposition from one of the parents, as a preferred preferential legal scheme, but above all as a specific scheme within a system of indistinct custody. Joint custody is based on the fundamental*

* El presente artículo forma parte de la investigación titulada “Facultades y deberes del padre no custodio”, Proyecto Fondecyt número 1150454, 2015-2016, que tiene al autor como investigador responsable y al doctor Gonzalo Ruz como coinvestigador.

Artículo recibido el 17 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2018.

** Abogado, Universidad Central de Chile, 1991; MBA Economía y Dirección Internacional de Empresas, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; European Master in Law and Economics, Complutense und Hamburg Universität, 1998, y doctor en derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, 2002. Profesor titular, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Pedro de Valdivia 1509, Providencia, correo electrónico: rbarcia@uft.cl. ORCID: 0000-0003-1021-446X.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 457-480.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

custodia indistinta. La custodia compartida se sustenta en los derechos fundamentales de los NNA (principios del interés superior y corresponsabilidad), pero especialmente en estudios empíricos.

rights of children and adolescents (principles of best best interest and co-responsibility), but especially in empirical studies.

Palabras clave: custodia y cuidado personal compartido, corresponsabilidad de los padres, igualdad de los padres, interés superior del niño.

Keywords: custody and shared personal care, co-responsibility of parents, equality of parents, best interests of the child.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los estudios e investigaciones sociales psicológicas son favorables a la custodia compartida.* III. *Los fundamentos jurídicos de la custodia compartida.* IV. *El derecho comparado en torno a la custodia compartida.* V. *Bibliografía.*

ABREVIATURAS

BBI	Beyond the Best Interests of the Child.
BGB	Bürgerliches gesetzbuch.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CA	Corte Apelaciones [Chile].
CCch	Código Civil chileno.
CCE	Código Civil español.
CCI	Código Civil italiano.
CC y C	Código Civil y Comercial argentino.
CDN	Convención de Derechos del Niño [Naciones Unidas].
CS	Corte Suprema [Chile].
LMC	Ley de Matrimonio Civil [Chile].
NNA	Niño, niña o adolescente.
PSPE	Padres solteros por elección.
SAP	Sentencia audiencia provincial [España].
STCE	Sentencia Tribunal Constitucional español.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la custodia compartida en caso de que los padres no se pongan de acuerdo, en dos modalidades: primero, como régimen legal general y supletorio, y segundo, como régimen especialmente en regímenes de custodia unilateral, indistinta (la custodia exclusiva debe ser un régimen excepcional conforme al principio de protección del NNA). La custodia compartida es una medida que debe contemplar el ordenamiento jurídico, a lo menos conforme a los principios de corresponsabilidad e interés superior del NNA en una de ambas modalidades. Y ello es evidente desde que los distintos ordenamientos jurídicos no están obligados a adoptar la custodia compartida como un régimen legal general y supletorio, pudiendo perfectamente optar por la custodia unilateral indistinta. Sin embargo, si la custodia compartida en concreto es lo mejor para el NNA, el juez debe poder declararla. Éste es un planteamiento esencial del moderno derecho de la infancia, que no puede ser soslayado por tribunales, sino vaciando de contenido sus principios rectores.

Adicionalmente a lo anterior, se evidenciará que el modelo de custodia compartida ha probado ser el más adecuado e impera en muchos países europeos, del *common law*, y latinoamericanos.¹ De este modo, el régimen de custodia compartida se está transformado aceleradamente en el régimen legal general y supletorio, tanto a nivel legal como jurisprudencial. El derecho de la infancia —como se señala en el Acta de discusión de Reforma italiana del Proyecto de Ley, que terminó modificando el artículo 155 del CCI—, debe mutar desde una concepción del padre no custodio como garante de los derechos de la infancia a un sistema de deberes y facultades conjuntos.² Este régimen, en la mayoría de estos ordenamientos jurídicos, se adoptó de forma paulatina, ya que en ellos imperaban sistemas de asignación a favor de la madre.³ La mayoría de estos países

¹ Un informe presentado por la Asociación de Mujeres Juristas-Themis sostiene que el modelo de responsabilidad parental conjunto; es decir, aquellos que a lo menos contemplan la posibilidad de la custodia compartida, es el general en Europa en los casos de ruptura o separación de los padres, disponible en: <http://www.amecopress.net/spip.php?article236>.

² Senato della Repubblica, XVII Legislatura Fascicolo Iter DDL S. 1163, pp. 8-12, disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/42930.pdf>.

³ Los deberes y facultades de los padres con relación a los hijos recibe diferentes nombres en los distintos ordenamientos jurídicos. En el presente trabajo se recurre a la

otorgaron el cuidado personal al padre, de forma excepcional, mediante los tribunales, y, luego, mediante reformas legales, atribuyeron el cuidado a uno de los padres —conforme al interés superior—, asignando deberes y facultades de filiación exclusivos y conjuntos, conforme al principio de igualdad de los padres, como una forma de manifestación del principio del interés superior del niño.⁴ El establecimiento de deberes y facultades para el padre sin custodia, en los hechos, condujo a que estos regímenes fueran evolucionando hacia regímenes de corresponsabilidad conjunta, primero, y de custodia compartida, después. Ello sucedió antes de que los ordenamientos jurídicos se inclinaran definitivamente por el cuidado conjunto o la custodia compartida a través de reformas legales. Y, en la mayoría, primero se adoptó vía jurisprudencial o legal la custodia compartida con oposición de uno de los padres de forma especial. Chile, a raíz de la reforma de 2013 (introducida por la Ley 20.680), se encuentra en un estadio intermedio, por cuanto dicha ley suprimió la regla de la superioridad materna y ha aumentado sustancialmente los deberes y facultades del padre no custodio, y conjuntos a través de la corresponsabilidad (artículo 224, CCch). Sin perjuicio de lo cual la regulación del cuidado personal compartido ha dado lugar a serios problemas de aplicación e interpretación. Se plantea un modelo a seguir el derecho español. Dicho país aún no establece un régimen de cuidado compartido legal y supletorio. Sin embargo, ello no ha impedido que aun cuando no se había regulado la custodia compartida con oposición —ello se hizo el 2005—, se decretaran igualmente custodias compartidas con oposición de un padre;⁵ y que, des-

terminología propia de cada país, que no coincide necesariamente con la chilena ni con la mexicana. El ejemplo más evidente de ello es la patria potestad, que en el derecho chileno atiende a los aspectos patrimoniales, pero en el derecho español y en el francés —antes de ser dejada sin efecto en este ordenamiento jurídico—, afecta y afectaba aspectos patrimoniales y personales.

⁴ En esta investigación se utiliza la expresión “deberes-facultades” para referirse a los efectos de la relaciones de filiación, aunque la doctrina suele señalar varias acepciones a este respecto. Espejo, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lepin, Christian y Gómez de la Torre, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho de familia I*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2016, p. 209.

⁵ Las críticas a la reforma española de 2005 se centraron precisamente en que no se haya establecido como régimen legal y judicial supletorio a la custodia compartida. Cruz trae a colación la regulación del estado de Maine, en el cual ambas formas de custodia conjunta son las supletorias, y el juez puede conceder la custodia indistinta, pero dando

pués de la referida reforma, jurisprudencialmente se estableció el cuidado compartido como el régimen general.

Este artículo se centra en los casos de custodia compartida en sus dos modalidades: como regla general y supletoria, o como regla especial con oposición de uno de sus padres. Y, a este respecto, se debe aclarar que un sistema de cuidado personal indistinto —con un padre custodio y con deberes y facultades para el padre custodio—, puede y debe admitir como modalidad el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres (sobre todo si se consagra el principio de corresponsabilidad).⁶ Y, en este sentido, un objetivo del presente trabajo es dejar en claro que en Chile —independientemente de que la custodia indistinta sea el régimen legal y supletorio—, la custodia compartida es una herramienta a la que puede y debe recurrir el juez, aunque sólo sea como un régimen especial.

Las objeciones al régimen de custodia compartida son conocidas, por lo que no serán reproducidas en esta investigación.

II. LOS ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOCIALES Y PSICOLÓGICOS SON FAVORABLES A LA CUSTODIA COMPARTIDA

Robert Bauserman señala que al revisar treinta y tres estudios sobre custodia exclusiva y compartida, comparados ambos grupos con hijos de padres que no estaban separados, los hijos que estaban en regímenes de custodia compartida tenían menos problemas de comportamiento y emocionales, una mayor autoestima y unas mejores relaciones familiares y rendimiento escolar en comparación con aquellos en situaciones de custodia exclusiva. El informe agrega que no se encontraron diferencias significativas entre los niños que estaban bajo custodia compartida y aquellos que vivían con ambos padres. Incluso los niños con custodia compartida tenían unas relaciones de mejor calidad, que los niños que vivían con ambos padres,

las razones para negar la coparticipación de los derechos y responsabilidad parentales. *Maine Revised Statutes Annotated*, title 19-A; *Domestic Relations* § 1653, sub-§1 del 21 de septiembre del 2001. Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, 2012, p. 184.

⁶ A este respecto, Guilarte señala que “...ni la guarda exclusiva ni la guarda compartida o alternativa son el molde perfecto adaptable a todas las situaciones que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad...”. Guilarte, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 27.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 457-480.

por cuanto los padres, durante su tiempo de custodia exclusiva, destinaban considerablemente más tiempo a sus hijos. A ello se suma que los padres con custodia exclusiva eran los que mantenían el más alto nivel de conflictividad. A este respecto, Bauserman señala que “fueron los padres con custodia exclusiva los que informaron niveles más altos de conflictividad”, y que la custodia compartida reduce el nivel de conflicto de los padres a lo largo del tiempo. Naturalmente, la custodia compartida excluye el que en uno de los padres sea negligente.⁷ En los Estados Unidos, un informe similar fue elaborado por Batt. Dicho autor descarta el *Goldstein, Freud, Solnit Model*, conocido también como *BBI model (Beyond the Best Interests of the Child)*, que ha servido históricamente de base para la custodia exclusiva. Este modelo establecía que los NNA requerían de una figura de estabilidad, en la medida en que los padres se separaban, por lo que el derecho debía optar por que los hijos fueran criados por uno solo de los padres, dejando al otro con un acceso restringido a sus hijos.⁸ Los conceptos fundamentales del *BBI model* son: *continuity of relationship and psychological parent*. Estas nociones permiten fundamentar el cuidado exclusivo en uno de los padres o incluso en los abuelos. Lo esencial es que el menor tenga estabilidad emocional, ya que se presume que la separación lo ha dañado de forma irremediable. Sin perjuicio de lo anterior, algunos estudios modernos señalan que en caso de conflictividad de los padres, u oposición de uno de ellos, no debería proceder esta figura. Estos estudios, sin embargo, han sido puestos en tela de

⁷ Bauserman, Robert, “Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review”, *Journal of Family Psychology*, Canada, vol. 16, núm. 1, pp. 91-102, disponible en: <http://canadiancr.com/Fatherlessness/fam16191.pdf>.

⁸ En este sentido, Batt señala que “[F]urther, the model establishes that the law must act to maximize the child’s opportunity to be in a family where he or she is wanted, receives affection on a continuing basis, learns how to give affection and is taught to cope with his or her aggressive impulses” y “Goldstein, Freud and Solnit contend that the young child who suffers from some substantial disruption of continuity of relationship will grow up to be less than psychologically normal. The authors of the paradigm stress the significance of disturbances of continuity; even periodic court-ordered visitation is detrimental to continuity of relationship which exists between child and custodian”. Batt, John, “Child Custody Disputes and the Beyond the Best Interests Paradigm: A Contemporary Assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group’s *Painter v. Bannister* Jurisprudence”, *Nova Law Review*, vol. 16, núm. 2, 1992, p. 627, y Kelly, Joan B. “Further Observations on Joint Custody”, *University of California, Davis, Law Review*, vol. 16, núm. 3, 1983, p. 762.

juicio en la actualidad.⁹ La experiencia española —que se reproduce más adelante— es contraria a ellos, desde que la custodia compartida se está comenzando a aplicar incluso con oposición de uno de los padres, aun en casos de conflictividad.

Batt se refiere a varios estudios (como el de Joan MacFarlane de Berkeley, California) que son contrarios a la extrema vulnerabilidad que sostiene el *BBI model* respecto de estos menores y los cambios de custodia.¹⁰ Como es natural, el *BBI model* se presentó como totalmente contrario a la custodia compartida.¹¹ Batt señala que la evidencia posterior, confirmada por estudios de campo e investigaciones psiquiátricas, llevó claramente a concluir que es mejor la custodia compartida, que la exclusiva. Así, se ha generado evidencia de que el apoyo de ambos padres genera mejores resultados que la dirección de un único padre custodio, aun en casos de conflicto entre los padres.¹² Poussin y Lamy, en el campo europeo, señalan que Jean Le Camus, profesor de psicología de la Universidad de Toulouse, ha concluido mediante sus investigaciones, que el padre (varón) tiene una doble función con respecto de su hijo: la de facilitarle el aprendizaje de unas normas y la de participar en la construcción de su identidad sexual.

⁹ Pardo Mendoza; Laura, “La guarda y custodia compartida en el equipo psico-social de los Juzgados de La Rioja”, *Memoria de Prácticas Estudio Diagnóstico, Equipo Psico social de los Juzgados de la Rioja*, España, 2014/2015, pp. 14-17 (disponible en: <http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d6097535/Guarda%20y%20Custodia%20Compartida.pdf>).

¹⁰ Estos estudios, a diferencia de los planteados en el *BBI model*, presentan una importante evidencia clínica. Batt, John, *op. cit.*, pp. 640 y 641.

¹¹ A este respecto, Batt señala que “[I]t is the BBI position that if the parents cannot reach an agreement on joint custody, they reveal themselves as «unfit to decide custody. Professor Goldstein declares that the court should quickly award custody to the parent of attachment» y «[N]ote that he refers to joint custody agreements as a «fad» and as «magic formulas». This is certainly strong labelling. The implication is that those who support joint custody have not truly engaged in the requisite reflection and analysis. Although the BBI group favors contact between the non-custodian and the child, Professor Goldstein states «[e]ven if requested by both parents we would object to courts making a visitation or joint custody agreement a part of a decree»”. Batt, John, *op. cit.*, pp. 661 y 662.

¹² Por sólo citar una de las referencias de Batt: “Susan Steinman, another social science researcher writing for a law journal audience, in referring to a group of joint custody children she studied stated: These children clearly had two psychological parents to whom they were positively attached and loyal, despite the marital split. This does not support the assumption in Freud, Solnit and Goldstein’s, *Beyond the Best Interests of the Child* that children cannot relate well to two separated parents who are not in positive relation to one another”. *Ibidem*, Batt, John, p. 662.

Además, su participación es importante en el desarrollo del lenguaje del niño y en la resolución de problemas. Otra ventaja que apuntan los autores es que la custodia compartida facilita que los adultos reconstruyan más rápidamente su vida personal.¹³

Por otra parte, se ha sugerido el siguiente modelo para concretizar la custodia compartida, desde la Children's Rights Council (Consejo de Derecho del Niño de Estados Unidos):

<i>Edad</i>	<i>Frecuencia del contacto con ambos padres</i>
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días enteros
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

FUENTE: Informe de Re-encuentro, disponible en: <http://es.geocities.com/apinpach/coparentalidad.htm>.

En igual sentido, en Chile, el psiquiatra Andrés Donoso y la psicóloga Sara Larraín señalan, citando a María Bacigalupo, que el régimen actual —más allá de la excepcionalidad de la guarda compartida— propicia que el padre no custodio vaya adquiriendo, aunque sea de un modo inconsciente, la percepción de la propia responsabilidad respecto de sus hijos.¹⁴ Ambos autores señalan los factores negativos de la custodia exclusiva, al señalar que

¹³ Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa-Calpe, 2005, pp. 41-51.

¹⁴ Delgado agrega que las soluciones legales en vigor favorecen, al menos indirectamente, una situación de marginación con el consiguiente abandono y dejación de funciones del padre no custodio. Y ello supone “orientar la relación familiar hacia lo patológico”, y “...en los países en que más en serio se están tomando la ayuda a las familias con problemas graves en su convivencia o en trámites de ruptura, se actúa sobre la base de tres grandes ejes: mediación, educación, custodia compartida”. Delgado, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Madrid, Thomson Reuters, 2010, pp. 255 y 278.

[E]l ejercicio de la custodia exclusiva genera una ruptura en el ejercicio de los roles parentales de ambos padres, proyectándose ante los hijos una situación descompensada, en la que uno de los padres (el custodio) tiene toda la responsabilidad afectiva, emocional, educativa y cotidiana y el otro se percibe lejano y ausente... El progenitor “custodio” adquiere en la práctica la responsabilidad completa respecto a los hijos, mientras el otro progenitor queda con un vacío de responsabilidad, esto genera conflictos en dos sentidos:

Conflicto por reivindicación. El progenitor que no vive con los hijos reclama mayor implicación y corresponsabilidad en la vida afectiva con los hijos.

Conflicto por abandono. Progenitor no se siente parte activa y reconocida en sus funciones de padre/madre y termina por distanciarse progresivamente y desentenderse de sus responsabilidades.¹⁵

III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Los principios de la coparentalidad y corresponsabilidad han puesto de relieve la importancia de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos.¹⁶ La custodia compartida es la manifestación más importante de dichos principios. La custodia compartida se ha estado imponiendo como régimen legal general y supletorio en varios países. Y ello se ha fundado básicamente en estudios psicológicos, que han revelado que los hijos de padres separados, que mantienen regímenes de custodia compartida, se desarrollan de mejor forma que los que tienen regímenes de cuidado exclusivo. Poussin y Lamy destacan como ventajas del cuidado compartido,

¹⁵ Asimismo, los referidos autores agregan que “[S]e ha documentado que cerca de la mitad de los padres divorciados en EEUU y Gran Bretaña con custodia exclusiva de las madres, perdieron gradualmente el contacto con sus hijos. (Aguilar 2006). En Chile, de acuerdo a datos del año 2006, el 30% de los niños no viven con su padre y un 40% de ellos no mantiene contacto. En el caso de la madre, un 7.8% de los niños señalan no vivir con la madre”. Donoso, Andrés y Larraín, Sara, “Algunas consideraciones sobre el sistema de custodia compartida”, *Revista de Familias y Terapias*, Santiago, año 17, núm 27, 2009, pp. 62 y 63.

¹⁶ De esta forma, Delgado señala que “...la presencia de las dos figuras parentales es prioritaria para los menores en cualquier tipo de guarda que se arbitre. No sólo en los supuestos de custodia compartida... La necesaria referencia a ambos padres, la efectiva contribución de ambos progenitores —rasgo vital de la vida humana— la participación y colaboración activa de ambos padres sigue siendo una de las asignaturas pendientes en torno al tema. ...no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad —en cuanto a la guarda y custodia de los hijos— que juegue a favor de alguno de los progenitores...”. Delgado, Gregorio, *op. cit.*, , p. 247.

que se otorga al hijo, libertad para desarrollar tanto sus raíces maternas como paternas, y crecer respetando su doble herencia; y permite construir la identidad sexual del menor; para un varón, el padre se convierte en un modelo de referencia, mientras que para una niña pasa a encarnar el ideal del sexo opuesto. Con la madre ocurre lo contrario: sirve de modelo para su hija y de ideal femenino para el hijo. Ello permite que en el hijo se creen las referencias que corresponden con relación a los adultos. En igual sentido, Delgado sostiene que

[L]a actitud de los padres, su grado de compromiso, su bagaje ético, su ejemplaridad (representación) son clave en la labor educativa y en el crecimiento equilibrado de los hijos, tanto en la situación de ruptura de la convivencia como en la de normalidad de la pareja.¹⁷

A su vez, Villagrasa extrae de la SAP de Barcelona, sección 18a, del 20 de diciembre de 2007, las siguientes ventajas de la custodia compartida: se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores; la ruptura resulta menos traumática al evitar sentimientos negativos de culpa o de abandono en los menores; se fomenta una actitud más abierta de los hijos respecto de la separación de sus progenitores, aceptando mejor el nuevo contexto; se evitan situaciones de manipulación de los progenitores a los hijos; se garantiza la potestad o responsabilidad parental, así como la participación en igualdad de condiciones por ambos progenitores, en el desarrollo y crecimiento de los hijos; se evita el sentimiento de pérdida que se produce en el progenitor no custodio; se consigue una mayor concienciación de ambos progenitores en cuanto a la contribución a los gastos de los hijos, de manera equitativa o proporcional a su capacidad económica; no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; hay una equiparación entre los progenitores respecto de su tiempo libre y se facilita la adopción de acuerdos al tener que cooperar ambos progenitores necesariamente.¹⁸ La guarda y custodia

¹⁷ *Ibidem*, p. 53.

¹⁸ La sentencia enumera como inconvenientes la posible inestabilidad que puede provocar en los hijos menores el cambio continuo de domicilio o los problemas de adaptación a los nuevos núcleos familiares, así como la dificultad que implica unificar criterios en las cuestiones más cotidianas. Villagrasa Alcaide, Carlos, “La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades”, capítulo 3, Picontó, Teresa (ed.), *Custodia compartida*

de los hijos trae consigo el fortalecimiento de la relación paterno-filial en detrimento del progenitor no custodio, quien no comparte el quehacer del día a día de los hijos, y que es el que con el paso del tiempo moldea su personalidad. La custodia compartida, en el derecho español, hace frente a la tendencia que la cotitularidad y del coejercicio de la patria potestad (que en el derecho español se refiere a los aspectos personales y patrimoniales de la filiación) se diluya en la guarda y custodia exclusiva, de manera que el progenitor que tiene asignada esta última cuenta con una posición de supremacía de hecho y de derecho, que le lleva a diseñar la orientación y la vida cotidiana del NNA.¹⁹

En Chile, la discusión a favor y en contra de la custodia compartida con alternancia de residencia se produjo a raíz de la aprobación, en el Congreso, de la Ley 20.680, en los siguientes términos. Nicolás Espejo, encargado de la Protección Legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en la tramitación del Proyecto de Ley, indica:

[E]n cuanto a las ventajas globales que presentaría la custodia compartida, señaló que las más importantes serían la posibilidad de garantizar a los hijos disfrutar la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura, lo que tornaba la nueva situación más parecida al modelo de convivencia previo a la crisis y, por lo mismo, menos traumática para los hijos; se evitarían ciertos sentimientos negativos en los menores como la sensación de abandono, el sentimiento de culpa, de negación, de suplantación o el de lealtad por uno u otro progenitor; la creación de una actitud más abierta de los hijos lo que facilitaría una mejor aceptación de la nueva situación; la posibilidad que los padres puedan seguir ejerciendo los derechos propios de la autoridad paternal en términos igualitarios o coparticipativos; la reducción del riesgo de alienación parental en el niño toda vez que no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los padres y, por último, toda vez que el sistema lleva a que éstos deben cooperar o buscar acuerdos, la custodia compartida se convierte en un modelo educativo para los hijos.²⁰

tida, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2010, pp. 89 y 90.

¹⁹ Guilarte, Cristina, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, España, Lex Nova, 2009, p. 86.

²⁰ Historia de la Ley 20.680. Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan

La jueza y profesora Gloria Negroni señala algo similar, en los siguientes términos:

[E]n cuanto a las supuestas desventajas que presentaría un régimen como el que se comenta, señaló que se ha sostenido que generaría indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos. Al respecto expresó que tal crítica está basada en un concepto de familia que no se condice con las estructuras familiares modernas, eminentemente variables, ligadas al funcionamiento particular de cada familia en un momento específico en el campo económico, cultural, político, ideológico y religioso. Sostuvo que para ella, la familia está constituida por los principales referentes afectivos de una persona.²¹

A su vez, en contra de estas posiciones Tapia señala:

[A] continuación, se preguntó si un sistema de residencia y cuidado compartido es pertinente en Chile, agregando que ni en los países donde se aplica esta modalidad hay estudios concluyentes al respecto y que, de acuerdo un estudio realizado en Francia, los menores afectos a tal sistema señalaron sentirse como permanentes viajeros... Indicó que respecto a la residencia alternativa, estaríamos frente a una institución difícil de aplicar puesto que expone a los menores a un nivel de desarraigo importante. Precisó que en Francia, en 10 años de aplicación de esta institución, sólo el 20% de los matrimonios que separan han optado por ella, por lo que puede decirse que ha tenido una aplicación más bien marginal, de la cual todavía se desconocen sus efectos en los niños.²²

Una opinión intermedia manifiesta Lathrop, indicando que

...no aludiría a las ventajas y desventajas de este régimen pues existe un sinnúmero de investigaciones en el área de la psicología que se pronuncian en diversos sentidos. Sólo acotó que los estudios que ha podido consultar se refieren a niños explorados en etapas iniciales de implementación de este régimen, es decir, que no hacen seguimiento al desarrollo de los mismos transcurrido un tiempo desde su funcionamiento. Por otro lado, afirmó que las

separados, *Biblioteca del Congreso Nacional*, Santiago, pp. 159 y 160 (disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdfpp).

²¹ *Ibidem*, p. 171.

²² *Ibidem*, pp. 300, 302 y 303.

desventajas relacionadas con la inestabilidad física y emocional de los hijos son detectadas en estas etapas iniciales de implementación que podrían remitir con el tiempo y que se refieren más bien a sistemas en desuso ya en las legislaciones, en que lo único que se comparte es la residencia y en que no hay necesariamente corresponsabilidad o adopción conjunta de decisiones de importancia relativas al hijo (sistema desechado expresamente, por ejemplo, en las legislaciones francesa e italiana durante la década del 2000); o bien estas críticas aluden a sistemas de cuidado personal con residencia alterna estricta, es decir, en que se comparten las decisiones de importancia, hay participación en cuestiones cotidianas y en que, además, la residencia es de un 50% para cada uno de los padres.

Estas críticas pierden fuerza en un sistema de cuidado personal compartido con progenitor residente principal —en el que no hay residencia alterna estricta, sino un padre o una madre que convive mayormente con el hijo, y que al mismo tiempo involucra activamente al otro padre o madre tanto en las decisiones de importancia relativas al hijo como en cuestiones de carácter personal cotidiano.²³

Por lo que la referida autora se inclina por una custodia compartida con residencia principal, y deberes y facultades conjuntos.

La discusión a favor y en contra de la custodia compartida también se ha generado en el campo del género. El debate, sin embargo, en la mayoría de los casos se realiza sin distinguir entre custodia compartida como régimen legal general o supletorio, o como excepcional con oposición de uno de los padres. La discusión parte de la base, como ocurre en la mayoría de los casos, de que la custodia le corresponde a la madre.²⁴ Para Cruz, las críticas a la custodia compartida, con oposición de la madre, lejos de centrarse en los niños, pone su acento en una pérdida de poder de la mu-

²³ *Ibidem*, p. 308.

²⁴ En este sentido, por ejemplo, socialmente son aceptadas las madres solteras; en cambio, los padres solteros se perciben como una situación anómala. El problema se plantea en los denominados “padres solteros por elección” (*PSPE*), por el cual los hombres deciden ser padres a través de la inseminación artificial en una mujer, con la que celebran un contrato de alquiler de vientre —en los países que se acepta la maternidad por subrogación—, o mediante la adopción. En este sentido, se puede consultar a Lores, Fernando y Ayala, Ariadna, “Entre el «deseo» de ser padres y ser padres «de tercera»: experiencias de la monoparentalidad entre padres solteros por elección (*PSPE*)”, en Jociles, María Isabel y Medina, Raquel (eds.), *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia*, Valencia Tirant lo Blanch, 2013, pp. 143-183.

jer en la familia. Así, el referido autor cita a Goiriena Lekue, para la cual, la situación, ya empeorada de la mujer en la sociedad, se vería ahora afectada en la familia. Desde una de las aristas del feminismo, Bodelón sugiere que la custodia compartida aumentará la violencia de género contra la mujer. Ello se debería a que la mujer no se atreverá a dejar su pareja, dado que pensará en la situación en que estarán los hijos en la custodia compartida.²⁵ En este mismo sentido, Delgado es contrario al hecho de que sea uno de los progenitores quien ostente la patria potestad —habitualmente la mujer y madre—, pues “origina de hecho la marginación del varón/padre y perjudica, a la corta y a la larga, a los menores (vacío afectivo)”, debiendo ser reservada a ambos progenitores.²⁶ También se ha señalado que la custodia compartida permite que la mujer tenga una mejor empleabilidad y tiempo libre. Ello supone, además, como política de género y de igualdad material, la mantención de los alimentos y la declaración de bien familiar, aunque sea de una forma diferente a la custodia exclusiva.

IV. EL DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA

La concepción autoritaria de la familia se ha comenzado a dejar de lado, impulsada por una concepción de los derechos fundamentales basada en los principios del interés superior del niño —en una primera etapa de desarrollo— y, posteriormente, por el de la igualdad de los padres, como manifestación de dicho interés. En la actualidad, estos principios han llevado a que en lugar de establecerse sistemas equilibrados de custodia, más que exclusiva, indistinta. Así, los ordenamientos jurídicos comienzan a preferir el sistema de guarda o cuidado personal compartido, o de la autoridad parental compartida.²⁷ Producto de esta evolución, se han desarrollado los principios de corresponsabilidad y la coparentalidad. A pesar de que en

²⁵ Bodelón, Encarna, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en Piconó, Teresa (ed.), *Custodia compartida*, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2010, pp. 149-154.

²⁶ Delgado, Gregorio, *op. cit.*, p. 235.

²⁷ Esto es tan así, que el sistema de guarda compartida excluye que durante el periodo de guarda con el hijo el progenitor que lo tenga consigo sea soberano para tomar deci-

Europa no existe un modelo estricto a favor de la custodia compartida alterna, como régimen legal y supletorio, muchos países, que tienen modelos de cuidado indistinto o exclusivo, han establecido deberes y facultades para el padre no custodio, dando lugar a sistemas de corresponsabilidad y coparentalidad.

Derecho europeo

En Francia, la regla general es la continuación de la autoridad parental después del divorcio.²⁸ El artículo 373-2-11o del Code (modificado por la Ley 2002-305, del 4 de marzo de 2002), establece cuáles son los criterios que el juez debe considerar al momento de determinar las condiciones de ejercicio de la autoridad parental. Dichos criterios son los siguientes: las prácticas seguidas por los padres con anterioridad o acuerdos celebrados, antes de la separación; los sentimientos expresados por los niños menores de acuerdo con el artículo 388-1; la capacidad de cada padre para asumir sus deberes y respetar los derechos de la otra; el resultado de los peritajes que se hayan realizado, teniendo en cuenta la edad del niño; la información de posibles investigaciones o informes sociales de conformidad con el artículo 373-2-12; las presiones o la violencia, de naturaleza física o psicológica, ejercida por uno de los padres contra la persona del otro.²⁹ Así, el Código Civil establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores, pudiendo llegar a imponer la *résidence alternée*, aun cuando ninguno de los padres esté de acuerdo. A su vez, el Código Civil francés admite la posibilidad de acordar la residencia alterna del menor en el domicilio de cada uno de los padres o sin el acuerdo, pero de forma temporal, con objeto de valorar su funcionalidad.

siones referidas a la potestad, sino que sólo será responsable de su cuidado y de adoptar decisiones relativas a los actos cotidianos. Villagrasa, Carlos, *op. cit.*, p. 97.

²⁸ Así, en Francia la Ley 305, del 4 de marzo de 2002, incorporaría la autoridad compartida, distinguiendo si el padre reconoce al hijo, antes del año del nacimiento, en cuyo caso la autoridad parental automáticamente es conjunta, pero si el padre reconoce después del año, podrá demandar la autoridad conjunta (artículo 372, *Code*).

²⁹ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000022469784&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170302&oldAction=rechCoDeArticle&fastReqId=1372571757&nbResultRech=1>

El derecho de infancia alemán daría lugar a una serie de modificaciones inspirado tanto en la igualdad de los hijos como en la de los padres. La primera de estas reformas fue llevada a cabo mediante la Ley 18, de julio de 1979. En palabras de Pau Pedrón —quien escribió una de las principales monografías en castellano sobre este tema durante los años ochenta—: “la reforma de la patria potestad era, en el derecho alemán, una necesidad derivada de dos trascendentales innovaciones introducidas en la legislación civil: la equiparación de los hijos y la igualdad de los cónyuges”.³⁰

De forma posterior, y a raíz de un problema de inconstitucionalidad, respecto de la posibilidad de demandar la custodia compartida por un padre no matrimonial, el 16 de abril de 2013 se publicó la Ley modificatoria de la nueva regla de la custodia de progenitores no casados, que permite a los padres, contra la voluntad de la madre, solicitar la custodia compartida (§1626 a) BGB).³¹ De Torres se refiere a la inclinación de Alemania por la custodia compartida, en los siguientes términos:

[e]videntemente en Alemania tras la entrada en vigor de la KindRG en 1998 se ha producido un notable giro en las decisiones judiciales que ahora en los procedimientos de divorcio tienden a conceder la guarda y custodia (patria potestad) compartida. De hecho, Motzer, Stefan ha realizado un seguimiento de la aplicación del artículo 1671 BGB y los resultados han sido contundentes a favor de la guarda y custodia compartida. En el 2000, del total de divorcios habidos en Alemania resultaron los siguientes porcentajes: en el 69.35 % de los casos hubo lugar a una guarda y custodia compartida de los padres. En el 21.62 % la guarda y custodia correspondió exclusivamente a la madre, y en el 1.52 % correspondió exclusivamente al padre. Es claro que el bien del niño se relaciona en Alemania con la guarda y custodia compartida, opción que podría seguirse en otros ordenamientos.³²

En España, las críticas al modelo de custodia indistinta se hacen cada vez más evidentes por parte de la dogmática. Es verdad que un sistema de custodia indistinta no es siempre incompatible con los principios del interés superior del niño y la corresponsabilidad de los padres; pero el mo-

³⁰ Pau Pedrón, Antonio, “La nueva regulación alemana sobre la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, XXXV, fascículo III, julio-septiembre de 1982, p. 279.

³¹ Disponible en: <https://dejure.org/gesetze/BGB/1626a.html>.

³² Torres, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, LIX, fascículo II, abril-junio de 2006, p. 692.

delo de custodia compartida desarrolla de mejor forma los derechos de la infancia.³³ En este sentido, Gete-Alonso y Solé apuestan —a propósito del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio— por una reforma más ambiciosa que considere la custodia compartida como regla general y preferente, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el NNA.³⁴ Ello, señalan, podría iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones más acorde con los derechos fundamentales de todos los implicados, y además podría incidir en los comportamientos de los progenitores para con sus hijos durante la convivencia, antes de la crisis de la pareja, fomentando la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsables.³⁵

El sistema jurídico español es muy interesante por cuanto, a pesar de que en principio no estableció un régimen de custodia compartido supletorio, en la práctica éste se ha impuesto vía jurisprudencia; pero ello se ha logrado después de una importante evolución en la doctrina española. De este modo, los tribunales se inclinan claramente por la custodia compartida, como el régimen que prioriza de mejor forma el principio del interés superior del niño. Naturalmente, ello sólo es posible de concurrir los requisitos de procedencia de la custodia compartida.³⁶ Por ello, se trata de

³³ A este respecto, Delgado señala: “[D]esde la perspectiva del interés/beneficio de los hijos, se impone... una pregunta, que ya formulamos en otro momento. Es esta: ¿es entendible un desarrollo armónico y equilibrado del proceso de maduración personal de los hijos sin una permanente referencia a ambos progenitores? La respuesta, a mi entender, ha de ser, en principio, negativa. Y ello con independencia del sistema de guarda que se establezca e incluso en el ámbito de una convivencia conyugal normal”.

El interés del menor responde a situaciones más complejas que las habituales. Su tutela sólo se satisface de modo eficaz en casos excepcionales cumplidamente acreditados, mediante una guarda atribuida exclusivamente a uno de los padres. En principio, el contacto regular y fluido con ambos padres parece más viable y eficaz en el desarrollo equilibrado y armónico de los hijos. Delgado, Gregorio, *op. cit.*, p. 213.

³⁴ En España son relevantes las nuevas leyes: Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, *BOE* del 23 de julio de 2015, y Ley 26/2015, del 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, *BOE* del 29 de julio de 2015), que se centran principalmente en los menores desamparados, o sea, en NNA en situación de calle o vulnerables.

³⁵ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé, Judith, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 170 y 171.

³⁶ Lo anterior se desprende de la STS, del 25 de noviembre de 2013, que en palabras de Guilarte “afirma que en el régimen de custodia compartida se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se

un régimen supletorio, pero no de carácter general ni automático, como en los casos en que la fuente es legal. Incluso se ha resuelto que la custodia compartida podría darse en el caso de una mala relación entre los padres, pero en la medida en que ello vaya en el desarrollo del interés superior del niño.³⁷ De este modo, la jurisprudencia española ha terminado por imponer el cuidado personal compartido, como régimen supletorio, a pesar de la redacción del artículo 92.8 CCE.³⁸ Y ello lo ha hecho entendiendo que el sistema jurídico de infancia se articula en el interés preferente del NNA. Así lo ha resuelto una jurisprudencia sistemática del Tribunal Supremo español (sentencias del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2005, 10 de diciembre de 2012, 29 de abril de 2013, 19 de julio de 2013, 12 de abril de 2016, 29 de marzo de 2016, 6 de abril de 2018, y fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 6 de diciembre de 2012, asuntos acumulados C-356/11 y 357/11 sobre reagrupación familiar).³⁹

evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación entre los padres, en beneficio del menor”. Guilarte, Cristina, *op. cit.*, p. 39.

³⁷ Y ello no es claramente de esta forma en la medida en que la custodia compartida perjudique al NNA. Poussin y Lamy señalan que, considerando que hay padres que se muestran muy sensibilizados con la noción de paridad, es preferible que, en ciertos casos, sobre todo inmediatamente después de la ruptura, se establezca una dinámica estrictamente igualitaria. Lo anterior evitaría cualquier tipo de conflicto o ventaja por parte de uno de los progenitores (reparto de tiempo equitativo, 50% con cada uno). Sin embargo, señalan que este igualitarismo detallista corre el peligro de convertir la custodia compartida en un instrumento de revancha y de desviarla así de su objetivo principal: permitir que el hijo tenga el mismo contacto con sus dos progenitores. Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

³⁸ La norma precedente establece de forma expresa: “8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (disponible en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>). El Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional y nula la palabra “favorable” del inciso destacado del apartado 8, mediante fallo del 17 de octubre de 2012. Ref. *BOE-A-2012-14060*. Alascio Carrasco, Laura, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2011, p. 22, disponible en: http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf. En contra: Bodelón, Encarna, *op. cit.*, p. 138.

³⁹ La STS del 6 de abril de 2018, núm. 194/2018, Sala Civil, resolvió que el régimen de guarda y custodia compartida no se trata de una medida excepcional, sino que habrá

Sin perjuicio de lo anterior, para poder declarar el cuidado personal compartido se ha exigido que se concrete la forma en la cual se ejercerá específicamente la educación y crianza de los hijos, y sobre todo la residencia alternada.

Los fallos precedentes han resuelto que la medida normal y generalizada en las relaciones paternofiliales es la custodia compartida. Esa es la forma de hacer efectivo el derecho de hijos a mantener una relación con sus padres. De esta jurisprudencia es especialmente interesante la sentencia 280/2017, Sala 1a. de lo Civil, 9 de mayo de 2017. En esta causa, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia concedieron el cuidado personal exclusivo a la madre, rechazando la demanda de cuidado personal del padre, con demanda subsidiaria de cuidado personal. En ambas instancias no se rinde prueba pericial respecto de la conveniencia del cuidado personal que llevan a los sentenciadores a fallar a favor del *statu quo*, es decir, a favor de la madre. El padre recurre de casación contra la sentencia de segunda instancia, alegando precisamente lo que ha resuelto la jurisprudencia.⁴⁰ Este fallo es especialmente interesante en la parte que resuelve:

de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores. Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones.

⁴⁰ El Informe Fiscal, que fue favorable a la madre en primera y segunda instancia, esta vez señala que “a pesar de no existir informe psicosocial acerca de la idoneidad del sistema de guarda y custodia compartida, al no haber sido solicitada tal prueba pericial por el hoy recurrente, esto no significa que tal carencia probatoria determine per se, la inaplicación de este sistema de custodia en la medida que el Juzgador a quo debe valorar el conjunto de las pruebas aportadas... la sentencia no valora otros parámetros que aparecen como hechos probados, en concreto: «que existen estrechos vínculos entre padre e hija», que el recurrente «es un buen padre y que la niña le tiene mucho cariño», imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, conforme a la doctrina de esta sala contenida en las referidas sentencias, que establecen que este régimen de custodia habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Añade que en este supuesto no se describen, como hechos probados, la existencia de una conflictividad que impida el establecimiento de tal régimen de custodia compartida y, por el contrario, queda acreditado, la actitud del padre favorable al cuidado y atención de la menor y el cariño existente entre ellos, reconocido por la madre...” (considerando 2 del fallo del TS).

[C]iertamente que, a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés (sentencia 54/2011, de 11 de febrero). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 del 21 diciembre).

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo resuelve desechar la casación por falta de prueba en concreto de la forma en que se llevará a cabo la custodia compartida. Y en este sentido, resuelve:

[e]l criterio de la sentencia recurrida, por lo demás, es coherente con la doctrina de esta sala mantenida en las sentencias 638/2016, de 26 de octubre y 722/2016, de 5 de diciembre, que consideran que, para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña (considerando 3o.).

Para finalizar, con objeto de que el juez se haga una idea más concreta del grado de implicancia de los padres y compruebe si es posible la alternancia de residencia, puede solicitar un informe pericial. La custodia compartida exige una labor acuciosa de parte del juez en torno al rango

de alternancia de los padres. Así, aunque los jueces puedan establecer un estándar común más o menos general de alternancia, como podría ser mes por medio o semestre alternado, siempre será necesario verificar si dicho estándar puede ser cumplido por los padres y la alternancia está de acuerdo con el interés superior del niño en concreto.⁴¹ En Francia se exigen un informe psicólogo o de un asistente social que avale la alternancia. Su elaboración dura alrededor de tres meses, y permite definir las condiciones en que vivirá el menor; por ejemplo, cómo es el entorno de cada progenitor; cómo es la relación del hijo con cada uno de sus padres; cómo le habla a su hijo de su ex cónyuge cada padre; si existen tensiones entre ellos; qué recursos tiene cada uno, entre otros.⁴² A este respecto, también debe tenerse presente que el informe pericial psicológico debe ser específico en torno a lo que proponen los padres; por ejemplo, si se pide una custodia compartida con residencia alterada deben especificarse todos los aspectos de ella,⁴³ y en este sentido son especialmente importantes los planes de parentalidad.⁴⁴ En ellos los padres estén o no de acuerdo con la

⁴¹ Encabo y Romero señalan, con relación al reparto de los días de cuidado personal y respecto a las familias analizadas, que cada una de éstas tiene una realidad diferente, y eso conlleva a la adopción de un acuerdo diferente entre los padres. De este modo, no es posible establecer una regla general. Sin embargo, se pueden mencionar los distintos factores que determinan la distribución de días entre los padres: la distancia entre la madre y el padre; la edad de los niños (ya sea porque son pequeños o porque son mayores); los compromisos laborales, y hasta las ganas de estar presente en la crianza del hijo y priorizarla. Dicha complejidad se extiende a las vacaciones. Encabo, Emilio y Romero, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias, colores*, España, Litera Libros, Albuixech, 2012, pp. 115-118.

⁴² Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Guilarte, Cristina, *op. cit.*, pp. 48-50.

⁴⁴ Esta es una figura que obliga a los padres, en los juicios de custodia, a señalar cómo se desarrollaría la responsabilidad parental con relación a ambos padres, sobre todo en lo que respecta a la crianza y educación de los hijos. Esta figura fue introducida el 2010 al Código Civil catalán. En este sentido, Tamborero señala que “[E]l Art. 233.9 (se refiere al CC catalán) establece que los padres deben concretar la manera cómo llevarán a efecto los deberes y derechos derivados de su responsabilidad parental, y en ese plano de obligaciones se debe hacer constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, al cuidado y la educación de los hijos” (lo destacado entre paréntesis es mío). En este mismo sentido, se puedo consultar a Delgado Sáez, que indica: “[E]n el caso de que en el plan de parentalidad no existiera acuerdo o no hubiera sido aprobado por el Juez, éste debe determinar la forma de ejercer la guarda y custodia, pudiendo disponer que se ejerza de modo individual si es lo que más conviene al interés del menor, artículo 233-2 CCC”. Igual solución se establece en las comunidades valenciana (art. 5.2º de la Ley Foral 5/2011), de Navarra (art.

custodia compartida deben proponer como debería operar respecto de su relación con el hijo si el juez la decreta.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALASCIO, Laura, “La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1o. de octubre de 2010”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2011 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/753_es.pdf).
- BATT, John, “Child Custody Disputes and the Beyond the Best Interests Paradigm: A Contemporary Assessment of the Goldstein/Freud/Solnit Position and the Group’s *Painter v. Bannister* Jurisprudence”, *Nova Law Review*, vol. 16, núm. 2, 1992.
- BAUSERMAN, Robert, “Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review”, *Journal of Family Psychology*, Canada, vol. 16, núm. 1, disponible en: <http://canadiancra.com/Fatherlessness/fam16191.pdf>.
- BODELÓN, Encarna, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en PICONTO, Teresa (ed.), *Custodia compartida*, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2010.
- CRUZ, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, España, La Ley, 2012.
- DELGADO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, España, Thomson-Reuters, 2010.
- DELGADO, Jéssica, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las comunidades autónomas con derecho propio”, en PERALTA (ed.), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Madrid, Dykinson, 2017.

3 de la Ley Foral 3/2011) y vasca (art. 9 Ley Foral 7/2015). Tamborero, Ramón, “Guarda y custodia. Plan de parentalidad”, en Pérez Miranda, Tamborero; García Llorente y Arch Marin, *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 144, y Delgado Sáez, Jéssica, “Evolución legislativa de la custodia compartida. Especial referencia a las comunidades autónomas con derecho propio”, en Peralta (editor), *Derecho de familia: nuevos retos y realidades*, Madrid, Dykinson, 2017.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 457-480.

- DONOSO, Andrés y LARRAÍN, Sara, “Algunas consideraciones sobre el sistema de custodia compartida”, *Revista de Familias y Terapias*, Santiago, año 17, núm. 27, 2009.
- ENCABO, Emilio y ROMERO, Juan, *Custodia consensuada. Para custodias, colores*, España, Litera Libros, Albuixech, 2012.
- ESPEJO, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en LEPIN, Christian y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (eds.), *Estudios de derecho de familia I*, Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- GETE-ALONSO, María del Carmen y SOLÉ, Judith, *Filiación y potestad parental*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GUILARTE, Cristina, *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, España, Lex Nova, 2009.
- GUILARTE, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- HISTORIA DE LA LEY NÚM. 20.680, Biblioteca del Congreso Nacional, Chile, disponible en: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdfpp.
- INFORME ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS-THEMIS, disponible en: <http://www.amecopress.net/spip.php?article236>.
- JOCILES, María Isabel y MEDINA, Raquel (eds.), *La monoparentalidad por elección. El proceso de construcción de un modelo de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- KELLY, Joan B., “Further Observations on Joint Custody”, *University of California, Davis, Law Review*, vol. 16, núm. 3, 1983.
- PARDO, Laura, “La guarda y custodia compartida en el equipo psico-social de los juzgados de La Rioja”, *Memoria de Prácticas Estudio Diagnóstico, Equipo Psico social de los Juzgados de la Rioja*, España, 2014/2015, disponible en: <http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d6097535/Guarda%20y%20Custodia%20Compartida.pdf>.
- PAU, Antonio, “La nueva regulación alemana sobre la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. III, julio-septiembre de 1982.
- POUSSIN, Gérard y LAMY, Anne, *Custodia compartida, cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, Espasa-Calpe, 2005.

- SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII Legislatura Fascicolo Iter DDL S. 1163, disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Fascicolo-SchedeDDL/ebook/42930.pdf>.
- TAMBORERO, Ramón, “Guarda y custodia. Plan de parentalidad”, en PÉREZ MIRANDA *et al.*, *La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 2011.
- TORRES, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, fasc. II, abril-junio de 2006.
- VILLAGRASA, Carlos, “La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades”, capítulo 3, en PICONTÓ, Teresa (ed.), *Custodia compartida*, Cuadernos de Derecho Judicial Bartolomé de las Casas, núm. 56, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III-Dykinson, 2010.

NOTA DEL EDITOR. Este artículo fue recibido por el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, y como una forma de difusión específica se ha decidido publicar también en la *Revista de Derecho Privado* del Instituto de Investigaciones Jurídicas, a que pertenecen ambas revistas. Sin embargo, esta versión presenta varias adecuaciones. La otra versión puede verse en: Barcia Lehmann, Rodrigo, “Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo: como régimen legal supletorio y con oposición de uno de los padres como un régimen especial”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, año V, núm. 14, julio-diciembre de 2018, pp. 85-140 (disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/13369>).

LAS FACULTADES DEL TITULAR DEL PODER EJECUTIVO ESTADOUNIDENSE FRENTE A LA RENEGOCIACIÓN DEL TLCAN Y LAS RELACIONES COMERCIALES ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA*

THE POWERS OF THE HOLDER OF THE UNITED STATES EXECUTIVE BRANCH AGAINST THE RENEGOTIATION OF NAFTA AND THE TRADE RELATIONS BETWEEN MEXICO AND THE UNITED STATES OF AMERICA

Oscar CRUZ BARNEY**

RESUMEN: En el presente texto analizamos la situación de las relaciones comerciales internacionales de México frente a las negociaciones para la modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Se estudian las facultades del Poder Ejecutivo estadounidense en materia de negociaciones comerciales internacionales y las opciones de actuación frente al uso de éstas. Se plantea el proceso de modernización del TLCAN y sus principales aspectos: los objetivos de los países parte del Tratado y las implicaciones de los cambios propuestos.

ABSTRACT: In this text, we analyze the situation of Mexico's international trade relations in face of negotiations for the modernization of the North American Free Trade Agreement. The powers of the American Executive Branch are studied in terms of international commercial negotiations and the options of action against their use. The NAFTA modernization process and its main aspects are considered: the objectives of the countries that are Party to the Treaty and the implications of the proposed changes.

* Artículo recibido el 28 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 7 de junio de 2018.

** ORCID: 0000-0001-7927-1564. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Expresidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Consejero de la Presidencia de la Union Internationale des Avocats, senador de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados; Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort; Cruz de San Ivo del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Medalla de Honor del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Investigador nacional, nivel III, del Conacyt.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 481-516.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Palabras clave: TLCAN, defensa comercial, remedios comerciales, capítulo XIX, *antidumping*, inversiones

Keywords: NAFTA, Trade Defense, commercial remedies, chapter XIX, anti-dumping, investments

SUMARIO: I. *Introducción. El TLCAN y su naturaleza jurídica.* II. *Las facultades del Poder Ejecutivo estadounidense en materia de comercio exterior.* III. *Mecanismos para el establecimiento de barreras arancelarias al comercio con México.* IV. *Estrategias de defensa y acciones posibles ante la imposición de barreras a productos mexicanos en los Estados Unidos.* V. *El CPTPP como modelo para una posible renegociación del TLCAN.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. EL TLCAN Y SU NATURALEZA JURÍDICA

La sección 1101 de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* of 1988¹ establece los objetivos generales de los Estados Unidos en sus negociaciones comerciales internacionales, a fin de obtener:

1. Un acceso a mercados más abierto, equitativo y recíproco;
2. La reducción o eliminación de barreras al comercio, prácticas y políticas que distorsionen al comercio, y
3. Un sistema de disciplinas comerciales y procedimientos más efectivo.

Conforme ha señalado Rodolfo Cruz Miramontes, en los Estados Unidos de América la facultad de negociar tratados internacionales está depositada en el presidente, con la asesoría y consentimiento del Senado. Sin embargo, se han celebrado también acuerdos directos con la participación exclusiva del Poder Ejecutivo.

Así, conforme al citado autor, podemos distinguir los siguientes tipos de tratados o acuerdos internacionales en los Estados Unidos de América:

1. Los acuerdos tradicionales negociados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado contemplados en el artículo 2o., sección 2, pá-

¹ Disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-102/pdf/STATUTE-102-Pg1107.pdf>.

rrafo 2, de la Constitución, denominados “tratados senatoriales”: el presidente.

Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y sentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley. Pero el Congreso podrá atribuir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, por medio de una ley, al Presidente solo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos.

2. Los acuerdos ejecutivos congresionales, que pueden ser de dos tipos:
 - A) Los que reciben una autorización previa del Poder Legislativo para negociarse.
 - B) Aquellos que una vez negociados se envían al Congreso para su aprobación con efectos retroactivos.
3. Los acuerdos llevados a cabo únicamente por el presidente conocidos como *presidential-executive* o *sole executive agreements*.
4. Los denominados por algunos autores europeos como *gentleman agreements*, de singular importancia a finales de la Segunda Guerra Mundial.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se ubica, conforme a la clasificación anterior,

...entre los acuerdos ejecutivos congresionales que por haberse sujetado al sistema de la vía rápida (*fast track*), recibió una autorización previa a su negociación, por ello, se constriñó a un término de duración para ella y a una aprobación posterior, tal como se estipuló en la ley identificada como PL. 100-418, sección 102, y el término consignado fue del 1o. de mayo de 1991 al 31 de mayo de 1993; esto significa que la autoridad presidencial para negociarlo concluyó en esa fecha.²

² Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Ins-

Se señala: “The U.S. Constitution is silent on this question. The Constitution covers treaties —not agreements— and NAFTA is not technically a treaty. It is the North American Free Trade Agreement”.³

Adicionalmente, debería, tal como aconteció, presentarse junto al texto del tratado y en el correspondiente término, una ley especial en la que conste su aprobación y su implementación (con fundamento en las secciones 1102 (b) y (c) y 1103 de la Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, que otorga al presidente las facultades legales para celebrarlo).

II. LAS FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO ESTADOUNIDENSE EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

Durante la campaña presidencial del recientemente electo Donald Trump, en los Estados Unidos de América⁴ se anunciaron diversas medidas en materia de comercio exterior, que habrían de desarrollarse en los primeros cien días de la nueva administración:⁵

1. El retiro del recientemente negociado Acuerdo de Asociación Transpacífica o TPP (actual CPTPP).
2. Renegociar o en su caso denunciar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.⁶ Si bien la posibilidad de la renegociación ya se había planteado años atrás,⁷ recientemente (31 de marzo de

título de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. I, 2001. Asimismo, véase Smith, Jane M. et al., *Why Certain Trade Agreements Are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than Treaties*, Congressional Research Service 7-5700 disponible en: www.crs.gov 97-896, p. 1.

³ Shapiro, Jacob L., “The American President’s Power over NAFTA”, disponible en: <https://geopoliticalfutures.com/the-american-presidents-power-over-nafta/>.

⁴ Una explicación de las razones del impacto en la economía mexicana derivado del resultado electoral estadounidense, en Calderón Salazar, Jorge Alfonso, “México ante la propuesta de Trump de renegociar el TLCAN”, *El Punto sobre la i*, México, año 6, núm. 28, 2017.

⁵ “Here’s what will actually happen if Trump withdraws from NAFTA. It’s not Pretty”, Updated by Zeeshan Aleemzeeshan, aleem@vox.com noviembre 16, 2016, 8:30am EST.

⁶ Respecto a una posible renegociación del TLCAN, la página editorial “Cargill c.e.o. advocates smart and inclusive trade, immigration policy”, *Milling & Baking News*, Sosland Publishing Co., vol. 95, núm. 16, February 14, 2017, pp. 1 y 10.

⁷ Gallagher, Kevin P., Enrique Dussel Peters y Timothy A. (coords.), *The Future of North American Trade Policy: Lessons from NAFTA*, The Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future Boston University, 2009.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 481-516.

2017) el negociador en funciones de los Estados Unidos, Stephen Vaughn, hizo llegar al Congreso estadounidense un borrador de las posibles áreas de renegociación del Tratado, dividido en dieciocho temas generales y 48 objetivos específicos. Entre ellos destaca por su gravedad y ciertamente inaceptabilidad la pretensión de eliminar el mecanismo de solución de controversias del capítulo XIX del Tratado.⁸

3. Imponer barreras arancelarias de 45% a las importaciones a Estados Unidos provenientes de China.
4. Imponer barreras arancelarias de 35% a las importaciones a Estados Unidos de bienes provenientes de empresas estadounidenses que hayan mudado sus plantas de producción a México.

Estas medidas han sido criticadas duramente desde los Estados Unidos, por no atender a las acciones que podrían llevarse a cabo para mejorar el funcionamiento del TLCAN y recuperar los mercados perdidos ante la presencia de productos chinos.⁹ Inclusive, durante 2017, en el Agricultural Outlook, organizado por el USDA (Departamento de Agricultura de los Estados Unidos), hubo diversas voces de inconformidad con el retiro de los Estados Unidos del TPP, al considerar que era francamente benéfico para dicho país.¹⁰

Conforme al derecho estadounidense, el Congreso le ha otorgado una amplia autoridad al Poder Ejecutivo para negociar tratados comerciales internacionales; asimismo, para

- a) Denunciar tratados comerciales internacionales.
- b) Imponer aranceles contra prácticas comerciales injustas.
- c) Designar a países como “manipuladores del tipo de cambio”.

⁸ Un análisis del borrador en De Maria y Campos Castelló, Mauricio, “EU expresa lineamientos del nuevo TLCAN; ¿y México qué persigue?”, disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/eua-expresa-lineamientos-de-nuevo-tlcan-y-mexico-que-persigue.html>.

⁹ Wise, Timothy A., “A Progressive Agenda for Renegotiating NAFTA”, en *Moyers and Company*, november 22, 2016, disponible en: <http://billmoyers.com/story/getting-the-nafta-we-need/#>.

¹⁰ Sobre el proceso de modernización del TLCAN, véase Cruz Barney, Oscar, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

Cabe destacar que estas tres acciones no requieren una intervención o acción por parte del Congreso ni tampoco su aprobación, dejando en el Ejecutivo una amplia libertad de acción sin contrapeso de los demás poderes.

1. *La negociación de tratados comerciales internacionales por los Estados Unidos de América*

El fundamento legal para la negociación de tratados de libre comercio se encuentra en la Trade Act de 1974, que faculta al presidente para negociar acuerdos comerciales que involucren barreras arancelarias y no arancelarias. La sección 151 de la Trade Act de 1974 autoriza al Ejecutivo a someter dichos acuerdos o tratados al Congreso para su aprobación conforme al denominado *fast track* o *Trade Promotion Authority* (TPA).

En la negociación de un tratado comercial, el presidente de los Estados Unidos desde hace más de treinta años (1974) ha optado por solicitar del Congreso estadounidense la denominada *Trade Promotion Authority* (TPA), expresada de forma legislativa para guiar y en su caso limitar en su actuación a las administraciones, sean republicanas o demócratas, en la negociación de tratados comerciales internacionales.

Se trata de un procedimiento de carácter legislativo, que no le otorga al Ejecutivo nuevas facultades, mediante el cual el Congreso define los objetivos de la negociación y el mecanismo de consulta correspondiente durante el proceso de negociación. Conforme a la TPA, el Congreso retiene la facultad de revisar y decidir si un tratado negociado y propuesto por el Ejecutivo habrá de ser implementado o no.¹¹ La ventaja de este mecanismo reside en que el voto del Congreso puede ser solamente positivo o negativo, sin modificación posible del texto negociado y presentado por el Ejecutivo para su aprobación. Se considera que la TPA confirma el rol que la Constitución le confiere al Congreso en el desarrollo y vigilancia de la política exterior en materia comercial de los Estados Unidos de América.

Los elementos fundamentales de la TPA son, según la United States Trade Representative (USTR),¹² los siguientes:

¹¹ Disponible en: <https://ustr.gov/trade-topics/trade-promotion-authority>. Consultado el 12 de junio de 2018.

¹² *Idem*.

1. La TPA delinea una guía por parte del Congreso al presidente respecto de las prioridades dentro de la política comercial y los objetivos de negociación.
2. La TPA determina obligaciones para la administración en materia de notificación y consulta:
 - Con el Congreso
 - Con el sector privado
 - Con grupos de interés, y
 - Con el público durante la negociación del acuerdo comercial de que se trate.
3. La TPA define los términos, condiciones y procedimientos bajo los cuales el Congreso le permite a la administración entrar a formar parte de un tratado comercial internacional y establece los procedimientos para la deliberación legislativa de las leyes de implementación necesarias.

2. Otras facultades del Poder Ejecutivo estadounidense en materia comercial

La TPA fue adicionada mediante:

- La Omnibus Trade and Tariff Act de 1984.¹³
- La Trade Promotion Authority Act de 2002,¹⁴ y
- La Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act de 2015.¹⁵

Debe además tenerse en cuenta la Omnibus Trade and Tariff Act de 1988. Con estas adiciones se incorporaron disposiciones clave en el ejercicio de las facultades presidenciales en materia de comercio exterior. Así,

¹³ Su texto, disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg2948.pdf>. Consultado el 12 de junio de 2018.

¹⁴ El texto, disponible en <http://www.washingtontraderreport.com/TradeAct2002.pdf>. Consultado el 12 de junio de 2018.

¹⁵ El texto, disponible en <https://www.congress.gov/114/bills/s995/BILLS-114s995rs.pdf>. Consultado el 12 de junio de 2018.

la sección 125 de la Trade Act de 1974 le otorga al presidente la *termination and withdrawal authority* o facultad para denunciar un tratado comercial, que al efecto señala en su inciso (a):

(a) Every trade agreement entered into under this Act shall be subject to termination, in whole or in part, or withdrawal, upon due notice, at the end of a period specified in the agreement. Such period shall be not more than 3 years from the date on which the agreement becomes effective. If the agreement is not terminated or withdrawn from at the end of the period so specified, it shall be subject to termination or withdrawal thereafter upon not more than 6 months' notice.

Conforme a la citada sección 125:

- a) Todo tratado comercial en el que sea parte Estados Unidos de América debe contener disposiciones que permitan a dicho país retirarse del mismo después de hacer la notificación correspondiente (que no puede ser mayor a seis meses de antelación a la salida, caso del TLCAN, conforme al artículo 2205).
- b) El presidente tiene la facultad, conforme al inciso (b) de la sección 125 invocada,¹⁶ de revocar cualquier decreto presidencial por el que se haya implementado una reducción arancelaria conforme al acuerdo de que se trate (que en el caso del TLCAN se trata de la NAFTA Implementation Act de 1994).¹⁷
- c) El presidente tiene la facultad de establecer aranceles hasta 50% superiores a los consignados en la columna 2 de la tarifa arancelaria estadounidense al uno de enero de 1975, o bien de 20% ad valorem por encima de la tarifa existente el uno de enero de 1975, lo que resulte mayor.¹⁸

¹⁶ (b) *The President may at any time terminate, in whole or in part, any proclamation made under this Act.*

¹⁷ Disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-103hr3450enr/pdf/BILLS-103hr3450enr.pdf>.

¹⁸ (c) Whenever the United States, acting in pursuance of any of its rights or obligations under any trade agreement entered into pursuant to this Act, section 201 of the Trade Expansion Act of 1962, or section 350 of the Tariff Act of 1930, withdraws, suspends, or modifies any obligation with respect to the trade of any foreign country or instrumentality thereof, the President is authorized to proclaim increased duties or other

- e) Conforme al inciso (e) de la Tariff Act de 1974,¹⁹ los aranceles existentes se mantendrán un año más a partir de la salida de Estados Unidos del acuerdo comercial de que se trate, precisamente con el objetivo de paliar los efectos económicos disruptivos que se causen por la denuncia del tratado. Sin embargo, en circunstancias especiales, el presidente puede imponer aranceles mayores en menos de un año, debiendo para ello notificar al Congreso. En cualquier caso, debe celebrar una audiencia pública conforme al inciso (f) de la invocada Ley, misma que en un momento dado puede posponerse para después de la subida arancelaria si las circunstancias y el interés nacional así lo exigen.²⁰

Es claro entonces que las disposiciones de la Trade Act de 1974 relativas a la denuncia de tratados comerciales internacionales son aplicables a acuerdos como el TLCAN, la OMC y el resto de tratados de libre comercio en vigor en los que los Estados Unidos son parte.

import restrictions, to the extent, at such times, and for such periods as he deems necessary or appropriate, in order to exercise the rights or fulfill the obligations of the United States. No proclamation shall be made under this subsection increasing any existing duty to a rate more than 50 per cent above the rate set forth in rate column numbered 2 of the Tariff Schedules of the United States, as in effect on January 1, 1975, or 20 percent ad valorem above the rate existing on January 1, 1975, whichever is higher.

¹⁹ (e) Duties or other import restrictions required or appropriate to carry out any trade agreement entered into pursuant to this Act, section 201 of the Trade Expansion Act of 1962, or section 350 of the Tariff Act of 1930 shall not be affected by any termination, in whole or in part, of such agreement or by the withdrawal of the United States from such agreement and shall remain in effect after the date of such termination or withdrawal for 1 year, unless the President by proclamation provides that such rates shall be restored to the level at which they would be but for the agreement. Within 60 days after the date of any such termination or withdrawal, the President shall transmit to the Congress his recommendations as to the appropriate rates of duty for all articles which were affected by the termination or withdrawal or would have been so affected but for the preceding sentence.

²⁰ (f) Before taking any action pursuant to subsection (b), (c), or (d), the President shall provide for a public hearing during the course of which interested persons shall be given a reasonable opportunity to be present, to produce evidence, and to be heard, unless he determines that such prior hearings will be contrary to the national interest because of the need for expeditious action, in which case he shall provide for a public hearing promptly after such action.

El TLCAN se negoció gozando el Ejecutivo estadounidense del *fast track*/TPA conforme a la Omnibus Trade and Tariff Act de 1988, cuya sección 1105 permite la aplicación plena de las disposiciones sobre denuncia del tratado contenidas en la sección 125 de la Trade Act de 1974, con ello plenamente aplicables al TLCAN.

Es decir, el presidente de los Estados Unidos de América tiene plenas facultades para denunciar el TLCAN de manera unilateral, cumpliendo con los extremos del artículo 2205 del Tratado:

Artículo 2205: Denuncia

Una Parte podrá denunciar este Tratado seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo. Cuando una Parte lo haya denunciado, el Tratado permanecerá en vigor para las otras Partes.

Además, deberá emitir un decreto conforme a las secciones 125(b) y 125(c) de la Trade Act de 1974 arriba señaladas, revocando las concesiones arancelarias dentro del TLCAN e imponiendo nuevos aranceles a las importaciones provenientes de México y Canadá. Los aranceles se incrementarían entonces en los porcentajes consignados en la Tariff Act de 1974 por encima del nivel arancelario que tenían vigentes el 1o. de enero de 1975, después de un periodo de transición de hasta un año. Lo mismo sucedería con una posible salida de la OMC u otro tratado comercial internacional.

III. MECANISMOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE BARRERAS ARANCELARIAS AL COMERCIO CON MÉXICO ²¹

Existen diversos mecanismos para el establecimiento de barreras arancelarias al comercio internacional, y algunas ya han sido utilizadas sin mucho éxito en su momento, como son:

²¹ Hogan Lovells Publications, International Trade Alert, 3 november 2016, disponible en: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/the-next-president-will-have-broad-authority-to-terminate-free-trade-agreements-and-impose-punitive-duties-on-foreign-countries>. En este artículo se hace una lista de las facultades del Ejecutivo estadounidense en materia de comercio exterior que nos ha servido de guía para la presente sección. Consultado el 12 de junio de 2018.

1) La sección 301/Unfair Trade Practices de la Trade Act de 1974.

Dentro del título III, capítulo 1, de la Trade Act de 1974 se incluyen una serie de facultades para el Ejecutivo estadounidense a través del United States Trade Representative (USTR) en materia de comercio exterior, incluyendo no solamente el comercio de bienes, sino también de servicios e inversión extranjera directa.

Conforme a dicha sección 301, se incluyen acciones mandatorias y acciones discrecionales:

a) *Acciones mandatorias:*

(1) Si la USTR determina que conforme a la sección 304 (a)(1)²² que:

(A) Los derechos de los Estados Unidos conforme cualquier acuerdo comercial le están siendo negados; o bien

(B) Una acción, política pública o práctica de un gobierno extranjero:

(i) violan o son inconsistentes con las disposiciones del acuerdo comercial de que se trate o niegan beneficios comerciales a los Estados Unidos, o

(ii) es injustificable e impone cargas o restringe el comercio de los Estados Unidos;

La USTR deberá emprender las acciones autorizadas en la sección 301(c) debiendo contar con la orden del presidente, y tomar además todas las acciones que le instruya el presidente conforme a la ley para el ejercicio de los derechos negados o bien para obtener la eliminación de las acciones, políticas públicas o prácticas.

Cabe señalar que estas acciones, estando bajo las facultades del Ejecutivo, se pueden tomar respecto al comercio tanto de bienes como de

²² SEC. 304. DETERMINATIONS BY THE TRADE REPRESENTATIVE.

(a) IN GENERAL.

(1) On the basis of the investigation initiated under section 302 and the consultations (and the proceedings, if applicable) under section 303, the Trade Representative shall.

(A) determine whether.

(i) the rights to which the United States is entitled under any trade agreement are being denied, or (ii) any act, policy, or practice described in subsection (a)(1)(B) or (b)(1) of section 301 exists, and

(B) if the determination made under subparagraph (A) is affirmative, determine what action, if any, the Trade Representative should take under subsection (a) or (b) of section 301.

servicios o bien dentro de cualquier área pertinente en las relaciones que se tengan con la nación extranjera.

La USTR no estaría obligada a emprender acciones si encuentra que el gobierno extranjero está tomando medidas satisfactorias para garantizar los derechos de los Estados Unidos conforme al tratado comercial de que se trate, ha acordado eliminar la acción, política pública o práctica; o bien se ha llegado a un acuerdo para una solución inminente. En caso de que el gobierno extranjero estuviera imposibilitado para eliminar la medida, la USTR no estaría obligada a actuar si dicho gobierno extranjero otorga medidas compensatorias a los Estados Unidos.

Si se diera el caso de que las acciones de la USTR pudieran resultar contraproducentes, más dañinas que la práctica combatida o fuera contraria a la seguridad nacional de los Estados Unidos, tampoco habría obligación de actuar.

Cabe destacar que toda acción adoptada por la USTR deberá encaminarse a afectar los bienes y servicios del país extranjero en un monto equivalente en valor a las restricciones impuestas a los Estados Unidos.

b) *Acciones discrecionales:*

Si la USTR determina conforme a la citada sección 304(a)(1), que:

(1) Un acto, política pública o práctica de un país extranjero no es razonable, o bien es discriminatoria e impone cargas o restringe el comercio de los Estados Unidos, y

(2) Que la toma de acciones por los Estados Unidos es procedente, la USTR podrá emprender dichas acciones conforme a la sección 301(c), sujeto a las instrucciones del presidente si las hubiera, y a cualquier otra acción adecuada dentro de las facultades presidenciales que el presidente pudiera instruir tomar a la USTR a fin de eliminar la práctica o acción del gobierno extranjero.

Al igual que con las acciones mandatorias, las acciones discrecionales, estando bajo las facultades del Ejecutivo, se pueden tomar respecto al comercio tanto de bienes como de servicios, o bien dentro de cualquier área pertinente en las relaciones que se tengan con la nación extranjera.

c) *Facultades de la USTR:*

La USTR en cualquier caso está facultada para:

A) Suspender, retirar o evitar la aplicación de beneficios otorgados conforme al tratado comercial de que se trate.

B) Imponer aranceles u otras restricciones a la importación de mercancías, así como cargas o restricciones a los servicios del socio comercial durante el tiempo que estime pertinente.

D) Negociar acuerdos obligatorios con el gobierno extranjero para eliminar la acción, política pública o práctica de que se trate y sus cargas e impedimentos al comercio de los Estados Unidos. Asimismo, para en su caso acordar la adopción de medidas compensatorias a satisfacción de la USTR.

Antes de que la USTR pueda adoptar alguna medida en contra del socio comercial, deberá, si los bienes o servicios están sujetos a regulaciones por otra agencia federal o estatal, celebrar las consultas adecuadas con el titular de dicha agencia.

Las acciones, preferentemente arancelarias, se podrán adoptar en contra de cualquier sector de la economía sobre bases no discriminatorias, sin importar si dichos bienes o sectores de la economía estuvieron involucrados en la acción, política pública o práctica que afecte el comercio de los Estados Unidos.

Ya se hizo uso de la sección 301 en el caso del IEPS al impuesto a las bebidas que no fueran endulzadas con azúcar de caña, sin llegar a obtener resultado alguno.²³

2) La sección 122/Balance-of-Payments de la Trade Act de 1974.

La sección 122 de la Trade Act de 1974 faculta al Poder Ejecutivo a enfrentarse a problemas de déficit en la balanza de pagos de los Estados Unidos mediante la imposición de incrementos a los aranceles vigentes a la importación de mercancías. Dichos incrementos no pueden exceder del 15% *ad valorem*. Pueden establecerse también cupos o cuotas temporales o una combinación de ambos mecanismos (incrementos arancelarios y cupos). Estas medidas tienen una limitación temporal, pues solamente

²³ Cruz Miramontes, Rodolfo; Cruz Barney, Oscar y Aguilar Méndez, Patricia, *Elementos jurídicos para una controversia comercial en contra del maíz y sus derivados procedentes de los Estados Unidos de América. Un texto de aplicación general para los productos agropecuarios procedentes del exterior*, México, Cámara de Diputados, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2009, pp. 421 ss.

pueden mantenerse por 150 días, salvo que el Congreso determine lo contrario y se considera su utilización:

- a) Para atender a un déficit importante y serio en la balanza de pagos de los Estados Unidos,
- b) Para evitar una significativa e inminente depreciación del dólar estadounidense en los mercados cambiarios extranjeros, o
- c) Para cooperar con otros países en la corrección de desequilibrios en la balanza de pagos internacional.

Estas acciones del Ejecutivo estadounidense pueden ejecutarse solamente si los tratados comerciales o monetarios internacionales de los que Estados Unidos sea parte lo permiten

Si en un momento dado el Ejecutivo considera que la imposición de restricciones a la importación de mercancías pudiera ser contraria a los intereses de los Estados Unidos, puede no imponer dichas medidas, y deberá informar de ello al Congreso de manera inmediata.

3) La sección 232(b)/National Security de la Trade Expansion Act de 1962.

La Trade Expansion Act de 1962 tiene como propósito, a través de los tratados comerciales internacionales:

- a) Estimular el crecimiento económico de los Estados Unidos, manteniendo y acrecentando el acceso de los productos agrícolas, industriales, mineros y comerciales estadounidenses a los mercados extranjeros;
- b) Fortalecer las relaciones económicas con otros países a través del desarrollo y apertura del comercio exterior sobre bases no discriminatorias con el “mundo libre”, y
- c) Prevenir la penetración de la “economía comunista”.

La sección 232 (b) faculta al secretario de Comercio estadounidense a investigar si las importaciones representan una amenaza a la seguridad nacional de los Estados Unidos.²⁴ Conforme a lo que determine el secre-

²⁴ Disponible en: <https://www.bis.doc.gov/index.php/forms-documents/section-232-investigations/86-section-232-booklet/file> Asimismo, <https://www.bis.doc.gov/index.php/other-areas/office->

tario, el presidente está autorizado a negociar acuerdos para limitar o restringir dichas importaciones, o bien para tomar las acciones que considere necesarias para “ajustar” las importaciones del bien de que se trate a fin de eliminar la amenaza.

Conforme a la sección 232, el Ejecutivo está impedido para disminuir o eliminar aranceles o restricciones a la importación de bienes si determina que esa reducción o eliminación amenazarían o limitarían la seguridad nacional.

A solicitud de la cabeza de cualquier departamento o agencia del gobierno estadounidense, de una parte interesada o de oficio, el director de la Office of Emergency Planning deberá llevar a cabo una investigación para determinar el efecto de las importaciones (del o los artículos de que se trate) en la seguridad nacional. Si se encuentra que las importaciones de dicho artículo, ya sea por sus circunstancias o por las cantidades en que es importado, ponen en riesgo la seguridad nacional, deberá informarse al presidente a fin de que, de estar de acuerdo con la información, tome las acciones necesarias para ajustar las importaciones a fin de eliminar la amenaza.

El secretario de Comercio tiene 270 días para llevar a cabo su investigación y presentarle sus conclusiones al presidente, consultando con otros departamentos, relacionados con defensa y con trabajo. Asimismo, deberá dar oportunidad a comentarios por parte del público.

4) IEEPA/International Economic Emergencies.

La International Emergency Economic Powers Act (IEEPA)²⁵ le otorga al Ejecutivo amplias facultades para manejar cualquier amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional, la política exterior o la economía, que tenga como origen total o parcial un lugar fuera de los Estados Unidos.

El presidente debe consultar con el Congreso, formular un informe y mantener actualizado al mismo, si bien la IEEPA no requiere de la autorización del Legislativo. Estas medidas, a diferencia de otras ya señaladas,

of-technology-evaluation-ote/section-232-investigations. Ambas páginas consultadas el 12 de junio de 2018.

²⁵ El texto aplicable, disponible en <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf>. Consultada el 12 de junio de 2018.

no tienen límites temporales, y existen a la fecha diversas medidas impuestas conforme a esta ley.²⁶

En el United States Code Annotated, título 50, referido a guerra y defensa nacional, capítulo 35, se contemplan los poderes económicos de emergencia internacional (International Emergency Economic Powers § 1701).

Como señalamos, en caso de presentarse una amenaza inusual y extraordinaria, cualquier facultad otorgada al presidente por la sección 1702 del título 50 puede ser ejercida para atender cualquier amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional, política exterior o economía de los Estados Unidos, cuyo origen total o parcial provenga del exterior, si es declarada como tal por el mismo presidente; es decir, para ejercer estas facultades, el presidente debe declarar primeramente el estado de emergencia nacional.²⁷ Se aclara que estas facultades solamente podrán ser ejercitadas para cubrir los propósitos del capítulo y no para otro fin.

IV. ESTRATEGIAS DE DEFENSA Y ACCIONES POSIBLES ANTE LA IMPOSICIÓN DE BARRERAS A PRODUCTOS MEXICANOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

El nivel de integración de nuestras economías es tan alto que una salida del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o una mala renegociación implicaría *pérdidas importantes a las economías de ambos países*. Las manifestaciones a favor de una mejora del tratado y contrarias a su desmantelamiento se han hecho presentes,²⁸ calificando inclusive de devastadora una posible salida del mismo con afectaciones a los trabajadores, para el sector negocios y para las economías de los tres países.²⁹

²⁶ Hogan Lovells Publications, International Trade Alert, 3 november 2016, disponible en: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/the-next-president-will-have-broad-authority-to-terminate-free-trade-agreements-and-impose-punitive-duties-on-foreign-countries> ya citado.

²⁷ En este sentido, véase Gardere Wynne Sewell LLP, *NAFTA in a Land of Uncertainty: A US Perspective. Presidential Authority to Unilaterally Increase Tariffs on Mexican Imports 01.24.17* disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=21929c16-b329-4abb-82f2-4b92d92b8106>.

²⁸ Véanse las declaraciones del c.e.o. de Cargill David McLennan en este sentido. "Cargill c.e.o. advocates smart and inclusive trade, immigration policy", *op. cit.*, p. 10.

²⁹ Véanse las declaraciones de Thomas J. Donohue, presidente de la U.S. Chamber of Commerce ante el Economic Club de Canadá el pasado 6 de febrero de 2017, publi-

Tanto el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) como el TLCAN son tratados comerciales celebrados al amparo de la excepción que contempla el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)/Organización Mundial de Comercio (OMC) al principio de nación más favorecida.

Las acciones posibles, además de las contempladas dentro del propio TLCAN (capítulos XI, XVIII, XIX y XX, más los mecanismos de consultas por capítulo),³⁰ incluyen a la Organización Mundial del Comercio y a los recursos internos del derecho estadounidense.

1. *La Organización Mundial del Comercio*

En el caso de una salida del TLCAN por parte de los Estados Unidos, el comercio con los Estados Unidos se regiría por las disposiciones y preferencias otorgadas conforme al sistema multilateral del GATT/OMC.

Sin embargo, las disciplinas y mecanismos contenidos en el TLCAN y en su caso en el TPP que no existen en el sistema multilateral se perderían. Por ejemplo, los mecanismos de solución de controversias y los procesos de verificación de origen de las mercancías dejarían de estar en vigor, inclusive la exención de arancel que existe actualmente con dicho país.

México tiene ya una vasta experiencia en el foro de solución de diferencias de la OMC.³¹ Nuestro país tiene actualmente 23 casos como reclamante, 14 como demandado y 78 como tercero.

México, si bien es ya un usuario importante del sistema, tendría que adoptar una postura especialmente activa en el mecanismo conforme al *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución*

casas en “U.S. Chamber of Commerce: NAFTA, withdrawal would be «devastating»”, en *Milling & Baking News*, Sosland Publishing Co., vol. 95, núm. 16, February 14, 2017, p. 10.

³⁰ Para estos mecanismos véase Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, y Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: soluciones, controversias y otros temas conexos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002.

³¹ Sobre el mecanismo, véase Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, *Arbitraje. Utilización y práctica en México y en los tratados comerciales internacionales*, Barcelona, Wolters Kluwer-Bosch, 2013.

*de diferencias*³² en defensa de las exportaciones mexicanas a los Estados Unidos y a cualquier otra nación, así como en protección a la industria nacional contra prácticas desleales de comercio internacional. Recordemos que el objetivo básico del sistema es “...preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclararlas disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público...” (artículo 3.3).

De acudir al Grupo Especial, se entenderá que el primer objetivo será restablecer el orden perturbado mediante la supresión de la medida que ha provocado la diferencia siempre y cuando se demuestre que atenta contra los acuerdos abarcados.

Como recurso final, se acepta la retaliación por parte del afectado siempre y cuando el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) autorice la toma de la medida en cuestión (artículo 3.7)

Hay dos supuestos importantes, que deben estar presentes:

- A) Que la medida tomada por el demandado desconozca alguna obligación presente en los acuerdos abarcados (artículo 3.8).
- B) Que la decisión que tome el OSD en cualquier caso, sea por “consenso” (artículo 2.4).

Se entiende que existirá el consenso si no hay oposición formal de todos los miembros presentes en la reunión de la OSD en la que se tome el acuerdo (artículo 16 de las Reglas y Procedimientos que regulan la solución de controversias).

Antes de referirse a las normas procedimentales propias a la solución del caso, se presentan disposiciones sobre temas previos, como las referentes a las consultas, a los buenos oficios, a la conciliación y a la mediación, que en caso de no operar se procedería al establecimiento de los cuerpos especiales.³³

La duración del procedimiento no deberá ser mayor, por regla general, a seis meses. Si hubiera impedimentos para hacerlo, deberán ex-

³² Su texto en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm Consultada el 12 de junio de 2018.

³³ Palmetter, David y Petros C. Marroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, La Haya, Países Bajos, Kluwer Law International, 1999, nota 425.

plicarse las razones, y el plazo se ampliará hasta nueve meses en total (artículo 12.8).

Pierre Pescatore dice al respecto que

...we may retain that dispute settlement in the WTO system is a quasi automatic mechanism which, once it has been set into motion by the introduction of a complaint will develop according to its own logic through the successive stages, to a binding decisions, which there is no other escape than the unlikely procedure of "inverted consensus".³⁴

Si el Estado afectado no recibe una satisfacción, puede imponer medidas compensatorias o aun suspender concesiones (artículo 22) previa aprobación y visto bueno del Órgano de Solución de Diferencias.

Cabe destacar que la comunidad internacional no ve con simpatía las apelaciones, y prefiere que los afectados cumplan con su obligación.³⁵

Los miembros de la OMC pueden, si lo desean, tener una participación activa, además de que los intereses generales existentes en un acuerdo abarcado deberán tomarse en consideración. Si el tercero tuviera un interés sustancial en el caso, lo hará saber al OSD, y podrá expresar sus argumentos al grupo especial tanto oralmente como por escrito.

El recurso de apelación se desahoga en un procedimiento sumario, conocido por el órgano permanente de apelación formado por siete personas, de las cuales tres serán adscritas a cada caso. Su tarea será revisar las cuestiones de derecho del informe definitivo y las interpretaciones jurídicas realizadas (artículo 17.6).

El término para dictar su veredicto es de sesenta días, y en casos justificados hasta noventa días, y podrá confirmar, modificar o revocar las conclusiones jurídicas del grupo especial.

La resolución se deberá adoptar sin condiciones por el OSD dentro de los treinta días posteriores a la distribución del mismo a los miembros.

³⁴ Pescatore, Pierre, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, Nueva York, vol. 1, Transnational Publishers Inc., 1998, p. 30.

³⁵ Sobre el tema véase Joergens, Konstantin J., "True Appellate Procedure or only a two Stage Process? A Comparative View of the Appellate Body under the WTO Dispute Settlement Understanding", *Law and Policy in International Business*, Georgetown University Law Center, International Law Institute, vol. 30, núm. 2, invierno de 1999.

La única excepción se dará cuando el órgano, por consenso, decida lo contrario.

Si la recomendación final y definitiva es que la parte demandada elimine la medida, o bien que se ajuste en los aspectos pertinentes a las reglas de la OMC para lograr su consistencia, y no lo hiciera dentro del plazo “prudencial” señalado (artículo 22.1),³⁶ el demandante podrá imponer medidas retaliatorias previa la autorización del OSD, o bien suspenderle concesiones o preferencias otorgadas al rebelde. El órgano de apelación tiene su reglamento de trabajo (su última versión es de 2010).³⁷

México puede y debe, en nuestra opinión, adoptar una posición especialmente agresiva en el tema, y no dejar pasar violaciones a nuestros derechos comerciales, a fin de mantener una posición de fuerza, y no solamente defensiva.

2. *Los mecanismos internos*

Los mecanismos de defensa internos en los Estados Unidos incluyen el acudir a la Court of International Trade y/o a la justicia federal, en tanto exista una violación al derecho estadounidense, lo que dificulta el acceso a los mismos dada la amplitud de facultades que ya hemos señalado.

A. *La Court of International Trade*

En los Estados Unidos, los casos de interpretación y aplicación de disposiciones relativas al comercio internacional se ventilan ante un tribunal especializado, que es la Court of International Trade, y como veremos, en apelación por el Tribunal de Apelaciones para el Circuito Federal.

La jurisdicción de la Corte se amplió considerablemente por la Customs Courts Act of 1980. En virtud de esta ley, además de ciertos tipos específicos de jurisdicción por materia, la Corte tiene jurisdicción para decidir cualquier acción civil tanto contra Estados Unidos como contra

³⁶ Dicho “plazo prudencial” en principio deberá ser acordado entre las partes, lo que difícilmente sucede, y en su defecto, se determinará mediante arbitraje (artículos 21, p. 3, a, b y c).

³⁷ *Working procedures for appellate review*, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm. Consultada el 12 de junio de 2018.

sus funcionarios o contra sus organismos, que se deriven de cualquier ley relativa al comercio internacional.³⁸

La Customs Courts Act de 1980 contempla el tema de la jurisdicción en su capítulo 95 (U.S. Code 1581). El artículo 1581 contiene las acciones de carácter civil que puede conocer la Corte, y que en un momento dado estarían disponibles, que son:

- a) Aquellas acciones civiles enderezadas para impugnar la negativa de una protesta en materia aduanera en todo o en parte conforme a la sección 515 de la Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1515 Review of Protests). Las protestas o impugnaciones se rigen por la sección 514. (19 U.S.C. 1514 Protest against decisions of the Customs Service).
- b) Aquellas acciones civiles enderezadas conforme a la sección 516 de la Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1516 Petitions by domestic interested parties). Se refiere a las peticiones en materia de clasificación arancelaria de las mercancías.
- c) Aquellas acciones civiles iniciadas conforme a la sección 516A (19 U.S.C. 1516A Judicial review in Countervailing Duty and Anti-Dumping Duty proceedings) o 517 de la *Tariff Act of 1930*. La sección 516A se refiere a las solicitudes de revisión de determinaciones *antidumping* o antisubsidios.³⁹ La sección 517 fue derogada.
- d) Asimismo, la Court of International Trade tendrá jurisdicción exclusiva para conocer cualquier acción civil enderezada para revisar:
 - 1) Cualquier determinación final del secretario del Trabajo conforme a la sección 223 (Determinations by Secretary of Labor) de la Trade Act of 1974 con respecto a la elegibilidad de los trabajadores para el Programa de Asistencia para Ajustes Comerciales (TAA, por sus siglas en inglés). Dicho programa de carácter federal otorga ayuda a los trabajadores estadounidenses que hayan perdido sus empleos como resultado del comercio

³⁸ Sobre la Corte véase Unah, Isaac, *The Courts of International Trade: Judicial Specialization, Expertise, and Bureaucratic Policy-Making*, University of Michigan, 1998.

³⁹ En esta sección se incluyen las disposiciones relativas a los paneles binacionales del artículo 1904 del TLCAN.

exterior. Este programa proporciona a los trabajadores afectados por el comercio, oportunidades de obtener las habilidades, los recursos y el apoyo que necesitan para volverse a emplear. Los beneficios y servicios del programa que están disponibles para los trabajadores individuales son administrados por los estados a través de acuerdos entre el secretario de Trabajo y cada gobernador estatal;⁴⁰

- 2) Cualquier determinación final del secretario de Comercio conforme a la sección 251 de la Trade Act of 1974 con referencia a la elegibilidad de una firma para el Programa de Asistencia para Ajustes Comerciales conforme a dicha ley;
 - 3) Cualquier determinación final del secretario de Comercio conforme a la sección 273 de la Trade Act of 1974 con referencia a la elegibilidad de una comunidad (entendiendo por comunidad una ciudad, un condado u otra subdivisión política) para el Programa de Asistencia para Ajustes Comerciales conforme a dicha ley (la sección 271 a 273 fue modificada en 2009 y 2011), y
 - 4) Cualquier determinación final del secretario de Agricultura conforme a las secciones 293 o 296 de la Trade Act of 1974 (19 U.S.C. 2401b) con respecto a la elegibilidad de un grupo de productores agrícolas para el Programa de Asistencia para Ajustes Comerciales conforme a dicha ley. Las secciones mencionadas fueron modificadas mediante la P.L. 114-125, puesta en vigor el 24 de febrero de 2016.
- e) La Court of International Trade tiene jurisdicción exclusiva sobre cualquier acción civil enderezada para revisar cualquier determinación final del secretario del Tesoro conforme a la sección 305(b) (1) de la Trade Agreements Act of 1979 (TAA) (28 U.S.C. § 1581(e)).

El artículo 305 (b) (1) del TAA, codificado en 19 U.S.C. § 2515 (b) (1), establece que el secretario del Tesoro o de Aduanas deberá emitir de manera pronta las resoluciones o determinaciones sobre si un artículo es un producto de un país extranjero elegible para ciertos beneficios arancelarios. 19 U.S.C. § 2515 (b) (1).

⁴⁰ Disponible en: <https://www.doleta.gov/tradeact/factsheet.cfm>.

- f) La Court of International Trade tendrá jurisdicción exclusiva sobre cualquier acción civil relacionada con la aplicación de una orden dirigida a la autoridad administradora de la International Trade Commission para dar acceso a información confidencial conforme a la sección 777(c)(2) of the Tariff Act of 1930.
- g) La Court of International Trade tendrá jurisdicción exclusiva sobre cualquier acción civil enderezada para revisar:
 - 1) Cualquier decisión del secretario del Tesoro que niegue una licencia para un agente aduanal conforme a la sección 641(b)(2) o (3) de la Tariff Act of 1930, o que niegue un permiso a un agente aduanal conforme a la sección 641(c)(1) de dicha ley, o por la que revoque una licencia o permiso conforme a la sección 641(b)(5) o (c)(2) de dicha ley;
 - 2) Cualquier decisión del secretario del Tesoro para revocar o suspender una licencia o permiso de un agente aduanal o bien para imponer una multa en su lugar conforme a la sección 641(d)(2) (B) de la Tariff Act of 1930, y
 - 3) Cualquier decisión u orden del Servicio de Aduanas que niegue, suspenda o revoque la acreditación de un laboratorio privado conforme a la sección 499(b) de la Tariff Act of 1930.
- h) La Court of International Trade tendrá jurisdicción exclusiva sobre cualquier acción civil enderezada para revisar, con antelación a la importación de las mercancías, una decisión emitida por el secretario del Tesoro, o la negativa a emitir o modificar dicha decisión, relativa a la clasificación, valoración, novel arancelario, marcado, mercancías restringidas, requisitos de entrada, devolución de impuestos, reparación de naves o cuestiones similares, pero solamente en los casos en los que la parte que inicia la acción civil acredita ante la Corte que sufrirá un daño irreparable, salvo que se le permita acceder a la revisión judicial antes de que se produzca la importación de que se trate.
- i) Adicionalmente a la jurisdicción de que goza la Corte conforme a los incisos (a) a (h), la Court of International Trade tendrá jurisdicción exclusiva respecto de cualquier acción civil enderezada contra los Estados Unidos, sus agencias o sus oficiales que surja de cualquier ley de los Estados Unidos que se refiera a:

- Ingresos procedentes de las importaciones o del tonelaje;
- Aranceles, derechos, gravámenes u otros impuestos sobre la importación de mercancías por razones distintas de la obtención de ingresos;
- Embargos u otras restricciones cuantitativas a la importación de mercancías por razones distintas de la protección de la salud o la seguridad públicas.

Cabe destacar que el conocimiento de los asuntos por la Court of International Trade es llevado a cabo por un solo juez, a quien el presidente de la Corte asigna el caso. Cuando un caso involucra la constitucionalidad de un acto del Congreso, una proclamación presidencial o una orden ejecutiva, o tiene otras implicaciones amplias y significativas, el presidente de la Corte puede asignar el caso a un grupo de tres jueces.

Las apelaciones de las decisiones finales de la Corte se conocen por el Tribunal de Apelaciones para el Circuito Federal y, en última instancia, la Suprema Corte de los Estados Unidos.

B. *La justicia federal*

Los jueces federales tienen jurisdicción sobre asuntos del orden federal que involucren al gobierno de los Estados Unidos, la Constitución, los tratados y otras leyes federales. Los tribunales federales se ocupan de los siguientes asuntos:

- Casos de constitucionalidad de una ley;
- Casos que involucran las leyes y tratados celebrados por los embajadores y ministros públicos de los Estados Unidos;
- Disputas entre dos o más estados;
- Ley de derecho marítimo, y
- Casos de bancarrota

En Estados Unidos existen 94 tribunales de distrito organizados en doce circuitos regionales, trece tribunales de apelación, cuya tarea es determinar si la ley se aplicó correctamente o no en el tribunal de primera instancia. Los tribunales de apelación están compuestos por tres jueces, y no utilizan un jurado, y una Suprema Corte de Justicia.

Los tribunales de apelación conocen de las apelaciones a las decisiones de los tribunales de distrito ubicados dentro de su circuito, así como apelaciones de decisiones de agencias administrativas federales.⁴¹ Se rigen por las Reglas Federales de Procedimiento de Apelación (del 1o. de diciembre de 2016).⁴²

Además, el Tribunal de Apelaciones del Circuito Federal tiene jurisdicción nacional para conocer de apelaciones en casos especializados, como son:

- Los que involucran leyes de patentes, y
- Los casos decididos por la Court of International Trade, y
- Los casos resueltos por el Tribunal de Reclamaciones Federales de los Estados Unidos.

Si después de un juicio ante un tribunal de distrito la parte perdedora considera que hubo ilegalidades con los procedimientos judiciales, la ley aplicada o cómo se aplicó la ley puede apelar ante un tribunal de apelaciones. En general, los litigantes tienen derecho a una revisión por parte de un tribunal de apelación de las acciones del tribunal de primera instancia.

En materia civil se aplican las Federal Rules of Civil Procedure⁴³ (Reglas Federales de Procedimiento Civil). Estas reglas rigen el procedimiento en todas las acciones civiles y procedimientos en los tribunales de distrito de los Estados Unidos. Deben ser interpretadas, administradas y empleadas por las cortes y las partes para asegurar la justicia efectiva, rápida y económica de cada acción y procedimiento. La forma de accionar es la acción civil, que se inicia presentando una queja ante el tribunal competente.

V. EL CPTPP COMO MODELO PARA UNA POSIBLE RENEGOCIACIÓN DEL TLCAN

El Acuerdo de Asociación Transpacífico o TPP, después TPP-11, y finalmente Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico

⁴¹ Una visión de su operación en Cross, Frank B., *Decision Making in the U.S. Courts of Appeals*, 2a. ed., Stanford Univ. Pr., 2007.

⁴² Disponible en: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-appellate-procedure.pdf> Consultada el 12 de junio de 2018.

⁴³ Disponible en: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf> Consultada el 12 de junio de 2018.

(CPTPP),⁴⁴ sin duda al día de hoy la negociación comercial multilateral más importante, y desde una perspectiva iberoamericana, el TPP tiene una importancia destacable, ya que está también la relativamente reciente Alianza del Pacífico entre México, Chile, Perú y Colombia, creada el 28 de abril de 2011, que busca la integración profunda de servicios, capitales, inversiones y movimiento de personas.⁴⁵ Todos ellos, grandes destinos de inversión extranjera y con tratados de libre comercio previamente negociados y en vigor entre ellos. Es el primer acuerdo de libre comercio que incluye más disciplinas que la OMC.

Descrito como el acuerdo comercial más avanzado y con los más elevados estándares que se haya negociado hasta el momento,⁴⁶ se considera que los impactos del CPTPP en el TLCAN pueden visualizarse en dos ejes: “su potencial para incrementar el comercio trilateral y su capacidad para mantener y profundizar la integración productiva que al día de hoy distingue a América del Norte”.⁴⁷

Para los Estados Unidos de América era de suma importancia encauzar el camino hacia la liberalización económica regional “para convertirse en un referente frente al estancamiento de la ronda de Doha en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Por el otro —quizá más importante— no dejar en manos de China u otro país asiático el liderazgo en ese proceso”.⁴⁸

⁴⁴ A lo largo del presente texto utilizaremos las siglas CPTPP y TPP indistintamente.

⁴⁵ Conforme al artículo 3 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Disponible en: <https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4464> El decreto promulgatorio del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, suscrito en Paranal, Antofagasta, República de Chile, el seis de junio de dos mil doce fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de julio de 2015.

⁴⁶ Mora Sánchez, Luz María de la, “El Tratado de Asociación Transpacífico: ¿una puerta en Asia-Pacífico?”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, núm. 108, septiembre-diciembre de 2016, p. 198.

⁴⁷ Noricumbo Robles, Carlos *et al.*, *México y el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP): Contenidos, implicaciones y consideraciones esenciales*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, p. 86.

⁴⁸ Uscanga, Carlos, “Los avatares del ingreso de Japón en las negociaciones del Transpacífico Partnership Agreement (TPPA): nuevos retos de la estrategia de interacción múltiple”, en Oropeza, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), ¿bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 112.

Se sostiene que en el caso de Chile y Perú, dichos países buscan consolidar su presencia comercial en Asia, y lograr una mayor diversificación de sus exportaciones a la región.⁴⁹ Se considera asimismo que la Alianza del Pacífico tiene el potencial de transformar cualitativamente la región en materia comercial, de inversión y de cooperación, “con una marcada orientación hacia el desarrollo de más y mejores relaciones externas del área de la Alianza, especialmente, pero no exclusivamente, en dirección al Asia-Pacífico”.⁵⁰

El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) se conforma por cuatro países iniciales o fundadores, que son Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda y Singapur (conocidos también como P4 como iniciativa desarrollada por los países parte del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica).

En 2008 se llevaron a cabo negociaciones para incluir a los Estados Unidos de América (como parte de otras acciones para alcanzar una mejor posición de dicho país en la región Asia-Pacífico), Australia, Perú y Vietnam. En 2010 se incorporó Malasia al proceso, y en 2012, México y Canadá se convirtieron en miembros oficiales del proceso negociador tras haberlo solicitado en 2011, pues no habían sido invitados al mismo hasta ese momento.⁵¹

Cabe destacar que tanto Tailandia, Filipinas, Indonesia, Taiwán, Corea, Colombia y notablemente China han mencionado su intención de formar parte del Acuerdo.

Así, los países participantes en las negociaciones fueron:

1. Australia
2. Brunéi Darussalam
3. Canadá

⁴⁹ Herreros, Sebastián, “América Latina y el Acuerdo de Asociación Transpacífico: ¿opción estratégica o apuesta de alto riesgo?”, en Oropeza, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) ¿bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 301.

⁵⁰ Wilhelmly, Manfred, “Alianza del Pacífico: una visión desde Chile”, *Estudios Internacionales*, Santiago, año XLV, núm. 175, mayo-agosto, de 2013, p. 1.

⁵¹ Cruz Barney, Oscar, “El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TTP)”, *Foro Jurídico Iberoamericano. La Revista Internacional del Derecho Práctico*, disponible en: <http://forjib.org/acuerdo-de-asociacion-transpacifico>

4. Chile
5. Estados Unidos de América
6. Malasia
7. México
8. Nueva Zelanda
9. Perú
10. Singapur
11. Japón
12. Vietnam

Cabe señalar que esta iniciativa busca desarrollar un régimen de comercio regional con evidentes implicaciones tanto a mediano como a largo plazo para la zona Asia-Pacífico y el resto del mundo, que ha iniciado un proceso de ajuste comercial importante ante los magros avances de la OMC. Así, el anuncio de las negociaciones para un Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea, denominado Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP por sus siglas en inglés: Transatlantic Trade and Investment Partnership),⁵² con quienes México tiene ya tratados comerciales, que hacen necesario y conveniente el involucramiento mexicano en dicha negociación.

El CPTPP ha modificado la situación de las negociaciones comerciales internacionales por las enormes perspectivas de integración regional que representa. No olvidemos que entre varios de los países negociadores existe ya un régimen de libre comercio, o bien está en proceso de instauración. El ejemplo más claro es el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Canadá, Estados Unidos de América y México, que ha fijado un modelo negociador para la región, y que entró a una etapa de renegociación el 16 de agosto de 2017,⁵³ a fin de alcanzar el

⁵² Acuerdo cuya negociación ha generado importantes protestas en contra: así Müller, Enrique, “Decenas de miles de personas protestan contra el TTIP en Alemania”, *El País*, Berlín, 17 de septiembre de 2016. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/17/actualidad/1474131060_203230.html.

⁵³ Cruz Barney, Oscar, “TLC: mitos y realidades sobre la salida de EUA”, *IDC Asesor Jurídico y Fiscal*, México, año XXX, 4a. época, núm. 386, 15 de enero de 2017, y Cruz Barney, Oscar, “Renegociación del TLCAN”, *IDC Asesor Jurídico y Fiscal*, México, año XXX, 4a. época, núm. 398, 15 de julio de 2017. Asimismo, Cruz Barney, Oscar, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

denominado TLCAN 2.0 en principio en 2018, aunque con perspectivas cada vez más complejas.

Sin embargo, debe tenerse presente que la negociación del TPP atendía a estrategias multilaterales y a un conjunto de países diversos; no se puede simplemente trasladar su contenido a un TLCAN modernizado.

Desde luego, se deberá fortalecer tanto al mecanismo de solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio del capítulo XIX del TLCAN (que no tiene un mecanismo similar en ningún otro tratado comercial celebrado por México) y apuntalar el sistema mexicano de defensa contra dichas prácticas.

En atención al Mecanismo de Consulta Pública para la Modernización del TLCAN, y en particular a la intención de los Estados Unidos de América de eliminar el capítulo XIX del Tratado, nos permitimos manifestar en una comunicación del 21 de julio de 2017 al subsecretario de Comercio Exterior de la Secretaría de Economía, Juan Carlos Baker, lo siguiente:

Las resoluciones del Capítulo XIX han sido en diversos sentidos, en unas ocasiones favorables a las autoridades nacionales de Canadá, Estados Unidos y México, y en otras a los particulares de los tres países que han solicitado su integración. Los usuarios del sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional han acudido en múltiples ocasiones al mecanismo contemplado en el artículo 1904 del TLCAN desde su entrada en vigor obteniendo resultados de diversa índole, pero siempre positivos para la relación comercial, no debemos cerrar esa puerta a los exportadores de los países parte del Tratado.

El Capítulo XIX fue el último capítulo en negociarse en el TLCAN y su inclusión representó un logro fundamental de México y de su sector privado en el Tratado. Es un mecanismo que está al alcance de los particulares interesados y que ofrece una opción única de revisión imparcial, objetiva, internacional y de naturaleza arbitral de las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional. Considero que el Gobierno de México debe defender, fortalecer y mantener el mecanismo dentro del TLCAN, de lo contrario los exportadores de los tres países perderán una opción única para dar seguridad a sus exportaciones y sus mercados.

Sin el Capítulo XIX las opciones disponibles se reducirían notablemente: serían los mecanismos de revisión interna que tenga cada país, que en el caso

de México son el recurso contenido de la Ley de Comercio Exterior, el Juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y el Juicio de Amparo; así como en su caso, a nivel internacional, acudir al mecanismo de solución de controversias de la OMC, con una diferencia fundamental y diría crucial respecto del mecanismo del Capítulo XIX: acudir ante la OMC no depende de los particulares ni se les permite llevar el caso y defenderlo, sino que es una función de competencia exclusiva de los gobiernos de los países miembros.

No olvidemos que fue el gran logro del sector privado mexicano de la mano con el Gobierno de México y sus negociadores. Gracias a dicho Capítulo los exportadores de los tres países gozan de una mayor seguridad jurídica en sus operaciones comerciales.

El Capítulo XIX garantiza la imparcialidad y la capacidad que puede ofrecer un mecanismo arbitral internacional, objetivo e independiente. Eso le interesa y le conviene a todas las Partes del TLCAN. No olvidemos lo dicho en su momento por la Cámara de Senadores en su dictamen sobre el TLCAN, al tratar el tema del Capítulo XIX, quien señaló que “Las disposiciones del capítulo XIX del Tratado contribuirán a sentar las bases de un mercado libre de prácticas nocivas para el comercio entre las tres naciones... contribuirá a proteger la estabilidad de la producción nacional al establecerse vías adecuadas para dirimir las controversias que se presenten, entre ellas lo que se refiere a combatir el comercio desleal” (Senado de la República, Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios —laboral y ambiental—, México, Senado de la República, LV Legislatura, 1994, págs. 181-182)

Aspecto fundamental de la negociación del TLCAN fue el asegurar que los exportadores no quedasen sujetos a la aplicación de medidas de defensa contra prácticas desleales de comercio que fuesen injustificadas por parte de los socios comerciales, de ahí su importancia. La petición de eliminar el Capítulo no da razón o argumento alguno para ello. Los mecanismos contenidos en el Capítulo XIX requieren sí de algunas mejoras y ajustes, pero lejos de desaparecerlo (lo que sería totalmente contraproducente), los mecanismos y el Secretariado de los Tratados de Libre Comercio (y las secciones nacionales respectivas) deben recibir un mucho mayor apoyo material y logístico por parte de los Gobiernos de los países Parte del TLCAN, deben resolverse los problemas de tardanza en la integración de los paneles arbitrales, hay que dejar en claro que deben ser abogados los que representen a las partes en los procedimientos ante los paneles, debe resolverse el tema de la exclusión de foros entre un Panel del artículo 1904 del TLCAN y el sistema de solución de controversias de la OMC, y otros más.

Los paneles del artículo 1904 del TLCAN representan una oportunidad inigualable para que las culturas jurídicas de los países socios se difundan y sean mayormente conocidas por los participantes.

En conclusión, como usuario del sistema de solución de controversias del Capítulo XIX del TLCAN, puedo señalar y estoy cierto en que debemos defender, mejorar, fortalecer y preservar el Capítulo XIX del TLCAN, un mecanismo único en su tipo, benéfico para los exportadores de los tres países Parte del Tratado y benéfico para la buena relación e intercambio comercial regional que le ha dado a los tres países una experiencia única y sumamente positiva.

Si bien se debe seguir apostando por el libre comercio,⁵⁴ lo que debe quedar claro es que si vamos a abrir negociaciones del TLCAN sea para mejorar nuestra posición, y no solamente pensando en ceder espacios ya ganados y consolidados.⁵⁵

VI. CONCLUSIÓN

Las relaciones comerciales con los Estados Unidos de América siempre han sido complejas, y ante la renegociación de los mismos, el sector productivo mexicano debe prepararse para los cambios que habrán de presentarse.

Se deberá actuar, diversificar mercados de exportación y, de ser posible, su oferta exportadora, y colaborar con el gobierno de México para estructurar una defensa comercial adecuada, incluso a los organismos empresariales y agroindustriales.

Es fundamental conscientizar a los consumidores, socios y clientes en los Estados Unidos sobre la importancia de que el TLCAN se mantenga y se fortalezca para que ellos a su vez hagan lo propio con su gobierno y con sus organizaciones; asesorarse con abogados y expertos en materia de comercio exterior. Serán necesarias unión, imaginación, capacidad de adaptación y de gestión.

⁵⁴ En este sentido, Sigala, Miguel, “Apuntes para la política exterior de México en la era Trump”, *El Punto sobre la i*, México, núm. 28, 2017, p. 26.

⁵⁵ Véase la sección correspondiente a Cruz Barney, Oscar en el informe especial: “TLC: mitos y realidades sobre la salida de EUA”, en *IDC Asesor Jurídico y Fiscal*, México, XXX, 4a. época, núm. 386, 15 de enero de 2017.

La participación del sector privado y de la academia a través del denominado “cuarto de junto” es fundamental. Una instancia de cooperación voluntaria que legitima el proceso negociador.

El CPTPP como referente de negociación es importante, mas no la única opción. En las diferentes rondas de negociación ha sido útil al proceso para alcanzar acuerdos, pero siempre teniendo en cuenta su objetivo distinto al del TLCAN.

México se enfrenta a condiciones complejas en su relación con los Estados Unidos de América, que claramente busca romper el orden económico vigente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CROSS, Frank B., *Decision Making in the U.S. Courts of Appeals*, 2a. ed., Stanford University Press, 2007.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Porrúa, 2007.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El TLC: soluciones, controversias y otros temas conexos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Oscar, *Arbitraje. Utilización y práctica en México y en los tratados comerciales internacionales*, Barcelona, Wolters Kluwer-Bosch, 2013.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo; CRUZ BARNEY, Oscar y AGUILAR MÉNDEZ, Patricia, *Elementos jurídicos para una controversia comercial en contra del maíz y sus derivados procedentes de los Estados Unidos de América. Un texto de aplicación general para los productos agropecuarios procedentes del exterior*, México, Cámara de Diputados-Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria-Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2009.
- GALLAGHER, Kevin P.; Enrique DUSSEL PETERS y Timothy A. (coords.), *The Future of North American Trade Policy: Lessons from NAFTA*, The Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future Boston University, 2009.

- NORICUMBO ROBLES, Carlos *et al.*, *México y el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP): contenidos, implicaciones y consideraciones esenciales*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República.
- PALMETER, David y PETROS C. Marroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, La Haya, Países Bajos, Kluwer Law International, 1999.
- PESCATORE, Pierre, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, Nueva York, vol. 1, Transnational Publishers Inc., 1998.
- UNAH, Isaac, *The Courts of International Trade: Judicial Specialization, Expertise, and Bureaucratic Policy-Making*, University of Michigan, 1998.
- USCANGA, Carlos, “Los avatares del ingreso de Japón en las negociaciones del Transpacífico Partnership Agreement (TPPA): nuevos retos de la estrategia de interacción múltiple”, en OROPEZA, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), ¿bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

Hemerografía

- “Cargill c.e.o. Advocates Smart and Inclusive Trade, Immigration Policy”, *Milling & Baking News*, Sosland Publishing Co., vol. 95, núm. 16, February 14, 2017.
- “Here’s What Will Actually Happen if Trump Withdraws from NAFTA. It’s not Pretty”, *Updated by Zeeshan Aleemzeeshan.aleem@vox.com* noviembre 16, 2016, 8:30am EST.
- “Mnuchin says Trump Tariff Threat «not Going into Action», sees TPP as a Framework for NAFTA Changes”, disponible en: <https://insidetrade.com/daily-news/mnuchin-says-trump-tariff-threat-not-going-action-sees-tpp-framework-nafta-changes>.
- “U. S. Chamber of Commerce: NAFTA, Withdrawal would be «devastating»”, en *Milling & Baking News*, Sosland Publishing Co., vol. 95, núm. 16, February 14, 2017.
- CALDERÓN SALAZAR, Jorge Alfonso, “México ante la propuesta de Trump de renegociar el TLCAN”, *El Punto sobre la i*, México, año 6, núm. 28, 2017.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TTP)”, *Foro Jurídico Iberoamericano. La Revista Internacional del Derecho Práctico*, disponible en: <http://forjib.org/acuerdo-de-asociacion-transpacifico>.

- CRUZ BARNEY, Oscar en el informe especial: “TLC: mitos y realidades sobre la salida de EUA”, *IDC Asesor Jurídico y Fiscal*, México, Grupo Expansión, año XXX, 4a. época, núm. 386, 15 de enero de 2017.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “Renegociación del TLCAN”, *IDC Asesor Jurídico y Fiscal*, México, Grupo Expansión, año XXX, 4a. época, núm. 398, 15 de julio de 2017.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, 2001.
- DE MARIA y CAMPOS CASTELLÓ, Mauricio, “EU expresa lineamientos del nuevo TLCAN; ¿y México qué persigue?”, disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/eua-expresa-lineamientos-de-nuevo-tlcan-y-mexico-que-persigue.html>.
- Gardere Wynne Sewell, LLP, *NAFTA in a Land of Uncertainty: A US Perspective. Presidential Authority to Unilaterally Increase Tariffs on Mexican Imports 01.24.17*, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=21929c16-b329-4abb-82f2-4b92d92b8106>.
- HERREROS, Sebastián, “América Latina y el Acuerdo de Asociación Transpacífico: ¿opción estratégica o apuesta de alto riesgo?”, en OROPEZA, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), ¿bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Hogan Lovells Publications, International Trade Alert, 3 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/the-next-president-will-have-broad-authority-to-terminate-free-trade-agreements-and-impose-punitive-duties-on-foreign-countries>.
- JOERGENS, Konstantin J., “True Appellate Procedure or Only a Two Stage Process? A Comparative View of the Appellate Body under the WTO Dispute Settlement Understanding”, *Law and Policy in International Business*, Georgetown University Law Center, International Law Institute, vol. 30, núm. 2, invierno de 1999.
- LAYTON, Duane W., “The Litigation of Antidumping Disputes before the World Trade Organization”, *Business Law International*, International Bar Association, Issue 4, September 2000.

- MALCOLM, Jeremy, “NAFTA Renegotiation Will Resurrect Failed TPP Proposals”, disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2017/03/nafta-renegotiation-will-resurrect-failed-tpb-proposals>.
- MORA SÁNCHEZ, Luz María de la, “El Tratado de Asociación Transpacífico: ¿una puerta en Asia-Pacífico?”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, Instituto Matías Romero, Secretaría de Relaciones Exteriores, núm. 108, septiembre-diciembre de 2016.
- MÜLLER, Enrique, “Decenas de miles de personas protestan contra el TTIP en Alemania”, *El País*, Berlín, 17 de septiembre de 2016. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/09/17/actualidad/1474131060_203230.html.
- PEARLMAN, Jessica C., “Participation by Private Council in World Trade Organization Dispute Settlement Proceedings”, *Law and Policy in International Business*, Georgetown University Law Center, International Law Institute, vol. 30, núm. 2, invierno de 1999.
- SHAPIRO, Jacob L., “The American President’s Power over NAFTA”, disponible en: <https://geopoliticalfutures.com/the-american-presidents-power-over-nafta/>.
- SIGALA, Miguel, “Apuntes para la política exterior de México en la era Trump”, *El Punto sobre la i*, México, año 6, núm. 28, 2017.
- SMITH, Jane M. et al., *Why Certain Trade Agreements Are Approved as Congressional-Executive Agreements Rather Than Treaties*, Congressional Research Service 7-5700, disponible en: www.crs.gov 97-896.
- WILHELMY, Manfred, “Alianza del Pacífico: una visión desde Chile”, *Estudios Internacionales*, Santiago, año XLV, núm. 175, mayo-agosto de 2013.
- WISE, Timothy A., “A Progressive Agenda for Renegotiating NAFTA”, en *Moyers and Company*, November 22, 2016. Disponible en: <http://billmoyers.com/story/getting-the-nafta-we-need/#>.

Fuentes y páginas de Internet

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, disponible en: <https://alianzapacifico.net/?wpdmdl=4464>.

Decreto Promulgatorio del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, suscrito en Paranal, Antofagasta, República de Chile, el seis de junio de dos mil doce, *Diario Oficial de la Federación* del 17 de julio de 2015,

disponible en: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-appellate-procedure.pdf>.
<http://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-civil-procedure.pdf>.
<http://www.washingtontradereport.com/TradeAct2002.pdf>.
<https://ustr.gov/trade-topics/trade-promotion-authority>.
<https://www.bis.doc.gov/index.php/forms-documents/section-232-investigations/86-section-232-booklet/file>.
<https://www.bis.doc.gov/index.php/other-areas/office-of-technology-evaluation-ote/section-232-investigations>.
<https://www.congress.gov/114/bills/s995/BILLS-114s995rs.pdf>.
<https://www.doleta.gov/tradeact/factsheet.cfm>.
<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-103hr3450enr/pdf/BILLS-103hr-3450enr.pdf>.
<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-102/pdf/STATUTE-102-Pg1107.pdf>.
<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg2948.pdf>.
<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf>.
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm.
Working procedures for appellate review, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm.

GOBERNANZA PORTUARIA CLÁSICA Y LA NUEVA TENDENCIA EN LOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA*

CLASSICAL PORT GOVERNANCE AND THE NEW TREND IN THE COUNTRIES OF LATIN AMERICA

María Jesús FREIRE-SEOANE**

Beatriz LÓPEZ BERMÚDEZ***

Carlos PAIS-MONTES****

RESUMEN: Este artículo analiza con detalle la evolución de la gobernanza portuaria. En primer lugar se presenta una revisión de las teorías más relevantes sobre sistemas de gobernanza portuaria a nivel mundial; en segundo lugar se realiza una clasificación de la gobernanza portuaria en los países de América Latina a través del análisis de su legislación portuaria; finalmente, se presenta una propuesta de modelo de gobernanza portuaria, que responde a la problemática actual existente entre los *stakeholders* del cluster portuario.

ABSTRACTS: *This article analyzes in detail the evolution of port governance. First, a review of the most relevant theories on port governance systems worldwide is presented. And secondly, a classification of port governance is carried out in Latin American countries through the analysis of their port legislation. Finally, a port governance model proposal that responds to the current problems existing among the stakeholders of the port cluster is presented.*

Palabras clave: gobernanza portuaria, Latinoamérica, agencia portuaria, autoridad portuaria

Keywords: *port governance, Latin America, port agency, port authority.*

* Artículo recibido el 18 de abril de 2017 y aceptado para su publicación el 20 de junio de 2018.

** Universidade da Coruña. Correo electrónico: maje@udc.es. https://www.researchgate.net/profile/Maria_Freire- Seoane.

*** ORCID: 0000-0001-6060-7021. Universidade da Coruña. Correo electrónico: beatriz.lopez2@udc.es.

**** Universidade da Coruña. Correo electrónico: carlos.pais.montes@udc.es. https://www.researchgate.net/profile/Carlos_Montes2.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 517-550.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Revisión de las teorías sobre gobernanza portuaria*. III. *La gobernanza portuaria en Latinoamérica*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El puerto como infraestructura de servicios marítimos ha ido evolucionando en sus funciones a lo largo de los años hasta configurarse como un nodo logístico complejo dentro de la cadena multimodal del transporte de mercancías (González-Laxe, 2008; Brooks & Cullinane, 2007; Brooks, 2004). Esta situación ha tenido lugar en el contexto de la globalización, con sus corolarios de desplazamiento de la demanda hacia el hemisferio sur y la deslocalización de las cadenas logísticas (Notteboom *et al.*, 2013; Notteboom y Rodrigue, 2005). La logística del transporte marítimo es un asunto de carácter netamente transversal, que, por una parte, comprende la producción, el comercio, el desarrollo empresarial, el sector transporte, las tecnologías de la información y las comunicaciones, el control de las mercancías y las facilidades del transporte y el comercio, y, por otra, también incluye las diversas entidades involucradas en todo el proceso. Estas entidades pertenecen tanto al sector privado (productores, empresas de servicios logísticos, y demás actores ligados al intercambio de mercancías) como al sector público (regulación, control, seguridad, provisión de infraestructura y facilidades comerciales, entre otros). En este sentido, a los gobiernos no les faltan motivos para involucrarse en el desarrollo de un sistema logístico más eficiente, ya sea para promover la competitividad de las exportaciones y de las infraestructuras nacionales o para incentivar el comercio internacional, ganar nuevos mercados e impulsar el empleo tanto en el sector de servicios como en las empresas auxiliares. Los gobiernos también tratan de atenuar las externalidades ambientales y sociales que generan la congestión, la accidentabilidad, la seguridad y la contaminación de la actividad portuaria (Cipoletta *et al.*, 2010).

En la actualidad, los puertos de Latinoamérica se encuentran en una profunda transformación a nivel global, sobre todo en lo referente a la cadena de suministro, lo que algunos autores han denominado “cuarta revolución del transporte marítimo” (Ashar, 2012). El principal factor que caracteriza este cambio integral se puede situar en la inminente apertura de nuevas vías transamericanas para la navegación con buques post-

Panamax (canal de Panamá, Paso del Ártico, canales secos y corredores intermodales transversales). Esta nueva coyuntura impulsará la aparición de servicios ecuatoriales específicos para grandes barcos de mercancía general (contenerizada o unitarizada), así como de líneas de abastecimiento perpendiculares, con buques de menor capacidad, para la actividad feeder (González-Laxe *et al.*, 2012; Pais-Montes *et al.*, 2012). Bajo esta perspectiva, cabría preguntarse si los puertos latinoamericanos están preparados, a nivel de gobernanza, para afrontar estos nuevos desafíos.

Desde la década de los ochenta se ha llevado a cabo en el mundo un proceso tendente a la desregulación o privatización de las infraestructuras portuarias, si bien en casos puntuales, como el del Reino Unido, esta transformación se ha producido mucho antes. Dicho proceso se ha identificado bajo el término “devolution”, que Rodal y Mulder (1993) definen como la transferencia de funciones o de responsabilidad en la ejecución de los programas y servicios desde el gobierno a otra entidad.

Investigadores como Goss (1986), Bird (1984) y Bird y Shepherd (1982) han analizado la importancia de las distintas instituciones portuarias, llegando a determinar las ventajas y los inconvenientes para las autoridades portuarias de carácter público (Goss, 1990a).

En general, la legislación portuaria vigente en los países de América Latina data de los años noventa, y pretendía consolidar la presencia y actividad del sector privado en instalaciones todavía aferradas a modalidades de gobernanza *service* o *toolport*. Sánchez (2014) señala específicamente las reformas llevadas a cabo en los puertos de los países de la CEPAL que tienen como objetivo principal la mejora de la eficiencia a través de la desregulación, dejando de lado la cantidad de servicios prestados.

La importancia de realizar una investigación a nivel teórico sobre la organización de la gobernanza portuaria recae en la problemática surgida en la actualidad en los puertos, donde existen múltiples *stakeholders* de la cadena de suministro que confluyen en el puerto, y cuyos intereses específicos pueden colisionar y provocar demoras en el paso de las mercancías por el puerto.

La hipótesis analizada es si la mayoría de los puertos latinoamericanos se encuentran actualmente en una fase de gobernanza portuaria de tipo *landlord*. El objetivo de este artículo es establecer una estructura de gobernanza portuaria tipo que sea capaz de responder a las necesidades actuales de los puertos, atribuyéndoles a través de la legislación, mecanismos de

pronta respuesta, que puedan contribuir a mejorar la eficiencia y la competitividad de los puertos.

Con el fin de alcanzar este objetivo, se realiza un estudio descriptivo de las metodologías que establecen las clasificaciones a nivel teórico de la gobernanza portuaria, diferenciando entre teorías clásicas y nueva gobernanza. A continuación, se recurre a la legislación nacional de cada país en materia portuaria y se analizan las investigaciones más relevantes que suponen cambios sustanciales en la gobernanza portuaria.

La investigación consta de cuatro apartados: la introducción; en el segundo apartado se realiza una revisión de las teorías sobre gobernanza portuaria; en el tercero, se presentan los sistemas actuales de gobernanza portuaria en las fachadas portuarias latinoamericanas y la viabilidad/grado de implementación de esquemas propios de la nueva gobernanza portuaria; en la última sección se exponen las principales conclusiones.

II. REVISIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE GOBERNANZA PORTUARIA

El concepto de gobernanza portuaria surge debido a la necesidad que tienen los puertos de una estructura organizativa clara y con una gestión eficiente en el servicio del transporte tanto de mercancías como de pasajeros. Rodrigue *et al.* (2013) profundizan en el tema, e indican que el concepto de gobernanza debe ser el tercer pilar esencial para definir la función de un puerto.

Los puertos forman parte del territorio de los Estados, y el control sobre los mismos se puede llevar a cabo por organismos estatales o por entidades descentralizadas, dependiendo de cómo se haya establecido el reparto legal de competencias.

Para analizar los antecedentes de la gobernanza portuaria, es necesario hacer referencia al Reino Unido como el primer ejemplo de *port devolution* donde se ha profundizado en el estudio de su normativa portuaria (Baird, 1995, 1999a, 2000b; Goss, 1998b; Baird & Valentine, 2006; Pettit, 2008).

Sin embargo, el tema de la gobernanza portuaria está en auge desde 2005, pues a partir de esa fecha, tanto las necesidades del transporte marítimo (lado de la demanda) como de las autoridades portuarias (lado de la

oferta) comienzan a identificar nuevos problemas, que han de ser resueltos con un avance en sus estructuras organizacionales mas allá de la mera privatización, impulsando nuevas investigaciones sobre esta materia.

En este periodo, las publicaciones se centran en países europeos: Grecia (Goulielmos, 1999; Pallis, 2006; Pallis & Syriopoulos, 2007), Italia (Valleri *et al.*, 2006; Parola *et al.*, 2012; Ferrari *et al.*, 2015), España (Martinez-Budría *et al.*, 1999; González-Laxe 2012a; Castillo-Manzano & Asebci-Flores, 2012), Portugal (Marques & Fonseca, 2010), Bélgica (Meersman, 2006), Países Bajos (De Langen & Van der Lugt, 2006), Irlanda (Brunt, 2010), Polonia (Zurek, 1997) y Turquía (Oral *et al.*, 2006). Además, se realizan investigaciones con un objeto de estudio más amplio, como es el caso de los sistemas de gobernanza portuaria en Europa (Pallis, 2006; Pallis *et al.*, 2010; Notteboom, 2010; Verhoeven, 2011a) o la normativa en materia portuaria de la Unión Europea (Psarafitis, 2005).

Asimismo, cabe destacar importantes investigaciones realizadas en otras localizaciones, como en Asia: Corea del Sur (Cullinane & Song, 1998; Frémont & Ducruet, 2005; Song & Lee, 2006), China (Wang *et al.*, 2004; Wang *et al.*, 2004; Cullinane *et al.*, 2005; Cullinane & Song, 2006), Hong Kong (Song & Cullinane, 2006), Singapur (Huff, 1997; Gordon *et al.*, 2005); en África: Egipto (Togan, 2009), Libia (Ghashat & Cullinane, 2013), Marruecos (Bouchartar *et al.*, 2011) y Sudáfrica (Gumede & Chasomeris, 2012); en América: Canal de Panamá (Montero, 2004, 2005a, 2006b; Ungo & Sabonge, 2012); Río de la Plata entre Argentina y Uruguay (Sanchez & Wilmsmeier, 2006), Estados Unidos de América (Fawcett, 2006) y Canadá (Brooks, 2006a), y en Australia (Everett & Robinson, 2006).

Otras investigaciones se centran en el esquema competitivo que establecen dos entidades geoeconómicas con modelos de gobernanza distintos: Fleming & Baird (1999) analizan las diferencias entre Europa del Este y Estados Unidos de América; Sherman (2000), Ircha (2001) y Debrie (2011) se centran en las reformas acaecidas tanto en los Estados Unidos de América como en Canadá y en la estructura resultante de dicho proceso; Li *et al.* (2012) comparan el sistema portuario de China con el de los Estados Unidos de América.

A continuación, se presenta la clasificación sobre gobernanza portuaria distinguiendo, entre teorías clásicas y nueva gobernanza portuaria.

1. *Teorías clásicas*

Los sistemas de gobernanza portuaria se clasifican según la investigación a la que se hace referencia. Entre los principales trabajos que han conseguido avanzar una clasificación de los diferentes modelos de gobernanza portuaria cabe señalar a Baird (2000b), Baltazar y Brooks (2007a), World Bank (2007) y Verhoeven (2010). Estos trabajos han suscitado muchas réplicas, en las que se sostiene que dicha tarea es imposible, porque existen tantos modelos de gobernanza portuaria como puertos hay en el mundo, ya que los estudios realizados sólo tienen en cuenta escasas variables, como son la propiedad de los terrenos, las infraestructuras, la gestión, las operaciones portuarias, etcétera (Brooks & Cullinane, 2007).

Baird (1995, 1999a, 2000b) formula la *port function privatization matrix*. La matriz que propone es una forma sencilla de clasificar los sistemas portuarios, y los conceptos afloran tras la simplificación que realiza Baird entre la naturaleza pública y privada de lo que considera que son los factores más importantes para un puerto, que en sus estudios son los estibadores, los propietarios y las entidades encargadas del desarrollo normativo portuario. La clave está en identificar si cada una de estas funciones se desempeña por parte del sector público o del privado, y para ello asigna determinadas acciones o características a cada función, resultando así cuatro modalidades diferentes de organización del sistema portuario, que son: público, público/privado, privado/público, y privado.

El estudio de Baird se toma como referencia principal para la posterior tentativa realizada por Baltazar y Brooks (2001). Estos autores analizan la *port devolution matrix*, donde especifican tres funciones portuarias: regulador (*regulator*), propietario (*landlord*) y operador (*operator*). Las diferencias respecto a la matriz de Baird surgen de la casuística presentada por Baltazar y Brooks (2001), que en un estudio para Canadá y Filipinas, tomando como referencia la matriz de funciones portuarias, demuestran que los servicios que se enumeran no corresponden con los que se llevan a cabo en la práctica, y por ello deciden “reformular” la matriz, simplificando los modelos en tres fases: pública, privada y mixta.

La aportación más importante de Baltazar y Brooks (2001) son los procesos o actuaciones que caracterizan cada una de las funciones portuarias. También, adaptaron y reformularon las contribuciones de Goss (1990a), De Monic (1994) y Baird (2000b). Para estos autores, la fun-

ción de regulador aglutina el desarrollo normativo de los procesos de licitación de concesiones o autorizaciones, la seguridad del tráfico de buques, aduanas, inmigración, control en el puerto, servicio de emergencias, protección del interés general y política portuaria medioambiental; la función de propietario conlleva actuaciones como dragado, estrategia de desarrollo y planificación, *marketing*, accesos portuarios, seguridad portuaria, tierra y adjudicación de concesiones y autorizaciones; por último, la función de operador enmarca la gestión de la carga de mercancía y pasaje, el remolque, la operativa horizontal u operaciones terrestres, el mantenimiento de las instalaciones, operaciones comerciales, gestión de residuos e inversión de capital en muelle y tierra (Brooks, 2004; Cerbán & Ortí, 2015).

El World Bank (2007) publica el *Port Reform Toolkit*, donde se propone por primera vez una clasificación sencilla, clara y homogénea de la gobernanza portuaria, en la que se trata de identificar si el encargado de realizar una serie de actividades portuarias es un ente público o privado. Bajo esta hipótesis, los resultados son cuatro modelos de gobernanza portuaria: *public service port*, *toolport*, *landlord port* y *private service port*. Para cada modelo se analizan los siguientes aspectos: administración portuaria, administración náutica, infraestructura (náutica o portuaria), superestructura (equipamiento y edificios), manejo de la carga, practicaje, dragado, remolcadores, amarradores, así como otras funciones. En esta investigación también se recoge el balance entre riesgo privado y la importancia de la regulación normativa que existe en cada modelo portuario según su grado de composición privado o público.

El modelo *public service port* hace referencia a aquellos puertos cuya propiedad, planificación, gestión y explotación está totalmente en manos del sector público. Es decir, el Estado es dueño del terreno, de la infraestructura y de la superestructura, además, de proveer todos los servicios portuarios. Se trata de un modelo en declive (World Bank, 2007), que funcionaba en los países latinoamericanos con anterioridad a lo que podríamos denominar proceso “de modernización” portuaria,¹ es decir, previo a las leyes portuarias promulgadas a lo largo de las dos últimas décadas, y

¹ En muchos países latinoamericanos, y sin que exista aparente causalidad entre ellos, las leyes de *port devolution* se han pasado a denominar “leyes de modernización”, con lo que reconoce implícitamente el potencial de crecimiento que tiene profundizar en niveles de gobernanza que vayan más allá del *toolport*.

que suele coincidir en este caso con regímenes laborales obsoletos y carencias de nuevas tecnologías (Hoffman, 1999, 2001a).

En el modelo *toolport*, el sector público es el propietario de la infraestructura, y el encargado de la explotación y la gestión del puerto, pero cede algunos servicios operacionales, como el caso de la estiba, pilotaje, abastecimiento, almacenamiento, etcétera, a unidades jurídicas empresariales con algún porcentaje de representación por parte del Estado o netamente privadas. Algunos países latinoamericanos han utilizado esta modalidad intermedia para ejercer la gobernanza portuaria durante los periodos de transición entre la promulgación de las leyes de modernización portuaria, que en algunos casos pueden llegar a alcanzar hasta diez años, y la puesta en marcha de la nueva gestión.

En el modelo *landlord*, una entidad estatal es la propietaria del terreno (autoridad portuaria individual o agencia/institución supralocal), y a través de un contrato de concesión cede la explotación y gestión de las infraestructuras portuarias a una segunda entidad, que puede ser una empresa privada, pública o mixta, dependiendo de la legislación aplicable al caso (Cabrera *et al.*, 2015). La transición desde el modelo *toolport* al modelo *landlord* tiene lugar en la década de los ochenta, y es propio de los países de la Unión Europea (Hoffmann, 1999), así como del sistema portuario de los países que integran el North American Free Trade Agreement —NAFTA— (Fawcett, 2006).

El modelo *private service port* supone la privatización de todos los elementos, incluida la propiedad del terreno, conservando únicamente el sector público un poder de supervisión regulatorio estándar. El primer caso de aplicación de este modelo tuvo lugar en 1981, con la privatización de todos los puertos británicos, situados bajo el control de la Associated British Ports Holding (Pettit, 2008). Actualmente, es posible citar otros países donde existen tensiones de gobernanza tendentes a favorecer la privatización total del servicio, como son Argentina, Chile, Colombia, Malasia, México, Nueva Zelanda, Filipinas y Venezuela (Pettit, 2008). Otra manifestación de este modelo se denomina *terminalización*, o la asunción de los operadores de terminal, una vez establecida la concesión de funciones propias de la autoridad portuaria matriz, que queda relegada a un papel de mero espectador (Verhoeven, 2010; Slack, 2007).

Esta última clasificación es la utilizada en la actualidad por la mayoría de los investigadores, como es el caso de Rodrigue *et al.* (2013).

2. *La nueva gobernanza portuaria*

Recientemente, se continúa profundizando en la organización de la oferta de servicios portuarios, en concreto en las funciones que llevan a cabo las diferentes autoridades marítimas, pues éstas representan el mayor nexo de unión entre los operadores que realizan la operativa diaria y los entes encargados del desarrollo normativo.

Así, Verhoeven (2010) señala que existen ciertos factores, como la presión de los diferentes *stakeholders* que forman parte de la cadena de suministro, donde el puerto se presenta como nodo logístico por excelencia. Esta investigación se centra en torno a si las autoridades portuarias deberían realizar la gestión portuaria desde la perspectiva de hacer cumplir la ley y la regulación normativa, o tan sólo desde una perspectiva de libre mercado, siendo un actor más. Heaver *et al.* (2000) identifican en su estudio tres posibles funciones para las autoridades portuarias: a) convertirse en parte de la cadena de suministro, lo que se identifica, en este caso, con ser un *stakeholder* más; b) mantenerse en una posición de apoyo; c) desaparecer.

Verhoeven (2010) analiza, además, las funciones de la matriz de Baltazar y Brooks (2001); es decir: propietario, regulador y operador. En este caso, cada función necesita un análisis pormenorizado y un estudio individualizado, tanto de las acciones que se han de llevar a cabo como de los ámbitos de actuación, sobre todo a la hora de dar solución a los problemas a los que se enfrentan en la actualidad. Con esta información se generaría la *port authority renaissance matrix* (*PAR matrix*). En esta matriz se añade una función más: la de *community manager*, que puede ser identificada con el *cluster manager* de De Langen y Pallis (2007), y que inscribe al puerto en un entorno de *path dependence* (Notteboom *et al.*, 2013) y cooperación (Lee & Song, 2010), donde pasa a desempeñar funciones de nodo de transformación dentro de la cadena logística, tanto en el *hinterland* como en el *foreland*. En la tabla 1 se presenta la *port authority renaissance matrix*.

TABLA 1. *PORT AUTHORITY RENAISSANCE MATRIX (NUEVA GOBERNANZA PORTUARIA)*

<i>Función (tipo)</i>	<i>Conservador</i>	<i>Facilitador</i>	<i>Emprendedor</i>
Propietario (<i>landlord</i>)	Gerente pasivo de bienes raíces: – Continuidad y mantenimiento – Desarrollo principal delegado en el resto – Ingresos financieros basados en tarifas de bienes inmuebles	Intermediario activo de bienes raíces: – Continuidad, mantenimiento y mejora – Intermediario y coinversor – Intermediario en temas de ciudad y medioambiente – Ingresos financieros basados en comercialización de bienes inmuebles – Mediador comercial en relaciones B2B entre proveedores de servicios y usuarios puerto – Asociaciones estratégicas con puertos interiores, puertos secos y otros puertos	Desarrollador de bienes raíces: – Continuidad, mantenimiento y mejora – Inversor directo – Desarrollo urbano y medioambiental – Ingresos financieros basados en comercialización de bienes inmuebles – Ingresos financieros de actividades no esenciales – Negociaciones directas B2B en la búsqueda de nuevos nichos de mercado – Inversiones directas en puertos interiores, puertos secos y otros puertos
Regulador (<i>regulator</i>)	Aplicación pasiva de normas y regulaciones establecidas por otros organismos. Ingresos financieros con base en tarifas básicas de regulador	Aplicación activa y cumplimiento de las normas y regulaciones a través de la cooperación con agentes locales, regionales y nacionales. Además de establecer reglas propias. – Intermedian y ayudan a la comunidad portuaria a la hora – de cumplir las normas y reglamentos.	Igual que el facilitador, pero con más participación directa comercial

Operador (<i>operator</i>)	Aplicación mecánica de la política de concesiones	<ul style="list-style-type: none"> - Ingresos financieros de papel de regulador diferentes dependiendo de razones de sostenibilidad <p>Uso dinámico de la política de concesiones en combinación con la función de <i>broker</i> de bienes inmuebles</p> <ul style="list-style-type: none"> - "Líder insatisfecho": como medida de rendimiento de los proveedores de servicios portuarios privados - Proporciona servicios de interés general económico y servicios comerciales especializados 	<p>Uso dinámico de la política de concesiones en combinación con la función de <i>broker</i> de bienes inmuebles</p> <ul style="list-style-type: none"> - Accionista de servicios del puerto privado - Proporciona servicios de interés general económico y servicios comerciales especializados - Proporciona servicios en otros puertos
<i>Community manager</i>	No está desarrollado (modelo PAR)	<p>Dimensión económica:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Resuelve cuellos de botella en <i>hinterland</i> - Proporciona formación y práctica - Proporciona servicios TIC - Publicidad - "Lobbying" - Dimensión social: - Resuelve conflictos de interés - "Lobbying" - Proporciona externalidades positivas 	<p>Igual que el facilitador, pero en la dimensión económica con mayor participación directa comercial</p>
Dimensión geográfica	Local	Local + regional	Local + regional + global

FUENTE: Verhoeven (2010), elaboración propia

III. LA GOBERNANZA PORTUARIA EN LATINOAMÉRICA²

1. *Los sistemas portuarios en la actualidad*

En la tabla 2 se presentan las diferentes instituciones encargadas de ejercer las funciones portuarias en los países latinoamericanos, así como el año en el que se promulga la norma de referencia, base que regula el sistema portuario estatal.

Para la construcción de la tabla se han tomado una serie de premisas previas para identificar cada organismo con una función: el regulador es el órgano del país que promulga las leyes del sistema portuario; la función de propietario la desempeña el órgano encargado de la adjudicación de concesiones; el operador es el órgano que desarrolla la actividad de explotación del puerto; y, por último, el *community manager* realiza funciones de mediación y coordinación entre todas las entidades anteriores.

A. *Argentina*

La desregulación del sistema portuario argentino se llevó a cabo a través de la Ley de Modernización de Puertos Nacionales 24.093 de 1992. Aunque es preciso indicar que han sido numerosas las promulgaciones legislativas posteriores que han dado forma al actual sistema portuario; por ejemplo, el Decreto 769 de 2003, que instaura la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables como órgano descentralizado provisto de autoridad y capacidad operativa, mencionando una serie de casos especiales (complejos portuarios de Buenos Aires, Rosario, Bahía Blanca, Quenquén y Santa Fe), en los que la concesión o transferencia se realiza a sociedades de derecho privado o público no estatales (artículo 12 de la Ley 24.093).

Es preciso mencionar la existencia de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado (AGPSE), persona jurídica dentro del Estado nacional argentino, que tiene a su cargo la explotación y administración de aquellas áreas portuarias que no han sido concesionadas. Dentro de la

² En este análisis se incluyen los países de Centroamérica y América del Sur, a excepción de Brasil.

TABLA 2. LOS ACTUALES MODELOS DE GOBERNANZA PORTUARIA EN LATINOAMÉRICA: FUNCIONES, ROLES Y ENTIDADES

	<i>Regulador</i>	<i>Propietario</i>	<i>Operador</i>	<i>¿Existe community manager?</i>	<i>Fase</i>	<i>Año</i>
Argentina	Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del que depende Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables	Administración General de Puertos Sociedad del Estado	Administración General de Puertos Sociedad del Estado (derecho público) o empresa privada	Dirección Nacional de Puertos	<i>Landlord</i>	1992
Chile	Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones	Empresa portuaria	Empresa portuaria o empresas de derecho privado		<i>Landlord</i>	1997
Colombia	Ministerio de Transporte	Instituto Nacional de Concesiones (INCO ⁸)	Sociedad portuaria regional (derecho público, privado o mixto)		<i>Landlord</i>	1991
Costa Rica	Ministerio de Obras Públicas y Transporte	Consejo Marítimo y Portuario	Sociedades mercantiles públicas o privadas		<i>Landlord</i>	En proyecto
Ecuador	Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial + Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos	Autoridad portuaria	Autoridad portuaria (derecho público) o empresa portuaria (derecho privado)		<i>Landlord</i>	1993
El Salvador	Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano	Autoridades marítima portuarias locales	Autoridades portuarias locales o empresa privada	Autoridad marítima portuaria	<i>Landlord</i>	2002

	<i>Regulador</i>	<i>Propietario</i>	<i>Operador</i>	<i>¿Existe community manager?</i>	<i>Fase</i>	<i>Año</i>
Guatemala	Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda	Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda	Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla o empresa portuaria o empresa privada	Comisión Portuaria Nacional	<i>Landlord</i>	1972
Honduras	Gobierno + empresa nacional portuaria	Empresa nacional portuaria	Empresa nacional portuaria		<i>Toolport</i>	1997
México	Secretaría de Comunicaciones y Transportes	Secretaría de Comunicaciones y Transportes	Administración portuaria integral (derecho público o privado)		<i>Landlord</i> avanzado	1993
Nicaragua	Ministerio de Transporte e Infraestructura	Dirección General de Transporte Acuático + Empresa Portuaria Nacional (EPN)	Empresa portuaria nacional o entidad privada		<i>Landlord</i>	2013
Panamá	Órgano Ejecutivo	Autoridad Marítima de Panamá	Autoridad marítima o empresa privada		<i>Landlord</i>	2008
Paraguay	Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones	Administración Nacional de Navegación y Puertos	Administración Nacional de Navegación y Puertos o empresa privada		<i>Landlord</i>	1965
Perú	Ministerio de Transporte y Comunicación	Autoridad portuaria nacional o autoridad portuaria regional	ENAPU, S. A. o empresas de derecho privado		<i>Landlord</i>	2003
Venezuela	Ministerio de Poder Popular para Obras Públicas y Vivienda	Bolivariana de Puerto S. A.	Bolivariana de Puerto, S. A. o empresa privada (pocos)		<i>Toolport</i>	2001

FUENTE: Elaboración propia.

estructura portuaria también destaca la Dirección Nacional de Puertos, como órgano dependiente de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, responsable de la elaboración, proposición y ejecución de las políticas, planes y programas definidos por la AGPSE (Rey, 2012).

B. Chile

En 1997 se promulgó la Ley 19.542 de Modernización del Sector Portuario Estatal, y se crearon diez empresas estatales con personalidad jurídica y presupuestaria propias, relacionadas con el gobierno chileno, a través del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. Estas empresas se encargan de la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de las actividades conexas inherentes al ámbito portuario. Este objetivo puede realizarse a través de estas entidades, o bien a través de un tercero, por medio de concesiones portuarias, contratos de arrendamiento o mediante la creación de personalidades naturales o jurídicas a través de licitaciones públicas.

C. Colombia

La Ley 001 de 1991, denominada Estatuto de Puertos Marítimos, elimina en su artículo 33 la empresa Puertos de Colombia (Colpuertos), y autoriza la creación de entidades descentralizadas, con el fin de que cada puerto se constituya en sociedad, denominándose sociedades portuarias regionales (artículo 34). Estas instituciones pueden ser de capital privado, público o mixto. La norma, además, les adjudica la posibilidad de actuar como operadores portuarios; es decir, prestar servicios de carga, descarga y soporte logístico (artículo 1o. Ley 001 de 1991).

El Decreto 2741 de 2001 suprime la Superintendencia de Puertos y Transporte, creada por la Ley de 1991, y sitúa al Ministerio de Transporte como la entidad central estatal encargada de supervisar, inspeccionar, vigilar y controlar tanto las empresas concesionarias como los operadores portuarios, y tendrá como asesor al Instituto Nacional de Concesiones (INCO, Decreto 1800 de 2003), para todo lo relacionado con las concesiones (no sólo portuarias).

D. *Costa Rica*

En cuanto a la normativa del sistema portuario de Costa Rica, debemos destacar el proyecto de Ley que se presenta el 6 de julio de 2012 en *La Gaceta D.O.* denominada Ley General Marítima y Portuaria de la República de Costa Rica (expediente 18.412). Con base en esta Ley se determina que la competencia en materia portuaria la ostenta el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (artículo 16), que a su vez la ejerce a través del Consejo Marítimo y Portuario (artículo 3o.) que “...velará por todos los aspectos relacionados con la administración, operación y servicios portuarios, así como actividades conexas a estos...”. En esta ley se hace referencia a dos tipos de concesiones: las concesiones y permisos en el artículo 20 y siguientes, y las concesiones portuarias en el artículo 40 y siguientes. Tenemos que hacer especial mención a las concesiones portuarias, pues éstas se otorgan a sociedades mercantiles de derecho público o privado (artículo 40) a las que se les otorgan una serie de derechos y obligaciones, entre los cuales podemos destacar: 1) “planear, programar y ejecutar acciones necesarias para la promoción, operación y desarrollo del puerto...”; 2) “usar, aprovechar y explotar los bienes de dominio público...”; 3) “construir, mantener y administrar la infraestructura portuaria de uso común”, etcétera. Son importantes este tipo de concesiones, pues en las disposiciones preliminares de dicha ley se menciona la necesidad de instaurar un modelo *landlord* avanzado, definido como “facilitador de la actividad económica, de la competitividad del tejido social y empresarial y de su sostenibilidad ambiental, así como coordinador de los diferentes agentes y administraciones que intervienen en el paso por los puertos de buques y mercancías”.

E. *Ecuador*

En marzo de 1993, el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos (CNMMP) de Ecuador aprueba un plan de Acción para la Modernización del Sistema Portuario. En diciembre de ese mismo año se publica la Ley 50 de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, que se materializa como una norma para propiciar avances en la prestación de servicios a

largo plazo y eliminar el control monopolístico de las entidades públicas portuarias, estableciendo así un régimen de financiación e inversión en infraestructuras de carácter público-privado. El CNMMP es el máximo órgano de asesoramiento del gobierno y de regulación de la actividad privada en el sector, y la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo-Fluvial “será considerada como la Autoridad Portuaria Nacional y, como tal, deberá cumplir y hacer cumplir los lineamientos de la Política Portuaria Nacional y las decisiones y regulaciones del CNMMP” (Ley 50, artículo 10). Las autoridades portuarias aparecen “organizadas como entidades de derecho público, personalidad jurídica, patrimonio y fondos propios, y sujetas a las disposiciones de la Ley General de Puertos, de la presente Ley, y a las normas generales o especiales que afecten su vida administrativa” (Ley del Régimen Administrativo Portuario Nacional, artículo 1o.). La empresa portuaria se define como la persona jurídica de derecho privado que mediante concesión tiene adjudicada la administración, mantenimiento y desarrollo de un puerto o terminal, y el operador portuario, como la entidad de derecho privado con personalidad jurídica que se encarga de la prestación de los servicios portuarios.

F. *El Salvador*

El sistema portuario de El Salvador está regulado por el Decreto legislativo 994 de 2002, que ha sufrido sendas reformas en 2005 y 2006, mediante el cual se estipula que el ente regulador será la Autoridad Marítima Portuaria, como “institución autónoma de servicio público, sin fines de lucro, responsable de ejercer la regulación técnica y económica de las actividades marítimas y portuarias” (artículo 5o.); así, el ente rector será el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, que se encargará de la planificación nacional y la normativa legal. Además, ya en otro ámbito podemos hablar de Autoridad Marítima Portuaria local como “...agencias estatales propietarias de infraestructura y superestructura portuaria propiedad del Estado, o ser los operadores portuarios designados por éstas...” (artículo 5o.). El Decreto recoge la posibilidad de que existan puertos de carácter privado (propiedad privada del terreno), que ha sido declarado inconstitucional por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) el 20 de mayo de 2015,

pues los bienes de los que se trata según la Constitución son de dominio público, y únicamente se pueden ceder en explotación bajo contrato de concesión (*El Salvador Noticias*, 2015).

G. Guatemala

En lo que respecta al sistema portuario de Guatemala, podemos decir que difiere según el puerto, si bien la competencia en materia portuaria la ostenta el Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, que cuenta con una entidad pública, que es la Comisión Portuaria Nacional (CPN), creada en 1972, que tiene como función principal “coadyuvar con los puertos y otras instituciones vinculadas al sector transporte por medio de asesoría, asistencia técnica, capacitación y acciones de gestión, coordinación y enlace, al logro de un funcionamiento eficiente de los procedimientos y operaciones de apoyo al comercio exterior” (CPN, 2015).

El sistema portuario guatemalteco no cuenta con un modelo único de gobernanza: en el puerto de Santo Tomás de Castilla, la empresa portuaria nacional Santo Tomás de Castilla se encarga de la gestión y administración de dicho puerto (EPNSTC, 2015), así, del mismo modo en el puerto de Quetzal, la empresa portuaria Quetzal se encarga de la gestión y administración de este puerto (EPQ, 2015), que además en 2012 ha suscrito un contrato de usufructo oneroso con la empresa Terminal de Contenedores Quetzal (Central América Data, 2015a); finalmente, Puerto Barrios cuenta con la Terminal Puerto Barrios, operada por una empresa privada COBIGUA, S. A., desde 1990, a través de un contrato de usufructo oneroso (TPB, 2015).

H. Honduras

Conforme a lo legislado en el Decreto 40 de 1965, se crea una institución descentralizada del gobierno con competencia portuaria, que es la Empresa Nacional Portuaria, de derecho público (ENP, 2015), a la que se le atribuyen las siguientes funciones: 1) estudiar las necesidades y planificar las obras e instalaciones portuarias; 2) construir obras e instalaciones portuarias; 3) administrar, explorar y utilizar los servicios

y las obras e instalaciones a su cargo; 4) negociar y contratar préstamos internos y externos, y otorgar las respectivas garantías; 5) coordinar el desenvolvimiento de las actividades portuarias nacionales; 6) asesorar al gobierno con respecto a las políticas portuarias, y representarlo en las negociaciones; 7) representar al gobierno en cualquier empresa de servicios portuarios en la que el Estado tenga participación, y 8) ejecutar cualquier otro acto que se considere necesario para lograr los objetivos de esta ley Orgánica.

Ahora bien, tras la promulgación del Decreto legislativo 143 de 2010, se crea la Comisión para la Promoción de la Alianza Público-Privada (Coalianza), a través de la cual se procede a la apertura de licitaciones para operar en determinadas terminales (Central América Data, 2015b).

Actualmente, Honduras se encuentra en un proceso de cambio del modelo *toolport* a un modelo *landlord*. De momento, el paso que ha dado ha sido la creación de dos empresas que administran los puertos promoviendo un sistema público-privado. Las empresas son Puertos Marítimos Honduras, S. A. y Sociedades Operaciones Portuarias de Honduras, S. A. (*El Heraldo*, 2014).

I. México

La Ley de Puertos del 19 de julio de 1993 ha supuesto la reorganización del sistema portuario estatal con base en la transferencia de autoridad por parte del gobierno federal a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, a quien se le otorga la propiedad del terreno y la posibilidad de otorgar concesiones. En la mencionada ley (capítulo V, artículo 38) se habla de la Administración Portuaria Integral (API); se trata de una sociedad mercantil de derecho público o privado, autónoma en su gestión operativa y financiera (artículo 39), a la que se encomiendan una serie de derechos y obligaciones bajo un contrato de concesión. Entre esos derechos y obligaciones se pueden desglosar: 1) planear, programar y ejecutar acciones para la promoción, operación y desarrollo del puerto; 2) construir, mantener y administrar las infraestructuras portuarias, y 3) prestar servicios conexos.

J. *Nicaragua*

La modernización del sistema portuario nicaragüense se basa en la Ley 838, Ley General de Puertos en Nicaragua de 2013 y en el Decreto 32 “Reglamento de la Ley 838” del mismo año. En el artículo 4o. de dicho Decreto se dice que el sistema portuario estatal “está compuesto por todos los puertos en el territorio de la República de Nicaragua..., bajo la administración de la Empresa Portuaria Nacional, o bajo administración dada en concesión por la EPN. Los puertos y terminales portuarias bajo administración privada, los puertos y terminales portuarios bajo administración de los Gobiernos Municipales, marinas...”. La Empresa Portuaria Nacional (EPN), junto con la Dirección General de Transporte Acuático (DGTA), ejerce las competencias de tal forma que “los diseños de la infraestructura de los puertos serán aprobados por la DGTA y la ejecución y le mantenimiento de estas obras corresponde a la EPN o a la entidad pública y/o privada correspondiente” (Decreto 32, artículo 5o.).

K. *Panamá*

Con el Decreto 7/1998 se crea la Autoridad Marítima de Panamá, como persona jurídica con patrimonio y autonomía, sujeta a las políticas, orientación e inspección del Órgano Ejecutivo. Con la Ley de Puertos de 2008 (Ley 56) se le atribuye la responsabilidad de aplicar y proponer las reglamentaciones contenidas en esta Ley, así como fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones y definir las condiciones técnicas que garanticen el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos nacionales. De igual forma, le corresponde proponer y coordinar los planes de desarrollo del sistema portuario nacional; explotar y operar los servicios portuarios y fiscalizar aquellos que no operen directamente; todo lo anterior, en el marco de una política de competitividad, transparencia y eficiencia (artículo 9o. y siguientes de la Ley). Sin embargo, se especifica el caso de puertos de administración privada (artículo 19), es decir, aquellos que han sido otorgados en concesión y son explotados por personas jurídicas de derecho privado.

L. *Paraguay*

La ley 1066 de 1965 es la que regula las instituciones del sistema portuario de Paraguay. En dicha ley se crea la Administración Nacional de Navegación y Puertos, como entidad de derecho público, que como objetivo principal tiene el “administrar y operar todos los puertos de la República” (artículo 5.a). Además, en el artículo 5 se menciona que una de sus atribuciones es la supervisión de los puertos explotados bajo contrato de concesión. Dichos contratos se regulan en la actualidad por la Ley 2.051 “de contrataciones públicas” de 2003.

M. *Perú*

La modernización del sector portuario se ha llevado a cabo en 2003, con la Ley 27.943 “del Sistema Portuario Nacional”, posicionando al Estado como la figura que fomenta, regula y supervisa tanto las actividades como los servicios portuarios (artículo 3o.). Este rol es desempeñado a través de la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) y la Empresa Nacional de Puertos, S. A. (en adelante, ENAPU, S. A.), entidades adscritas al Ministerio de Transporte y Comunicaciones, con el objetivo principal de aumentar la competitividad de los puertos nacionales. La APN es una persona jurídica de derecho público con patrimonio propio y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financier; también tiene la facultad normativa por delegación del Ministro de Transportes y Comunicación (artículo 19). Una de las funciones más importantes de dicho organismo es la de promover y facilitar las concesiones al sector privado en áreas de desarrollo portuario (artículo 24.1). Así, ENAPU, S. A. es el órgano encargado de la administración portuaria que desarrolla actividades y servicios portuarios en los puertos de titularidad pública, es decir, que no hayan sido concesionados (artículo 20). Asimismo, existen las autoridades portuarias regionales (artículo 27), que son órganos dependientes de lo que se establezca en el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía técnica, económica y financiera dependiente de los gobiernos regionales.

N. *Venezuela*

El proceso de descentralización de competencias en el sistema portuario de Venezuela se produce con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público, del 28 de diciembre de 1989, en lo que se refiere a puertos públicos. Los puertos privados se regulan a través del Reglamento Parcial de la Ley que crea el Consejo Nacional de Puertos y el Instituto Nacional de Puertos sobre Concesiones Especiales de 1990.

Esta situación cambió con la promulgación en 1999 de la Nueva Constitución y la posterior ley de bases de 2001, Ley General de Puertos, pues en esta regulación se revertían las competencias en exclusiva al Ejecutivo Nacional, y así lo refutaba el Tribunal Superior de Justicia el 15 de abril de 2008. Dicha modificación organizaba el sistema portuario tal, que el Ejecutivo Nacional era el que a través de la Comisión de Reversión volvía a concentrar la competencia en cada uno de los puertos de carácter público; así, a través del Ministerio de Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda se crea la sociedad Bolivariana de Puerto, S. A., que procede a administrar, desarrollar, mantener y, en algunos casos, ejercer de operador portuario en algunos puertos, como Puerto de Cabello, La Guaria, Maracaibo, Guanta, Guanche y La Ceiba.

2. *Hacia una nueva gobernanza portuaria*

En la actualidad, los diferentes sistemas portuarios en los países latinoamericanos están inmersos en un proceso de “*port devolution*”. Por ello, y tomando como referencia el modelo *Port Authority Renaissance* (Verhoeven, 2010), basado en el concepto de plasticidad institucional (Notteboom *et al.*, 2013), lo que se propone es que con las instituciones ya existentes en cada país se asignen las funciones y se adjudiquen con claridad las acciones a cada una, recurriendo a la estratificación y conversión de dicha estructura portuaria.

En el caso particular de los países latinoamericanos, el órgano de la función regulador (*regulator*), es el gobierno central del Estado, a través del ministerio correspondiente; esto es así, pues la facultad de legislar y ordenar los bienes de dominio público es competencia del Estado. Este hecho

se recoge en la mayoría de los textos constitucionales o leyes portuarias, como es el caso de Perú (artículo 73, Constitución Política del Perú, y artículo 5o. Ley 27.943) y Paraguay (artículo 49 de la Ley 1066). Además, incluso en el *private service port* se observa que el Estado se reserva una mínima capacidad de legislar (Rodrigue *et al.*, 2013). Así, las acciones que ha de desempeñar dicho órgano son: *a*) aplicación activa y ejecución de normas y reglamentos a través de la cooperación con las autoridades locales, regionales y los organismos reguladores nacionales que establezcan normas y reglamentos propios; *b*) prestación de asistencia a la comunidad portuaria para cumplir con las normas y reglamentos, además de facilitar herramientas fuera del puerto (en una región y a escala global), y *c*) ingresos financieros (fondos de contingencia) de apoyo a la actividad portuaria (Verhoeven, 2010).

La función de propietario (*landlord*) en los países latinoamericanos, cuya institución se identifica con la autoridad portuaria individual, es la de gestionar la explotación de la infraestructura portuaria con base en contratos de concesión (Ley 2.051, 2003 de Paraguay; Ley 19.542, 1997 de Chile; Ley de Puertos, 1993 de México) o de otra naturaleza (TPB, 2015). En lo referente a esta institución, cabe decir que en algunos países se denomina “Empresa Portuaria” (Ley 19.542, 1997 de Chile; Ley 001, 1991 de Colombia; EPNSTC, 2015 y EPQ, 2015) y en otros “Autoridad Portuaria” (Ley 59, 2008 de Panamá; Ley 27.943, 2003 de Paraguay; y Decreto Legislativo 994, 2002 de El Salvador). En las distintas legislaciones se pueden encontrar diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de la función de propietario, resultando ser de derecho público, privado o mixto.

En la actualidad, es común la constitución de una sociedad de carácter mercantil con autonomía de gestión y patrimonio propio, siendo de derecho público o mixto. En el supuesto en que ésta sea de derecho privado, se la desposeerá de la propiedad del terreno, pues la propiedad privada puede generar acciones especulativas e incluso la desaparición del puerto (World Bank, 2007). Por ello, en estas instituciones es aconsejable el modelo *Public-Private-Partnership* (PPP), entendido como el proceso de adquisición de servicio o entrega de bienes a través de la cooperación del sector público y privado (Cabrera *et al.*, 2015; World Bank, 2011). Las acciones más significativas de las autoridades portuarias en la función de propietario son: *a*) activo inmobiliario (continuidad, mantenimiento y mejora), inversor directo,

desarrollo urbano y ambiental, ingresos financieros en el sector inmobiliario e ingresos financieros de las actividades; *b*) negociaciones B2B, basadas en la utilización de nuevas tecnologías para la transmisión de información entre los diferentes agentes, comerciales directos en la búsqueda de clientes y nichos de mercado, y *c*) inversiones directas en los puertos interiores, puertos secos y otros (Verhoeven, 2010).

La función de operador (*operator*) en los puertos latinoamericanos es desempeñada por la empresa de la terminal portuaria con el derecho de explotación adquirido a través de un contrato de concesión o similar, lo mismo sucede con los servicios técnico-náuticos. Una definición más precisa podría ser “Persona jurídica..., que tiene autorización para prestar, en las zonas portuarias, servicios a las naves, a las cargas y/o a los pasajeros” (disposición transitoria vigésimo sexta, Ley 27.943 de 2003, Perú). Esta empresa o sociedad puede ser de derecho público, privado o mixto, aunque en la mayor parte de los casos se trata de un operador privado (por ejemplo, las paradigmáticas concesiones de APM Terminals y DP World en el puerto de Callao, Perú), quedando la autoridad portuaria como operador de carácter residual o subsidiario. Las acciones que han de desarrollar las empresas que realicen la función de *operador* serán: *a*) uso dinámico de la política de concesión, en combinación con la función de desarrollo de bienes inmobiliarios; *b*) como accionista prestadores de servicios portuarios privados; *c*) prestación de servicios de interés económico general, incluyendo servicios comerciales; *d*) prestación de servicios en otros puertos (Verhoeven, 2010).

En último lugar, la función de *community manager*, todavía incipiente en los sistemas portuarios latinoamericanos, surge de la necesidad de coordinar a los diferentes *stakeholders* que conforman el cluster portuario (Notteboom *et al.*, 2013) y es realizada por una agencia supraportuaria. La denominación de “agencia” viene de la propia naturaleza del órgano, pues éste se ha creado para solucionar problemas de comunicación entre las diferentes instituciones, es decir, situaciones asimilables a la problemática contenida en la teoría de la agencia (*Stewardship Theory*), donde se definen las funciones de la agencia como un objetivo de colaboración, bajo los supuestos de un alto nivel de identificación con la misión de la organización (estructura portuaria) y con la capacidad de alinear los objetivos de todos los miembros de la cadena potenciando la estructura organizativa (Van Puyvelde *et al.*, 2012). Las acciones que ha de realizar esta organización

se recogen en dos dimensiones: a) la económica con participación comercial directa, para resolver cuellos de botella en el *hinterland*, proporcionar formación y educación, proveer servicios de TIC, promoción comercial y grupos de presión; b) la social, es decir, acomodar los intereses en conflicto y promover externalidades positivas (Verhoeven, 2010).

La Agencia Portuaria (o *community manager*), que es el organismo característico de la nueva gobernanza portuaria o el nexo de unión de todos los órganos o instituciones dentro del sistema portuario (gobierno, autoridades portuarias y operadores de terminal), con la misión de generar y fomentar la competencia entre ellos, y redundando en un aumento de la eficiencia y el crecimiento del comercio global (Notteboom y Rodrigue, 2005). Al mismo tiempo, las estrategias desarrolladas por esta agencia deben comprender las interrelaciones con los diferentes modos de transporte (Notteboom y Rodrigue, 2005), lo que provoca la necesidad adicional de mecanismos de coordinación entre agentes público-privados. En consecuencia, el carácter de esta sociedad o institución mercantil ha de ser público, pues actúa de mediador, y su objetivo no es la maximización de su propio beneficio, sino el del Estado, tanto desde el punto de vista económico como social.³

IV. CONCLUSIONES

La interacción que existe entre el comercio y el transporte marítimo explica cómo los cambios que se producen en uno de estos dos factores repercuten directamente en el otro. Por eso, en el mercado global las barreras geográficas se desdibujan y las cadenas de suministro se deslocalizan utilizando a los puertos, más que como meros espacios de carga/descarga, como nodos logísticos de la cadena de producción mundial dentro de un esquema en el que las funciones del *hinterland* y del *foreland* se entremezclan, proceso que algunos autores han denominado “regionalización de la actividad portuaria” (Notteboom *et al.* 2013).

En primer lugar, estos cambios en el esquema global de la demanda han provocado una respuesta por el lado de la oferta de servicios portua-

³ En la actualidad existen evidencias que demuestran el carácter eminentemente defensivo hacia los intereses del Estado por parte de las instituciones de carácter público (Debrie *et al.*, 2013).

rios, haciendo avanzar a las autoridades portuarias hacia nuevos niveles de gestión, que se denominan “niveles de gobernanza portuaria”, y que se pueden sustanciar, fundamentalmente, en una modulación de las funciones ejercidas por la parte pública y privada.

En segundo lugar, la evolución temporal de los sistemas de gobernanza portuaria ha ido pareja al proceso de *port devolution* (transferencia de funciones hacia el sector privado), consolidándose en la literatura científica como teorías de gobernanza portuaria clásicas (Baird, 1995, 1999a, 2000b; Baltazar y Brooks, 2001 y World Bank, 2007).

La nueva gobernanza portuaria supone la creación de una entidad estatal, con la forma de agencia (*community manager*), dedicada a aportar flexibilidad al sistema portuario nacional a través de la gestión de fondos de contingencia y del fomento de la competencia entre los diferentes actores marítimos del sistema nacional en su conjunto (Notteboom *et al.*, 2013; Verhoeven, 2010), siendo consciente de la necesidad de integrar en la cadena de suministros a la totalidad de los *stakeholders* implicados en la misma.

Por último, la legislación existente, en la actualidad, en los países latinoamericanos indica que la mayoría de los puertos se encuentran en un estadio de gobernanza correspondiente a la fase *landlord*. No obstante, el avance hacia posiciones netamente privatizadoras no está tan consolidado. Debido al complejo patrón de interacciones económicas internacionales que ha traído la globalización para todos los *stakeholders* implicados en la empresa marítima (puertos, navieras, cargadores, clientes finales, instituciones de gobierno), que provoca que la actuación local tenga importantes repercusiones nacionales y supranacionales.

Ante esta realidad, algunos gobiernos latinoamericanos han sentido ya la necesidad de legislar, en clave de establecer una mínima coordinación a nivel estatal o supraestatal respecto a la operativa y la política de inversión en mejoras y ampliaciones de sus infraestructuras portuarias: Argentina (país clave en la política comercial de Mercosur), Guatemala y El Salvador (países que albergan un proyecto de Canal Seco, como paso alternativo al canal de Panamá) han creado entidades supraportuarias de rango estatal que estarían asumiendo funciones de *community manager* con respecto a la diversidad de sus sistemas portuarios nacionales: aportando una coherencia a la multiplicidad de formas de gestionar la oferta de ser-

vicios y diseñando estrategias estatales o supraestatales que permitan impulsar su negocio marítimo y, por tanto, el crecimiento económico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ASHAR, A., "The Fourth Revolution: Long-Term Container Shipping Developments", *Port Technology*, núm. 55(1), 2012.
- BAIRD, A., "Privatisation of Trust Ports in the United Kingdom: Review and Analysis of the First Sales", *Transport Policy*, núm. 2, 1995.
- BAIRD, A., "Analysis of Private Seaport Development: The Case of Felix-towe", *Transport Policy*, núm. 6, 1999.
- BAIRD, A., "Port Privatisation: Objectives, Extent, Process and the U.K. Experience International", *Journal of Maritime Economics*, núm. 2, 2000.
- BAIRD, A. J., y VALENTINE, V. F., "Port Privatisation in the United Kingdom", *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- BALTAZAR, R. y BROOKS, M., "The Governance of Port Devolution: A Tale of Two Countries", World Conference on Transport Research, Seoul, Korea, July, 2001.
- BALTAZAR, R. y BROOKS, M., "Port Governance, Devolution and the Martching Framework: a Configuration Theory Approach", *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2007.
- BIRD, H. W. K., y SHEPHERD, R., "Wave Interaction with Large Submerged Structures", *Journal of the Waterway Port Coastal and Ocean Division*, núm. 108(2), 1982.
- BIRD, J., "Seaport Development: Some Questions of Scale", *Seaport Systems and Spatial Change*, Chichester: Wiley, 1984.
- BOUCHARTAR, H, Hajbi, A. y ABBAR, H., "Governance of the Maritime and Port Sector: Morocco as Example", *Journal of US. China Public Administration*, núm. 8 (7), 2011.
- BROOKS, M. y CULLINANE, K., "Devolution, Port Governance and Port Performance", *Research in Transportation Economic*, núm. 17, 2006.
- BROOKS, M. (2004), "The Governance Structure of Ports", *Review of Network Economics*, núm. 3 (2), 2007.
- BROOKS, M., "Port Devolution and Governance in Canada", *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.

- BRUNT, B., "Ireland's seaport system", *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, núm. 91(2), 2000.
- CABRERA, M. *et al.*, "Public Private Partnerships in Spanish Ports: Current Status and Future Prospects", *Utilities Policy*, núm. 32, 2015.
- CASTILLO-MANZANO, J. I., y ASENCIO-FLORES, J. P., "Competition between New Port Governance Models on the Iberian Peninsula", *Transport Reviews*, núm. 32(4), 2012.
- CENTRAL AMÉRICA DATA, "Guatemala: en riesgo concesión portuaria", disponible en: <http://bit.ly/1TRzL93>.
- CENTRAL AMÉRICA DATA, "Licitación de reactivación del puerto en Punta Castilla", disponible en: <http://bit.ly/229xufv>.
- CERBÁN JIMÉNEZ, M. del M. y ORTÍ LLATAS, J., *Infraestructuras portuarias. Análisis del sistema portuario español contexto internacional y propuesta de reforma*, Madrid, Fedea, 2015.
- CPN, "Comisión Portuaria Nacional de Guatemala", disponible en: <http://bit.ly/1Mcvx6h>.
- CULLINANE, K y SONG, D. W., "The Port of Singapore and its Governance Structure", *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- CULLINANE, K y SONG, D. W., "Container Terminals in South Korea: Problems and Panaceas", *Maritime Policy & Management*, núm. 25 (1), 1998.
- CULLINANE, K. *et al.*, "Port Competition between Shanghai and Ningbo", *Maritime Policy & Management*, núm. 32(4), 2005.
- DE LANGEN, P. W., y PALLIS, A. A., "Entry Barriers in Seaports", *Maritime Policy & Management*, núm. 34(5), 2007.
- DE LANGEN, P. W., y VAN DER LUGT, L. M., "Governance Structures of Port Authorities in the Netherlands", *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- DE MONIE, G., "Mission and Role of Port Authorities", *Proceedings of the World Port Privatisation Conference*, 1994.
- DEBRIE, J., "Difference Tiers of Government in Port Governance: some General Remarks on the Institutional Geography of Ports in Europe and Canada", in 12th World Conference on Transport Research, 2011.
- DECRETO 1.800, *Diario Oficial* núm. 45.231, Bogotá, 27 de junio de 2003.
- DECRETO 2.741. *Diario Oficial* núm 44.659, Bogotá, 27 de diciembre de 2001.

- DECRETO 32, Reglamento de la Ley 838, *La Gaceta*, núm. 200, Managua, 22 de octubre de 2013.
- DECRETO 769, *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 2003.
- DECRETO Legislativo 994, *Diario Oficial* núm. 182, tomo núm. 357, San Salvador, 1o. de octubre de 2002.
- DECRETO Ley núm. 7. *Gaceta Oficial*, núm. 23.484, Panamá, 10 de febrero de 1998.
- El Herald*, “Se constituyen dos empresas para administrar puertos”, disponible en: <http://bit.ly/176ud4Q>, 2014.
- El Salvador Noticias*, “Sala establece inadmisibles existencia de puertos de propiedad privada”, disponible en: <http://bit.ly/1NUKG1m>, 2015.
- ENP, “Empresa Nacional Portuaria de Honduras”, disponible en: <http://bit.ly/1TKFGfX>, 2015.
- EPNSTC, “Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla”, disponible en: <http://bit.ly/1mj0X1>, 2015.
- EPQ, “Empresa Portuaria Quezatal”, disponible en: <http://bit.ly/1PIGoGw>, 2015.
- EVERETT, S., y ROBINSON, R., “Port Reform: the Australian Experience”, en *Research in Transportation Economics*, núm.17, 2006.
- EXPEDIENTE 18.412. Ley General Marítima y Portuaria de la República de Costa Rica, *Diario Oficial La Gaceta*, San José, núm. 89, 6 de julio de 2012.
- FAWCETT, J., “Port Governance and Privatization in the United States: Public Ownership and Private Operation”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- FERRARI, C. *et al.*, “The Governance and Regulation of Ports: the case of Italy”, en *International Transport Forum. Discussion paper 01*, OECD, 2015.
- FLEMING, D. K., y BAIRD, A. J., “Comment some Reflections on port Competition in the United States and Western Europe”, *Maritime Policy & Management*, núm. 26(4), 1999.
- FRÉMONT, A. y DUCRUET, C., “The Emergence of a Mega-Port-From The Global to the local, The Case of Busan”, *Tijdschrift voor Economische Sociale Geografie*, núm. 96(4), 2005.

- GHASHAT, H. M., y CULLINANE, K. P., “The Future Governance Structure of Libya’s Container Ports: A Survey of Stakeholder Attitudes”, *Research in Transportation Business & Management*, núm. 8, 2013.
- GONZÁLEZ-LAXE, F., “Transporte marítimo y reformas portuarias. Los modelos europeos y latinoamericanos”, *Boletín Económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2931, 2008.
- GONZÁLEZ-LAXE, F., “El nuevo marco institucional portuario”, *Papeles de Economía Española*, núm. 131, 2012.
- GONZÁLEZ-LAXE, F. *et al.*, “Maritime Degree, Centrality and Vulnerability: port Hierarchies and Emerging Areas in Containerized Transport (2008-2010)”, *Journal of Transport Geography*, núm. 24, 2012.
- GORDON, J. R. *et al.*, “A Resource-Based View of Competitive Advantage at the Port of Singapore”, *Journal of Strategic Information System*, núm. 14(1), 2005.
- GOSS, R., “Seaports Should not be Subsidized”, *Maritime Policy & Management*, núm. 13(2), 1986.
- GOSS, R., “Economics Policies and Seaports: Are Port Authorities Necessary?”, *Maritime Policy & Management*, núm. 17 (4), 1990.
- GOSS, R., “British Ports Policies Since 1945”, *Journal of Transport Economics and Policy*, 1998.
- GOULIELMOS, A. M., “Deregulation in Major Greek Ports: the Way it has to be Done”, *International Journal of Transport Economics/Rivista Internazionale di Economia dei Trasporti*, 1999.
- GUMEDE, S., y CHASOMERIS, M., “Port Governance in South Africa”, *Interdisciplinary Journal of Economics and Business Law*, núm. 1(4), 2012.
- HEAVER, T. *et al.*, “Do Mergers and Alliances Influence European Shipping and Port Competition?”, *Maritime Policy & Management*, núm. 27(4), 2000.
- HOFFMAN, J., “Las privatizaciones portuarias en América Latina en los 90: determinantes y resultados”, In Transport Unit, ECLAC. trabajo presentado en el Seminar of World Bank, 1999.
- HOFFMAN, J., “Latin American Ports: Results and Determinants of Private Sector Participation”, *International Journal of Maritime Economics*, núm. 3(2), 2001.
- HUFF, W., *The Economic Growth of Singapore: Trade and Development in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

- IRCHA, M., “North American Port Reform: the Canadian and American Experience”, *Internacional Journal of Maritime Economics*, núm. 3(2), 2001.
- LEE, E. S., y SONG, D. W., “Knowledge Management for Maritime Logistics Value: Discussing Conceptual Issues”, *Maritime Policy & Management*, núm. 37(6), 2010.
- LEY 50, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial núm. 349. Quito, 31 de diciembre de 1993.
- LEY 59, Ley General de Puertos de Panamá, *Gaceta Oficial Digital* núm. 26, 100, Panamá, 6 de agosto de 2008.
- LEY 838, Ley General de Puertos de Nicaragua, *La Gaceta Diario Oficial* núm. 92, Managua, 21 de mayo de 2013.
- LEY DE PUERTOS, *Diario Oficial de la Federación*, México, 19 de julio de 1993.
- LEY GENERAL DE PUERTOS, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 37.589, Caracas, 11 de diciembre de 2001.
- LEY 001, Estatuto de Puertos Marítimos, *Diario Oficial*, Bogotá, 11 de enero de 1991.
- LEY 1.066, Registro Oficial, Paraguay, 23 de agosto de 1965.
- LEY 19.542, Ley de Modernización del Sector Portuario Estatal, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1997.
- LEY 2.051, De contrataciones públicas, Registro Oficial, Paraguay, 2003.
- LEY 24.093, Ley de Modernización de Puertos Nacionales, *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 26 de junio de 1992.
- LEY 27.943, Ley del Sistema Portuario Nacional, *Diario Oficial*, Lima, 28 de febrero de 2003.
- LEY ORGÁNICA DE DESCENTRALIZACIÓN, Delimitación y Transferencia de Competencia del poder público, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* núm. 4.153. Caracas, 28 de diciembre de 1989.
- LI, K. X. *et al.*, “Container port Systems in China and the USA: a Comparative Study”, *Maritime Policy & Management*, núm. 39(5), 2012.
- MARQUES, R. y FONSECA, A., “Market Structure, Privatisation and Regulation of Portuguese Seaports”, *Maritime Policy & Management*, núm. 37(2), 2010.

- MARTINEZ-BUDRIA, E. *et al.*, “A Study of the Efficiency of Spanish Port Authorities Using Data Envelopment Analysis”, *International Journal of Transport Economics/Rivista internazionale di economia dei trasporti*, 1999.
- MEERSMAN, H. *et al.*, “Fighting for Money, Investments and Capacity: Port Governance and Devolution in Belgium”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- MONTERO, F., “Panamanian Maritime Sector Managements”, *Marine Policy*, núm. 28 (4), 2004.
- MONTERO, F., “Panama Canal Management”, *Marine Policy*, núm. 29 (1), 2005.
- MONTERO, F., “Port Privatization in Panama”, *Marine Policy*, núm. 30(5), 2006.
- NOTTEBOOM, T. E., “Concentration and the Formation of Multi-Port Gateway Regions in the European Container port System: an Update”, *Journal of Transport Geography*, núm. 18(4), 2010.
- NOTTEBOOM, T., y RODRIGUE, J. P., “Port Regionalization: Towards a New Phase in Port Development”, *Maritime Policy & Management*, núm. 32(3), 2005.
- NOTTEBOOM, T. *et al.*, “Institutional Plasticity and Path Dependence in Seaports: Interactions between Institutions, Port Governance Reforms and Port Authority Routines”, *Journal of Transport Geography*, núm. 27, 2013.
- ORAL, E. Z. *et al.*, “Port Governance in Turkey”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- PAIS-MONTES, C. *et al.*, “General Cargo and Containership Emergent Routes: A Complex Networks Description”, *Transport Policy*, núm. 24, 2012.
- PALLIS, A. A., “Port Governance in Greece”, *Research in Transportation Economics*, núm 17, 2006.
- PALLIS, A. A., y SYRIOPOULOS, T., “Port Governance Models: Financial Evaluation of Greek Port Restructuring”, *Transport Policy*, núm. 14(3), 2007.
- PALLIS, A. A. *et al.*, “Port Economics, Policy and Management: Review of an Emerging Research Field”, *Transport Reviews*, núm. 30(1), 2010.

- PAROLA, F., Tei, A. y FERRARI, C., “Managing Port Concessions: Evidence from Italy”, *Maritime Policy & Management*, núm. 39 (1), 2012.
- PETTIT, S. J., “United Kingdom Ports Policy: Changing Government Attitudes”, *Marine Policy*, núm. 32(4), 2008.
- PSARAFTIS, H. N., “EU Ports Policy: Where do we go from Here?”, *Maritime Economics & Logistics*, núm. 7(1), 2005.
- REY RAMÍREZ, J. M., “Estudio de derecho comparado sobre las legislaciones portuarias de algunos países de América Latina”, disponible en: <http://bit.ly/1RngjCs>, 2012.
- RODAL, A. y MULDER, N., “Partnerships, Devolution and Power-Sharing: Issues and Implications for Management”, *Optimum, the Journal of Public Sector Management*, núm. 24 (3), 1993.
- RODRIGUE, J. P. et al., *The Geography of Transport Systems*, Londres, Routledge, 2013.
- SÁNCHEZ, R., “Los puertos requieren un cambio de gobernanza para su futuro”, *Boletín Marítimo y Logístico, CEPAL*, núm. 55, 2014,
- SÁNCHEZ, R. J., y WILMSMEIER, G., “The River Plate Basin—A Comparison of Port Devolution Processes on the East Coast of South America”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- SHERMAN, R. B., “Seaport Governance in the United States and Canada”, American Association of Port Authorities, 2000.
- SLACK, B., “The Terminalisation of Seaports”, International Workshop on Ports, Cities and Global Supply Chains, Hong Kong, 2005.
- SONG, D. y LEE, S., “Port Governance in Korea”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- SONG, D. W. y CULLINANE, K., “Port Governance in Hong Kong”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.
- TOGAN, S., *Liberalization of Transport Services in Egypt, Jordan and Morocco*, Washington, World Bank, 2009.
- TPB, “Terminal Ferroviaria Puerto Barrios”, disponible en: <http://bit.ly/1I3p82d>, 2015.
- UNGO, R. y SABONGE, R., “A Competitive Analysis of Panama Canal Routes”, *Maritime Policy & Managements*, núm. 39(6), 2012.
- VALLERI, M. Lamonarca, M. & Papa, P., “Port Governance in Italy”, *Research in Transportation Economics*, núm. 17, 2006.

- VAN PUYVELDE, S. *et al.*, “The Governance of Nonprofit Organizations Integrating Agency Theory with Stakeholder and Stewardship Theories”, *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, núm. 41(3), 2012.
- VERHOEVEN, P., “A Review of Port Authority Functions: Towards a Renaissance?”, *Maritime Policy & Management*, núm. 37(3), 2010.
- VERHOEVEN, P., “European Port Governance-Report of an Enquiry into the Current Governance of European Seaports”, The ESPO ‘Fact-Finding Report, European Sea Ports Organisation, Brussels, 2011.
- WANG, J. J. *et al.*, “Port Governance in China: a Review of Policies in an Era of Internationalizing Port Management Practices”, *Transport Policy*, núm. 11(3), 2004.
- WANG, J. *et al.*, “Port Governance in China: a Review of Policies in an Era of Internationalizing Port Management Practices”, *Transport Policy*, núm. 11 (3), 2004.
- WORLD BANK, “Port Reform ToolKit. Second Edition. Public-Private Infrastructure Advisory Facility”, disponible en: <http://bit.ly/1Yk4UbT>, 2007.
- ZUREK, J., “The Privatization of Polish Ports – the Present Situation and Outlook for the Future”, *Maritime Policy & Management*, núm. 24 (3), 1997.

LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE CASOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU CONTRASTE CON EL SISTEMA EUROPEO*

SUPERVISION OF THE COMPLIANCE OF CASES BY THE INTER-AMERICAN SYSTEM AND ITS CONTRAST WITH THE EUROPEAN SYSTEM

Felipe GONZÁLEZ MORALES**

RESUMEN: El sistema interamericano de derechos humanos presenta insuficiencias de importancia en el grado de cumplimiento de las decisiones en materia de casos de sus órganos por parte de los Estados. Hasta la fecha, la supervisión ha sido realizada por la Comisión y la Corte Interamericanas, sin participación relevante de los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos. En el sistema europeo de derechos humanos, por su parte, durante décadas la supervisión se llevó a cabo de manera exclusiva por un mecanismo político (el Comité de Ministros), y sólo recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha comenzado a desempeñar un rol al respecto. Luego de contrastar la experiencia interamericana con la europea, el trabajo propone establecer un sistema de supervisión dual (judicial y político) en el marco interamericano, de manera de fortalecer el cumplimiento de casos por los Estados.

ABSTRACT: *The inter-American human rights system has significant shortcomings in the degree of compliance with decisions on cases of their organs by States. To date, such supervision has been carried out by the Commission and the Inter-American Court, without significant participation of the political organs of the Organization of American States. In the European human rights system, meanwhile, for decades supervision was carried out exclusively by a political mechanism (the Committee of Ministers) and only recently has the European Court of Human Rights begun to play a role in this regard. After contrasting the inter-American experience with the European experience, the work proposes establishing a system of dual supervision (judicial and political) in the inter-American framework, in order to strengthen the compliance of cases by States.*

* Artículo recibido el 9 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 15 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0003-0046-8973. Universidad Diego Portales. Correspondencia: Avda. República 112, 8370074, Santiago, Chile. Correo electrónico: felipe.gonzalez@udp.cl.

Palabras clave: sistema interamericano de derechos humanos, sistema europeo de derechos humanos, supervisión de resoluciones, mecanismos políticos de supervisión, mecanismos judiciales de supervisión.

Keywords: *Inter-American human rights system, european human rights system, supervision of resolutions, supervision political mechanisms, supervision judicial mechanisms.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes generales sobre la supervisión de cumplimiento de casos en el sistema interamericano.* III. *¿Es discrecional el cumplimiento por los Estados en materia de casos en el sistema interamericano?* IV. *La supervisión de cumplimiento en materia de casos por la Comisión Interamericana.* V. *La supervisión de cumplimiento en materia de casos por la Corte Interamericana.* VI. *El papel de los órganos políticos de la OEA en lo referido a supervisión de casos.* VII. *La supervisión de sentencias en el sistema europeo de derechos humanos.* VIII. *Reflexiones sobre la supervisión en el sistema interamericano a partir de la experiencia del sistema europeo.* IX. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los desafíos más importantes de los sistemas internacionales de derechos humanos radica en el cumplimiento de sus decisiones referidas a casos. Este desafío tiene dos caras: una, consistente en el papel que los propios órganos internacionales desempeñan al respecto (supervisando dicho cumplimiento), y la otra en el rol que juegan los mecanismos internos de los Estados para hacer efectivas tales decisiones. En este trabajo se aborda la primera de dichas dimensiones en el sistema interamericano de derechos humanos, al tiempo que se revisa —para efectos ilustrativos y para determinar la posibilidad de tomar elementos— la experiencia del sistema europeo en la materia. No se estudia en este trabajo, en cambio, la cuestión de la supervisión del cumplimiento de decisiones derivadas de otros tipos de funciones de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos —tales como las medidas cautelares y provisionales, las recomendaciones contenidas en informes sobre países, en informes temáticos, u otras—, ni tampoco la labor de los mecanismos internos de los Estados en la implementación de las decisiones de dichos órganos interamericanos.

De este modo, luego de proporcionar una visión de conjunto sobre el tema en el sistema interamericano, se analizará la labor desempeñada al respecto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el papel de

los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA): la Asamblea General y el Consejo Permanente. Posteriormente, se revisará el trabajo del sistema europeo en materia de supervisión de cumplimiento, ponderándose finalmente en qué medida su experiencia podría resultar relevante para emprender transformaciones en esta materia en el sistema interamericano, en particular mediante la creación de un mecanismo político de seguimiento en la OEA.

El sistema interamericano de derechos humanos presenta un serio déficit en el cumplimiento de las decisiones de sus órganos en materia de casos. La tarea de supervisión de dicho cumplimiento ha sido llevada hasta ahora de manera exclusiva por la Corte y la Comisión Interamericanas. Los órganos políticos de la OEA, en cambio, no han tenido incidencia al respecto. De allí la importancia de explorar la viabilidad de la ruta seguida por el sistema europeo de derechos humanos, en el cual un órgano político —el Comité de Ministros— ha jugado un papel central en esta materia, que ha venido siendo complementado en los últimos años por un seguimiento que realiza el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin perjuicio de los esfuerzos realizados por la Comisión y la Corte Interamericanas para que los órganos políticos de la OEA ejerzan una función al respecto como garantes colectivos del sistema interamericano, en estos últimos el debate nunca ha llegado a plantearse oficialmente, al no haber existido siquiera un proyecto de resolución al respecto.

II. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE LA SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE CASOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el sistema interamericano de derechos humanos las competencias para conocer y decidir en materia de casos se encuentran concentradas en la Comisión y en la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Más aún: respecto de aquellos países que no han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana —que corresponde aproximadamente a un tercio de los Estados miembros de la OEA—, sólo la Comisión posee competencia, basada en la Carta de dicha organización.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos —principal instrumento en la materia de la OEA— no se refiere de manera expresa a la

supervisión del cumplimiento de sus decisiones por parte de la Comisión ni de la Corte. Sin embargo, como veremos, en la práctica ambos órganos desempeñan un papel relevante al respecto. La Corte Interamericana ha asumido ese papel desde sus inicios, y en lo que concierne a la Comisión Interamericana, ésta ha venido desarrollando en las dos últimas décadas su labor de supervisión de cumplimiento de sus recomendaciones contenidas en los informes de fondo sobre casos que emite.

Por otra parte, la Convención Americana se refiere implícitamente a esta cuestión a propósito del informe que el tribunal interamericano debe presentar anualmente ante la Asamblea General de la OEA, indicando que

[l]a Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.¹

De esta disposición pareciera desprenderse tácitamente un papel para la Asamblea General de la OEA —como órgano político más importante de dicha organización— en relación con la supervisión de cumplimiento de las decisiones del tribunal.

En lo que se refiere al sistema europeo de derechos humanos, en la actualidad éste se halla conformado por un solo órgano: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al cual las alegadas víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen acceso directo. Antiguamente el sistema europeo era análogo sobre este particular al sistema interamericano, con una Comisión y una Corte. Además, desde un principio ha existido un órgano político involucrado en la supervisión de cumplimiento: el Comité de Ministros. Este mecanismo poseía originalmente funciones adicionales en el marco del sistema europeo de derechos humanos, pero desde hace casi dos décadas se concentra —respecto de dicho sistema— en la tarea recién mencionada de supervisión.²

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 65.

² Esto es, sin perjuicio de otras funciones que posee el Comité de Ministros no relacionadas con el sistema europeo de derechos humanos (véase nota 37).

III. ¿ES DISCRECIONAL EL CUMPLIMIENTO POR LOS ESTADOS EN MATERIA DE CASOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO?

La cuestión del cumplimiento o no por parte de los Estados de las resoluciones que recaen sobre casos en el sistema interamericano, ya sea que ellas emanen de la Comisión o de la Corte Interamericana, no es discrecional para los Estados. En lo que concierne a las sentencias de la Corte, el Pacto de San José de Costa Rica establece que “[l]os Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir las sentencias de la Corte en todo caso en que sean partes”.³

Respecto de la Comisión, que es un órgano semijudicial, tampoco el cumplimiento de las decisiones de sus decisiones queda a la discreción de los Estados. En una jurisprudencia reiterada desde hace veinte años, la Corte ha señalado que los Estados deben hacer sus mejores esfuerzos para cumplir los informes de fondo de la Comisión,⁴ sobre la base de que se trata de un organismo creado por la propia Convención para proporcionar una interpretación auténtica de ella, y que, conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados han contraído el compromiso de cumplir con lo términos de los tratados de que son partes, sin poder interpretarlos a su antojo. Así, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte estableció, basándose en el artículo 31.1 de la Convención de Viena [sobre el Derecho de los Tratados], que, conforme al principio de buena fe,

...cuando un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana...⁵

Por lo mismo, aunque el tribunal interamericano no ha llegado a sostener que las resoluciones de la Comisión respecto de casos son jurídicamente vinculantes —como sí lo ha hecho esta última, fundándose en el mismo argumento recién expuesto, pero llegando a una conclusión dife-

³ *Ibidem*, artículo 68.1.

⁴ A partir de la sentencia recaída en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, de 1996; véase Corte IDH, sentencia de fondo, 17 de septiembre de 1996.

⁵ *Ibidem*, párrafo 80.

rente al de la Corte—, su efecto ha sido en la práctica el mismo: no existe discrecionalidad al respecto para los Estados.

Aunque la Asamblea General de la OEA no ha calificado en ninguna oportunidad como jurídicamente vinculantes las decisiones de la Comisión, de varias resoluciones adoptadas por aquélla queda de manifiesto asimismo que el cumplimiento de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos no es discrecional. Como se describe más adelante, la Asamblea hizo durante algunos años una serie de llamados a implementar las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos,⁶ aunque ha sido más frecuente que se refiera únicamente a las sentencias del tribunal. A pesar de que se ha tratado sólo de llamados de carácter general; es decir, no referidos a casos específicos —lo cual implica serias limitaciones, según veremos más adelante en este trabajo—, su valor como *opinio iuris* respecto del valor de las decisiones de la Comisión es relevante.

IV. LA SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE CASOS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Durante aproximadamente cuarenta años, es decir, desde su entrada en operaciones hasta el 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos careció de un mecanismo de alcance general para dar seguimiento a sus decisiones recaídas sobre casos. La explicación para lo sucedido en esta materia durante las primeras cuatro décadas de trabajo de la Comisión se encuentra en las precariedades que poseía el sistema de casos. Hay que tener presente que en esa época (en especial entre 1960 y 1990, año en que puede considerarse que se había producido el tránsito hacia la democracia en casi todos los países) en la gran mayoría de los casos no había un contradictorio, al no participar en forma activa en los procedimientos los Estados denunciados. De hecho, la Comisión decidía una alta proporción de casos sobre la base de la presunción de veracidad de los hechos referidos en la denuncia. A ello se sumaba el que la CIDH usualmente aplicaba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre —que no establecía un procedimiento—. De allí que uno encuentre que en esa época era la propia Comisión la que determinaba acaso resolvía o no de manera

⁶ Véase notas 30 a 33.

individualizada cada caso, o si, en cambio, lo incorporaba a un informe sobre país. Una situación emblemática en este sentido es el Informe sobre Derechos Humanos en Argentina, publicado en 1980, en el cual se recogen muchas de las miles de denuncias sobre desaparición forzada de personas recibidas en la visita *in loco* a ese país, que tuvo lugar el año anterior, sin que siguiera la tramitación de cada caso ni se emitiera un pronunciamiento específico sobre cada una de las denuncias recibidas.⁷ Cuando la Comisión procedía de la manera recién descrita, no daba seguimiento individualizado a las denuncias, sino a los informes sobre países.

Respecto de aquellos casos tramitados separadamente, es decir, siguiendo un procedimiento específico e independiente de las labores de monitoreo de la situación de países por parte de la Comisión, no existe un registro sobre actividades de supervisión de sus decisiones sobre casos hasta 2000; pero el hecho es que no existía un seguimiento regular al respecto. En los pocos casos (tres) que fueron enviados a la Corte en la década de los ochenta, dicho seguimiento desde luego existió, y lo mismo ocurrió con los enviados en la década de los noventa. Pero todavía en la década de los noventa ellos representaban un porcentaje menor de los casos decididos por la CIDH.

A ello cabe añadir que hasta 1993, año en que la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva 13, no existía consistencia en la manera de proceder de la Comisión en las fases finales del procedimiento de casos.⁸ En parte debido a la confusión del lenguaje de los artículos 50 y 51 de la Convención Americana,⁹ la Comisión algunas veces adoptaba dos informes de fondo —uno preliminar y otro definitivo— y otras se limitaba a emitir un solo informe de fondo, independientemente de que enviara o no el caso a la Corte (lo cual por esa época era excepcional). Sin perjuicio

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 0C-13/93, del 16 de julio de 1993, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ Como lo señalara la Corte en sus primeras sentencias en casos contenciosos (*caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 63; *caso Fairén Garbi y Solís Corrales, excepciones preliminares*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 63 y *caso Godínez Cruz, excepciones preliminares*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 66) y lo reiterara en la Opinión Consultiva 13 (párrafo 45).

de las críticas que se le formularon a dicha opinión consultiva en relación con la cuestión de la confidencialidad (que no trataremos aquí),¹⁰ ella puso claridad respecto de las etapas finales en la tramitación de casos en la Comisión, al interpretar la Convención en el sentido de que ésta dispone que si la CIDH adopta un informe de fondo, una vez transcurrido el lapso para que el Estado dé cumplimiento a las recomendaciones contenidas en el informe sin que lo haya hecho, la Comisión deberá hacer una de dos cosas: enviar el caso a la Corte o publicar un segundo informe de fondo, de carácter definitivo.¹¹

Durante la última década del siglo XX, una vez que habían sido dejadas atrás casi por completo las dictaduras en la región, los Estados comenzaron a involucrarse activamente en los procedimientos. Al principio, de manera esporádica y a requerimiento de los peticionarios, y luego, a partir de 2000, de manera regular, la Comisión Interamericana comenzó a darle seguimiento a sus resoluciones sobre casos.

Este seguimiento de carácter regular lo realiza la Comisión a través de su Informe Anual. En el capítulo sobre casos de cada informe anual, la CIDH lleva un registro —de acceso público, como el resto de dicho informe— del estado de cumplimiento de los informes de fondo definitivos que ha publicado, ya sea que se trate o no de países que hayan ratificado el convenio.

El registro respectivo contiene tres columnas, en las cuales, a propósito de todos los casos no enviados a la Corte, se señala si el mismo se encuentra totalmente cumplido, si posee un cumplimiento parcial o si se halla pendiente de cumplimiento (es decir, que hay un incumplimiento total).

Existen además mecanismos complementarios de supervisión por parte de la Comisión. No obstante, éstos no siempre son utilizados, dependiendo en gran medida de la iniciativa de los peticionarios al respecto y de la importancia que la propia Comisión le asigne al caso. Fundamentalmente se trata de dos mecanismos: reuniones de trabajo y audiencias públicas. Las reuniones de trabajo pueden realizarse con ocasión de los

¹⁰ Con ello me refiero a que la Corte señaló que el informe preliminar (o informe del artículo 50) debe poseer un carácter confidencial. Sin embargo, la práctica posterior de la Comisión —no objetada por la Corte— consistió en mantener la confidencialidad respecto del público en general, pero no en relación los peticionarios, garantizando así los derechos de éstos en una etapa crucial del procedimiento.

¹¹ *Ibidem*, párrafos 45 y ss.

periodos de sesiones de la CIDH, o bien durante las visitas que ella realiza a los países. Se trata, en principio, de reuniones privadas; sin embargo, se permite el acceso del público si así se solicita y ambas partes están de acuerdo. Aun en tal situación, las reuniones de trabajo no son transmitidas por Internet. La celebración de una audiencia pública, a diferencia de las reuniones de trabajo, es muy excepcional. En la presente década la única audiencia efectuada hasta la actualidad se refirió a un caso paradigmático y de alto perfil sobre violencia contra la mujer: el caso de Jessica Lenahan contra Estados Unidos.¹²

En cuanto al seguimiento de los informes de fondo preliminares, también se han producido transformaciones. Es importante comenzar considerando sobre este asunto que en relación con aquellos países que han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana la Convención establece un plazo de tres meses para su envío por la Comisión al tribunal, contados desde la notificación del informe de fondo.

Dado el amplio alcance que suelen tener las recomendaciones dispuestas por la CIDH en sus informes de fondo, el lapso mencionado casi invariablemente resulta exiguo. De allí que se haya establecido un mecanismo de prórrogas, conforme al cual el Estado respectivo puede solicitar extensiones del plazo previsto en la Convención, las que serán otorgadas por la CIDH en la medida en que aprecie la disposición de aquél de avanzar en el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el informe de fondo. Inicialmente la solicitud y concesión de tales prórrogas se desarrolló como una práctica refrendada por la Corte. Cabe apuntar que en el primer caso en que se empleó, el de Neira Alegría y Otros contra Perú, el Estado, luego de haber pedido la prórroga a la Comisión y de que se le concediera por ésta, invocó la excepción de caducidad de la demanda. La Corte la desestimó en virtud del principio de *stoppel*, puesto que un Estado no puede de buena fe alegar el vencimiento de un plazo que tuvo lugar debido a una solicitud que él mismo formuló.¹³

Para evitar conflictos de ese tipo, es que se modificó la práctica, de manera que, al momento de solicitar una prórroga, el Estado debe re-

¹² Comisión Interamericana, *caso 12.626, Jessica Lenahan c. Estados Unidos*, 17 de agosto de 2011. La audiencia de seguimiento tuvo lugar el 27 de octubre de 2014.

¹³ Corte IDH, *caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, sentencia del 11 de diciembre de 1991 (excepciones preliminares), párrafo 34.

nunciar a oponer la excepción de caducidad del plazo de tres meses en el supuesto de que el caso llegue a la Corte.

Luego de haber operado por cerca de dos décadas como una práctica, el mecanismo de prórrogas fue recogido en el artículo 46 del Reglamento de la Comisión Interamericana de 2009. Luego, en el conjunto de reformas adoptadas en 2013, el texto fue modificado, ampliándose, quedando como sigue:

Artículo 46. Suspensión del plazo para el sometimiento del caso a la Corte

1. La Comisión podrá considerar a solicitud del Estado interesado la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte, cuando estuvieren reunidas las siguientes condiciones:

- a) que el Estado haya demostrado su voluntad y capacidad de implementar las recomendaciones contenidas en el informe sobre el fondo, mediante la adopción de acciones concretas e idóneas orientadas a su cumplimiento. A tal efecto, la Comisión podrá tomar en cuenta la existencia de leyes internas que establezcan un mecanismo de cumplimiento de sus recomendaciones, y
- b) que en su solicitud el Estado acepte en forma expresa e irrevocable la suspensión del plazo previsto en el artículo 51.1 de la Convención Americana para el sometimiento del caso a la Corte y, en consecuencia, renuncie expresamente a interponer excepciones preliminares respecto del cumplimiento con dicho plazo, en la eventualidad de que el asunto sea remitido a la Corte.

2. Para el establecimiento de los plazos de suspensión, la Comisión podrá tener en cuenta los siguientes factores:

- a) la complejidad del asunto y de las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión, en particular cuando impliquen el involucramiento de diferentes ramas del Poder Público, o la coordinación entre gobiernos centrales y regionales, entre otras;
- b) las medidas adoptadas por el Estado para el cumplimiento de las recomendaciones con anterioridad a la solicitud de la extensión del plazo, y
- c) la posición del peticionario.

El asunto de la concesión de prórrogas fue uno de los aspectos a los que se prestó mayor atención durante el proceso de discusión de reformas al sistema interamericano de derechos humanos que tuvo lugar entre 2011 y 2013. Como resultado de ese proceso, en el numeral 1 se introdujo la referencia a la existencia de leyes internas para la implementación de los informes de fondo y se incorporó al artículo un numeral 2, que no existía. Dado que la implementación de las decisiones de la Comisión resulta más compleja cuando son varios los poderes públicos involucrados¹⁴ o cuando se trata de Estados federales, la letra a) toma en consideración estas circunstancias. También se toma en cuenta la actitud del Estado en el periodo inmediatamente posterior a la notificación del informe de fondo y la postura del peticionario.

Uno de los objetivos centrales que se persiguió durante el debate sobre las prórrogas en los órganos políticos de la OEA, y que se refleja en la reforma reglamentaria realizada por la Comisión, consistió en procurar fortalecer el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los informes de fondo y reducir el porcentaje de casos decididos por la Comisión que se envía a la Corte Interamericana.

Si se revisa la evolución en el número de casos remitidos a la Corte como proporción de los casos decididos por la Comisión (respecto de aquellos Estados que han reconocido la jurisdicción de aquélla), se advierte, sin embargo, que no se ha producido un descenso al respecto luego de la reforma reglamentaria, que entró en vigor en agosto de 2013. Véase en este sentido el cuadro siguiente:

¹⁴ Consúltese, Basch, Fernando *et al.*, “La efectividad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, núm.12, junio 2010, pp. 9-35. Respecto de la misma característica en relación con el cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana, véase Huneus, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court Struggle to Enforce Human Rights”, 44 *Cornell Int’l. L. J.*, 101, 2011, especialmente p. 117.

CUADRO 1: INFORMES DE FONDO PUBLICADOS POR LA COMISIÓN Y CASOS ENVIADOS A LA CORTE (SE CONSIDERAN SÓLO LOS CASOS DE AQUELLOS ESTADOS QUE HAYAN RECONOCIDO LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE, DE MODO DE PODER REALIZAR UNA COMPARACIÓN)¹⁵

<i>Año</i>	<i>Informes de fondo (artículo 51) publicados respecto de Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte</i>	<i>Casos enviados a la Corte</i>
2011	2	23
2012	1	12
2013	1	11
2014	0	19
2015	2	14
2016	3	16

Por otra parte, se aprecia un aumento de la duración promedio de las prórrogas, aunque si se corrige la distorsión producida por el hecho de que en algunos casos se han otorgado muchas más prórrogas que en otros, la diferencia pre y post 2013 no es significativa. Véanse los cuadros 2 y 3.

CUADRO 2: DURACIÓN DEL SEGUIMIENTO DEL INFORME PRELIMINAR (ARTÍCULO 50) (SIN CORREGIR DISTORSIÓN)¹⁶

<i>Año</i>	<i>Duración</i>
2011	4.3 meses
2012	3.9 meses
2013	7.4 meses
2014	6.4 meses
2015	10.2 meses

NOTA: La información disponible sobre 2016 en el sitio web de la CIDH se encuentra incompleta, por lo que no se la incluye.

¹⁵ Cuadro elaborado por el autor sobre la base de la información disponible en los informes anuales respectivos de la CIDH.

¹⁶ *Idem.*

CUADRO 3: DURACIÓN DEL SEGUIMIENTO DEL INFORME PRELIMINAR
(ARTÍCULO 50) (CORRIENDO DISTORSIÓN PRODUCIDA
POR AQUELLOS CASOS EN QUE SE CONCEDIERON
PRÓRROGAS DE MÁS DE QUINCE MESES)¹⁷

<i>Año</i>	<i>Duración</i>
2011	4.3 meses
2012	3.9 meses
2013	6.6 meses
2014	5.6 meses
2015	4.0 meses

NOTA: La información disponible sobre 2016 es incompleta, por lo que no se incluye.

De cualquier modo, el hecho de que en la actualidad sea más frecuente que antes de la reforma reglamentaria que en algunos casos se conceda un número de prórrogas que sobresalen en forma muy significativa de la media es reflejo de una mayor disposición de parte de la Comisión a brindar oportunidades a los Estados para cumplir con sus recomendaciones.

Por otra parte, para ofrecer un panorama completo de la situación sería necesario detenerse a revisar el cumplimiento pormenorizado de las recomendaciones de la Comisión caso a caso, distinguiendo según el número y extensión de prórrogas otorgadas, cuestión que escapa a los alcances de este artículo.

V. LA SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA
DE CASOS POR LA CORTE INTERAMERICANA

Tal como la Comisión respecto de sus informes de fondo, la Corte Interamericana ha cargado prácticamente con la totalidad de las labores de seguimiento de sus sentencias en casos contenciosos. En este sentido, Faúndez Ledesma señala que, conforme a la Corte Interamericana, la facultad de administrar justicia no se limita a declarar el derecho, “sino que también incluye la supervisión del cumplimiento de lo juzgado; por ello es necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedi-

¹⁷ *Idem.*

mientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional...”.¹⁸

Las medidas de reparación de la Corte suelen incluir una indemnización pecuniaria, y además, dependiendo del caso, reparaciones simbólicas, medidas de no repetición, reformas legislativas, investigación judicial a fondo y sanción de los perpetradores, etcétera. También la Corte ha ordenado medidas de reparaciones más específicas, tales como poner en libertad a una persona, realizar un nuevo juicio, reemplazar la jurisdicción civil en vez de la militar para el caso, levantar la censura de una película u otras. No existe, en este sentido, un catálogo taxativo de posibles medidas de reparación en la Convención Americana.¹⁹

En los primeros casos el tribunal abrió una fase para que las partes acordaran los términos de la indemnización compensatoria, pero al no alcanzarse acuerdo fue la propia Corte la que la estableció y le dio seguimiento. Esa experiencia infructuosa llevó a la Corte en lo sucesivo a fijar por sí misma el monto de la indemnización. Respecto de las demás medidas reparatorias, ha sido el tribunal el que siempre las ha determinado.

Las modalidades mediante las cuales la Corte Interamericana lleva a cabo el seguimiento de las reparaciones que ordena en sus sentencias presentan dos periodos bien marcados: el primero va desde que emitiera sus primeras sentencias en 1988 hasta 2005; el segundo, desde 2005 en adelante.

En el primer periodo, la Corte adoptó un procedimiento contradictorio en la fase de supervisión de la sentencia, recurriendo además ocasionalmente a la realización de audiencias públicas. Además, como apunta Viviana Krsticevic, en ese periodo, “un hito en la evolución del proceso de supervisión de sentencias, ha sido la determinación de la Corte de emitir resoluciones evaluando el nivel de cumplimiento de los Estados”.²⁰

¹⁸ Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 923.

¹⁹ Krsticevic, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en CEJIL, *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, San José, 2007, pp. 23-28.

²⁰ Krsticevic, *op. cit.*, p. 32.

También en dicha etapa, la Corte transmitió a la Asamblea General de la OEA en su informe anual la situación de aquellos casos en que los Estados se hallaran en mora de cumplimiento. En algunas ocasiones el presidente de la Corte, al dirigirse a la asamblea, realizó también tales señalamientos en forma expresa. En dos casos, uno referido a Perú y el otro a Panamá,²¹ los Estados objetaron la atribución de la Corte de ejercer dicha supervisión, pero en general la supervisión por el tribunal se asentó como una práctica refrendada por la Asamblea General de la OEA. De hecho, ésta, en una resolución referida a dos casos de Surinam,²² llamó al Estado a informar a la Corte acerca del cumplimiento de las sentencias recaídas en ellos.

Por otra parte, en esa fase se instala desde un principio la práctica de una ausencia de supervisión por la Asamblea General de la OEA. En el marco de las medidas provisionales adoptadas por la Corte en un caso respecto de varias personas en el corredor de la muerte en Trinidad y Tobago,²³ el tribunal puso esto en conocimiento no sólo de la Asamblea General, sino también del secretario general de la OEA y del Consejo Permanente, sin que se produjera una reacción de los órganos políticos al respecto.²⁴

En 2005 se inicia un nuevo periodo, al modificar la Corte su procedimiento de supervisión de sentencias y buscar un involucramiento activo y general (es decir, no sólo para situaciones urgentes, como la descrita respecto de Trinidad y Tobago) de los órganos políticos de la OEA y en particular su Asamblea General en esta función.

²¹ Loayza Tamayo vs. Perú y Baena Ricardo vs. Panamá.

²² AG/RES.1330 (XXV-O/95), de 9 de junio de 1995, referida a los casos Aloebotet y Otros vs. Surinam y Gangaram Panday vs. Surinam.

²³ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de mayo [de 1999], Medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago: Casos James y Otros.

²⁴ Consúltase Faúndez Ledesma, *op. cit.*, pp. 911-913. Para una exposición detallada de la tramitación del seguimiento en el primer periodo indicado, con referencias a numerosos casos, véase Faúndez Ledesma, *op. cit.*, pp. 909-927. Consúltase, asimismo, Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003, pp. 281-289. Existe una segunda edición de este libro que no contiene dicha exposición, pero que, en cambio, incluye un capítulo sobre cumplimiento por los Estados de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana: Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2012, capítulo 8, pp. 299 y ss.

En una resolución adoptada en junio de ese año sobre supervisión del cumplimiento de sus sentencias,²⁵ la Corte, luego de reafirmar su facultad para efectuar dicha tarea, estableció que, en lo sucesivo, cuando haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto respecto del incumplimiento de sus sentencias, y lo haya informado así a la Asamblea General de la OEA por medio de su informe anual, la Corte no seguirá pidiendo al Estado que presente información sobre el cumplimiento de la sentencia respectiva. El tribunal interamericano también señaló que “[s]i con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General”.²⁶

Esta resolución fue interpretada en su momento como un llamado tácito de la Corte Interamericana a la Asamblea General de la OEA a asumir un rol más activo en la supervisión del cumplimiento de las sentencias. Se entendió también que en adelante el tribunal acotaría sus labores de supervisión de los fallos. Sin embargo, lo primero no ocurrió, ya que la Asamblea General no modificó su práctica, y respecto de lo segundo, la Corte, al cabo de un tiempo, volvió a dar seguimiento a sus sentencias, hasta que el Estado respectivo le dé cumplimiento total. En el sitio web del tribunal puede apreciarse cómo sólo durante un breve lapso la Corte cesó la supervisión de sus sentencias al cabo de un año, traspasándosela a la Asamblea. En efecto, allí se indica que se hallan en supervisión por la propia Corte 174 casos más catorce en los que se aplicó el artículo 65 de la Convención, es decir, en los que la supervisión quedó entregada (nominalmente) a la Asamblea General.²⁷

En cuanto al procedimiento de supervisión en la Corte, si bien la resolución de 2005 no es precisa al respecto, al cabo de poco tiempo ello derivó en que si bien una vez que informa a la Asamblea General, con-

²⁵ Corte IDH, Supervisión de cumplimiento de sentencias (aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), resolución del 29 de junio de 2005.

²⁶ *Ibidem*, numeral 9.

²⁷ Datos tomados de www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm el 21 de junio de 2017. Los casos en que se ha producido un cumplimiento completo y, por lo mismo, ha concluido el seguimiento, son 25.

cluye el carácter contradictorio del procedimiento, el tribunal continúa activo, solicitando informes periódicos al Estado y emitiendo sentencias de cumplimiento cuando lo considere necesario. La víctima y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentan escritos en relación con el nivel de cumplimiento del Estado. Además, convocadas por la Corte, se suelen celebrar reuniones de seguimiento con la participación de las partes y la Comisión.

Por último, cabe agregar respecto de este periodo que a partir de 2010, y como consecuencia del cambio de rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la litigación de casos en la Corte, ésta dejó de ser una parte —en el sentido procesal— en los juicios, pasando a ser una especie de “ministerio público”, un órgano especializado en la materia que aporta su experticia al tribunal. Esto se aplica también a la etapa de supervisión de casos.²⁸

VI. EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS POLÍTICOS DE LA OEA EN LO REFERIDO A SUPERVISIÓN DE CASOS

Según hemos adelantado, en la OEA la labor de los órganos políticos para dotar de eficacia a las decisiones en materia de casos de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha limitado a realizar llamados generales a los Estados a hacerlas efectivas. En las resoluciones de la Asamblea General en que esto último se ha hecho, no se han mencionado Estados en mora de cumplimiento ni menos casos específicos. Por otra parte, la información proporcionada por la Corte conforme al artículo 65.2 ya citado, respecto de aquellos Estados que se encuentren en mora de cumplimiento de las sentencias, tampoco ha llevado a la Asamblea General a dar seguimiento a casos específicos.

En lo que concierne a los llamados generales de la Asamblea General a los Estados para que den seguimiento a las decisiones, durante muchos años ellos se refirieron sólo a la Corte. Posteriormente, durante algunos años, los llamamientos pasaron a incluir también a la Comisión.²⁹ En

²⁸ Esta modificación del rol de la Comisión Interamericana fue llevada a cabo por medio del nuevo Reglamento de la Corte, que entró en vigor el 1o. de enero de 2010.

²⁹ AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2007; AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de

2012 y 2013, la Asamblea retornó a su antigua práctica de efectuar llamados generales únicamente en relación con la Corte, y en 2014 ni siquiera en relación con ella.³⁰ Ello coincide con el llamado proceso de fortalecimiento, en el cual la relación entre Estados y Comisión se volvió notoriamente más tensa. Cabe resaltar, no obstante, el cambio del lenguaje en las resoluciones de la Corte, ya que mientras en la resolución de 2012 se señalaba que “los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables y que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte” (numeral 2 de la resolución), en la de 2013 se indica, en cambio, que “con el propósito de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda cumplir cabalmente la obligación de informar a la Asamblea General sobre el cumplimiento de sus fallos, es necesario que los Estados Parte le brinden oportunamente la información que ésta les requiera” (numeral 4 de la resolución). Resulta llamativo que la Asamblea plantee esto último si luego no adopta medidas concretas al respecto.³¹ Algunas de dichas resoluciones se refieren además a la necesidad de tratar el tema los medios para promover el mejor cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los Estados miembros.³² Sin embargo, el tratamiento

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio de 2008; AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009; AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2672 (XLI-O/11), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 7 de junio de 2011.

³⁰ AG/RES. 2759 (XLII-O-12), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2012; AG/RES. 2796 (XLIII-O/13), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2013; AG/RES. 2849 (XLIV-O/14), Informes Anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité Jurídico Interamericano y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 4 de junio de 2014. Las resoluciones sobre la materia de años posteriores no se encuentran disponibles en el sitio web de la OEA.

³¹ Las resoluciones de la Asamblea General sobre la Corte y la Comisión posteriores a 2014 no se encuentran en el sitio web de la OEA.

³² Por ejemplo, AG/RES. 2652 (XLI-O-11), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11 de junio de 2011,

del tema no parece haber tenido lugar en los órganos políticos de la OEA más allá del lenguaje general recién mencionado.

Viviana Krsticevic observa que en sus informes a la Asamblea General, ni la Corte ni la Comisión Interamericana han especificado qué tipo de medidas podría tomar aquélla en situaciones de incumplimiento. Entre las medidas que la autora sugiere se encuentran “recomendar que se inicien gestiones diplomáticas para analizar las posibilidades de cumplir con las obligaciones, solicitar la cooperación internacional para facilitar reformas estructurales o el pago de indemnizaciones, pedir la aplicación de la Carta Democrática Interamericana, entre otras”.³³ Agrega Krsticevic que la Asamblea General puede formular recomendaciones a los Estados, pudiendo imponer sanciones económicas o de otra índole, tales como condicionar su incorporación a procesos de integración al pago de las reparaciones ordenadas en la sentencia. Pero la misma autora se encarga de señalar que “[l]a explicación de la limitación de la apelación a la garantía colectiva de la Corte y la Comisión se da, en parte, por la falta de respuesta adecuada de los Estados. En buena medida —añade— los Estados de la región se han despreocupado de su papel como garantes colectivos del sistema”. Krsticevic subraya que ello ha quedado en evidencia incluso en situaciones críticas de incumplimiento, que, observa, “han encontrado la actitud indiferente o tímida de la mayor parte de los Estados de la región”.³⁴ En el mismo sentido se pronuncian, en un trabajo más reciente, César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman.³⁵

En conclusión, las labores de seguimiento de las decisiones recaídas sobre casos en el sistema interamericano han sido llevadas a cabo de manera prácticamente exclusiva por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sin apoyo de los órganos políticos de la OEA. Si bien se han experimentado avances en el grado de cumplimiento por parte de los Estados, el mismo dista de ser satisfactorio. De allí la importancia

numeral 7; AG/RES. 2759 (XLII-O-12), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2012, numeral 7.

³³ Krsticevic, *op. cit.*, p.37.

³⁴ Ambas citas son de *idem*.

³⁵ Rodríguez Garavito, César y Kauffman, Celeste, “De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos”; en VV.AA, *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos: nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Dejusticia, 2015, cap. 7, pp. 276-316.

de explorar alternativas, en especial acaso podría concebirse un mecanismo político específico de seguimiento, cuestión que analizaremos más adelante en este trabajo.

VII. LA SUPERVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Comité de Ministros juega un papel principal —y, hasta hace un tiempo, exclusivo— en la supervisión de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según se dispone en el artículo 10 del Estatuto del Consejo de Europa, el Comité de Ministros es un órgano perteneciente a dicho consejo. Este Comité se compone por un representante de cada Estado miembro del Consejo; es decir, es un órgano de representación estatal, la que ejerce el ministro de asuntos exteriores de cada uno de ellos. Se trata de un órgano ejecutivo, con competencia de actuación en nombre del Consejo de Europa, encargado de definir las políticas públicas de éste.³⁶

En lo que se refiere a las funciones del Comité de Ministros relativas a derechos humanos, ellas se hallan previstas en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. En este sentido, hasta la entrada en vigor en 1998 del Protocolo 11 —que estableció como único órgano en la materia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)—, el Comité de Ministros tenía poder de decisión acerca de la posible violación del Convenio cuando un caso decidido por la Comisión Europea de Derechos Humanos no se hubiera referido al Tribunal en un plazo de tres meses. De este modo, aun siendo órganos de distinta naturaleza —política y judicial, respectivamente—, el Comité y el Tribunal tenían una función similar, aunque con procedimientos diferentes y lapsos de tiempo distintos para la adopción de medidas satisfactorias: las decisiones del tribunal debían tener cumplimiento inme-

³⁶ De manera general, el Comité de Ministros tiene como tarea la supervisión de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3o. del mencionado Estatuto, según el cual “Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. También deberá concluir convenios y acuerdos, que pueden revestir la forma de recomendaciones a los gobiernos.

diato, mientras que las del Comité podían adoptarse dentro de un plazo determinado.³⁷

Luego de la entrada en vigor del Protocolo 11, el actual artículo 46.2 del Convenio señala la función del Comité de Ministros de supervisar la ejecución de las sentencias del TEDH: “La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”. Por lo tanto, la función del Comité de Ministros consiste en estar informado de los pasos que el Estado demandado realiza para cumplir la sentencia, que puede consistir en el pago de la indemnización correspondiente o en la adopción de medidas individuales y generales. Tras ello, debe observar que efectivamente se realice dicho pago y se tomen otras medidas, de forma que la demanda de la parte perjudicada haya sido satisfecha. Esta función asignada al Comité de Ministros supone una separación entre la decisión del TEDH y la ejecución de la sentencia. A ello cabe añadir que si el Comité determina que el Estado rehúsa cumplir, puede remitir, mediante una mayoría de dos tercios, el caso al Tribunal, para que se abra un procedimiento de infracción.³⁸

Una práctica característica del Comité de Ministros es “mantener los casos en su agenda de trabajo hasta que los Estados afectados hayan adoptado medidas satisfactorias y continuar requiriendo explicaciones o acciones”.³⁹ Conforme a esta práctica, el caso continuará siendo tratado en las reuniones sobre derechos humanos del Comité hasta que no se confirme el pago de la indemnización al perjudicado por el Estado demandado o se proporcione la información referida a las medidas adoptadas. Estas explicaciones son requeridas por el Comité de forma que sirva de “diálogo constructivo” para la consecución de medidas satisfactorias, evitando recurrir a la presión política y diplomática.

El procedimiento del Comité se ha ido volviendo más transparente con el correr del tiempo, y desde hace algún tiempo, durante la fase de ejecución de la sentencia él adopta resoluciones para proporcionar in-

³⁷ Arai, Yutaka, van Hoof, Fried, Bleichrodt, Edwin, van Rijn, Arjen, Flinterman, Cees, Vermeulen, Ben, Heringa, Aalt Willem, Viering, Marc, Schokkenbroek, Jeroen, Zwaak, Leo y van Dijk, Pierte, *Teoría y práctica del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2009, p. 205.

³⁸ Dörr, Oliver, “European Convention on Human Rights”, en Schmal, Stefanie y Bruner, Marter (eds.), *The Council of Europe: its Law and Policies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, cap. 22, pp. 465-506; véase especialmente p. 505.

³⁹ Arai, Yutaka *et al.*, *op. cit.*, p. 208.

formación sobre el proceso.⁴⁰ En este sentido, a partir de 2013 el Comité hace públicos los casos a ser examinados durante sus sesiones.⁴¹ Además, valora las pautas a seguir para la satisfacción de la demanda a través de recomendaciones. Como señalan García Ramírez y Zanghi, “[s]egún una praxis ya consolidada, la sentencia permanece en el orden del día del Comité de Ministros hasta que el Estado adopte medidas satisfactorias”.⁴² Una vez que el Estado afectado ha cumplido la sentencia, el Comité da por concluido el caso mediante una resolución, conforme al mencionado artículo 46.2.

El principal motivo por el que se otorga al Comité de Ministros la labor de control de la ejecución de las sentencias por violaciones de derechos humanos de los Estados parte, siendo ellos mismos los miembros del Comité, es su condición de órgano decisorio principal del Consejo de Europa,⁴³ gracias a la competencia otorgada al Comité para imponer sanciones, que puede llegar a la expulsión del Estado miembro del Consejo de Europa, como se establece en el artículo 8 del Estatuto de dicho Consejo.⁴⁴

⁴⁰ Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, 2a. ed., Human Rights Files núm. 19, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2008, pp. 33 y 34; Saavedra Alessandri, Pablo *et al.*, “Reparación y supervisión de sentencias”, en García Roca, Javier y Carmona Cuenca, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos?: El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, cap. IV, Pamplona, Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 248.

⁴¹ Committee of Ministers, Council of Europe, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, 10th Annual Report of the Committee of Ministers, Estrasburgo, 2017, p. 20.

⁴² García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 423-491. Sobre la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo y el Comité de Ministros, revítese especialmente pp. 461-466. La cita es de la p. 463.

⁴³ Salinas Alcega, Sergio, “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de Interlaken: la evolución técnica de un mecanismo político”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015, p. 4.

⁴⁴ Estatuto del Consejo de Europa, artículo 8o.: “El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3o., e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7o. Si no atiende a dicha invitación, el

Históricamente, en el sistema europeo los Estados afectados podían, por regla general, elegir la forma de ejecutar las medidas para el cumplimiento de las sentencias. Estas medidas pueden ser individuales para beneficio del solicitante respecto al perjuicio que ha padecido, o bien medidas para evitar futuras violaciones de derechos humanos de la misma naturaleza. Así lo constató el Tribunal Europeo en el caso Papamichalopoulos, al señalar que cuando en una sentencia se haya determinado la existencia de una violación, ello implica para el Estado demandado tanto la obligación legal de pagar a los afectados las cantidades otorgadas como indemnización justa, como la de “elegir las medidas generales, o individuales si es el caso, que tengan que adoptarse en su orden legal nacional para ponerle fin a la violación encontrada por el Tribunal y solucionar en la medida de lo posible sus efectos. Esa obligación quedará sujeta a la supervisión del Consejo de Ministros”.⁴⁵

Sin embargo, en una evolución en su práctica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido indicando crecientemente cuáles son las medidas que deben ser adoptadas por el Estado en el caso concreto, tales como permitir el ingreso de una persona al territorio de un Estado o reabrir un proceso judicial interno, entre otras diversas.⁴⁶ Como señala un juez del Tribunal Europeo,

[d]e acuerdo a la interpretación literal tradicional de Artículo 46 del Convenio Europeo..., el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parecía tener *ningún* rol que jugar en relación con la ejecución de sus propias sentencias. El Comité de Ministros era considerado el único órgano responsable del Consejo de Europa a este respecto.⁴⁷

Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité”. Elisabeth Lambert-Abdelgawad ha criticado esta facultad, en el entendido de que su naturaleza excesivamente dura la vuelve inoperante. Véase Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, *cit.*, pp. 44 y 45. Saavedra, Cano y Hernández parecen asumir la advertencia del Comité de Ministros a un Estado de ejercer esta facultad como una manera de poner presión para su cumplimiento (Saavedra Alessandri, Pablo *et al.*, *op. cit.*, p. 249).

⁴⁵ TEDH, caso Papamichalopoulos y otros con Grecia, sentencia del 31 de octubre de 1995, párr. 34.

⁴⁶ García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁷ Sicilianos, Linos-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”; en Seibert-Fohr,

El mismo autor añade que “en la actualidad [2014] más de 150 sentencias de la Corte explícitamente se basan en el Artículo 46 del Convenio para para indicar medidas individuales y/o generales a ser adoptadas por el Estado durante el proceso de ejecución”.⁴⁸ Todo ello lo lleva a concluir que

[d]urante la década reciente el Tribunal ha estado progresivamente involucrado en la ejecución de sus sentencias. El enfoque tradicional conforme al cual las sentencias del Tribunal son solo de naturaleza declarativa y que el Comité de Ministros tiene la competencia exclusiva para para supervisar su ejecución no corresponde a la práctica reciente.⁴⁹

Andreas Paulus ha observado que “algunos Estados Miembros prefieren indemnizar a implementar [otras medidas]. Sin embargo, la situación ha cambiado profundamente. El Tribunal ya no deja la implementación de sus decisiones al Comité de Ministros en forma exclusiva... La indemnización parece estar limitada a daños pasados que son irreparables de hecho”.⁵⁰ Paulus observa además que las sentencias piloto contribuyen a dotar de mayor eficacia al trabajo del tribunal, al tiempo que trascienden el tenor literal del artículo 46, al perseguir el cumplimiento del Convenio más allá del caso específico.

Elizabeth Lambert-Abdelgawad señala dos causas principales para el fortalecimiento del rol de supervisión del TEDH: una referida al incremento significativo en el número de sentencias y la otra, a la presencia cada vez mayor de casos que atañen a problemas complejos y estructurales.⁵¹ Apunta la autora que

Anja y Villiger, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden, Ashgate – Nomos – Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2014, p. 285.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 286.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 315.

⁵⁰ Paulus, Andreas, “From Implementation to Translation: Applying the ECtHR Judgments in the Domestic Legal Orders”, en Seibert-Fohr, Anja y Villiger, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, cit., pp. 267 y 268 (se ha eliminado una nota a pie contenida en el texto original).

⁵¹ Lambert-Abdelgawad, Elisabeth, “European Court of Human Rights”, en Schmal, Stefanie y Bruner, Marten (eds.), *The Council of Europe: its Law and Policies*, cit., cap. 9, pp. 227-268. Véase especialmente p. 255.

[c]onsiderando que el Comité de Ministros ha fallado en cierta medida en supervisar de manera efectiva la implementación de las sentencias, y que ello ha conducido a un incremento del número de demandas ante el tribunal (a través de casos repetitivos), el TEDH se ha dado cuenta de que debería tener un mayor involucramiento en recomendar e incluso ordenar tales medidas...⁵²

Lambert-Abdelgawad concluye que este nuevo enfoque hace más eficaz la labor del Comité de Ministros, al poner una presión en el Estado para que implemente la sentencia dentro del plazo fijado por el tribunal.

Cuando una sentencia del TEDH dispone el pago de una indemnización justa, el Comité de Ministros debe estar pendiente del progreso del cumplimiento de esa sentencia, evaluando el caso en sus reuniones y recomendando al Estado afectado el pago de la cuantía en el plazo dictado por el Tribunal y, examinando, en su caso, la necesidad de prórroga del mismo. Un caso ilustrativo a este respecto es *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis*,⁵³ en el que se impuso a Grecia el pago de una indemnización de magnitud tal que transmitieron al Comité la falta de recursos económicos de los que disponían para hacer frente a dicha indemnización. El Comité, pese a ello, estableció que “la credibilidad y la efectividad del mecanismo para el cumplimiento colectivo de los derechos humanos establecidos en el Convenio se basa en el respeto de las obligaciones adquiridas libremente por las partes contratantes y en particular en el respeto a las decisiones de los órganos de supervisión”.⁵⁴ De esta forma, el Estado griego procedió al pago de dicha indemnización, y el Comité entendió ejercida su función de supervisión.⁵⁵

Como podemos observar, la función de supervisión del Comité de Ministros contribuye a la satisfacción del pago de las indemnizaciones justas a los solicitantes. Ello incluye la labor del Comité de Ministros respecto de eventuales dilaciones al respecto. Por ejemplo, en el caso *Loizidou contra Turquía*, en el cual el gobierno de Turquía se opuso a dicho pago, el Comité lo instó a realizarlo mediante una resolución pro-

⁵² *Ibidem*, p. 256.

⁵³ TEDH, caso de *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis con Grecia*, sentencia del 9 de diciembre de 1994.

⁵⁴ *Arai, Yutaka et al., op. cit.*, p. 211.

⁵⁵ Comité de Ministros, resolución definitiva del 20 de marzo de 1997.

visional.⁵⁶ Al año siguiente, el Comité de Ministros emitió una segunda resolución provisional estableciendo que “la negativa de Turquía a ejecutar la sentencia del Tribunal demostraba un desprecio manifiesto por sus obligaciones internacionales, como Alta Parte Contratante del Convenio, pero también como Estado miembro del Consejo de Europa”.⁵⁷ Ello condujo en definitiva al pago de la indemnización por parte de Turquía.

El Comité de Ministros insta a la adopción de medidas individuales en aquellos casos en los que el perjuicio causado no se ve satisfecho con el solo pago de una indemnización justa, de forma que se insta al Estado a adoptar medidas adicionales, sin que exista un listado cerrado al respecto. Por ejemplo, ellas pueden consistir en reformas legislativas, la reapertura de un juicio, la cancelación de los antecedentes penales de una persona condenada por los tribunales internos en violación del Convenio Europeo, etcétera.

En lo que se refiere al reexamen o la reapertura de casos a nivel nacional tras una sentencia del TEDH, el Comité de Ministros dictó la Recomendación del 19 de enero de 2000. En ella se establece, respecto a la *restitutio in integrum*, que se proceda al reexamen de los hechos sólo en los casos en los que se tenga certeza de que dicha exigencia se verá satisfecha.⁵⁸ Para ello, la recomendación especifica que se realice el reexamen cuando exista una situación en la que el resultado del procedimiento nacional conlleve consecuencias negativas graves al solicitante al no ser suficiente la indemnización justa. Establece, además, que las violaciones requieren la reapertura del procedimiento, con especial importancia cuando la decisión nacional impugnada es una decisión contraria al Convenio en su fondo o cuando la violación acaecida radica en errores o deficiencias procesales de tal gravedad que se arrojan serias dudas sobre el resultado de los procedimientos nacionales objeto de la queja. Sin embargo, no se recogen en la recomendación mencionada cuestiones como quién tiene legitimidad para solicitar el reexamen o los “casos en masa”,

⁵⁶ Comité de Ministros, decisión provisional del 6 de octubre de 1999, disponible en: <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1994-025781-2.pdf>.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 211.

⁵⁸ Recomendación del 19 de enero de 2000, sobre el reexamen o la reapertura de ciertos casos en el nivel nacional tras las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06.

que son casos cuya deficiencia estructural provoca la consecución de otras violaciones del Convenio.⁵⁹

Existen también medidas generales, que suelen ser adoptadas cuando la razón de la violación del Convenio reside en la legislación nacional del Estado afectado, de forma que consiste en modificar o introducir nuevos términos que casen con lo dispuesto en el Convenio. Estos problemas suelen manifestarse en la jurisprudencia del Estado, de forma que es posible, en vez de modificar la legislación, el cambio de dicha jurisprudencia para impedir futuras violaciones del Convenio similares.

En este sentido, encontramos situaciones como la de Italia, donde, a partir del caso *Bottazzi*,⁶⁰ el Tribunal encontró 65 sentencias donde se había violado por parte del Estado el artículo 6.1 del Convenio, consecuencia de la duración excesiva de los procedimientos judiciales. De esta forma, el Comité ejerció su función de supervisión, estableciéndose un plan de seguimiento de la actuación del Estado respecto a la reforma del sistema judicial a la que se les había instado.

Otra situación que cabe mencionar es la de Turquía, donde el Tribunal observó la violación del artículo 10 del Convenio en 27 sentencias, de forma que instó al Estado a la modificación de las normas generales para que se ajustaran a lo dispuesto en dicho artículo, siendo partícipe del proceso en la adopción de las medidas en sus sucesivas reuniones.⁶¹

La adopción de medidas generales abarca muchas posibilidades, que van desde la mencionada reforma del sistema judicial de un Estado por demora en la duración de los procedimientos, hasta la creación de un programa de formación y otras actividades que acercan al conocimiento del Convenio; o el establecimiento de medidas para asegurarse el respeto al interés superior del niño y los derechos de la madre, entre otras.

En el balance, la labor de supervisión del cumplimiento de sentencias por parte del Comité de Ministros ha contribuido a dotarlas de un grado de eficacia importante. Contribuye, también, a la posibilidad de crear una plataforma donde se discuta y examine la situación de los derechos humanos en cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa. Resulta una herramienta efectiva de alerta cuando haya Estados que no estén

⁵⁹ Arai, Yutaka *et al*, *op. cit.* p. 213.

⁶⁰ TEDH, caso *Bottazzi*, sentencia del 28 de julio de 1999.

⁶¹ Arai, Yutaka *et al*, *op. cit.* p. 219.

cumpliendo con sus obligaciones. Además, permite que el Comité de Ministros examine cualquier situación o materia relacionada con el cumplimiento de los compromisos sobre la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho, y que tome acciones específicas cuando se requiera.

Lo anterior no implica que el mecanismo de ejecución de sentencias en el sistema europeo haya estado exento de críticas. Ellas se centran en especial en el carácter político de dicho seguimiento, lo cual podría afectar su imparcialidad y objetividad, debido a que el cumplimiento de la ejecución de las sentencias afecta, al menos, a uno de los Estados que pertenecen al Comité.⁶² En este sentido, existe un cierto apoyo doctrinal para judicializar la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH, rompiendo así su carácter político. No obstante, los procesos de reforma emprendidos respecto del procedimiento de supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH no han disminuido el rol del Comité de Ministros, sino que han tendido más bien a tecnificarlo. Al mismo tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado sus propias labores de seguimiento. Como señala Simon Palmer, “se ha hecho referencia al constante incremento de la carga de trabajo de los delegados del Comité, pero lo cierto es que en ninguna área ello ha sido tan marcado como en relación con la obligación del Comité de Ministros bajo el artículo 46 párrafo 2 del Convenio Europeo”.⁶³ Añade el mismo autor que “de acuerdo a ello, ha habido un esfuerzo constante por adaptar los métodos de trabajo a la situación, culminando en la adopción de los así llamados «nuevos métodos de trabajo» en diciembre de 2010”.⁶⁴ Esto se tradujo especialmente en la creación de un sistema de dos vías para la supervisión: la estándar o regular y la fortalecida, para aquellos casos en que la supervisión parezca más relevante.

En esta línea se inscribe el proceso que se ha llevado a cabo a través de una serie de conferencias interestatales realizadas a partir de 2010, en Interlaken, Izmir, Brighton y Bruselas. Sobre esta materia, la Declaración de Interlaken⁶⁵ estableció especialmente un cambio en la naturaleza de las

⁶² Salinas Alcega, Sergio, *op. cit.*, p. 5.

⁶³ Palmer, Simon, “The Committee of Ministers”, en Schmal y Bruner (eds.), *op. cit.*, cap. 6, p.149. La traducción es mía.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ Disponible en: <http://www.humanrights.ch/en/standards/international/council-of-european-institutions/declaration-interlaken-conference-reform-echr-court>.

medidas adoptadas, de manera que se limita la participación de actores en dicha adopción, facilitando el procedimiento gracias al establecimiento del Servicio de Ejecución de sentencias como órgano encargado de la gestión y la adopción de propuestas de trabajo que utilizará posteriormente el Comité de Ministros para la adopción de las decisiones correspondientes. Así, se minimiza la carga de trabajo del Comité y se alcanza una mayor celeridad en el control de la ejecución de las sentencias, al establecerse un límite máximo de duración de un año.

También se han planteado como aspectos a reforzar en esta materia la priorización de los asuntos otorgados al Comité de Ministros, la tecnificación del procedimiento por la progresiva sobrecarga de trabajo, la modificación del enfoque cooperativo y su reforzamiento, la simplificación del procedimiento y la transparencia y la visibilidad del procedimiento de control.⁶⁶

En 2015, la Declaración y Plan de Acción de Bruselas, adoptada por los Estados partes, formuló una serie de recomendaciones al Comité de Ministros, entre ellas la de procurar la presencia en sus reuniones sobre materias de derechos humanos de autoridades nacionales que posean competencias específicas de los temas de que se traten, aumentar los recursos financieros para el servicio de ejecución y otras de carácter general.⁶⁷ Además, esto ha sido seguido por una serie de otras iniciativas específicas.⁶⁸

VIII. REFLEXIONES SOBRE LA SUPERVISIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DEL SISTEMA EUROPEO

Como se analizó en la sección anterior de este trabajo, la trayectoria del Comité de Ministros en el Sistema Europeo de Derechos Humanos ha presentado vaivenes y no ha estado exenta de críticas. Su propia historia da cuenta de una evolución en sus funciones, concentrándose actualmente en la refe-

⁶⁶ Salinas Alcega, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷ Saavedra Alessandri *et al.*, *op. cit.*, pp. 252 y 253.

⁶⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 10th Annual Report, 2016, disponible en: <http://www.coe.int/en/web/execution/-/annual-report-2016-positive-trends-continue>.

rida a supervisar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el balance general, si bien la labor del Comité de Ministros ha presentado problemas y limitaciones, el incorporar a un mecanismo político a la hora de supervisar las decisiones del órgano jurisdiccional ha probado ser un factor positivo en la dirección de dotar de una mayor efectividad al sistema europeo. En efecto, en dicho sistema, el rol del Comité de Ministros ha contribuido a dotar de una mayor eficacia a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y antiguamente, además a las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos).

Dadas las limitaciones en la supervisión del Comité de Ministros y la mayor complejidad y diversidad que las medidas de reparación han ido adquiriendo en el sistema europeo, con el tiempo, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asumido un rol al respecto, de manera complementaria al que juega el Comité de Ministros. De este modo, en el sistema europeo se está llevando a cabo en la actualidad una doble supervisión, política y judicial.

En la OEA, como antes hemos descrito en este artículo, la supervisión es de naturaleza judicial —realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— y semijudicial —en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—. Nunca se ha estado siquiera cerca de crearse un mecanismo político con la función anotada. Si bien en algunas oportunidades ello ha sido mencionado en intervenciones de la sociedad civil ante los órganos políticos de la OEA y ha sido discutido también en algunos foros académicos, lo cierto es que nunca ha llegado siquiera a presentarse un proyecto de resolución en tal sentido. En otras palabras, el tema no ha llegado ni tan sólo a ser debatido en los canales institucionales de la OEA. De hecho, en las dos oportunidades en que ha tenido lugar en dicha organización un proceso de discusión general sobre reformas en el sistema interamericano de derechos humanos (a fines de los noventa y a comienzos de la presente década), la posibilidad de establecer un mecanismo político de seguimiento de las decisiones sobre casos de la Corte y la Comisión no ha sido incluida en la agenda.

Aunque el nivel de cumplimiento en el sistema interamericano mejoró considerablemente con las transiciones a la democracia, con posterioridad el avance ha sido lento, y dista aún de ser satisfactorio. Ello queda de manifiesto cuando se constata que tanto la Corte como la Comisión

mantienen en seguimiento durante años un porcentaje muy alto de los casos que han decidido, debido a la falta de cumplimiento completo. Esta situación lleva a plantearse la necesidad de fortalecer el seguimiento a través de un mecanismo de otra naturaleza, en este caso, de carácter político.

Parece evidente que las modalidades actuales de trabajo de la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA no resultan idóneas para llevar a cabo esa tarea. La experiencia de la labor de dichos organismos demuestra que no existe disposición de los Estados para debatir públicamente sobre la cuestión del incumplimiento de decisiones de la Corte y la Comisión.

Por ello, pareciera más realista concebir algún mecanismo político que operara bajo una modalidad de trabajo distinta a las actualmente existentes, más parecida, *mutatis mutandi*, a la metodología que emplean la Corte y la Comisión en la supervisión del cumplimiento. Con ello me refiero a llevar a cabo el seguimiento a través de la recepción de informes de las partes en los casos y de reuniones de trabajo, informando públicamente de forma periódica. Se trataría de un mecanismo de seguimiento complementario al que efectúan la Corte y la Comisión, que serviría para reforzarlo.

Para evitar una discrecionalidad política en la evaluación del grado de cumplimiento; esto es, en la determinación de si las medidas de reparación han sido o no efectivamente cumplidas a cabalidad, la última palabra debieran mantenerla al respecto los órganos de derechos humanos del sistema interamericano, que son los que disponen tales medidas y están encargados, por lo mismo, de determinar su sentido y alcance.

El diseño de un mecanismo político con las características anotadas requeriría de una elaboración más detallada en cuanto a sus funciones específicas, etapas en las que operaría, integración, etcétera. No obstante, resulta importante dejar desde ya planteada esta idea para su discusión por los distintos actores involucrados.

IX. REFERENCIAS

1. *Libros y revistas*

ARAI, Yutaka *et al.*, *Teoría y práctica del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2009.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 551-586.

- BASCH, Fernando *et al.*, “La efectividad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: un enfoque cuantitativo sobre su funcionamiento y sobre el cumplimiento de sus decisiones”, *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, núm. 12, junio de 2010.
- DÖRR, Oliver, “European Convention on Human Rights”; en SCHMAL, Stefanie y BRUNER, Marter (eds.), *The Council of Europe: its Law and Policies*, Oxford University Press, 2017, cap. 22.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ZANGHI, Claudio, “Las jurisdicciones regionales de derechos humanos y las reparaciones y efectos de las sentencias”, en GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2012.
- HUNEEUS, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court Struggle to Enforce Human Rights”, 44 *Cornell Int’l. L. J.*, 101, 2011.
- KRSTICEVIC, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en CEJIL, *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, San José, 2007.
- LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth, “European Court of Human Rights”, en SCHMAL, Stefanie y BRUNER, Marten (eds.), *The Council of Europe: its Law and Policies*, Oxford University Press, 2017, cap. 9.
- LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth, “The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Files*, núm. 19, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2a. ed., 2008.
- PALMER, Simon, “The Committee of Ministers”, en SCHMAL y BRUNER (eds.), *The Council of Europe: its Law and Policies*, Oxford, Oxford University Press, 2017, cap. 6.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2a. ed., Cambridge, 2012.

- PAULUS, Andreas, “From Implementation to Translation: Applying the ECtHR Judgments in the Domestic Legal Orders”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden, Ashgate-Nomos-Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2014.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y KAUFFMAN, Celeste, “De las órdenes a la práctica: análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos”, en VV.AA., *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos: nuevos tiempos, viejos retos*, Bogotá, Dejusticia, 2015, cap. 7.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo *et al.*, “Reparación y supervisión de sentencias”, en GARCÍA ROCA, Javier y CARMONA CUENCA, Encarna (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, cap. IV, Pamplona, Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- SALINAS ALCEGA, Sergio, “El nuevo procedimiento de control de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el proceso de Interlaken: la evolución técnica de un mecanismo político”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015.
- SICILIANOS, Linos-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark E. (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden, Ashgate-Nomos-Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, 2014.

2. Casos y opiniones consultivas

- COMISIÓN IDH, caso 12.626, *Jessica Lenahan c. Estados Unidos*, 17 de agosto de 2011.
- CORTE IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987.
- CORTE IDH, caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987.

- CORTE IDH, *caso Godínez Cruz, excepciones preliminares*, sentencia del 26 de junio de 1987.
- CORTE IDH, *caso Neira Alegria y otros vs Perú*, sentencia del 11 de diciembre de 1991 (excepciones preliminares).
- CORTE IDH, Opinión Consultiva 0C-13/93, del 16 de julio de 1993, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CORTE IDH, *Loayza Tamayo*, sentencia de fondo, 17 de septiembre de 1996.
- CORTE IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de mayo [de 1999], Medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago: casos James y Otros.
- CORTE IDH, Supervisión de cumplimiento de sentencias (aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), resolución del 29 de junio de 2005.
- TEDH, *caso de Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis con Grecia*, sentencia del 9 de diciembre de 1994.
- TEDH, *caso Papamichalopoulos con Grecia*, sentencia del 31 de octubre de 1995,
- TEDH, *caso Bottazzi*, sentencia del 28 de julio de 1999.

3. Documentos de organismos internacionales

A. Asamblea General de la OEA

- AG/RES.1330 (XXV-O/95), del 9 de junio de 1995.
- AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2007.
- AG/RES. 2409 (XXXVIII-O/08), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de junio de 2008.
- AG/RES. 2522 (XXXIX-O/09), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de junio de 2009.

- AG/RES. 2601 (XL-O/10), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de junio de 2010.
- AG/RES. 2652 (XLI-O-11), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11 de junio de 2011.
- AG/RES. 2672 (XLI-O/11), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 7 de junio de 2011.
- AG/RES. 2759 (XLII-O-12), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2012.
- AG/RES. 2796 (XLIII-O/13), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2013.
- AG/RES. 2849 (XLIV-O/14), Informes Anuales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité Jurídico Interamericano y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 4 de junio de 2014.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980.
- CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, Resolución definitiva de 20 de marzo de 1997.
- COMMITTEE OF MINISTERS, COUNCIL OF EUROPE, Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, 10th Annual Report of the Committee of Ministers, Estrasburgo, 2017.

B. *Documentos electrónicos*

- CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, Decisión Provisional del 6 de octubre de 1999. Disponible en <https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1994-025781-2.pdf>.
- CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE MINISTROS, Recomendación de 19 de enero de 2000, sobre el reexamen o la reapertura de ciertos casos en el nivel nacional tras las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06.

COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights, 10th Annual Report, 2016, disponible en: <http://www.coe.int/en/web/execution/-/annual-report-2016-positive-trends-continue>.

Declaración de Interlak, disponible en: <http://www.humanrights.ch/en/standards/international/council-of-europe-institutions/declaration-interlaken-conference-reform-echr-court>. y www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm (consulta el 21 de junio de 2017).

MÁS DE UNA DÉCADA DE CAMBIO CLIMÁTICO EN CHILE: ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DOMÉSTICAS*

MORE THAN ONE DECADE OF CLIMATE CHANGE IN CHILE: ANALYSIS OF DOMESTIC POLICIES

Andrea LUCAS GARÍN**

RESUMEN: Chile ha avanzado desde los compromisos internacionales para ir desarrollando políticas climáticas, que son el objeto de este estudio. En particular, se revisan los hechos claves sobre cambio climático, para contextualizar las vulnerabilidades y los impactos del fenómeno, las percepciones que la sociedad chilena está teniendo al respecto, y su participación en el régimen internacional; para avanzar en la arquitectura climática que está conformada por la institucionalidad y los instrumentos de gestión, de modo de finalizar con un análisis de este escenario en clave jurídica, de modo de alcanzar reflexiones finales.

ABSTRACT: Chile has advanced from international commitments to develop climate policies that are the subject of this study. In particular, the key facts about Climate Change are reviewed, to contextualize the vulnerabilities and the impacts of the phenomenon, the perceptions that Chilean society is having in this respect, and its participation in the international scheme; to advance in the climate architecture that is made up of the institutionality and the management instruments, in order to finish with an analysis of this scenario in a juridical key, in order to reach final reflections.

Palabras claves: cambio climático, políticas domésticas, institucionalidad, mitigación, adaptación.

Keywords: climate change, domestic policies, institutionality, mitigation, adaptation.

* Artículo recibido el 31 de julio de 2017 y aceptado para su publicación el 9 de agosto de 2018.

Este artículo se enmarca en el desarrollo del Proyecto FONDECYT de Iniciación 2015/2017 núm. 11150382 titulado “Instrumentos comerciales para enfrentar el cambio climático en Chile: vínculos con el sistema internacional de comercio” (investigadora responsable). Se agradece la ayuda de la asistente de investigación María Constanza Cubillos, de la Universidad Finis Terrae.

** ORCID: 0000-0003-4371-7418. Universidad Finis Terrae. Correos electrónicos: alucas@uft.cl y andrealucasg@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 587-625.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los hechos claves sobre Chile en cambio climático*. III. *La arquitectura climática en Chile: institucionalidad y medidas principales*. IV. *Observaciones a la arquitectura climática en clave jurídica*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El cambio climático, como un tema aún joven en el imaginario estatal, se presenta como un gran problema y desafío para los Estados, cuyo motor para enfrentarlo está enclavado en el sistema de protección internacional de cambio climático, nacido al amparo de las informaciones científicas brindadas por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) conformado en 1988.

El pivote inicial del régimen internacional lo constituye la Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático (CMNUCC), aprobada en 1992, y en vigencia desde 1994, que inició un proceso de negociaciones climáticas que han dado lugar a dos instrumentos posteriores para aunar los esfuerzos de la comunidad internacional para enfrentar este riesgo global: el Protocolo de Kioto y el Acuerdo de París.

El meollo del problema se presenta ante las emisiones de gases efecto invernadero (GEI en adelante), fruto de las actividades del hombre, que han llevado al aumento de la temperatura media global, incremento que se debe principalmente a la intensa actividad basada en el uso de combustibles fósiles desde la era industrial y con más ahínco en el periodo posterior a las dos guerras mundiales.

Desde la perspectiva doméstica,

El Cambio Climático es una temática que cruza transversalmente las políticas públicas; hablamos de “políticas” en plural porque estamos advirtiendo que las medidas que están emprendiendo los Estados para hacer frente al fenómeno, no sólo las están afincando en áreas medioambientales tradicionales, sino que se van expandiendo a otras, como las políticas energéticas, industriales, etc.¹

¹ Lucas Garín, Andrea, “Novedades del sistema de protección internacional de cambio climático: el Acuerdo de París”, *Estudios Internacionales*, núm. 186, 2017, pp. 162 y 163.

Así, tenemos a Chile como un activo negociador en las anuales conferencias de las Partes (COP), que han sido un espacio de encuentro y discusión permanente, y han permitido hacer crecer y consolidar este régimen internacional. Desde los compromisos internacionales, Chile ha avanzado para ir desarrollando políticas climáticas, que son el objeto de este estudio, en que proponemos presentar de manera panorámica los aspectos más relevantes, para centrarnos en algunos elementos que, desde una visión crítica, revisaremos, de modo de hacer algunas recomendaciones, que esperamos sean una contribución a estos primeros pasos que se están emprendiendo en materia de cambio climático.

Las respuestas para enfrentar el cambio climático proceden centralmente de dos conjuntos de medidas: las medidas de mitigación y las medidas de adaptación, a las que hemos agregado el financiamiento y la transferencia de tecnología, y un cuarto grupo, que denominamos “pérdidas y daños”, cuyo encuadre teórico realizaremos en el próximo punto. En este estudio se ha optado por seleccionar los principales y específicos instrumentos de gestión climática que se han emitido;² contamos con valiosa y muy completa información generada por Chile en su Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.³

Revisaremos en particular los hechos claves sobre cambio climático en Chile, para contextualizar las vulnerabilidades y los impactos del fenómeno, las percepciones que la sociedad chilena está teniendo del tema, y su participación en el régimen internacional, para avanzar en la arquitectura climática que está conformada por la institucionalidad y los instrumentos de gestión para asumir la problemática, de modo de finalizar con un análisis de este escenario en clave jurídica, y arribar a unas últimas reflexiones.

² El relevamiento no ha incluido aquellas medidas que se vienen dictando en otras áreas, como transporte, manejo de basura, construcción y planificación urbana, etcétera. La selección se ha basado en las principales medidas, instrumentos e instituciones que se han incluido como parte de la arquitectura climática en Chile y que se consideraron relevantes por ser las más pertinentes y específicas.

³ A lo largo del trabajo se indican otros estudios relevantes que ha emitido no sólo el Ministerio del Medio Ambiente, sino también el Ministerio de Energía, órganos del sector público, CEPAL y OECD, entre otros.

1. Marco teórico y metodológico

Dado que este trabajo se centrará en el escenario doméstico que Chile ha ido conformando, corresponde dar cuenta en qué se enfocará nuestro análisis. Advertimos coincidencia en que la mitigación y la adaptación son las estrategias básicas para afrontar el cambio climático.⁴ Así, la mitigación es descrita como las políticas y acciones que tienen por objeto reducir las emisiones de GEI o potenciar los sumideros (por ejemplo, los océanos o los bosques) que absorben el dióxido de carbono en la atmósfera, con la finalidad de reducir la magnitud y también la celeridad del cambio climático y sus efectos adversos. En cuanto a la adaptación, ésta se refiere a las respuestas para reducir las consecuencias negativas del cambio climático o para aprovechar sus posibles beneficios, a fin de que se aumente la capacidad de respuesta de los seres humanos, ecosistemas, etcétera.⁵

Coincidimos con Tamiotti y Kulacoglu

Por lo tanto, aparte del esfuerzo nacional para internalizar los costos ambientales de las emisiones de gases de efecto invernadero, los gobiernos están considerando e implementando otras políticas, incluidas medidas financieras para promover el desarrollo y despliegue de bienes y tecnologías amigables con el clima y requisitos técnicos para promover el uso de tales bienes y tecnologías.⁶

⁴ “La evidencia presentada en este estudio muestra que en general en América Latina y el Caribe existe un amplio portafolio de políticas públicas sobre cambio climático, tanto en adaptación como en mitigación”, según concluyen Luis Sánchez y Orlando Reyes. Sánchez, Luis y Reyes, Orlando, *Medidas de adaptación y mitigación frente al cambio climático en América Latina y el Caribe. Una revisión general*, LC/W.675, Santiago de Chile, CEPAL y Programa Euroclima, 2015, p. 33.

⁵ Para Dessler, las respuestas al cambio climático se dividen en tres categorías: adaptación, mitigación y geoingeniería; esta última consiste en la manipulación activa del sistema climático, que a su vez puede dividirse en dos tipos: manejo de la radiación solar e ingeniería del ciclo de carbono. Dessler, Andrew, *Introduction to Modern Climate Change*, 2a. ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2016, pp. 193 y 194. Por el tipo de tecnología que conlleva este grupo de medidas está claro que se alejan de la realidad de cualquier país en desarrollo.

⁶ Tamiotti, Ludivine y Kulacoglu, Vesile, “National Climate Change Mitigation Measures and their Implications for the Multilateral Trading Systems: Key Findings of the WTO/UNEP Report on Trade and Climate Change”, *Journal of World Trade*, vol. 43 Issue 5, 2009, p. 1116.

Por ende, el financiamiento y la transferencia de tecnología son medidas íntimamente ligadas entre sí que también merecen abordarse en este estudio, lo que haremos de manera conjunta.

Siguiendo a Viñuales,⁷ incorporaremos un cuarto ítem de medidas bajo el subtítulo “pérdidas y daños”, que el autor ha identificado como una de las áreas de acción del Acuerdo de París,⁸ cuya conceptualización se acerca mucho a la adaptación, siendo ésta un proceso a largo plazo, mientras que pérdidas y daños se refiere más a la respuesta a desastres.⁹ La planificación ante contingencias a nivel nacional causada por el cambio climático es un tema en pleno desarrollo en la doctrina especializada.¹⁰

El porqué deba estudiarse el escenario doméstico, en este caso el chileno, se debe a tres razones: la primera, que el Acuerdo de París¹¹ ha renovado la cooperación internacional, que requerirá de mitigación efectiva básicamente constituida por las medidas y políticas domésticas que con-

⁷ Viñuales, Jorge E., “The Paris Agreement on Climate Change: Less is More”, *German Yearbook of International Law*, 2017, p. 31. En este trabajo decidimos seguir a Viñuales en el análisis que realiza del Acuerdo de París cuando distingue tres áreas de acción: mitigación, adaptación y pérdidas y daños, porque estos elementos conceptuales que derivan del régimen jurídico internacional exigen que los Estados los implementen en sus ámbitos domésticos.

⁸ El Acuerdo de París incluyó el Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños en su artículo 8o., el que era parte de las negociaciones previas del Acuerdo, y que sustantivamente asume que el cambio climático genera pérdidas y daños asociados a sus efectos adversos, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos, obligando a los Estados a ocuparse preventivamente de los sistemas de alertas temprana.

⁹ Para Farber, la adaptación a los eventos extremos es lo que se señala como característica de este grupo de medidas, que se diferencia de la adaptación tradicional, por ser menos difícil. Farber indica que es necesario un sistema legal que responda a los eventos extremos y que formule soluciones bajo la rúbrica de derecho de gestión de riesgos de desastres, que identifica las siguientes fases: mitigación, respuesta a la emergencia, compensación, y reconstrucción. Farber, Daniel, “Climate Change and Disaster Law”, en Cinnamon, P. Carlarne *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, pp. 589 y 595.

¹⁰ Por ejemplo, sugerimos el libro de Peel, Jacqueline y Fisher, David (ed.), *The Role of International Environmental Law in Disaster Risk Reduction*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2016, 480 pp.

¹¹ El Acuerdo fue negociado en diciembre de 2015 en la COP21 en París y entró en vigencia el 4 de noviembre de 2016, en tiempo récord se alcanzaron las adhesiones necesarias de los Estados. Ha sido el acuerdo ambiental más exitoso en su entrada en vigor, en menos de cinco meses desde que fue firmado (22 abril 2016) y abierto a ratificaciones.

forman la base del acuerdo internacional (que son esencialmente las contribuciones previstas y determinadas a nivel nacional (INDC). La segunda es que el aumento de la información científica del Panel Intergubernamental de cambio climático y los progresos lentos y pocos en el régimen internacional de cambio climático ha determinado el crecimiento del interés por el desarrollo y la implementación de medidas en los niveles más bajos: subnacionales, nacionales y regionales.¹² La tercera es que la mayoría de las políticas y estrategias para reducir las emisiones de GEI están en una etapa inicial en la mayoría de los países, por lo que estudios como estos pueden ayudar a ver en el conjunto las medidas, analizar sus posibles efectos y permitir a los gobiernos reajustar las estrategias y profundizarlas.

Un tema que surge cuando se aborda el cambio climático es que los GEI son consideradas como externalidades negativas que deben internalizarse en los costos del comercio de los bienes y servicios;¹³ este es un tema sensible en un país con una vocación exportadora como Chile,¹⁴ y una razón más para que se profundicen las medidas frente al cambio climático, dado que el no ocuparse de ello genera preocupación por la competitividad y el riesgo del proteccionismo que puede derivar de estas medidas aplicadas desde países desarrollados. Por ello se revisarán los instrumentos económicos que son parte de las políticas climáticas en Chile, como el “impuesto verde” y otros en proceso de estudio, como son los mercados de emisiones.¹⁵

¹² Se sigue a Bang, Guri; Underdal, Arild; Andresen, Steinar (ed.), *The Domestic Politics of Global Climate Change*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, pp. 2 y 3.

¹³ De acuerdo con Condon y Sinha, el cambio climático es una externalidad con las siguientes características: primero es global; segundo aún existe incertidumbre sustancial sobre el impacto de la emisión de GEI (no es fuerte aún el *link* entre crecimiento de los gases y crecimiento de la temperatura) y tercero, el problema del cambio climático es a largo plazo. Condon, Bradley J.; Sinha, Tapen, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, Oxford University Press, 2013, pp. 159-161.

¹⁴ Se advierte que las implicancias económicas de las políticas climáticas son parte del discurso político, en especial las relacionadas con las industrias vulnerables y los grupos sociales desventajados. Asimismo, la racionalidad con que los instrumentos son implementados tendrán implicancias económicas. Véase Van Asselt; Harro; Mehling, Michael and Kehler Siebert, Clarisse, “The Changing Architecture of International Climate Change Law”, en Van Caster, Geert; Vandenberghe, Wim; Reins, Leonie (eds.), *Research Handbook on Climate Change Mitigation Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, p. 21.

¹⁵ Esta incipiente tendencia en Chile de utilizar instrumentos económicos responde a que en la lucha contra el cambio climático se ha vuelto poderosa la idea de que se presu-

El diseño e implementación de las medidas climáticas que comentaremos requiere de institucionalidad que tome esas medidas y que promueva su efectividad, identificando a otros actores que tomen parte de las acciones y las apoyen; esto lo abordaremos en la sección dedicada a la arquitectura climática.

En cuanto al marco metodológico de esta investigación, su diseño se ubica en las políticas y medidas que están emprendiendo los Estados para enfrentar el cambio climático, y que surgen como respuesta de los compromisos que han ido asumiendo en el régimen internacional de cambio climático, desde la Convención Marco, seguido por el Protocolo de Kioto, y con el reciente Acuerdo de París.¹⁶

La metodología de investigación que se seguirá será descriptiva, en orden a presentar el escenario climático en Chile, para luego de manera exploratoria poder realizar observaciones que desde una perspectiva predominantemente jurídica permita realizar aportes que sean atendibles en proceso de reajustes futuros de este panorama climático, y que mejore las regulaciones jurídicas en algunos de sus aspectos. Esta preferencia de los aspectos jurídicos no desconoce la interdisciplinariedad que está incita en la temática, y que vuelve difícil situarlo como un fenómeno político, económico o jurídico en exclusiva.¹⁷

me que tanto las leyes ambientales nacionales como el derecho internacional ambiental funcionan más eficientemente si incorporan algún tipo de mecanismo de mercado, según varios autores, que destacamos a Navraj, S. Ghaleigh, “Economics and International Climate Change Law”, en Cinnamon, P. Carlarne; Kevin, R. Gray & Richard, G. Tarasofsky (ed.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, pp. 72-94; Schröder, Meinhard, “Emissions Trading”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rüdiger Wolfrum (ed.), Oxford University Press, www.mpepil.com (19 de enero de 2010); Shi-Lung Hsu, “International Market Mechanisms”, en Cinnamon, P. Carlarne; Kevin, R. Gray & Richard, G. Tarasofsky (ed.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, pp. 239-256, entre otros.

¹⁶ La Convención Marco de Naciones Unidas de Cambio Climático (CMNUCC) fue adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992 en Río de Janeiro (Brasil), y entró en vigor en 1994.

¹⁷ Se ha señalado que los desafíos más importantes de los asuntos de política climática se pueden encontrar en la investigación interdisciplinaria, que se adapta mejor a una perspectiva de la tierra como un sistema holístico. Y esto también determina que se considere primariamente el tamaño de la población, su riqueza y la tecnología. *Cfr.* Bang, Guri; Un-

Se hace presente que las fuentes empleadas son principalmente bibliográficas y documentales, como las siguientes: tratados internacionales, normas nacionales, doctrina especializada, documentos de organismos públicos (nacionales e internacionales), y revistas científicas.

Los fundamentos teóricos de este trabajo están expuestos principalmente en este ítem, y sirven de apoyo a otras secciones del trabajo.¹⁸

Para el punto siguiente, seguimos a Fiorino, cuando indica que es necesario examinar un rango de factores que pueden estar asociados con la efectividad a nivel nacional para resolver problemas como el cambio climático, representados por el desarrollo económico (generalmente expresado en términos de ingreso per cápita) y el tipo de régimen político (definido por los grados de democracia en un sistema y las características institucionales del sistema, incluyendo la relación entre las instituciones políticas).¹⁹

El escenario chileno no estaría completo sin considerar los factores y parámetros que marcan el contexto en que las principales medidas e instrumentos de cambio climático se están adoptando y la indicación de quienes resultan los principales actores que están operando en este escenario.

derdal, Arild; Andresen, Steinar (eds.), *The Domestic Politics of Global Climate Change*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, p. 15.

Coincidimos plenamente con José Juste Ruiz, quien destaca “Todos estos aspectos innovadores del régimen internacional para combatir el cambio climático no dejan de ser factores de progreso desde el punto de vista de la ciencia jurídica, pero también elementos de particular dificultad a los que el jurista tradicional no se encuentra naturalmente habituado”. Juste Ruiz, José, “El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada”, en Giles Carnero, Rosa (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 42.

¹⁸ Hay dos puntos en los cuales se han explicitado los fundamentos teóricos y la información relevada y analizada por la especificidad de las temáticas; estos son: “3. Las percepciones del cambio climático en Chile”, y “¿Medidas de adaptación transformacional?”.

¹⁹ Fiorino, Daniel, “Too Many Levels or Just about Right? Multilevel Governance and Environmental Performance”, en Weibust, Inger; Meadowcroft, James (eds.), *Multilevel Environmental Governance*, Great Britain, Edward Elgar Publishing Limited, 2014, p. 15.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 587-625.

II. LOS HECHOS CLAVES SOBRE CHILE EN CAMBIO CLIMÁTICO

1. *Estado de situación de Chile*²⁰

Población (INE, 2015)	18,006,407 hbtes
Tasa de crecimiento total (INE, 2015)	10.39 pmh
Densidad poblacional (INE, 2015)	9.0 hbtes por k ²
PIB per cápita (Banco Mundial, 2016)	US\$ 13,792,9
Crecimiento PIB (Banco Mundial, 2015)	2.3%
Índice de Gini: (Banco Mundial, 2013)	0.5
Superficie total (INE, 2015) ²¹	2,006,096 k ²
Acceso electricidad (INE, 2012)	99,25 %
Exportaciones (2017 total) ²²	US\$ 68,306 millones
Sistema político	Estado unitario. República democrática de carácter presidencialista
División político-administrativa	Chile tiene quince regiones. ²³ Éstas se subdividen en provincias y comunas. La gobiernos regionales estarán liderados por un gobernador (nuevo intendente) y un delegado presidencial.

²⁰ Las fuentes para la elaboración de este cuadro son el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, disponible en: <http://www.ine.cl/estadisticas/demograficas-y-vitales> y el Banco Mundial, disponible en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?locations=CL> Las informaciones del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) han sido elaborados como una actualización y proyección corta de población a la espera del censo abreviado de 2017.

²¹ Sólo la superficie continental es de 756. 102.4 k² continental (aquí se incluyó superficie insular y Antártida).

²² Las exportaciones crecieron el 13% con respecto a 2016, según informa el Departamento Estudios Direcon —ProChile— con cifras del Banco Central de Chile. Las exportaciones determinan un importante superávit a favor de Chile. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/2018/01/informe-direcon-prochile-exportaciones-2017-alcanzan-us68-mil-millones-y-crecen-13/>.

²³ La Ley 21.033 crea la XVI Región de Ñuble y las provincias de Diguillín, Puntilla e Itata; la fecha de promulgación es el 19 de agosto de 2017, y la Ley se publicó el 5 de septiembre de 2017.

A este cuadro de situación sobre Chile quisiéramos agregar la información sobre los gases de efecto invernadero emitidos a nivel nacional. El Sistema Nacional de Inventarios de Gases de Efecto Invernadero de Chile (SNICHile)²⁴ se ha encargado de actualizar el Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero, que dan cuenta que las emisiones totales alcanzaron los 109.908,8 Gg CO² eq incrementándose 113.4% más respecto a 1990, y el balance de emisiones se contabilizó en 70.054,4 Gg CO².²⁵ De acuerdo con los gases emitidos, el CO² sigue siendo el principal gas emitido (78,4), luego el metano (10,7%), N₂O (10%) y gases fluorados (0,9%). Si bien las emisiones nacionales de GEI no exceden el 0,3 % de las emisiones mundiales, no deja de preocupar que aún en medio de la toma de conciencia de la problemática climática la tendencia al alza de las emisiones se mantiene.

Sobre la matriz de GEI, el Inventario Nacional revela que el sector energía es el principal emisor de GEI (77.4%), mayoritariamente por el consumo de carbón mineral y diésel para la generación eléctrica y el consumo de diésel en el transporte terrestre. El sector agricultura, silvicultura y otros usos de la tierra (AFOLU) es el único que absorbe GEI en el país, y se mantiene como sumidero durante el periodo relevado.²⁶

La existencia de un Sistema Nacional de Inventarios de GEI desde hace varios años nos da una pauta de la voluntad de transparentar las informaciones sobre la matriz de emisiones que tiene Chile, que marca un punto de partida para la toma de decisiones para enfrentar el cambio climático. Estas informaciones también son valiosas para el sector privado, que es un gran convidado a ocuparse de temas ambientales en sus estrategias empresariales.

²⁴ El Sistema Nacional de Inventarios de Gases de Efecto Invernadero de Chile (SNI-Chile) surge como respuesta a la necesidad de informar a la ciudadanía sobre las emisiones y absorciones de GEI en el país. El Inventario actualizado corresponde al periodo 1990-2013. El Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero tiene las siglas de INGEL. Cfr. SNICHile, 2017, disponible en: <http://www.smichile.cl>.

²⁵ Cuando hablamos de este ítem, hacemos referencia al balance de emisiones y absorciones de GEL, expresadas en dióxido de carbono equivalente (CO² eq).

²⁶ “Respecto de las emisiones de GEI totales por sector, el sector Energía representó un 77,4%, seguido del sector Agricultura (12,5%), del sector IPPU (6,0%), y finalmente del sector Residuos (4,1%)”. Ministerio del Medio Ambiente, Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC, 2016, p. 198 y cc., disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>.

2. Principales cambios climáticos y vulnerabilidades

Sobre los impactos del fenómeno, Chile es un país vulnerable al cambio climático; así lo señala el régimen internacional de cambio climático y lo recalca el Ministerio de Medio Ambiente en su Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC; esto, debido a que el país cumple con siete de las nueve características de vulnerabilidad, estas son: áreas de borde costero de baja altura; zonas áridas y semiáridas; zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal; propensión a los desastres naturales; zonas propensas a la sequía y la desertificación; zonas urbanas con problemas de contaminación atmosférica, y zonas de ecosistemas frágiles y montañosos, como las cordilleras de la costa y de los Andes.²⁷

A continuación, haremos un breve recuento destacando los principales cambios climáticos observados en Chile, actuales y futuros:²⁸

- La principal tendencia observada en las temperaturas medias en Chile hasta 2010 es un patrón de calentamiento en los valles centrales y en los Andes cordilleranos, y por otra parte se observa un fenómeno de enfriamiento en las costas.
- Periodos de megasequía en el norte de Chile, entre las regiones de Coquimbo a Bío Bío existe un déficit de precipitación superior al 30%.
- Se incrementarán la ocurrencia de sequías e incendios forestales, estos últimos por tres factores claves:²⁹ los aumentos en las temperaturas, el incremento de la aridez del suelo y la disminución de precipitaciones.
- Cambios de temperatura y patrones de lluvia, isoterma 0°, con efectos en la acumulación y derretimiento de nieve, alterando así los caudales de ríos. Se han visto aumento de las inundaciones y aluviones tanto en el norte como en centro del país.

²⁷ Ministerio del Medio Ambiente, Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC, 2016, p. 246 y ss., disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>.

²⁸ Seguimos las informaciones incluidas en la Tercera Comunicación, *op. cit.*, pp. 248-259.

²⁹ En la comunicación, en el “Recuadro 3-2. Incendios forestales y cambio climático” se explica la relación incendios forestales con el fenómeno en Chile, *op. cit.*, p. 272.

- Se observan evidentes tendencias al retroceso de los principales glaciares de Chile.³⁰
- El nivel del mar en el mundo ha venido en aumento,³¹ sin embargo, en Chile este efecto también se relaciona con la actividad sísmica. En la zona norte del país, el nivel del mar ha disminuido. En la zona centro y sur ha aumentado, y es en la isla de Pascua donde ha aumentado con 3,2 mm/año.
- Los oleajes han aumentado en Chile central en 10 cm de altura, y la dirección de éstos ha cambiado en 12° durante los últimos veinte años; ello también se ve influenciado por otros fenómenos del mar. Se prevé que siga en aumento la altura del oleaje, aunque faltan estudios de su comportamiento.
- El aumento del CO² en el ambiente disminuye el pH del mar, y junto con ello el mar se acidifica.³² Este fenómeno es evidente, el pH se ha reducido a un ritmo más rápido en los últimos años, y la zona costera de Chile se verá afectada, como también las desembocaduras de los ríos. Se verán impactos en distintas especies de importancia comercial y otras especies marinas.

Como consecuencia de estos cambios climáticos, las mayores vulnerabilidades ocurrirán en los siguientes sectores:

- Recursos hídricos disponibles: la baja en el patrón de precipitaciones de la zona norte del país hasta la región de los lagos alterará los periodos de siembra y cultivo; éstos se retrasarán, y su rendimiento será menor. Con todo, se estima que los sectores agricultura, frutícolas y la silvicultura se verán perjudicados.³³

³⁰ Se cuenta con mayores informaciones sobre el comportamiento de los glaciares blancos, no así de los rocosos, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

³¹ “El Nivel Medio del Mar (NMM) ha aumentado en las décadas recientes debido a la dilatación térmica y el deshielo de los glaciares, de los casquetes de hielo y de los mantos de hielo polares. De acuerdo con el IPCC (2014a), el NMM mundial se elevó 0,19 (0,17 a 0,21) en el periodo 1901-2010, y se espera que aumente entre 0,26 y 0,82 m entre 2081 y 2100”. *Ibidem*, p. 257.

³² *Op. cit.*, p. 259.

³³ Se incluye el sector biodiversidad en la comunicación tercera, *op. cit.*, pp. 267-273.

- Actividad pesquera, tanto artesanal como de extracción y acuícola: como país de grandes costas que tiene una relevante actividad pesquera, ésta se verá afectada por cambios en el mar, que provocarán disminución de la captura de algunas especies.³⁴
- Sector de energía: también podrán verse mermas, en especial en el sector hidroeléctrico, por alteraciones en los cursos de agua. A esto se añaden los cambios en patrones de viento, que pueden alterar la generación de energía eólica, los de precipitaciones en generación termoeléctrica, entre otros.³⁵
- Infraestructura:³⁶ puede haber daños por mayor frecuencia e intensidad de desastres naturales. Esto significará grandes costos en adaptación de la infraestructura actual, tales como obras de contención, drenaje, etcétera. Los mayores problemas que se están produciendo, como el aumento de aluviones e inundaciones en el norte y centro del país, ya han tenido graves consecuencias para la población. Asimismo, el incremento de marejadas, tormentas, oleajes y aumento del nivel podrá agravar daños en infraestructura en zonas costeras, caminos, puertos, navegación, entre otros.
- Ciudades: las cinco mayores amenazas detectadas son: inundaciones, aludes, aluviones, deslizamientos, sequías y olas de calor. Las consecuencias de dichos fenómenos en ciudades se agravan por falta de medidas de los gobiernos locales.

³⁴ Durante 2016 aumentaron los episodios de marea roja en el sur de Chile, ello debido a múltiples factores, que aún se estudian, entre ellos la intensidad del fenómeno del “niño”, aumento de temperaturas en las aguas y otros, que podrían estar influenciados por el fenómeno climático. La Comunicación expresa que hay estudios que arrojan impactos positivos al sector pesquero generadas por el cambio climático, *op. cit.*, p. 277.

³⁵ La tendencia a utilizar energías renovables no convencionales (ERNC), como la solar, termosolar, eólica y geotérmica, implica que muchas veces ellas se ven sujetas a los cambios climáticos, con la correspondiente problemática en la provisión e inseguridad de los consumidores. En la misma Comunicación se indica que hay estudios encabezados por el Ministerio de Energía sobre las vulnerabilidades en el sector energía, pero faltan informaciones. Coincidimos con esta afirmación. *Cfr. op. cit.*, pp. 278-280.

³⁶ La infraestructura es un sector tradicionalmente relacionado con las inversiones, y, por ende, la necesidad de conectar el cambio climático con las inversiones, se va imponiendo como parte de las nuevas derivaciones que tiene la temática.

— La salud de la población se verá vulnerada, producto de los fenómenos climáticos extremos. Se espera que no estén asociados a mortalidad si se toman las medidas adecuadas y a tiempo.³⁷

Atender cómo estos cambios climáticos y avance de las vulnerabilidades son conocidos y apreciados por la sociedad chilena es información relevante para la toma de decisiones de las autoridades públicas, lo que veremos a continuación.

3. *Las percepciones del cambio climático en Chile*

El cambio climático, al igual que cualquier problema ambiental, se hermana con dos conceptos que son parte de nuestra vida societal; ellos son el riesgo y la incertidumbre. En el terreno ambiental, se entiende por riesgo la probabilidad de que se produzca un evento con consecuencias dañosas, que pueden causar una degradación del medio ambiente o de algunos de sus componentes, incluidos los aspectos socioculturales.³⁸ Como puede advertirse, la definición supone que ese evento dañoso, que se encuentra latente, tiene la aptitud de afectar el entorno en su conjunto o a uno o más de sus elementos, como el aire, el agua o los aspectos socioculturales.

La percepción del riesgo es un concepto que depende de muchas variables, desde la educación (a mayor educación, mayor percepción del riesgo), al manejo de los medios de comunicación social, entre otros. El concepto de riesgo, su evaluación y la disposición a aceptarlo, es un problema social,³⁹ y no es posible la aplicación uniforme del término “riesgo”. Incluso la percepción frente al riesgo varía en las distintas sociedades y en el tiempo. La conciencia social de reducir la vulnerabilidad frente a

³⁷ En la “Figura 3-24. Síntesis de impactos a la salud relevantes para Chile producto del cambio climático según zona geográfica” se indican los mayores problemas de salud ubicados por zona geográfica, *op. cit.*, p. 288. Se espera que se provean mayores estudios sobre los impactos en la salud del cambio climático en Chile.

³⁸ Definición de la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas (UNISDR), *Terminología de la UNISDR 2009*, disponible en: http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf

³⁹ Luhmann, Niklas, *Sociología del riesgo*, México, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992, p. 29.

los riesgos cambia de sociedad en sociedad, siempre asumiendo que no existen sociedades de riesgo cero ni que sea posible eliminar los riesgos de nuestras vidas privadas o sociales.

El cambio climático, como problemática global, registró en sus inicios, incertidumbres sobre el origen del fenómeno, si naturalmente la tierra se estaba calentando o las actividades del hombre eran las responsables. En 1992, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático resuelve de inicio el tema, indicando que

Por “cambio climático” se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables (artículo 1o., punto 2).

En otro sentido, la incertidumbre que se crea sobre los efectos directos o indirectos a las poblaciones por los eventos extremos y los impactos del cambio climático ha sido parte de la labor en que se ha enfocado el Panel Intergubernamental de Cambio Climático desde 1988, lo que ha permitido contar con las informaciones científicas sobre el fenómeno como una forma de limitar las incertidumbres. Claramente el cambio climático es un nuevo condicionante del riesgo que asumimos como sociedad global, nacional y local.⁴⁰

Con relación a las percepciones de la sociedad chilena, contamos con la Encuesta Nacional de Medio Ambiente y Cambio Climático (2016), en la cual el medio ambiente es el quinto tema de preocupación para la población, luego de salud, la educación, los sueldos bajos y la delincuencia. El 43% de las personas encuestadas tiene una percepción negativa del estado del medio ambiente en Chile, y dentro de los problemas ambientales, el cambio climático se posiciona en quinto lugar, con un 4%. Pese a que este 4% parece poco, se observa que la mayor parte de las personas en-

⁴⁰ En esto nos diferenciamos de Beck, para quien el riesgo es asumido por la sociedad global, que justamente señala que el riesgo es una función de un orden nuevo, no es nacional, sino global. El mismo autor explica literalmente que “Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad ha experimentada peligros. Pero es el régimen de riesgo una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global”. Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Siglo XXI, 2001, p. 5.

cuestadas (77%) dicen sentirse muy preocupadas por el cambio climático, porcentaje que se amplía a 90% acerca de quienes consideran que es un deber moral hacer algo para enfrentarlo.⁴¹

En definitiva, la población de Chile muestra algún grado de conocimiento sobre el tema, a diferencia de lo que sucede en otros países como Estados Unidos, en que gran parte de la población niega el fenómeno del cambio climático o lo atribuye a causas puramente naturales.⁴²

4. *La participación de Chile en el sistema de protección internacional de cambio climático*

En el marco de las negociaciones del régimen internacional del cambio climático,⁴³ representado por la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto y el Acuerdo de París, la región de América Latina y el Caribe ha tenido un significativo papel, a pesar de que las negociaciones han estado marcadas por la dificultad y complejidad. Chile ha participado activamente de las iniciativas que se han llevado a cabo en el sistema internacional.

⁴¹ Como se observa en la encuesta, en general las personas tienen algunas aproximaciones acertadas sobre el cambio climático, entre ellas: saben acerca del origen antropogénico del fenómeno de cambio climático, y lo asocian con cambios de temperatura, lluvias, entre otros. Saben que el fenómeno está ocurriendo (84%), y que sus impactos serán graves (89,9%). El 52% de los encuestados creen que la situación puede ser reversible si se toman medidas adecuadas (señalan incluso a los científicos como punto clave y a autoridades, como el gobierno y el Ministerio de Medio Ambiente). Pese a lo anterior, el 85% cree sentirse nada o poco informado al respecto. Disponible en: mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Presentacion_ENMA-MMA.pptx.

⁴² Se valora mucho esta encuesta, porque de manera sistemática demuestra cómo la percepción ciudadana en relación con el medio ambiente va cambiando. Fue realizada por investigadores de la Universidad de Chile, del Ministerio del Medio Ambiente y del (CR)2 o Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia. Disponible en: <http://www.facso.uchile.cl/noticias/132429/las-responsabilidades-sociales-ante-el-cambio-climatico>.

⁴³ Al referirnos a régimen ambiental, seguimos la caracterización de Borrás Pentinat, quien lo define por tener una estructura jurídica (los tres tratados internacionales), institucional (como la Conferencia de las Partes COP), una secretaría permanente, mecanismos de control de la aplicación y el cumplimiento (como las comunicaciones de los Estados al CMNUCC), y mecanismos asistenciales del cumplimiento de los Estados. Borrás Pentinat, Susana, *Los regímenes internacionales de protección del medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 26-28.

Respecto al primer instrumento internacional, la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) fue suscrita el 9 de mayo de 1992 en la Conferencia de Río, y el Congreso Nacional la aprobó mediante Decreto 123 del Ministerio de Relaciones Exteriores (15/12/1994), e inició su vigencia el 13 de abril de 1995.

La adhesión al Protocolo de Kioto se inicia con su suscripción, el 17 de junio de 1998; sin embargo, la ratificación demoraría unos cuantos años, siendo aprobado por el Congreso Nacional, y publicado por Decreto supremo 349 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 16 de febrero de 2005.⁴⁴ El instrumento de ratificación se depositó ante el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de agosto de 2002, y que conforme al numeral 1 de artículo 25 del Protocolo entró en vigor el 16 de febrero de 2005.

El Acuerdo de París marca un antes y un después en los tiempos de entrada en vigencia de los tratados internacionales ambientales, que se produjo en tiempo récord, tendencia seguida por Chile en su rápido proceso de adhesión.⁴⁵ Así, en diciembre de 2015 fue aprobado por la COP21 en París, y firmado por la presidenta Bachelet en septiembre 2016 en Nueva York, luego fue ingresado al Congreso, y por Decreto 30 del 23 de mayo de 2017 fue publicado; y promulgado el 13 de febrero de 2017.

Como fruto de los compromisos internacionales, Chile envió hasta la fecha tres comunicaciones al régimen internacional. La primera comunicación fue en 2000; la segunda comunicación se concluyó y envió en 2011, y la tercera comunicación se ha realizado a finales de 2016, la que da cuenta de una profusa información sobre las medidas nacionales para hacerse cargo del cambio climático.

Frente al régimen internacional, básicamente el principal objetivo de Chile es reducir al 2030 sus emisiones de CO² por unidad de PIB en un 30% con respecto al nivel alcanzado en 2007, considerando un crecimen-

⁴⁴ Promulga el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y sus anexos A y B.

⁴⁵ Nava Escudero indica: “El recientemente adoptado AP (diciembre de 2015) permite identificar el predominio de normatividad *soft* en este tipo de tratados, tal y como sucedió, si bien con rasgos y matices diferentes, con sus antecesores: la CMNUCC y el PK.”. Por ello, para el autor es exagerado el triunfalismo con el que se ha caracterizado al Acuerdo de París. Nava Escudero, César, “El Acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 147, 2016, pp. 130 y 131.

to económico futuro que le permita implementar las medidas adecuadas para alcanzar este compromiso.⁴⁶ Este compromiso voluntario ha dado lugar a la Contribución Nacional Tentativa de Chile (INDC) presentada al régimen internacional en septiembre de 2015.⁴⁷ Con este compromiso, sumado a los compromisos voluntarios de 186 Estados partes de la CMNUCC,⁴⁸ se llegó a la COP 21, acordándose el Acuerdo de París, que plasmó los compromisos a largo plazo que los Estados fueron asumiendo en varios años de negociaciones de modo de aunar esfuerzos para una acción climática mancomunada.

5. Redondeando

De lo expuesto en esta sección, las informaciones básicas de Chile muestran buenos indicadores económicos, siendo el primer país sudamericano en ingresar a la OCDE,⁴⁹ con un acceso a la energía que muestra una gran demanda presente y futura, y con cambios climáticos ya instalados en la realidad, a la vez de una tendencia en alza de sus emisiones. En el plano internacional, ha sido un Estado activo tanto en las negociaciones como en su adhesión al régimen ambiental.

El cambio climático es un condicionante del riesgo que está aumentando la vulnerabilidad de la población chilena, que así lo está percibiendo, y como un riesgo comprobado, requiere seguir siendo incluido en la toma de decisiones enmarcadas en políticas públicas, que deben tener como punto de partida el estado de situación doméstico.

⁴⁶ Seguimos el Segundo Informe Bienal de Actualización de Chile elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente, de noviembre 2016, p. 21. Esta disminución del 30% podría llegar hasta un 45% con apoyo internacional; además, Chile se comprometió al manejo sustentable y a la recuperación de 100 mil hectáreas de bosque, principalmente nativo, para la captura de GEI, disponible en: http://www.snichile.cl/sites/default/files/documentos/2016_re2iba_chile.pdf.

⁴⁷ Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf>.

⁴⁸ La información puede corroborarse en *20 Minutos*, edición España, disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/2626925/0/acuerdo-cambio-climatico/paris-cop21/preguntas-respuestas/>.

⁴⁹ OCDE, siglas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. El ingreso de Chile en 2010 a esta prestigiosa institución también se debe a su sistema político y democrático.

III. LA ARQUITECTURA CLIMÁTICA EN CHILE: INSTITUCIONALIDAD Y MEDIDAS PRINCIPALES

Ante esta problemática climática, cabe preguntarse quién asume el liderazgo en Chile para hacerse cargo, quién está autorizado para tomar las decisiones sobre cambio climático, qué institucionalidad se ha creado para afrontar las acciones en las que nos detendremos infra, y cuáles son esas primordiales medidas climáticas.

1. *La institucionalidad a cargo del cambio climático*

En virtud de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente 19.300 y su modificatoria, la Ley 20.417,⁵⁰ con la creación de la nueva institucionalidad ambiental encabezada por el Ministerio del Medio Ambiente, Chile da un paso más al subir el estatus del ambiente a la categoría ministerial. Expresamente al amparo del artículo 70.h. de la Ley de Bases del Medio Ambiente 19.300, se crea la Oficina de Cambio Climático, que concreta la obligación del Ministerio de “proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático”.⁵¹

Luego, en 2015 se transforma en el Departamento de Cambio Climático, manteniendo sus funciones, pero ahora integrando la División de Calidad del Aire y Cambio Climático. En marzo de 2017 se crea la División de Cambio Climático, que reemplaza al departamento mencionado, y que incluye tres departamentos, que gozan de la máxima jerarquía administrativa.

El tema climático no sólo queda a cargo de esta División, sino que incardina con el resto de institucionalidad; así, se relaciona con el Conse-

⁵⁰ La Ley 20.417 fue promulgada el 12 de enero de 2010 y publicada el 26 de enero 2010. El artículo 70 dispone que “Corresponderá especialmente al Ministerio: h) Proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático. En ejercicio de esta competencia deberá colaborar con los diferentes órganos de la Administración del Estado a nivel nacional, regional y local con el objeto de poder determinar sus efectos, así como el establecimiento de las medidas necesarias de adaptación y mitigación”.

⁵¹ La Resolución 269 de 2013 de la Subsecretaría de Medio Ambiente establece las funciones de la Oficina de Cambio Climático en su artículo 5o. En la misma época se creó el Comité Asesor de Cambio Climático por Resolución 197 de 2013 del Ministerio del Medio Ambiente.

jo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS en adelante) como órgano encargado de proponer al presidente de la República las altas políticas públicas relacionadas con el medio ambiente.

Este Consejo se pronuncia sobre iniciativas, ya sean proyectos de ley o actos administrativos que aborden la temática ambiental, cualquiera que sea el ministerio de origen; en su integración interministerial logra que los intereses de los ministerios estén presentes.⁵² En las temáticas que aborda el Consejo se hace evidente que el cambio climático va adquiriendo relevancia.

Al mismo tiempo, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad cuenta con un Consejo Consultivo de Apoyo, que reúne a personas del ámbito privado, academia, organizaciones no gubernamentales (ONG), y sector público.

Bajo el ala del Ministerio de Medio Ambiente se encuentra un Equipo Intersectorial de Cambio Climático (ETICC), formado por personal de los distintos ministerios; el Equipo es coordinado a través del Departamento de Cambio Climático, que dentro de sus funciones específicas se relaciona con otros organismos, como el Asesor Técnico del Comité para la Negociación Internacional, las autoridades designadas para el Fondo de Adaptación, Mecanismos de Desarrollo Limpio,⁵³ entre otras.

A nivel regional se articuló el funcionamiento de la institucionalidad en cabeza de los comités regionales de cambio climático (CORECC), en donde participan los SEREMIS (secretario regional ministerial), los GORE (que son los gobiernos regionales [GORE] liderado por sus intendentes) y los CORE, el Consejo Regional o Core que está integrado por consejeros de cada región,⁵⁴ y los gobiernos provinciales y municipios.

⁵² Los ministerios son: Medio Ambiente, Agricultura, Hacienda, Salud, Economía, Fomento y Reconstrucción, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería, Desarrollo Social, y el último en integrarse fue el Ministerio de Relaciones Exteriores, dadas las negociaciones a nivel internacional sobre el cambio climático.

⁵³ Para el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) previsto por el Protocolo de Kioto, la autoridad nacional designada fue en un comienzo la CONAMA, luego pasó a ser la Oficina de Cambio Climático y el posterior Departamento de Cambio Climático. Se cuenta además con un comité técnico, que se encarga de revisar los proyectos que postulan para la aprobación nacional. Disponible en: <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-54780.html>.

⁵⁴ En cada una de las regiones de Chile existe un gobierno regional, constituido por el intendente y consejo regional. Hasta 2012 eran elegidos por los concejales de cada comuna de la región, pero a partir de 2014 son elegidos por voto popular.

Este Consejo también es apoyado con un consejo consultivo integrado por los mismos miembros, pero a nivel de cada región.

Si bien los comités regionales de cambio climático están en pleno proceso de constitución, se espera que promuevan políticas climáticas en las regiones acordes a la Estrategia Nacional y a las estrategias regionales de desarrollo, y que constituyan una instancia más de encuentro entre el sector público y privado para enfrentar esta común amenaza.

De reciente creación,⁵⁵ destaca la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático, que tiene varios temas entre sus tareas a cargo,⁵⁶ en especial los acuerdos de producción limpia, que han sido utilizados para incorporar la producción limpia y las medidas la mitigación de emisiones; estos acuerdos han estado por varios años a cargo del Consejo Nacional de Producción Limpia. La relevancia de estos acuerdos es que fueron considerados para el régimen internacional de cambio climático como la primera Acción de Mitigación Nacionalmente Apropriada (NAMA por su sigla en inglés) realizada por Chile.⁵⁷

2. Principales instrumentos de gestión climática y medidas

Históricamente, el primer instrumento que abordó el cambio climático con una perspectiva integral fue la Estrategia Nacional de Cambio Climático de 2006 y el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008-

⁵⁵ Desde el 1o. de enero de 2017 comenzó a operar la nueva Agencia de Cambio Climático y Sustentabilidad. Disponible en: <http://www.cambioclimaticochile.cl/agencia-de-cambio-climatico-y-sustentabilidad-comenzara-a-operar-el-1-de-enero-de-2017/>.

⁵⁶ Las informaciones de los APL y la tarea a cargo del Consejo Nacional de Producción Limpia (CPL) que es un organismo público-privado dependiente del Ministerio de Economía-Corfo, y propicia estos acuerdos de carácter voluntario celebrado entre una asociación empresarial representativa de un sector productivo y los organismos públicos competentes a través de metas y acciones específicas en un plazo determinado para el logro de lo acordado. La Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático es un Comité Corfo, que también tiene a cargo como el Acuerdo Voluntario de Pre-inversión. Disponible en: http://www.agenciasustentabilidad.cl/pagina/quienes_somos_1.

⁵⁷ Las NAMAS o acciones nacionalmente apropiadas de mitigación (NAMAs Nationally Appropriate Mitigation Actions) de las Naciones Unidas son un instrumento para que los países en desarrollo hagan aportes de mitigación de manera voluntaria. Chile validó internacionalmente a los APL como la primera medida en este sentido en 2012. Disponible en: [http://www.cpl.cl/Acuerdos\(APL\)/](http://www.cpl.cl/Acuerdos(APL)/).

2012 (PANCC I). Actualmente y en su reemplazo, se cuenta con el nuevo Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (PANCCII) 2017-2022,⁵⁸ que se desarrolla en un escenario de mayor conocimiento, de avances concretos obtenidos a través del primer plan de acción y de más serios compromisos internacionales.

Este nuevo Plan Nacional se presenta con el objetivo de integrar y orientar todas las acciones referidas al cambio climático; ha estado sujeta a consulta pública el anteproyecto en 2016. Pareciera que el planteo del Plan asume la necesidad de guardar la coherencia en las acciones que se están llevando a cabo, con el objetivo final de promover una economía baja en carbono y generar resiliencia a nivel local y nacional.⁵⁹ Veamos a continuación las medidas que indicamos agruparíamos en cuatro grupos: mitigación, adaptación, financiamiento y transferencia de tecnología, siendo las últimas las referidas a pérdidas y daños.

A. *Mitigación*

Cuando nos enfocamos en la mitigación, según informaciones propias del Ministerio de Medio Ambiente, la principal medida es la Ley 20.698. Esta Ley, firmada en 2013, establece que para 2025 el 20% de la energía producida en Chile provendrá de fuentes renovables. En el marco de dicha Ley, Chile asumió un conjunto de acciones de mitigación, que fueron más allá de los compromisos establecidos en la Convención para los países no (anexo I). Entre las principales acciones tempranas de mitigación están el Programa de Eficiencia Energética y la Ley 20.257 de Fomento de las Energías Renovables.

En el sector energía, el Ministerio de Energía está avanzando con el Plan de Mitigación de Gases de Efecto Invernadero para el Sector Energía, donde convergen las acciones de mitigación en el marco del Acuerdo de París asociadas a la Política Energética Nacional 2050 (PEN

⁵⁸ La elaboración del Plan ha corrido por cuenta del Departamento de Cambio Climático del Ministerio del Medio Ambiente, en estrecha coordinación con otros ministerios e instituciones competentes en la materia. Fue aprobado por Acuerdo 22/2017 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, disponible en: http://portal.mma.gob.cl/wpcontent/uploads/2017/07/plan_nacional_climatico_2017_2.pdf.

⁵⁹ Así se expone en el Plan Nacional, *op. cit.*, p. 30.

2050);⁶⁰ este plan fue sometido a consulta pública y aprobado en diciembre de 2017.

Otro instrumento de relación entre el Ministerio del Medio Ambiente y otros actores públicos y privados es el llamado Programa Huella Chile, iniciativa que busca fomentar la gestión de GEI en organizaciones públicas y privadas para la mitigación de las emisiones generales,⁶¹ de modo voluntario y destinado a la obtención del logo de reconocimiento de cuantificación de GEI.

B. Adaptación

Junto con el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático (PANCCII), Chile ha desarrollado planes específicos, enfocados en la adaptación. El más significativo es el “Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático”,⁶² que ampara a todos los planes sectoriales, y que fue aprobado el 1o. de diciembre de 2014 por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, que cuenta con los siguientes planes sectoriales: a) el Plan de Adaptación del Sector Silvoagropecuario, aprobado en 2013 por el CMS, actualmente en ejecución; b) el Plan de Adaptación al Cambio Climático para Pesca y Acuicultura, aprobado en 2015 por el CMS, de igual forma actualmente en ejecución; c) el Plan de Adaptación de los Servicios de Infraestructura al Cambio Climático 2017-2022 aprobado en noviembre de 2017 por el CMS;⁶³ d) el Plan de Adaptación al Cambio

⁶⁰ El Plan apoya una transición paulatina hacia una economía y una matriz energética significativamente más baja en carbono hacia el 2050. Expresamente señala en el prólogo, que procura “El aprovechamiento de los recursos energéticos renovables, así como el uso de combustibles de bajas emisiones, y la profundización de acciones en materia de eficiencia energética, son elementos cruciales en esta transición, por lo que han sido reflejados en las acciones propuestas en este Plan”. Disponible en: http://www.energia.gob.cl/sites/default/files/plan_de_mitigacion_energia.pdf.

⁶¹ En la *website* oficial del Programa se dice que hay más de doscientas organizaciones registradas en el Programa. Disponible en: <http://www.huellachile.cl/actividades-2017/>.

⁶² Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Plan-Nacional-Adaptacion-Cambio-Climatico-version-final.pdf>. La adaptación es concebida con base en cuatro acciones transversales, a saber: investigación científica, comunicación y educación ambiental, fortalecimiento institucional y reducción del riesgo de desastres (RRD). *Cfr. op. cit.*, p. 43.

⁶³ Este Plan incluye medidas de mitigación, y ha sido elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente y el Ministerio de Obras Públicas. El Plan se ocupa del cambio de

Climático en Biodiversidad, aprobado en 2014 por el CMS, en ejecución, y e) el Plan de Adaptación al Cambio Climático del Sector Salud (que abarca de 2016-2020); sobre estos dos últimos volveremos *infra*.

En similar línea, existe desde 2009 la Estrategia Nacional para Glaciares,⁶⁴ que se ocupa de su posible manejo frente a escenarios futuros.

De los instrumentos de adaptación que están en proceso de aprobarse, tenemos el Plan de Adaptación para Ciudades y el Plan de Adaptación del Sector Energía, que tuvieron en 2017 sus procesos de consulta y participación pública; por su parte, el Plan de Recursos Hídricos y el Plan de Adaptación para el Turismo se pretenden que vean la luz en 2018.

Del modo en que se han ido aprobando estos instrumentos climáticos, vemos que Chile ha ido sectorizando desde las áreas más vulnerables al cambio climático, y así ha generado los planes específicos. Ellos aseguran que cada ministerio participa en los planes, tanto en su elaboración como en su implementación, con labores específicas de acuerdo con la Estrategia Nacional.

Otro instrumento de gestión interesante lo constituye la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales, a cargo de la CONAF (Corporación Nacional Forestal), enfocada en la gestión de recursos vegetacionales y los componentes de la naturaleza asociados. Asume los procesos de desertificación, degradación de las tierras y sequía, que se asocian al cambio global, comprendiendo la problemática de los incendios;⁶⁵ fue presentada por Chile ante el Programa de REDD de Naciones Unidas (UN-REDD).

paradigma en la construcción de obras públicas como parte de la adaptación al cambio climático. Disponible en <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Plan-de-Accion-MOP.pdf>.

⁶⁴ Se ha discutido la conveniencia de que se dicte una ley específica de protección a los glaciares. La Estrategia está disponible en: <http://documentos.dga.cl/GLA5194v1.pdf>.

⁶⁵ Esta Estrategia se planifica del 2017 al 2025, y entre las principales medidas están la adaptación para reducir la vulnerabilidad asociada al riesgo de degradación de las tierras a través del manejo de los recursos vegetacionales, mediante la intervención de al menos 264,000 hectáreas, de forma directa entre 2017 y 2025. Y respecto a la mitigación, se procurará reducir las emisiones de GEI asociadas a la degradación y deforestación en un 20% al año 2025, con base en las emisiones del periodo 2001-2013, así como aumentar la capacidad de los recursos vegetacionales como sumidero de carbono. El UN-REDD es el Programa de las Naciones Unidas para la Reducción de Emisiones Causadas por la Deforestación y la Degradación de los Bosques. Disponible en: <http://www.unredd.net/>

¿Medidas de adaptación transformacional?

La relevancia de las medidas de adaptación se van incrementando ante la evidencia de la dificultad en disminuir las emisiones de GEI y el tiempo que los gases emitidos permanecen en la atmósfera; por ende, la adaptación, entendida como los ajustes en los sistemas naturales o humanos como respuesta a los estímulos climáticos presentes o esperados y a sus efectos que modere el daño o explote oportunidades beneficiosas;⁶⁶ desde esta concepción tradicional debiera avanzar hacia medidas de “adaptación transformacional” desde la perspectiva de los especialistas

Siguiendo a Fankhauser y McDermott,⁶⁷ las medidas de “adaptación transformacional” son aquellas que cumplen tres condiciones: son medidas de gran escala; contienen abordajes nuevos y el uso de instrumentos nuevos, e implican un cambio estructural de las actividades económicas y/o en la ubicación de las actividades económicas. Esta adaptación transformacional se da con fricciones; su éxito depende no tanto de la política económica, sino de las políticas de planificación del desarrollo; en muchos casos implica relocalización y migraciones de industrias y de empleados, entre otras acciones.

Para examinar si esta tipología de medidas está presente en los planes de adaptación que se están implementando en Chile, se revisaron dos planes en específico: el de Salud y el de Biodiversidad.

En el Plan de Adaptación al Cambio Climático en Biodiversidad⁶⁸ no se observan medidas transformacionales; el Plan ubica tres grupos de medidas, que son las siguientes: acciones para reducir el estrés antropogénico sobre ecosistemas y especies; las segundas son medidas directas de protección y conservación para reducir el estrés bioclimático;

announcements-and-news/2558-chile-oficializo-su-estrategia-nacional-de-cambio-climatico-y-recursos-vegetacionales.html.

⁶⁶ La traducción nos pertenece. Robinson, Nicholas; XI, Wang; Harmon, Lin; Wegmueller, Sarah, *Dictionary of Environmental and Climate Change Law*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 3.

⁶⁷ Fankhauser, Sam y McDermott, Thomas K. J., “Climate-Resilient Development: an Introduction”, en Fankhauser, Sam and McDermott, Thomas (ed.), *The Economics of Climate-Resilient Development*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 8.

⁶⁸ El Plan se encuentre disponible en: http://www.mma.gob.cl/1304/articles-55879_Plan_Adaptacion_CC_Biodiversidad_Final.pdf. Debe considerarse que se encuentra en el Congreso el proyecto de creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

y el tercer grupo de medidas se refiere al fortalecimiento de capacidades de manejo a través de actividades de investigación, monitoreo e información. Se sigue una línea tradicional de adaptación con un énfasis en la investigación, que de todos modos de lograrse estos objetivos, podemos advertir que la biodiversidad estará mejor conservada y protegida que lo que está actualmente.

En cuanto al Plan de Adaptación al Cambio Climático del Sector Salud,⁶⁹ se explica que en el sector salud, dos desafíos son principales frente al cambio climático, a saber: desarrollar programas de nivel central para enfrentar necesidades a lo largo del país y adecuar los programas para proteger la salud con enfoque en grupos vulnerables. Según se señala en el Plan, aún no se evidencia una sobredemanda producto de efectos ligados al fenómeno, hasta ahora gran parte de las medidas sólo obedecen a fortalecer el sector salud en el que aún existen grandes desafíos; por ende, no se observan medidas transformacionales.

Algo interesante del Plan de Salud es que aborda el tema de la pobreza como uno de los factores a reducir para mejor adaptación; la vulnerabilidad climática se ha asociado fuertemente con la pobreza, de allí que alcanzar el crecimiento económico es también parte de las acciones; la construcción de la capacidad de adaptación requiere hacer frente a este desafío. Así, encontramos a Chile avanzando en la fase preparatoria en torno a las medidas de adaptación al cambio climático en salud.⁷⁰

De lo examinado, podemos concluir que no se han previsto en la adaptación que se está aprontando, medidas de adaptación transformacional. Esto posiblemente requiera de revisiones futuras; al menos los planes tienen fechas de caducidad, lo que en términos de profundización de las medidas se ve muy positivo.

⁶⁹ El Plan de Salud establece impactos asociados a eventos climáticos extremos, como lesiones en las personas, aumento de las defunciones, trastornos psicológicos y aumento de enfermedades diarreicas e infecciosas. Asimismo, en zonas geográficas afectados por la sequía, humedad e incluso contaminación, puede haber variaciones en los patrones de enfermedades transmitidas por mosquitos, llegada de enfermedades emergentes o reemergentes, aumento de enfermedades infecciosas y diarreicas, entre otras. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2017/02/Plan-de-Adaptacion-al-CC-para-SaludVersionFinal.pdf>.

⁷⁰ Mayor esfuerzo de coordinación y cooperación con organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y sus iniciativas sobre cambio climático sea requerido.

C. *Financiamiento y transferencia de tecnología*

El instrumento económico por antonomasia ha sido incluido en la reforma tributaria de 2014,⁷¹ denominado “Impuesto Verde”, que junto con gravar las emisiones de contaminantes locales de vehículos y fuentes fijas prevé un impuesto específico a las emisiones de CO², SO², Nx y MP de fuentes térmicas. Cabe mencionar que se espera que de manera indirecta se reduzcan las emisiones de GEI, y lo interesante de la medida es que por primera vez se coloca precio a la emisión de CO², fijándolo en cinco dólares la tonelada.

En cuanto a los mercados de emisiones, en la última comunicación nacional del Ministerio de Medio Ambiente se ha dejado claro que Chile está explorando incorporar instrumentos basados en mercado a las medidas para enfrentar el cambio climático.⁷² En el marco de esa preparación que está realizando en ésta área, Chile participa de la Partnership for Marketing Readiness (PMR), que es una iniciativa del Banco Mundial existente desde 2010.⁷³

Por último, debe hacerse presente que el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) del Protocolo de Kioto se aplica en Chile, con más de 151 proyectos, lo que lo posiciona como el tercer país en América Latina en la utilización de este instrumento.⁷⁴

⁷¹ En el artículo 8o. de la Ley 20.780, completada por las resoluciones exentas 1053 (del 14 de noviembre de 2016) y 184 (del 13 de marzo de 2017) de la Superintendencia de Medioambiente, que establecen instructivos para cuantificación y directrices para reporte de emisiones de fuentes fijas afectas al impuesto referido. La Ley se titula “Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario”, con fecha publicación el 29/09/2014, y fecha de promulgación el 26/09/2014. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1067194>.

⁷² Según la Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, texto de más de quinientas páginas donde Chile transparenta las medidas actuales y futuras sobre cambio climático. Ministerio del Medio Ambiente, *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>, p. 374.

⁷³ Si bien la PMR se enfoca en la mitigación del cambio climático, es en el marco de esta iniciativa donde Chile está explorando la creación de un mercado de emisiones local, lo que tiene una relación directa con el financiamiento, a más de llevar a la mitigación de las empresas que participan en el mercado. Disponible en: <https://www.thepmr.org/>.

⁷⁴ El Mecanismo de Desarrollo Limpio, que es aquel que consiste en que un país industrializado invierte en un proyecto de mitigación en un país en desarrollo, y de ese

Más arriba mencionamos los acuerdos de producción limpia, y destacamos que este instrumento de gestión tiene algunas particularidades que lo hacen destacar; por lo pronto ha sido creado por Ley 20.416,⁷⁵ y vemos que es una herramienta que busca profundizar el encuentro del sector privado con el público en materia de medidas de mitigación y adaptación. Entre sus objetivos está fomentar la producción limpia, con uso eficiente de recursos y la innovación en tecnologías limpias. Incluye el Fondo de Promoción de Producción Limpia (Fondo PL) como una iniciativa de la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático, que tiene por finalidad apoyar a las empresas en la implementación de producción limpia. Todas estas iniciativas en franca implementación están acercando la transferencia de tecnología y el financiamiento a la realidad de Chile.

Algo destacable es que Chile ha obtenido para sus políticas climáticas, financiamiento externo, como es el Fondo de Adaptación, que siendo creado por las partes del Protocolo de Kioto, se ha enfocado en financiar acciones de adaptación ante los efectos del cambio climático. Asimismo, el Fondo Verde del Clima, instrumento financiero creado por la CMNUCC, ha sido implementado por Chile, realizándose las adecuaciones institucionales al efecto, por parte del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, siendo la autoridad designada el subsecretario de Hacienda (Acuerdo 1/2016).

D. *Pérdidas y daños*

Como parte del análisis, debe considerarse que Chile es parte del cinturón de fuego del Pacífico, una de las zonas de mayor liberación de energía del planeta; a lo que se suma que es el segundo país a nivel mundial en la concentración de volcanes, con actividad sísmica y volcánica casi constante.⁷⁶ Esto determina que la gestión de riesgos de desastres sea un tema relevante en las tareas de las autoridades públicas, y que los sistemas de emergencia y alerta temprana sean parte de la cultura de la sociedad chilena.

modo gana certificados de reducción de emisiones, previsto en el artículo 12 del Protocolo de Kioto. Hay que ver qué resulta del MDL en el periodo post-Kioto 2020 en adelante y con el Acuerdo de París en proceso de implementación.

⁷⁵ Promulgado el 13 de enero 2010 y publicado el 3 de febrero de 2010.

⁷⁶ ONEMI, Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, *op. cit.*, p. 57.

Debe considerarse que algunos de los eventos extremos que señalamos más arriba como cambios climáticos tienen tal magnitud, que ingresan dentro de la gestión de riesgos de desastres, tarea que realiza la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (ONEMI), que incluye dentro de la Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres⁷⁷ y el Plan Estratégico Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres 2015-2018, las amenazas de origen natural, antrópico, y todas aquellas derivadas del cambio climático.⁷⁸

IV. OBSERVACIONES A LA ARQUITECTURA CLIMÁTICA EN CLAVE JURÍDICA

El haber colocado las políticas domésticas bajo la lupa nos permite confirmar que hay una voluntad por guardar coherencia entre las acciones que sigue Chile en el plano internacional y el escenario nacional. Esto requiere cuidar la equidad climática de las cargas que se van imponiendo, dado que en los hechos las acciones de mitigación y adaptación principalmente implicarán restricciones de derechos fundamentales. De allí que la posibilidad de una ley de cambio climático puede resultar más apropiada.⁷⁹

Se aprecia un esfuerzo de reacción, que requiere combinar de manera efectiva la mitigación y la adaptación,

...teniendo en cuenta además la interdependencia existente entre ambos planos, o mejor dicho, la dependencia de la intensidad del segundo respecto de la del primero. Es decir que cualquier intensificación en el esfuerzo en el

⁷⁷ La Política Nacional es el documento que establece los lineamientos generales a desarrollar en la materia; no incluye un ítem exclusivo de cambio climático, pero es nombrado como un objetivo específico en primer lugar. Disponible en: http://repositoriodigitalonemi.cl/web/bitstream/handle/2012/1710/POLITICA_NAC_2016_ESP.pdf.

⁷⁸ El Plan Nacional es el instrumento que define objetivos estratégicos, programas, acciones, plazos y responsables que permiten materializar lo establecido en la Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres vigente en Chile. Disponible en: http://siac.onemi.gob.cl/documentos/PLAN ESTRATEGICO_BA7A.pdf.

⁷⁹ Se cuenta con el estudio del Centro de la Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2), Moraga Pilar y Meckievi, Sol, *Análisis comparativo de legislación de cambio climático*, Santiago, CR2, 2016. Disponible en: www.derecho.uchile.cl/.../analisis-comparativo-de-la-legislacion-de-cambio-climatico.

plano de la mitigación supone una inversión que se traducirá en una menor intensidad en las necesidades futuras de adaptación.⁸⁰

Al respecto, si bien Chile no tiene una relevancia en el aporte global de emisiones de GEI, la intensidad de las actividades que están elevando las emisiones tiene consecuencias que requieren mayor profundización de las medidas de mitigación y adaptación.

Esto se relaciona con que Chile en su contribución nacional indicó que “Todos los sectores cuantificados en el Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero (1990-2010) están priorizados para realizar acciones de mitigación en Chile, a saber: energía, que incluye la generación y transporte de electricidad, transporte, industria, minería, vivienda, entre otros sectores consumidores de combustibles fósiles”. A primera vista esta afirmación resulta un tanto general, puesto que al no prohibirse compulsivamente las emisiones de GEI y establecerse cuotas de emisión, no son tan claras, hasta ahora, las medidas de mitigación.

Se observa que el régimen unitario de Estado adoptado por Chile puede ser un factor más que posibilite la adopción de las medidas climáticas, comparando con Estados federales (los que deben hacer un esfuerzo mayor por compatibilizar las competencias en materias ambientales, que muchas veces dejan espacios competenciales en manos de las provincias o estados). Coincidimos con Bang, Underdal y Andresen, que opinan que “Específicamente el grado de unidad en el poder de toma de decisiones influye en el proceso de toma de decisiones, donde más centralización de los poderes facilitará el cambio de políticas”.⁸¹

En general, entre las medidas de gobierno emprendidas en Chile se observan enfoques independientes de los niveles de gobierno nacional, regional y local. No pareciera muy claro el papel de las regiones en la gestión del cambio climático. A nivel local, hasta ahora la tercera comunicación está mostrando que faltan medidas preventivas tomadas por gobiernos locales para afrontar los impactos del cambio climático.⁸² Es inci-

⁸⁰ Salinas Alcega, Sergio, *El cambio climático: entre cooperación y conflicto. Propuestas desde el derecho internacional*, España, Thomson-Aranzadi, 2014, p. 264.

⁸¹ La traducción nos pertenece. Bang, Guri; Underdal, Arild; Andresen, Steinar (ed.), *The Domestic Politics of Global Climate Change*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, p. 14.

⁸² *Op. cit.*, p. 284.

piente aún, pero se espera que esto sea revertido por la institucionalidad que incluye los comités regionales de cambio climático (CORECC), que se están constituyendo. Es evidente que la resiliencia⁸³ debe iniciarse en el nivel más cercano a las personas para lograr su finalidad.⁸⁴

Mencionamos que la CONAF lleva adelante la Estrategia Nacional de Cambio Climático y Recursos Vegetacionales; aquí pueden presentarse problemas, dado que se trata de una corporación o entidad de derecho privado; se estima que se transformará en un servicio descentralizado en el futuro; pero podrían presentarse problemas de enfrentamiento de competencias entre distintos niveles administrativos.

Si bien se plantea la institucionalidad climática previendo estos niveles, hasta la fecha en las medidas no es posible apreciar con certeza esa necesaria coordinación. Éste es un pendiente que esperamos se resuelva en la implementación que colaborará por una gestión más sustentable. Ya desde el Acuerdo de París se propicia una gobernanza multinivel que se ocupe del cambio climático.

En específico sobre cambio climático, la OCDE, en su segunda evaluación de desempeño,⁸⁵ ha recomendado que debe fortalecerse y formalizarse la base institucional de la política sectorial junto con el monitoreo y evaluación de las políticas de adaptación y mitigación. En ese contexto, el gobierno instituyó la Agencia de Cambio Climático y Sustentabilidad que comentamos.

⁸³ Seguimos el glosario del CR2 (Centro del Clima y la Resiliencia) de la Universidad de Chile, que define a la “resiliencia”: capacidad de un sistema social o ecológico para absorber una alteración sin perder ni su estructura básica o sus modos de funcionamiento, ni su capacidad de autoorganización, ni su capacidad de adaptación al estrés y al cambio (siguiendo el IPCC, 2007). Disponible en: <http://www.cr2.cl/glosario/>.

⁸⁴ “...las ciudades juegan un rol importante en la formulación e implementación de actividades eficaces y realistas como respuesta al cambio climático... los impactos no se distribuyen de manera uniforme, puesto que dependen de múltiples factores como, por ejemplo, la exposición por ubicación geográfica, la desigualdad en la distribución de la infraestructura, o la capacidad de respuesta...”. Krellenberg, Kerstin; Welz, Juliane; Link, Felipe, *Cambio climático, vulnerabilidad urbana y adaptación a nivel municipal*. Santiago de Chile y otras ciudades de América Latina, Santiago, RIL Editores e Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales UC, 2017, pp. 30 y 31. El citado libro aborda la agenda de cambio climático en las ciudades de la región, enfocándose en el área metropolitana de Santiago de Chile.

⁸⁵ OECD/ECLAC, *Environmental Performance Reviews: Chile 2016*, Paris, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252615-en>.

En este primer análisis, el Estado chileno ha seguido los consejos de la CEPAL, en cuanto a que "...las políticas de adaptación deberían estar orientadas en una primera etapa a los sectores de los que se dispone de un mayor nivel de información con respecto a los efectos del cambio climático".⁸⁶

Estas consignas, sectorización y vulnerabilidad, han sido las premisas de las medidas que hemos venido analizando, que vistas en su conjunto pareciera que en algunos casos Chile está aún en una etapa de diagnóstico de la situación.

Desde la perspectiva numérica, son muchas y variadas las medidas que se están emprendiendo bajo la calificación climática, incluso advertimos una tendencia a incluir esta calificación a algunas medidas que ya eran parte del repertorio tradicional de actividades públicas estatales. Es razonable que este nuevo factor de riesgo se incluya en las acciones públicas tradicionales.⁸⁷

Lo destacable en este punto del análisis es la transparencia; las informaciones de las medidas climáticas están disponibles, a la vez que esto nos revela que hay una batería de medidas que se están aplicando; en muchos casos pareciera que falta una mayor labor coordinadora del Ministerio Medio Ambiente y de su área de Cambio Climático. La inflación de medidas descoordinadas puede ser tan contraproducente como no tenerlas.

El estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Chile indica que "...Chile carece de un enfoque integral para la reforma regulatoria...".⁸⁸ Esta conclusión es totalmente trasladable a cambio climático. Por eso esta puede ser una oportunidad para abrir el diálogo en temas regulatorios.

Esto nos permite mencionar algunos temores; por un lado, que se repita la experiencia de la antigua Comisión Nacional del Medio Ambiente

⁸⁶ Cepal (Comisión Económica para América Latina) y gobierno de Chile, *La economía del cambio climático en Chile*, Santiago, Naciones Unidas, 2012, p. 129.

⁸⁷ Se puede revisar la tabla de medidas de adaptación en Chile el estudio de Aldunce; Lillo; Vidal y Maldonado, *Base de datos de prácticas de adaptación a la variabilidad y cambio climático*, 2016. Disponible en: <http://www.cr2.cl/recursos-y-publicaciones/practicas-cambio-climatico/tabla-practicas/>.

⁸⁸ OECD, *Estudio de la OCDE sobre la Política regulatoria en Chile: la capacidad del gobierno para asegurar una regulación de alta calidad*, Paris, OECD Publishing, 2016, p. 15. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267060-es>.

(Conama), donde la “coordinación de la política ambiental” fue objeto de duras críticas; algunos problemas que pensábamos han sido superados por la creación del Ministerio del Medio Ambiente en 2010 podrían reaparecer ante el cambio climático, por la densidad normativa que ya es observable en el tema. Así las cosas, pensamos que el proyecto de ley climática podría ser una herramienta para superar estos posibles problemas.

Otro punto para apuntalar la conveniencia de una ley uniforme que aúne las medidas de mitigación y adaptación en Chile, es que hasta la fecha la mayor parte de estas medidas han sido tomadas por el Poder Ejecutivo, en cabeza del Ministerio de Medio Ambiente, con la participación (en algunos casos) del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y otros sectores públicos; la pregunta que nos surge es: ¿no se están abordando poderes de regulación que la propia Constitución de Chile ha colocado en cabeza del Poder Legislativo, bajo la pena de tomar medidas para afrontar el calentamiento global? Dejamos planteada esta interrogante, que hace a la relevancia y continuidad que merece el cambio climático en la agenda pública de Chile.

Un tema inevitable tiene que ver con la temporaneidad en los instrumentos climáticos que se están emitiendo; van quedando otros que han sido dictados con fechas anteriores y se advierte que un esfuerzo de compatibilidad y armonización se exigirá a la institucionalidad a cargo para reconciliar todos estos instrumentos de gestión y medidas climáticas.

Esto se puede apreciar cuando hablamos de la nueva Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático; observamos que las normas técnicas que están utilizando no están actualizadas; son normas de 2003 y 2009, redactadas incluso cuando no existían ISO sobre mitigación de GEI.⁸⁹

Junto con identificar los sectores más vulnerables, se espera que también se identifiquen los sectores que más emiten, y que las medidas, en especial de mitigación, se focalicen allí. En esto se espera que el sector energía, y en especial la minería, tengan una presencia de mayor peso en las medidas que se están emprendiendo, lo que tiene una connotación especial con Chile como el principal productor de cobre a nivel mundial. Este un tema significativo para Chile, que está acostumbrado a tener un saldo positivo en su balanza comercial, propiciado por las exportaciones que lideran su economía.

⁸⁹ Emitidas como ISO 14064, 14065 y 14066 en 2013.

Todas las medidas, planes y estrategias relevados deben combinarse con los instrumentos tradicionales de gestión ambiental, como la participación ciudadana y la educación ambiental.⁹⁰ En eso no se advierte la suficiente claridad de la institucionalidad a cargo del tema en asegurar esta coordinación.

No se observa en Chile una discusión de cambio climático con política industrial; sólo se relaciona con el sector energético. Esto nos está indicando una gran diferencia con políticas climáticas, por ejemplo, de países como Alemania, que ha demostrado una compatibilidad entre su política industrial, con la intención de ser un líder en el desarrollo de tecnología medioambiental.⁹¹

De las informaciones relevadas, no es posible tener certezas de que se esté trabajando con el sector privado para incorporarlo a estos temas, que exigen sumarlos de un modo más activo, incluso más allá de la responsabilidad social empresarial, que los prepare para las posibles afectaciones a la competitividad, que pueden derivarse en horizontes más exigentes ante medidas que afecten al comercio internacional.

V. REFLEXIONES FINALES

Este estudio nos ha permitido confirmar que Chile está teniendo una reacción frente al cambio climático; se está dejando de lado el pensamiento de que los países en desarrollo no tienen capacidad de adaptación, justamente organizándose y mostrando avances en el escenario doméstico de modo de compatibilizarlo con el régimen internacional de cambio climático, que incluye atender a medidas de mitigación, de adaptación, de financiamiento, de transferencia de tecnología y de pérdidas y daños con anticipación. El cambio climático es parte de la agenda pública de Chile.

⁹⁰ Destacamos el artículo de Gabriel Araya Ahumada, que señala insuficiencias regulatorias en relación con el valor normativo y el procedimiento de los instrumentos de adaptación, en especial del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. Araya Ahumada, Gabriel, “La responsabilidad del Estado en relación a la implementación de la política nacional de adaptación”, en Montenegro, Sergio; Aranda, Jorge; Insunza, Ximena; Moraga, Pilar; Uriarte, Ana Lya (ed.), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental, Recursos Naturales ¿sustentabilidad o sobreexplotación?*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2014, p. 23.

⁹¹ Según Koch, Hans-Joachim, “Climate Change Law in Germany”, *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 7, Issue 4, 2010, p. 421.

Destaca el esfuerzo por transparentar las medidas, facilitando que la información sea pública y disponible para los actores no estatales (ONG, corporaciones, sector privado, etcétera). Más medidas en que el sector privado sea parte deben explorarse; las sinergias que se pueden alcanzar pueden ser positivas para todos.

El esfuerzo de sumar transparencia también se refleja en las informaciones al régimen internacional de cambio climático sobre el estado actual de las medidas climáticas en Chile. Este camino seguido por Chile le ha permitido acceder a asistencia financiera, como el Fondo Verde del Clima, para que las cargas de las medidas tengan el menor efecto posible en los procesos económicos. Contar con este financiamiento es imprescindible para los países en desarrollo, y ya nadie discute que la implementación de este régimen ambiental es muy compleja, tanto que debe venir de la mano de la transferencia de recursos por los países desarrollados.

El debate en torno al cambio climático presta un espacio de reflexión no sólo para mejorar las regulaciones ambientales y climáticas que son necesarias, sino también para mejorar la transferencia de tecnología verde, que puede ser una oportunidad de reconvenir el mercado laboral ante la robótica y los avances que llegarán de todas maneras. En igual sentido, se espera que las inversiones sean parte de estas reflexiones.

Vamos advirtiendo que el mayor debate pendiente es en el sector energía, como gran emisor, y también como sector relevante, que podría tener otra mirada si se conectara con la política industrial o política de desarrollo productivo.

A pesar de no contar con una ley nacional de cambio climático, cuenta Chile con una batería de medidas que están en proceso de ser publicadas, entrando en vigencia y otras en proceso de elaboración. Es recomendable que antes de tomar alguna medida realicen el esfuerzo de pesar y balancear las opciones para combatir el problema climático, y que los instrumentos legales sean diseñados de modo flexible, que puedan ir reajustándose a las realidades. La posibilidad de que el debate de mayor profundización de las medidas se traslade del Poder Ejecutivo al Congreso puede ser una oportunidad para mejorar la participación de la sociedad civil y una tarea pendiente para el Parlamento, que asegurará el estatus legal de la lucha climática.

Hay un avance de la consideración del cambio climático en la toma de decisiones públicas (como en plan de ONEMI, sector energía, etcéte-

ra), pero ojalá esta tendencia progrese. Asimismo, pensamos que los responsables políticos deben considerar seriamente las tendencias actuales en el desarrollo industrial, para entender cuán grande o pequeño puede ser el impacto de una política sobre carbono. De igual modo, deberían explorarse medidas de adaptación transformacional.

De la misma forma, el estado actual de las políticas domésticas requiere la exploración de instrumentos económicos, como el mercado de emisiones, revisar los incentivos financieros, como subsidios, etcétera.

Se advierte la necesidad de nuevas miradas que incluyan la consideración de los derechos humanos (DDHH), que podrían verse afectados por las medidas para mitigar y adaptar al cambio climático, enfoque que se suma al ya tradicional de que el aumento de las vulnerabilidades por el cambio climático conllevará violaciones a los derechos humanos. Avanzar en el análisis de las repercusiones de las medidas antes de proceder a aplicar las evaluaciones del impacto en los DDHH sería una buena práctica para este tramo de la toma de decisiones.

Hay una necesidad de profundizar las tareas de coordinación de las medidas, que también se evidencia en los distintos niveles de gobierno, que deben comprometerse con la lucha contra el cambio climático y con los distintos niveles normativos en donde estas medidas son formalizadas. Una gran tarea que sigue percibiéndose como “en proceso”. Evitar la fragmentación es un gran desafío para Chile en este tema.

Hemos procurado obtener una foto del “río que corre”; es decir, frente al enorme desafío del cambio climático, hemos revisado el panorama en Chile de las medidas de mitigación, adaptación, financiamiento, transferencia de tecnología, pérdidas y daños, y la institucionalidad ad hoc, hoy en un activo proceso para armar un gran escenario para enfrentarlo, de modo de asegurar un futuro sustentable. Hacemos votos para que Chile esté preparado y siga avanzando.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALDUCENCE, P. *et al.*, *Base de datos de prácticas de adaptación a la variabilidad y cambio climático*, 2016. Disponible en: <http://www.cr2.cl/recursos-y-publicaciones/practicas-cambio-climatico/tabla-practicas/>.

- ARAYA AHUMADA, Gabriel, “La responsabilidad del Estado en relación a la implementación de la política nacional de adaptación”, en MONTE-NEGRO, Sergio *et al.* (eds.), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental, Recursos Naturales ¿sustentabilidad o sobreexplotación?*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.
- BANG, Guri *et al.* (eds.), *The Domestic Politics of Global Climate Change*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, traducción de Jesús Albores Rey, Madrid, Siglo XXI de España, 2001.
- BORRAS PENTINANT, Susana, *Los regímenes internacionales de protección del medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- CONDON, Bradley J. y SINHA, Tapen, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (CEPAL) y GOBIERNO DE CHILE, *La economía del cambio climático en Chile*, Santiago, Naciones Unidas, 2012.
- DESSLER, Andrew, *Introduction to Modern Climate Change*, 2a. ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2016.
- ESTRATEGIA INTERNACIONAL PARA LA REDUCCIÓN DE DESASTRES DE LAS NACIONES UNIDAS (UNISDR), *Terminología de la UNISDR 2009*. Disponible en: http://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologySpanish.pdf.
- FANKHAUSER *et al.*, “Climate-Resilient Development: an Introduction”, en FANKHAUSER, Sam y MCDERMOTT, Thomas (eds.), *The Economics of Climate-Resilient Development*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2016.
- FARBER, Daniel, “Climate Change and Disaster Law”, en CINNAMON, P. Carlarne *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016.
- FIORINO, Daniel, “Too Many Levels or Just about Right? Multilevel Governance and Environmental Performance”, en WEIBUST, Inger y MEADOWCROFT, James (eds.) *Multilevel Environmental Governance*, Edward Elgar Publishing Limited, 2014.
- JUSTE RUIZ, José, “El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada”, en GILES CARNERO, Rosa (coord.), *Cambio*

- climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- KRELENGER, Kerstin *et al.*, *Cambio climático, vulnerabilidad urbana y adaptación a nivel municipal. Santiago de Chile y otras ciudades de América Latina*, Santiago, RIL Editores e Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales UC, 2017.
- KOCH, Hans-Joachim, “Climate Change Law in Germany”, *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 7, Issue 4, 2010.
- LUCAS GARÍN, Andrea, “Novedades del sistema de protección internacional de cambio climático: el Acuerdo de París”, *Estudios Internacionales*, núm. 186, 2017.
- LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, México, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992.
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, *Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la CMNUCC*, 2016. Disponible en: <http://portal.mma.gob.cl/cambio-climatico/>
- MORAGA, Pilar y MECKIEVI, Sol, *Análisis comparativo de legislación de cambio climático*, Santiago, CR2, 2016. Disponible en: www.derecho.uchile.cl/analisis-comparativo-de-la-legislacion-de-cambio-climatico.
- NAVA ESCUDERO, César, “El Acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 147, 2016.
- OECD, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Chile. La capacidad del gobierno para asegurar una regulación de alta calidad*, OECD Publishing, París, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267060-es> (visitado el 9 de julio de 2017).
- OECD/ECLAC, *Environmental Performance Reviews: Chile 2016*, París, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252615-en>.
- OFICINA NACIONAL DE EMERGENCIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR (ONEMI), *Política Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres*, 2016. Disponible en: http://repositoriodigitalonemi.cl/web/bitstream/handle/2012/1710/POLITICA_NAC_2016_ESP.pdf.
- ROBINSON, Nicholas *et al.*, *Dictionary of Environmental and Climate Change Law*, United Kingdom, Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

- SALINAS ALCEGA, Sergio, *El cambio climático: entre cooperación y conflicto. Propuestas desde el derecho internacional*, España, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- SANCHEZ, Luis y REYES, Orlando, *Medidas de adaptación y mitigación frente al cambio climático en América Latina y el Caribe. Una revisión general*, LC/W.675, Santiago, CEPAL-Programa EUROCLIMA, 2015.
- TAMIOTTI, Ludivine y KULACOGU, Vesile, “National Climate Change mitigation Measures and their Implications for the Multilateral Trading Systems: Key Findings of the WTO/UNEP Report on Trade and Climate Change”, *Journal of World Trade*, vol. 43, Issue 5, 2009.
- VAN ASSELT *et al.*, “The Changing Architecture of International Climate Change Law”, en VAN CASTER, Geert *et al.* (eds.), *Research Handbook on Climate Change Mitigation Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- VIÑUALES, Jorge E., “The Paris Agreement on Climate Change: Less is More”, *German Yearbook of International Law*, 2017.

LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO EN MÉXICO. ANÁLISIS Y REFLEXIONES

THE NEW CHALLENGES OF PARLIAMENTARY CONTROL IN MEXICO. ANALYSIS AND REFLECTIONS

Cecilia MORA-DONATTO*

RESUMEN: Este artículo analiza los instrumentos de control parlamentario en el derecho mexicano, tema que nuevamente se vuelve relevante, porque en 2018 habrá dos nuevos instrumentos de esta naturaleza, que son: la aprobación por la Cámara de Diputados del Plan Nacional de Desarrollo y la aprobación por el Senado de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública. Si a lo anterior le agregamos la reforma constitucional de 2014, que permitirá la reelección legislativa consecutiva, estas circunstancias darán, sin duda, una mayor importancia a estas facultades de control que ejercerán cada una de las Cámaras.

ABSTRACT: *This article analyzes the instruments of parliamentary control in Mexican law, a subject that again becomes relevant because in 2018 there will be two new instruments of this nature that are: the approval by the Chamber of Deputies of the National Development Plan and approval by the Senate of the National Public Security Strategy. If we add the constitutional reform of 2014 that will allow consecutive legislative re-election, these circumstances will undoubtedly give greater importance to these powers of control exercised by each of the Chambers.*

Palabras clave: control parlamentario, Plan Nacional de Desarrollo; Estrategia Nacional de Seguridad Pública, oposición parlamentaria.

Keywords: *parliamentary control, National Development Plan, National Strategy of Public Security, Parliamentary Opposition.*

* Artículo recibido el 2 de mayo de 2017 y aceptado para su publicación el 11 de junio de 2018.

** Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Correo electrónico: bmde@comunidad.unam.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Alcances e implicaciones del concepto de control parlamentario*. III. *Reflexiones sobre algunos instrumentos de control parlamentario en México*. IV. *A manera de conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo haremos un análisis de los estándares en los que se encuentran los instrumentos de control parlamentario de los que dispone el Congreso mexicano para ejercer eficazmente una de las funciones más significativas de las democracias modernas que consagra nuestra Constitución. No es la primera vez que abordamos este tema,¹ pero después de la reforma política aprobada en 2014, que permitirá la reelección legislativa consecutiva a partir de 2018, las facultades de control parlamentario de nuestras asambleas representativas se ven directamente impactadas, por dos razones: primero porque, como veremos a lo largo de estas líneas, contarán con dos nuevos instrumentos de esta naturaleza, y segundo, porque la reelección legislativa permitirá que la oposición, fundamentalmente, pueda dar un nuevo viraje a estos instrumentos, que exigen una mayor precisión en su regulación. Veremos cómo algunos de ellos han dado resultados que, aunque exiguos, son importantes. Por ello, consideramos que de existir una mejor regulación de todos y cada uno de los instrumentos de control parlamentario, los resultados podrían ser considerables y contribuir no sólo a un mejor equilibrio de poderes, sino a minimizar los excesos del poder.

Comenzaremos desentrañando el significado actual del control parlamentario, de sus alcances e implicaciones, para, con base en dicho concepto, abordar de manera sumaria los instrumentos de control más significativos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra intención es contribuir al debate sobre la eficacia de los mismos, conocer si su regulación es la indicada, o bien es necesario perfeccionarla en beneficio del fortalecimiento de nuestro Congreso.

Adicionalmente, analizaremos los instrumentos de control parlamentario en el derecho mexicano y los dos nuevos instrumentos, que son la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo, que deberá hacer la Cámara de Diputados, y, por otro lado, la aprobación que el Senado de la Repú-

¹ Sobre el particular, puede verse *Treinta años de investigaciones parlamentarias en México (1977-2007) ¿Qué investigaron los diputados federales?*, México, UNAM, 2013. También *El Congreso mexicano y sus desafíos actuales*, México, Cámara de Diputados, 2015.

ca deberá hacer de la estrategia nacional de seguridad pública. Deseamos que la reelección legislativa consecutiva dé un valor mayor a estas facultades de control que desplegarán cada una de las Cámaras.

II. ALCANCES E IMPLICACIONES DEL CONCEPTO DE CONTROL PARLAMENTARIO

Con la finalidad de comprender con mayor precisión los alcances del término “control parlamentario”, partiremos de nuestro ya clásico concepto, que entiende que

En las democracias parlamentarias, como formas de Estado, el control parlamentario es un control de tipo político que se ejerce a través de todas las actividades parlamentarias, con especial interés de las minorías, y cuyo objeto es la fiscalización de la acción general del gobierno, lleve o no aparejada una sanción inmediata.²

Conviene recordar, a continuación, el conjunto de características o componentes que integran nuestra definición de control parlamentario, que se analizarán a continuación.

1. *Democracias parlamentarias como formas de Estado*

Entender que el control parlamentario debe contar con la facultad de destituir al gobierno (órgano controlado) mediante la moción de censura o la cuestión de confianza es compartir la posición que entiende que el control parlamentario solamente puede ser ejercido en los regímenes cuya forma de gobierno es la parlamentaria, ya que nada más en ellos puede, el Parlamento, remover al gobierno. Ya hemos precisado en diversas ocasiones que, para nosotros, esta visión es inaceptable, pues, desde luego, en los sistemas

² Véase nuestro libro *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control parlamentario*, México, Cámara de Diputados-UNAM, 1998. También puede verse Enriquez Fuentes, Gastón Julián, *La revaloración del control parlamentario en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009. Más recientemente, puede verse García Roca, Javier, “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017, pp. 3-49.

presidenciales existe este tipo de control. El control parlamentario es, pues, una característica sobresaliente de todas las democracias parlamentarias como forma de Estado, con independencia de la forma de gobierno.³

Esta perspectiva del parlamentarismo en sentido amplio o genérico⁴ se encuentra en autores tan clásicos como Herman Heller o Hans Kelsen; según este último, el parlamentarismo significa “formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría”.⁵

De tal manera que aun cuando en los sistemas presidenciales se invoque siempre la idea de una separación rígida de poderes, en donde cada poder debe ejercer sus propias facultades y respetar las funciones propias del resto,⁶ el Congreso, mediante sus trabajos, somete frecuentemente a la crítica la labor del Ejecutivo, no sólo cuando éste comparece obligadamente ante aquél, sino también cuando el Congreso toma la iniciativa, a través de una comisión de investigación o de una solicitud de comparecencia, y el Ejecutivo es llamado a comparecer.

En el contexto de un sistema presidencial, es evidente que esa labor de crítica terminará nunca en la remoción del gobierno, pero “la crítica pública en el seno del Congreso es un emplazamiento ante el electorado, una apelación al pueblo cuya voluntad soberana, ha de resolver, en favor de uno o del otro, el contraste entre los dos criterios”.⁷

Es evidente que aunque el Congreso, en este tipo de sistemas, no cuenta con las facultades para remover al gobierno y no sea éste el fin que se persigue, no podemos negar que la libertad de disposición sobre

³ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

⁴ También parece oportuno recordar aquí el interesante análisis que sobre la pluralidad de sentidos del término “parlamentarismo” hace Schmitt, de donde podemos desprender por lo menos cuatro “subespecies”, a saber: sistema presidencial, de parlamento, de premier y de gabinete. *Teoría de la Constitución...*, *cit.*, pp. 294 y ss. Un completo resumen sobre las formulaciones de Schmitt lo encontramos en Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 824 y 825. También así lo entiende Aragón Reyes, Manuel, en el estudio preliminar a la obra de Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

⁵ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Colofón, 1992, p. 50.

⁶ Aunque evidentemente existan procedimientos que requieran de la colaboración de dos de los tres poderes.

⁷ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2012, vol. II, p. 693.

el parámetro de control llenará de contenido esta actividad cuando se pretenda someter la actuación del órgano controlado (Ejecutivo) a la decisión de la voluntad superior, la del pueblo, a través de sus representantes (Congreso). Debemos, por último, dejar claro que nuestra noción de control parlamentario encuentra fundamento en el principio de concebir al Congreso, no sólo como un órgano del Estado, sino también como la institución en donde se asienta y manifiesta el pluralismo político de una sociedad democrática.⁸

2. *Control político*

Ha sido en la doctrina italiana y española donde la comprensión del control parlamentario como control político se ha convertido en uno de los temas que mayor polémica ha causado; para algunos autores este tipo de control es eminentemente jurídico,⁹ y para otros, a los cuales nos adherimos, se trata de un control de tipo político.¹⁰

⁸ En este sentido, el Congreso no sólo es un órgano del Estado titular de la potestad legislativa, donde se manifiesta la voluntad estatal en forma de ley. En esta faceta de adoptar decisiones vinculantes, la voluntad prevalente es siempre la de la mayoría; así lo exige el principio democrático. Pero en este proceso la mayoría puede hacer callar a la minoría, que también conserva sus derechos de intervención y participación.

⁹ Los autores que consideran que el control parlamentario es un control de tipo jurídico son: García Morillo, Joaquín, y Montero Gibert, José Ramón, al sostener que “el control parlamentario [es una] subespecie concreta del control jurídico... [y es] un tipo específico de los controles constitucionales”. *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 25. En lo individual, García Morillo vuelve a ratificarse en lo ya dicho, al afirmar: “No parece tener fundamento... negar naturaleza jurídica a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos”. *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, p. 63. Por otra parte, también Fernando Santaolalla López ha sostenido que el único modo en que el jurista puede estudiar el control parlamentario es concibiéndolo como control jurídico y no como político. *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa-Universidad, 2013, pp. 198 y ss. Por último, a estas posiciones habría que agregar la de Gil Robles, José María y Marín Riaño, Fernando, “Naturaleza jurídica del control sobre el gobierno y la administración”, *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, 1.1, pp. 740 y ss., entre otros.

¹⁰ Así, Rubio Llorente, Francisco, *La forma del..., cit.*, pp. 687-703. También Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, Madrid, Ediciones Argentinas, 1995, pp. 157 y ss. Se han manifestado en esta misma línea Linde Paniagua, Enrique, “Comentario al artículo 66”, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Alzaga Villamil, Óscar

Desde nuestros primeros textos hemos expresado nuestra postura sobre la idea de entender al control parlamentario como un control marcadamente político. Aquí sólo señalaremos algunos de los elementos que esgrimimos al respecto; el primero de los aspectos que así lo singularizan es su carácter subjetivo, es decir, no existe un canon fijo y predeterminado de valoración sobre la acción del gobierno; la apreciación que de ésta se haga es completamente autónoma, libre e independiente, e incluso, dicha evaluación podrá verse afectada por circunstancias concretas, por las razones y eventualidades políticas que la generen. Asimismo, el carácter político del control deriva de la “cualidad” de sus titulares, pues ellos son sujetos eminentemente “políticos”, ya que son miembros que integran el Parlamento y están interesados en desgastar al gobierno y sus políticas, porque suponen contar con un mejor programa alternativo.

Las anteriores características ponen en evidencia el carácter voluntario del control, ya que su desarrollo depende de la voluntad de los miembros de la oposición o de la minoría parlamentaria. Esta nota distintiva le permite al control parlamentario ser, a su vez, sucesivo y previo, pudiendo recaer en actividades ya consumadas o en actividades por venir (proyectos).

Por último, conviene advertir que si bien de todo tipo de control se supone que su resultado forma parte del mismo; por lo que hace al control que venimos analizando, esto se manifiesta con mayor claridad, ya que el simple hecho de desplegarlo implica un resultado; esto es, demostrar que se está fiscalizado y controlando el ejercicio del poder político, que se está inspeccionando bajo lupa, y que, por tanto, no puede evadirse al control político que ejerce el Parlamento en todo sistema democrático

3. *A través de todas las actividades parlamentarias*

Como ya hemos puesto de manifiesto, otro aspecto no exento de polémica en la doctrina ha sido el relativo a entender que el control parla-

(comp.), Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Revista de Derecho Privado, 1989, t. VI, p. 72. También Cobrerros Mendazona, Edorta, “El estatus parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, pp. 2130-2133, así como García Martínez, María Asunción, “La actividad legislativa del Parlamento como mecanismo de control político”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 14, 1988, p. 64, entre otros.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 627-671.

mentario se ejerce a través de todas las actividades parlamentarias. Algunos autores conciben la posibilidad de ejercitar dicho control a través de cualquiera de los procedimientos parlamentarios porque “no hay en rigor procedimientos parlamentarios de control porque el control es, simplemente, una perspectiva desde la que puede analizarse toda la actuación parlamentaria o una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda la actividad”,¹¹ mientras que para otros éste sólo puede ejercerse a través de actividades muy señaladas, como son las preguntas, las interpelaciones, las comisiones de investigación, y sólo en los gobiernos parlamentarios la moción de censura. No obstante lo anterior, una reflexión más detenida de la actividad parlamentaria permite aceptar que los procedimientos parlamentarios son siempre *multifuncionales*, y el análisis de la función de control no puede reducirse, en consecuencia, a procedimientos determinados, sino que debe tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria.¹²

4. *Sujeto del control: minorías parlamentarias*

Un tópico que también ha resultado controvertido en la doctrina cuando se aborda el análisis de la titularidad del control parlamentario es a quién corresponde ésta. A nuestro juicio, y si aspiramos a sistemas democráticos cada vez más perfectos, nos parece que el concepto de control parlamentario debe tomar en consideración a las minorías parlamentarias, lo que lo hace más acorde con las modernas democracias. Así parece, también, entenderlo Isidre Molas, al sostener que

¹¹ *Idem*. También Aragón ha señalado: “No sólo en las preguntas, interpelaciones, mociones, comisiones de investigación, control de normas legislativas del gobierno (instrumentos «más característicos» del control) se realiza la función fiscalizadora, sino también en el procedimiento legislativo (defensa de enmiendas, etcétera) en los actos de aprobación o autorización de nombramientos o elección de personas”. *Gobierno y Cortes*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994, pp. 23 y 24.

¹² En sentido opuesto se manifiestan José Ramón Montero Gibert y Joaquín García Morillo, quienes centran su estudio en los procedimientos clásicos del control: preguntas, interpelaciones, comisiones investigación, el control sobre las potestades normativas del gobierno y la moción de censura (de lo cual podemos inferir que no aceptan que en los sistemas de gobierno presidencial exista este tipo de control), *op. cit.*, sobre las primeras tres formas de control, véanse pp. 3-89; la cuarta, pp. 91-121, y la última, pp. 149-199.

...en el parlamentarismo mayoritario el control de la mayoría del Parlamento sobre la mayoría en el gobierno no discurre por la relación formalizada y lejana de las relaciones intra orgánicas, ya que debe admitirse que parlamentarios mayoritarios y gobernantes forman parte de una unidad superior que es la mayoría con identidad de programa y líder y con un haz estructural de relaciones que asegura la cohesión... la mayoría parlamentaria orienta su actividad de control sobre el gobierno a través de vías privadas y de mecanismos más o menos articulados, atendiendo a las relaciones jerárquicas y de coordinación que se hayan establecido entre el presidente, sus ministros y sus diputados o senadores.¹³

En la doctrina alemana ha sido Forsthoff quien ha sostenido que “ciertamente también existe un control del gobierno por los partidos que han formado el gobierno [o que apoyan el plan del mismo], pero éste se realiza bajo formas de influenciamientos intrapartidistas y no en la forma de control público...”.¹⁴ Igualmente, Zippelius ha señalado que “si el partido o la coalición disponen de la mayoría de las diputaciones y si, además, impera en ellos la disciplina de partido, no parece, en realidad, quedar mucho del control parlamentario”.¹⁵

En este orden de ideas, y como lo hemos propuesto en diversas ocasiones, si existe algún agente político interesado en desvelar y exponer ante la opinión pública la actuación del gobierno, unida a su discusión y crítica, cabe suponer que ese agente no se incluirá precisamente en la mayoría gubernamental, al menos de manera habitual. Como afirma López Guerra, “es la minoría o minorías, quienes aparecen como el agente «natural» de la función de control, como interesado en exponer las debilidades de la política gubernamental y en ofrecer alternativas...”.¹⁶ También resulta interesante la diferencia que dicho autor hace sobre el titular formal: el Parlamento y el titular material: miembros del Parlamento, espe-

¹³ Molas, Isidre, “La oposición en el parlamentarismo mayoritario”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 2, 1989, p. 55.

¹⁴ Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 146.

¹⁵ Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1989, p. 388.

¹⁶ López Guerra, Luis, “El titular del control parlamentario”, *VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 163.

cialmente las minorías. O bien, como sostiene Rubio Llorente, el control parlamentario

...es desempeñado por todos los grupos a través de todos los procedimientos, pero como el contraste de la actuación gubernamental con el criterio de la mayoría lleva necesariamente a la defensa de aquella actuación, para la que el gobierno suele bastarse a sí mismo, la gran protagonista del control parlamentario es [sin duda] la minoría, cuya apreciación crítica de la acción gubernamental debe ser inexcusablemente ofrecida a la sociedad para que ésta continúe siendo políticamente abierta y, por tanto, libre.¹⁷

Desde esta perspectiva, a nuestro juicio, los mecanismos de control parlamentario deben estar en manos de las minorías parlamentarias, con independencia de que puedan llegar o no a ser gobierno, pero que a través de sus distintas posturas puedan constituir oposición, en el Parlamento, mediante la crítica, al gobierno que pretenden controlar y desgastar.¹⁸ Este es el sentido que también le da Forsthoﬀ a la idea de control, al sostener que “Una vez que el Estado se ha convertido en el centro operación de los partidos... el interés por el control del gobierno se limita a la oposición... el control parlamentario es asunto de minorías”.¹⁹

5. Objeto: *fiscalizar la acción general del gobierno*

Con fundamento en todo lo señalado hasta aquí, podemos afirmar que la transformación más importante que ha venido experimentando el Parlamento radica en la característica principal de que hoy el Parlamento,

¹⁷ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del...*, cit., p. 702.

¹⁸ Tres son las funciones que se han venido reconociendo como propias de la oposición institucionalizada: a) la representación y defensa de los intereses de los distintos sectores sociales que no se hallen representados en el gobierno; b) el control del gobierno, es decir, el poder de ejercitar una influencia en el mismo, persuadiendo, disuadiendo o impidiendo la adopción de decisiones; c) el ofrecimiento de una alternativa que, dentro de la continuidad del sistema, permita asumir el cambio político. Cfi: Castillo Vera, Pilar del, “La oposición política”, *Derecho político I*, Madrid, UNED, t. II, 1987, p. 123. Esta era la idea con la que Bolingbroke introdujo en 1736 en Inglaterra, por primera vez, la dualidad de oposición-gobierno, para lo cual configuró el concepto de oposición patriótica, la cual debía ser una oposición sistemática y no coyuntural, que a la vez que criticara aquellas medidas negativas propusiera las alternativas más idóneas.

¹⁹ Forsthoﬀ, Ernest, *op. cit.*, p. 146.

más que un poder legislador, es un poder controlador. Durante el siglo XIX, la hacienda pública fue el centro del control parlamentario; éste encontró en ella su “expresión principal”.²⁰ A finales del siglo XIX y principios del XX, último periodo constitucional, se libraron entre el gobierno y el Parlamento las más duras batallas en torno a la determinación del gasto público. También, durante este periodo, la política exterior fue objeto de control parlamentario, en tanto que los Estados, por regla general, y al menos en el caso de tratados internacionales importantes, se encontraba vinculado con terceros Estados.²¹

Hoy por hoy, el objeto del control parlamentario no aspira a excluir a estas dos áreas de la fiscalización del Parlamento. Todo lo contrario, actualmente el objeto del control es notablemente más amplio, en virtud de que también la actividad gubernamental ha ido incrementándose considerablemente. Junto al aumento de las actividades que el Estado social tuvo que asumir (educación, salud, vivienda, servicios) y a la creciente participación del mismo en otras áreas hasta entonces ajenas para él, como los bancos, las empresas, la influencia en la dirección la economía, etcétera, se ha demostrado que al Estado le son ajenos muy pocos sectores de la vida social, y su actividad penetra en casi la totalidad de las tareas sociales. En el mismo sentido en el que han ido aumentando las actividades del gobierno, también lo ha hecho el objeto del control parlamentario, pues creemos que casi ninguna de las actividades gubernamentales debería hoy permanecer al margen de dicho control.

Con alguna frecuencia, cuando se habla del objeto del control parlamentario, se suele afirmar que dicha fiscalización o control recae sobre la política gubernamental —*lato sensu*—; sobre la actuación positiva o negativa del Ejecutivo. Lo anterior sin duda es verdad, pero sólo parcialmente, porque, partiendo de esta obviedad, un análisis más detenido de dicha función del Parlamento demanda incluir algunos elementos que deriven directamente del tipo de actividad gubernamental que pretende controlarse o, si se prefiere, de la materia sobre la que en un momento determinado actúa el Ejecutivo y de los instrumentos que ha utilizado para la realización de tal fin; por ejemplo, la política de orden público, la política

²⁰ Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 56.

²¹ *Ibidem*, p. 57.

de defensa,²² la política exterior,²³ la política económica,²⁴ etcétera. Así como cuáles han sido los instrumentos que ha utilizado para satisfacer los requisitos que esa política específica y ese momento en particular exigían, *v. g.* reglamentos, tratados o simples políticas administrativas.

En efecto, ya no sólo las grandes decisiones políticas son hoy objeto del control parlamentario, sino también todas aquellas actividades gubernamentales que afectan a la vida del ciudadano de una forma indirecta. Pero ello no debe conducirnos a sostener que el control parlamentario haya de ser necesariamente ilimitado; por el contrario, el sentido común y el hecho de que ninguna disposición constitucional así lo establezca nos imponen aceptar como hipótesis de partida que tal control puede tener limitaciones materiales como requisito para su propia existencia.

Dicho lo anterior, resulta evidente que la intensidad del control parlamentario en unas actividades será más acentuado que en otras; es decir, este control deberá graduarse atendiendo a determinadas circunstancias (en las líneas siguientes intentaremos presentar diversos ejemplos de lo que hemos llamado “intensidad del control parlamentario”, intensidad, que no quiere decir exención de control). Para ser coherentes con esa idea de gradualidad que hemos propuesto, partamos del punto cero y empecemos por destacar aquellas actividades en donde el control parlamentario no debe existir.

En primer lugar, cabría excluir de este control a las actividades del Poder Judicial, pues éste goza de total independencia respecto de los demás poderes del Estado. No queda, sin embargo, al margen del control parlamentario la llamada “política judicial”. En el caso de las medidas adoptadas por la dependencia gubernamental del ramo (secretaría o mi-

²² Piénsese en este sentido en la necesidad que pueden plantear los gobiernos de adquisición de determinado tipo de armas, bombas bacteriológicas, etcétera; todo ello no puede permanecer ajeno al control del Parlamento.

²³ Sobre este particular, puede verse Remiro Bretons, Antonio, “Comentarios a los artículos 93 y 94”, *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978...*, cit. t. VII, pp. 429 y ss. Del mismo autor, “El poder exterior del Estado”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 205, junio-septiembre, 1985, pp. 67 y ss. También Pérez Tremps, Pablo, “El control parlamentario de la política exterior”, *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Garrorena, Ángel (comp.), Murcia, Tecnos, 1990, pp. 271 y ss.

²⁴ En este sentido, por ejemplo, los acuerdos económicos o los pactos políticos entre diversos actores sociales no deben sustraerse al control parlamentario.

nisterio de justicia), su control es similar al de los actos de cualquier otro ministerio o secretaría de Estado. Y por lo que se refiere a los actos del Consejo del Poder Judicial, aunque es éste un órgano constitucional independiente del Parlamento, son normales las comparecencias ante éste de su presidente para la presentación de memorias, etcétera.

En segundo lugar, existe otro bloque de funciones que no es que estén exentas de la fiscalización parlamentaria, sino que tal control es de menor intensidad. Dicho de otra forma, el Parlamento debe cuestionarse cuándo su participación es oportuna y necesaria y cuándo no sólo no aporta nada, sino que entorpece el correcto funcionamiento de los restantes órganos estatales (en este caso nos referimos sobre todo a cuestiones de defensa, tanto interna como exterior); desde luego que el Parlamento, como máxima institución representativa, puede entrar a conocer en estas materias; de lo que se trata es que dicho control se efectúe bajo ciertas modalidades que permitan preferir las razones de seguridad importantísimas en todo Estado contemporáneo.

Continuando en esa escala ascendente de graduación del control, existe un tercer grupo, que estaría integrado por esas entidades o agencias, que los administrativistas suelen llamar “autónomas” o “independientes”, que surgieron, al menos, en los Estados Unidos, con el ánimo de descargar los poderes ejecutivos del presidente —*independent agencies*— en aquellos sectores en los que era necesario atender más que a criterios de tipo político, a criterios científicos y profesionales en determinados sectores económicos, sociales y culturales de relevante importancia, como la política monetaria, la educación especializada, la política financiera, el mercado de valores, la energía nuclear, etcétera, y a los que en nuestro derecho les hemos dado la categoría, en muchos casos, de “órganos autónomos”. Pues bien, este sentido de autonomía (necesaria, ni duda cabe, en muchas ocasiones dados los criterios técnicos y profesionales que se requieren en esos ámbitos) no puede ser sinónimo de inmunidad frente al Parlamento, órgano de representación y de control en todo Estado democrático, que puede y debe valorar críticamente los resultados de las actividades que en dichos órganos se desarrollan.

Una cuarta línea de control debería discurrir sobre las relaciones internacionales.²⁵ También el Parlamento puede controlar al gobierno

²⁵ Tras la consolidación de Unión Europea podemos decir que este control se encuentra en primerísimo lugar en los parlamentos de los países miembros.

cuando pretenda firmar algún tipo de tratado o convenio internacional,²⁶ incluso en este caso la doctrina ha reconocido que no existe suficiente control por parte del Parlamento,²⁷ en su fase de negociación, fijando algunas condiciones políticas para la negociación internacional, a través de distintos mecanismos, seguir la negociación y manifestar sus puntos de vista en función de los asuntos acordados, etcétera; en la fase de conclusión, manifestando sugerencias, etcétera.

Pero sin duda, la actividad del gobierno en política exterior no se agota en la negociación de un tratado internacional. El Ejecutivo, a quien desde tiempos muy remotos se le encomendó la interacción con otros Estados, suele participar en muy diversas ocasiones en otro tipo de actividades internacionales (piénsese, por ejemplo, en las cumbres de jefes de Estado y de gobierno, en la actuación estatal en foros internacionales —Unión Europea, Organización de las Naciones Unidas, Organización del Tratado Atlántico Norte, Organización de Estados Americanos, Grupo de los 7, cumbres iberoamericanas, etcétera— y en un sinfín de organizaciones mundiales).

6. Con sanción inmediata o sin ella

El último elemento que hemos comprendido dentro de nuestro concepto de control parlamentario es el relativo a la sanción. En primer lugar, debemos señalar que en torno a la idea de sanción tampoco existe consenso. Algunos autores estiman que la actividad de control presenta dos aspectos indisolubles y vinculados; por un lado, el examen y la evaluación de la acción del gobierno, y, por otro, la exigencia de responsabilidad derivada de esa acción, o de forma más general, la imposición de una sanción, como resultado de la evaluación efectuada.²⁸ La exigencia de responsabilidad al gobierno aparecería como el ejemplo típico del control parlamentario, al unir examen, evaluación y sanción.

Cuando nosotros aludimos al concepto sanción, nos estamos refiriendo a lo que la doctrina italiana ha llamado *responsabilidad política difu-*

²⁶ Con independencia del control previo de tratados internacionales que pueda realizar el Tribunal Constitucional en aquellos países en los que exista este control.

²⁷ Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 277.

²⁸ Santaolalla López, Fernando, *Derecho parlamentario...*, *cit.*, p. 241.

sa,²⁹ entendida como el debilitamiento político del gobierno, de la mayoría que lo sustenta y de la viabilidad del proyecto que defiende, producto de las reacciones sociales que derivan de los actos de control ejercidos en las cámaras.

Así, la fuerza del control parlamentario descansa más en la sanción indirecta que en la directa;³⁰ más que en la destitución inmediata del gobierno, en obstaculizaciones futuras, en desgaste de su imagen y en remoción a través del juicio que emitirá el cuerpo electoral en las urnas.

Vale la pena traer aquí aquella afirmación que hacía Steffani en el sentido de que esta concepción de control se mueve más en la expresión de ver al Parlamento (a las minorías) “como un mero revisor y se le aleja de pretensión determinante de un poder sancionador decisivo”.

Si la idea de eficacia del control parlamentario antes sólo se predicaba cuando era viable la exigencia de responsabilidad política del gobierno por el Parlamento, hoy dicha eficacia sólo es posible si la vinculamos con responsabilidad política difusa; es decir, con la capacidad de afectar el apoyo que el gobierno ha obtenido del pueblo a través de las elecciones. La exigencia de responsabilidad política inmediata a través de una sanción es ahora la excepción y no la regla.

²⁹ Giuseppe Ugo Rescigno sostiene que además de la responsabilidad política concreta inmediata, hay, sin duda alguna, una “responsabilidad política difusa”, una posibilidad de debilitamiento político del gobierno producto de las relaciones políticas y sociales que se derivan de los actos de control de las cámaras. *La responsabilità politica*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 113 y ss. En el mismo sentido parece entenderlo Manzella, quien reconoce abiertamente que la disciplina de partidos hace que la remoción parlamentaria del gobierno sea casi una hipótesis de escuela, “pero sería erróneo extraer de estas observaciones la conclusión de la inexistencia de una actividad parlamentaria de vigilancia y de crítica, que comporta la posibilidad de contraposición dialéctica entre las cámaras y el gobierno”, *Il Parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 1977, p. 355. Y en otra de sus obras ha sostenido que “la función de control parlamentario sobre el gobierno encuentra ahora una nueva manera de configurarse en [un] esquema doble: examen crítico de la actividad del gobierno con potenciales efectos indirectos de remoción [y] examen crítico abocado a rectificaciones o modificaciones parciales de las directrices políticas del gobierno”. “Le fusioni del Parlamento in Italia”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, núm. 1, 1974, pp. 375 y ss.

³⁰ Aragón Reyes, Manuel, “Información parlamentaria y función de control”, *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 25.

III. REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS INSTRUMENTOS DE CONTROL PARLAMENTARIO EN MÉXICO

Es oportuno iniciar este apartado poniendo de manifiesto que la eficacia que han tenido los instrumentos de control en la vida parlamentaria mexicana ha sido limitada, e incluso su desarrollo ha quedado estancado. Lo anterior encuentra explicación en la coincidencia de una mayoría del mismo partido en el Congreso mexicano y en la titularidad del Ejecutivo. El hecho de que un solo partido haya contado con la mayoría de legisladores en ambas Cámaras y ostentado por tanto tiempo la Presidencia de la República asfixió, en gran medida, la fuerza de todos los instrumentos de control que regula nuestra Constitución.³¹ Una vez superada esta etapa, por la consolidación de una pluralidad cada vez más asentada en nuestros órganos representativos y la alternancia en el Ejecutivo federal, los problemas más sentidos que enfrentan hoy los instrumentos de control parlamentario son, por un lado, la falta de una regulación adecuada para que los mismos puedan ejercerse con eficacia y den resultados palpables; por otro lado, la oposición parlamentaria debe empoderarse como tal y entender que es a ella a la que corresponde actualizar, optimizar, reformar y legislar sobre las lagunas y vacíos que en torno a dichos instrumentos tiene la legislación mexicana; a nuestro juicio, sólo en la órbita de la oposición dichos mecanismos de control alcanzarán su sentido más preciso y reportarán mejores beneficios, no sólo a la idea de limitación del poder mediante pesos y contrapesos, sino que permitirá la articulación de una oposición cada vez más responsable y actuante en nuestros órganos legislativos.

1. *El procedimiento de creación de normas con rango de ley*

Dos son principalmente las características que podemos señalar como esenciales para considerar al procedimiento legislativo como instrumento de control, a saber: *a)* la participación de las minorías en el proceso de elaboración y aprobación de las leyes, y *b)* la publicidad.

Las normas jurídicas con rango de ley aprobadas por el Parlamento (órgano representante de la voluntad nacional) llevan implícita la idea de

³¹ Fix-Zamudio, Héctor, "La función actual del Poder Legislativo", *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, UNAM-Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994, p. 21.

que en el proceso de elaboración de estas normas se incorporen el mayor número de voluntades presentes en las cámaras. A este respecto, Rubio Llorente ha señalado que “la representación política plantea la necesidad de entenderla como una representación no tanto de individuos sino cuanto de los grupos en los que se encarna la sociedad”.³²

Entre las voluntades que se concentran en el Parlamento, la mayoría, por ser tal, tiene asegurada su presencia en el debate, deliberación y aprobación del proyecto legislativo. El problema se ha planteado, por consiguiente, en la forma o manera en la que debe garantizarse la participación de las minorías en todo el discurrir del procedimiento legislativo, y no sólo en un momento determinado.

Nosotros, desde hace mucho tiempo, hemos dividido al procedimiento legislativo en tres fases, a saber: iniciativa, discusión y aprobación e integración de la eficacia. En las dos primeras etapas es donde fundamentalmente encontramos oportunidades para ejercer el control parlamentario; la facultad de iniciativa legislativa, que de conformidad con la Constitución (artículo 71, fracción II) poseen los diputados y senadores es un mecanismo importante, no sólo de control, sino también de participación en las decisiones trascendentes del país; esta participación se traduce en todos los ámbitos del quehacer político, dando un verdadero sentido a la orientación política del Estado. Ni duda cabe que el grave debilitamiento que ha experimentado el Poder Legislativo mexicano deviene fundamentalmente de dos situaciones históricas relevantes: la primera, el haber declinado durante mucho tiempo su facultad de iniciativa al presidente de la República, consecuencia lógica de la mayoría absoluta, que durante mucho tiempo tuvo en las cámaras un solo partido político; situación, que si bien empezaba a cambiar, se vio nuevamente eclipsada por el Pacto por México,³³ que redujo la participación del Congreso

³² Rubio Llorente, Francisco, “El parlamento y la representación”, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, t. I, Madrid, 1985, pp. 155 y 166.

³³ El Pacto por México fue un compromiso suscrito el 2 de diciembre de 2012 por el presidente electo Enrique Peña Nieto y los presidentes de los partidos políticos mayoritarios en el Congreso. El Pacto enlistó de manera sucinta 95 objetivos deseables en torno a cinco grandes temas: derechos y libertades sociales; acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad; seguridad y justicia; transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción; y gobernabilidad democrática. Estos acuerdos se concentraron en 136 propuestas del Ejecutivo y de diversos grupos parlamentarios, que se reflejaron en doce iniciativas sobre las siguientes materias: educativa, energética, telecomunicaciones,

mexicano a un simple órgano de discusión y aprobación de las iniciativas gestadas en dicho Pacto, pues nuevamente el presidente en lo individual, o bien a través de su partido, volvió a convertirse en el principal iniciador de las leyes. La segunda causa radica en la falta de profesionalización de algunos legisladores y la inexistencia de órganos de apoyo técnico que contribuyan a mejorar el trabajo legislativo de nuestras asambleas representativas. Corresponde a la oposición apoyar con mayor decisión los servicios de apoyos técnico, ya que si bien tampoco la mayoría cuenta con este tipo de apoyos, su cercanía con el Ejecutivo, en gran medida, amortigua, cuando no suple, las deficiencias de la Cámara que funge como de origen, en el procedimiento legislativo.

En el caso de la etapa de discusión y aprobación, el objeto del debate, discusión y, en su caso, aprobación, va desde la iniciativa, pasando por el dictamen de la comisión correspondiente, hasta llegar al proyecto de ley. Esa mutabilidad del objeto de discusión y aprobación en las etapas del procedimiento exige la creación de instrumentos y mecanismos que garanticen que la oposición (incluidas las minorías) participe en todas las fases del mismo y conozca los diversos objetos (proyectos, dictámenes, enmiendas) que serán discutidos y aprobados en cada etapa.

En el anterior contexto, y sólo por citar algunos ejemplos, recobran una dimensión importante la elección de los legisladores que forman parte de los órganos de gobierno y dirección de las cámaras, así como la integración de las comisiones parlamentarias, en los que deben, desde luego, participar los grupos parlamentarios de oposición (recordemos que una regla de oro en la composición de las comisiones es recurrir al principio de proporcionalidad). En el amplio ámbito de la discusión y aprobación de una norma con rango de ley tiene mucho sentido contar con una regulación que garantice la presentación de iniciativas, de enmiendas o propuestas que puedan incorporarse al dictamen (votos particulares) por parte de los grupos parlamentarios de oposición; en resumen, a lo que nos estamos refiriendo es a que la oposición tenga garantizada su participación, vía ley o reglamento, en el amplio trabajo político y técnico que desarrollan las comisiones parlamentarias para alcanzar el consenso suficiente para la aprobación de una iniciativa de

política, hacendaria, financiera, transparencia, ciencia y tecnología, general de víctimas, competencia económica, seguridad social, justicia.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 627-671.

ley. Asimismo, en la parte de discusión en comisiones o en el Pleno es importante contar con normas que especifiquen los tiempos y turnos de sus intervenciones.

El procedimiento legislativo se convierte también en un espléndido instrumento de control parlamentario a través de su publicidad, que debe acompañar todas las fases del mismo. No basta con publicar las normas del Congreso en el *Diario Oficial*; hacer público sólo el resultado es dejar en la oscuridad el proceso de integración y composición de las voluntades políticas que se manifestaron en sentido positivo, negativo o se abstuvieron, durante todo el proceso legislativo. Esta característica, como la anterior, deriva de la concepción del Parlamento como órgano representativo que impone no sólo la participación de todas las posiciones políticas representadas en su seno, sino que exige asimismo que esa participación se manifieste hacia el exterior, sea conocida por los representados, es decir, por la sociedad en su conjunto.

Si la aprobación de una norma con rango de ley se desarrollara sin publicidad, el Congreso estaría cumpliendo formalmente con su facultad de legislar, pero estaría olvidando su función representativa; esto es, no estaría cumpliendo como el órgano que conecta al Estado con la sociedad. Esta idea tiene su fundamento en el entendimiento de que el Parlamento es la principal caja de resonancia de un Estado democrático, y en que la publicidad es el mecanismo idóneo para proyectar a la sociedad lo que está ocurriendo al interior del órgano representativo. La información que genera dicha asamblea posee una enorme carga política y valorativa, nunca es neutral, y lo que persigue es crear o consolidar una opinión pública en favor o en contra de determinadas propuestas o posiciones que se recogerán en el texto final de la ley.

Aunque importantes, las anteriores características no son, ni mucho menos, las únicas que convierten al procedimiento legislativo en un instrumento de control parlamentario, ni deben interpretarse de manera limitativa. El procedimiento legislativo es un escenario inmejorable para que todos los grupos que integran el arco parlamentario debatan, discutan, orienten y controlen la gestión administrativa y gubernamental del Ejecutivo. Si de algún instrumento de control parlamentario puede predicarse la multifuncionalidad, este es el procedimiento legislativo.

2. *Controles financieros*

Las llamadas facultades *financieras* o *económicas*, denominadas así porque inciden en lo que comúnmente conocemos como el “poder de la bolsa”, es decir, en qué se gasta y cómo se gasta, constituyen otra gama de mecanismo a disposición de los legisladores, en los que es fácilmente percibir el control parlamentario. Como hemos señalado, esta función financiera de los parlamentos como órganos encargados de autorizar y fiscalizar el gasto de los recursos públicos es una de sus más tradicionales funciones; si alguna actividad parlamentaria fraguó el tránsito de las monarquías absolutas a las parlamentarias³⁴ fue la capacidad de las asambleas estamentales para autorizar o limitar los gastos del monarca.

En nuestro derecho podemos incluir en estos instrumentos tres de las facultades que regula el artículo 73 constitucional como facultades del Congreso para: *a)* dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar los mismos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional; desde luego, *b)* la aprobación de la ley de ingresos y del presupuesto de egresos de la Federación, y *c)* la revisión de la cuenta pública anual.

No es este el lugar para analizar todas estas facultades presupuestarias; simplemente en el ámbito de los instrumentos de control parlamentario nos interesan los dos últimos, a los que nos referiremos brevemente, destacando sobre todo aquellas características que ayudan a comprenderlos precisamente como mecanismos de este tipo de control. El primero de ellos, la aprobación del presupuesto de egresos de la Federación, y la revisión de la cuenta pública anual, cuyas facultades son exclusivas de la Cámara de Diputados.

El proceso presupuestario, en su sentido amplio, importa etapas y actores de afuera y de adentro del Congreso en sus fases de planeación,

³⁴ Carta Magna inglesa, que data de 1215, prohibía, en su artículo 12, la existencia de tributos sin el consentimiento del Consejo Común (*Magnum Consilium*), que ejercía en cierta medida la de representación política consintiendo los tributos. En los *Bill of Rights* de 1689 el acuerdo del Parlamento era ya necesario para imponer nuevos tributos. En las Cortes españolas, también la imposición de tributos, diríamos hoy impuestos, devino en una facultad de control; en 1283, Pedro III otorgó a las Cortes catalanas la garantía de no introducir nuevos tributos sin el consentimiento de éstas. Lo mismo haría Fernando VI de Castilla en 1367. Y quién puede olvidar hoy la expresión de las primeras trece colonias de América que señala: “no taxation without representation”.

programación, presupuestación, ejercicio y control, seguimiento, evaluación y rendición de cuentas. En nuestro contexto, la Cámara de Diputados posee esta facultad exclusiva, cuyas etapas son: iniciativa, discusión y aprobación, integración de la eficacia, inicio de la vigencia, supervisión de ejecución, sanción de cuenta.

La participación del Congreso mexicano en el proceso presupuestario es evidente a través de la ley de ingresos, del presupuesto de egresos y de la revisión de la cuenta pública. En el primer caso es indudable que la Cámara de Diputados, al aprobar el presupuesto, está dando, o debería dar, una determinada orientación económica y social a las prioridades del gasto público. El artículo 74 constitucional, en su fracción IV, autoriza ampliamente a dicha cámara no sólo para aprobar anualmente el presupuesto —previo examen, discusión—, sino también para, en su caso, *modificar* del proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, dotándolo, asimismo, de facultades para establecer erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura.³⁵

Éste es un instrumento en el que la participación de la oposición puede llegar a ser muy significativa, pues el presupuesto, en su vertiente de mecanismo de control, se convierte también en un gran acuerdo político entre actores con capacidad de redistribución de asignaciones en el gasto público federal; pero también el presupuesto alienta la cooperación no sólo entre las diferentes corrientes ideológicas representadas en los grupos parlamentarios, sino en los proyectos del gobierno federal, que, justamente por ser de interés de la oposición, deberá controlar y fiscalizar con mayor rigor. Incluso el presupuesto puede llegar a ser un factor de estabilidad y de gobernabilidad.

Por otra parte, y muy cercana al presupuesto, está la facultad de revisión de la cuenta pública anual, que tiene por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si los órganos fiscalizables se han ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y si se ha dado cumplimiento a los objetivos contenidos en los programas de gobierno. Y en este contexto debemos hacer mención de los órganos técnicos encargados de constatar que el gasto haya sido correcto; esto es, que comprueban si el

³⁵ Para conocer algunos de los problemas actuales sobre la posibilidad de veto al presupuesto véase Nava Escudero, Óscar, “Reflexiones jurídicas sobre el veto al Presupuesto de Egresos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 17, julio-diciembre, 2016, pp. 150-194.

gobierno se ha ajustado a los lineamientos establecidos en el presupuesto de egresos, y, en su caso, determinar las responsabilidades que resulten cuando se haya incurrido en inexactitudes o gastos injustificados.³⁶

Como puede advertirse, las funciones que desempeñan estos órganos parlamentarios son muy importantes; por lo mismo, deben contar con una amplio grado de autonomía que les permita controlar, vigilar y fiscalizar el ejercicio de los recursos públicos, para que los gobiernos no incurran en malversaciones. Por consiguiente, debe ponerse especial interés en elegir a quienes serán sus integrantes (para que éstos no tengan vínculos con el gobierno al que fiscalizarán o posean intereses en el mismo), y dichos nombramientos deberán contar con la anuencia de todos los grupos representados en el Parlamento (mayoría calificada). En suma, el fin último que se persigue es que no exista una comunidad de intereses entre controlante y controlado.

En el anterior contexto, adquieren una especial relevancia los trabajos que desempeñan las comisiones parlamentarias de Hacienda y Crédito Público, de Presupuesto y Cuenta Pública y de vigilancia de la Auditoría Superior de la Federación. La objetividad con que se ejerzan los trabajos en dichas comisiones tiene que involucrar necesariamente a legisladores de oposición, que bien sea como integrantes o como presidentes de las mismas se conviertan en actores fundamentales para la aprobación del dictamen del presupuesto, pero, sobre todo, para la fiscalización en el ejercicio del gasto público, y es pertinente advertir que también en este contexto resultan significativos los trabajos técnicos de los órganos de la Cámara de Diputados, como son el Centro de las Finanzas Públicas, y la Unidad de Evaluación y Control.

Por otro lado, y de conformidad con el artículo 74, fracción VI, la Cámara de Diputados realizará la revisión de la cuenta pública a través de la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, organismo que goza de autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones, para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones. Los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, definitividad, imparcialidad y confiabilidad deben guiar el ejercicio de su función fiscalizadora.

³⁶ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 384. Vega, Blázquez, Pedro de, "La configuración constitucional del Tribunal Constitucional en España", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre, 1999, pp. 215-240.

No es este el lugar indicado para abordar las funciones de la Auditoría Superior de la Federación, pero, a grandes rasgos, y con base en el artículo 79 constitucional, tiene competencia para fiscalizar en forma posterior los ingresos y egresos de los poderes de la Unión y entes públicos federales, entre muchas otras facultades que le asigna dicho precepto. A partir de 2008 ese artículo amplió y precisó las áreas de fiscalización que competen a la Auditoría. Con base en dicha reforma constitucional, la entrega a la Cámara de Diputados del informe del resultado de la revisión de la cuenta pública —que tendrá carácter público— se hará a más tardar el 20 de febrero del año siguiente al de su presentación, para los efectos de ser sometido al pleno.³⁷

Adicionalmente, y siguiendo las últimas reformas constitucionales de 2015 y 2106 que experimentó el artículo 79 constitucional,³⁸ la Auditoría tiene facultad para fiscalizar en forma posterior los ingresos, egresos y deuda; las garantías que, en su caso, otorgue el gobierno federal respecto a empréstitos de los estados y municipios, así como sobre el manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos de los poderes de la Unión y de los entes públicos federales; también podrá realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales.

Asimismo, dicho precepto constitucional señala que si del resultado de sus investigaciones la Auditoría lo considera pertinente, podrá promover las responsabilidades que sean procedentes ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, para la imposición de las sanciones que correspondan a los servidores públicos federales. Pero, hay que señalarlo, también podrá hacerlo respecto de los servidores públicos de los estados, municipios, de la Ciudad de México y sus demarcaciones territoriales, y de los particulares cuando se trate de estos mismos recursos.

El citado precepto constitucional autoriza, asimismo, a la Auditoría, para desarrollar visitas domiciliarias con el objetivo de investigar los actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos federales; en dichas inspecciones podrá solicitar que se le exhiban libros, papeles

³⁷ *Diario Oficial de la Federación*, 7 de mayo de 2008.

³⁸ *Diario Oficial de la Federación*, 26 y 27 de mayo de 2015 y 29 de enero de 2016.

o archivos indispensables para la realización de sus investigaciones; para ello deberá seguir las formalidades establecidas para los cateos.

Estas facultades de la Auditoría han sido, a nuestro juicio, tímidamente ejecutadas, y correspondería a la oposición un ejercicio más puntual de las mismas. No es posible que se dejen de aprobar cuentas públicas de sexenios anteriores, ni que los gobernadores no sean fiscalizados con mayor rigor y celeridad.

3. *Participación del Congreso en nombramientos de relevancia constitucional*

Otro tipo de controles lo constituyen los nombramientos de determinados servidores públicos, entendidos éstos en su sentido más amplio, que deben ser nombrados o ratificados por el Congreso de la Unión; esto es, por cada una de sus Cámaras. Aunque no abordaremos todos y cada uno de ellos,³⁹ es pertinente señalar que las Cámaras hacen una cantidad enorme de nombramientos, que van desde ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pasando por el procurador general de la República (en breve fiscal general), consejeros de la Judicatura Federal y los del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, sin dejar de mencionar a los comisionados del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública o al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, entre muchos otros.

Lo cierto es que en este tipo de nombramientos en nuestras Asambleas se echa de menos una fuerte y amplia participación de la oposición al momento de valorar tales nombramientos. Incluso a este tipo de designaciones se han incorporado recientemente otras, fortaleciendo así la función controladora de nuestro Congreso, y otros nombramientos han invertido el mecanismo de elección en favor de alguna de las cámaras; pero esta situación no se ha convertido en un incentivo de suficiente entidad para que la oposición participe con mayor decisión en la designación de determinados funcionarios. Ahora con la incorporación de mecanismosseudociudadanos se han incorporado a este tipo de nombramientos, que deben realizarse por el Congreso, una serie de comités sui generis de acompañamiento o supuestamente técnicos, carentes de legitimidad (como en el caso de

³⁹ Para el análisis preciso de este tipo de nombramiento véase nuestro libro *El Congreso mexicano y sus retos actuales*, México, Cámara de Diputados, 2015, pp. 178 y ss.

los consejeros del Instituto Nacional Electoral o del comité de acompañamiento en el caso del Sistema Nacional Anticorrupción), que han sustraído del ámbito del Congreso este tipo de nombramientos, desnaturalizando de esta manera los nombramientos como verdaderos instrumentos de control parlamentario. A nuestro juicio, este tipo de nombramientos deben reglamentarse, no a través de la endeble figura de los acuerdos parlamentarios, sino en la Ley Orgánica del Congreso, de tal manera que dicha regulación aporte estabilidad y certidumbre jurídica a este tipo de designaciones.

4. *Comparecencias, preguntas parlamentarias e interpelaciones*

En un sistema democrático, el encuentro entre los poderes Ejecutivo y Legislativo es un acto de gobernabilidad. Por ello, las comparecencias de los miembros del gobierno frente al Congreso no deben experimentarse como actos de excepción. A diferencia del sistema presidencial de los Estados Unidos, donde los jefes de departamento son únicamente auxiliares del Ejecutivo, en nuestro país

...la Constitución no (los ha) considerado como ejecutores pasivos, irresponsables carentes de toda competencia política propia, sino como verdaderos órganos con capacidad y autonomía relativas para el desempeño de las funciones de administración y como intermediarios entre el Ejecutivo y el Congreso, con carácter de informantes en el desempeño de actos propiamente ejecutivos del Jefe del Estado.⁴⁰

Por lo anterior, el trato y la comunicación entre los órganos de la administración y el Congreso debe entenderse precisamente como una relación constante y frecuente, no sólo de información, sino de control; de ahí también el acertado comentario de Tena Ramírez, al indicar que la convocatoria a comparecer dirigida a los miembros del gabinete es en realidad un emplazamiento al presidente, en tanto que aquéllos no tienen responsabilidad política de sus actos, sino que dependen de las decisiones presidenciales. Cuando concurren a explicar o informar, lo que explican y de lo que informan son decisiones presidenciales.⁴¹

⁴⁰ Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, México, Norgis, 1959, p. 253.

⁴¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 1985, p. 261.

Las comparecencias de los miembros del gabinete frente al Congreso se regulan en el artículo 69 constitucional, párrafo segundo, y están íntimamente relacionadas con el informe que, por escrito, debe presentar el presidente de la República, en el que manifieste “el estado general que guarda la administración pública del país” en la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo de cada año de ejercicio del Congreso, respecto del cual cada una de las Cámaras realizará el análisis del informe y podrá solicitar al presidente de la República, ampliar la información mediante preguntas por escrito y *citar* a los secretarios de Estado y a los directores de las entidades paraestatales, quienes comparecerán y rendirán informes bajo protesta de decir verdad.⁴²

Otro tipo de comparecencias son las que regula el artículo 93 constitucional, párrafo primero; en éste se obliga a los secretarios de despacho, luego de que esté abierto el periodo de sesiones ordinarias, a “dar cuenta al Congreso del estado que guarden sus respectivos ramos”. Asimismo, la Constitución, en el párrafo segundo del citado artículo, regula otro tipo de comparecencias, a través de las cuales atribuye a

Cualquiera de las cámaras podrá *convocar* a los Secretarios de Estado, a los directores y administradores de las entidades paraestatales, así como a los titulares de los órganos autónomos, para que informen bajo protesta de decir verdad, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades o para que respondan a interpelaciones o preguntas.⁴³

Conviene señalar que la reforma constitucional de 2008⁴⁴ excluyó de tales convocatorias a los directores y administradores de los organismos descentralizados federales; no encontramos una justificación para que se exceptúe a estos sujetos de tales comparecencias, puesto que el número de organismos de esta naturaleza con que cuenta hoy la administración pública federal es considerable,⁴⁵ y no obstante que el artículo 23 de la

⁴² En el conjunto de reformas que se integraron bajo el título de “reforma política” se reformó este precepto y el artículo 93, para excluir de este tipo de comparecencias al procurador general de la República.

⁴³ El énfasis es nuestro.

⁴⁴ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de agosto de 2008.

⁴⁵ Actualmente hay alrededor de ochenta organismos descentralizados de gran importancia, como son el IPAB, el Capufe, el Injuve, el Conapred, el Conacyt, entre otros.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala este tipo de comparecencias como obligación de los titulares de dichos organismos, y así lo reitera el Reglamento de la Cámara en su artículo 124, inciso 2, fracción III.⁴⁶

Como puede observarse, este tipo de comparecencias son diferentes a las anteriores, por tratarse de una facultad de las cámaras; es decir, son éstas las que deciden cuándo es necesario o pertinente solicitar la presentación de dichos funcionarios. En la práctica, el objetivo que persiguen las cámaras es recibir información, e incluso cuestionar a los servidores públicos implicados cuando se discute una ley o se estudia un negocio que concierne a sus áreas de competencia. En este contexto, es fácil inferir que corresponde a las cámaras un papel más proactivo, ya que a éstas corresponde citar, llamar, a los servidores públicos de que se trate. Finalmente, no hay que perder de vista la obligación que dicho precepto señala, en el sentido de que dichos servidores deben dar respuesta a las preguntas e interpelaciones que les formulen los legisladores durante la comparecencia. Esta adición, a nuestro juicio, resulta inocua, pues ya que una comparecencia de esta naturaleza, es decir, en sede parlamentaria, implica por su propia naturaleza un diálogo, una plática, una discusión, que exige preguntas y respuestas, sin las cuales no existe tal.

No obstante la meridiana claridad de los preceptos constitucionales, las comparecencias de servidores públicos no acaban por entenderse ni en el ámbito parlamentario ni en el judicial. Para muestra de nuestra afirmación un ejemplo: con motivo de un decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el dos de enero de dos mil trece, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recibió y resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 1/2003,⁴⁷ promovida por un grupo de diputados, en la que, entre otros preceptos, se impugnaban las fracciones

⁴⁶ Adicionalmente, conviene subrayar que cuando se reformó el párrafo segundo del artículo 93 no se tuvo presente la concordancia que este párrafo tenía con el siguiente (tercero) del mismo precepto con relación al objeto de fiscalización de las comisiones de investigación. Nuevamente la forma ligera y descuidada de reformar la norma fundamental deja flancos abiertos para la interpretación, con los riesgos que ello implica. Sin duda, el Constituyente Permanente, al momento de reformar la Constitución, debe ser muy cuidadoso y escrupuloso con el impacto constitucional.

⁴⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de febrero de 2015.

XII y XXX del artículo 27, que regula como asuntos que compete despachar a la Secretaría de Gobernación, los siguientes:

XII. Formular y ejecutar las políticas, programas y acciones tendientes a garantizar la seguridad pública de la Nación y de sus habitantes; proponer al Ejecutivo Federal la política criminal y las medidas que garanticen la congruencia de ésta entre las dependencias de la Administración Pública Federal; *comparecer cada seis meses ante las comisiones de Gobernación y de Seguridad Pública del Senado para presentar la política criminal y darle seguimiento cuando ésta se apruebe o se modifique*; coadyuvar a la prevención del delito; ejercer el mando sobre la fuerza pública para proteger a la población ante todo tipo de amenazas y riesgos, con plena sujeción a los derechos humanos y libertades fundamentales; salvaguardar la integridad y los derechos de las personas; así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos

...

XXX. Informar al Poder Legislativo Federal sobre los asuntos de su competencia en materia de seguridad nacional, *a través de comparecencia de su titular cada seis meses ante la Comisión Bicameral prevista en el artículo 56 de la Ley de Seguridad Nacional*.

A juicio de los ciento setenta diputados federales que promovieron la acción, las partes del texto que se destacan son contrarias a la Constitución. Lo mismo resolvió la Corte, y fueron declaradas inválidas las “fracciones normativas”. En realidad, como ya lo hemos expresado *supra*, no era necesario señalar tales obligaciones en dicha ley para que el titular de la Secretaría de Gobernación compareciera semestralmente ante el Senado, o bien ante la comisión bicameral de seguridad nacional. Aunque dicha ley no establezca esa obligación con fundamento en el artículo 93 constitucional, la comparecencia puede solicitarse por parte del Senado; el problema que se presenta en la práctica es que, no existiendo obligación expresa, una mayoría parlamentaria puede impedir que el servidor público comparezca.

En Estados donde la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo se da en un ámbito de gobernabilidad democrática no es necesaria una norma que expresamente establezca este tipo de obligaciones, sobre todo en materias tan sensibles como la seguridad nacional y la política criminal.

Con relación a la pregunta parlamentaria y a las interpelaciones, no obstante que desde la doctrina había pronunciamientos para su incorporación en nuestro derecho, la pregunta parlamentaria en México no

existió, sino hasta la reforma constitucional de agosto de 2008, que la incorpora a los artículos 69 y 93, y precisada en el primero de los artículos mediante reforma de 2014, y la vincula con el informe escrito que debe presentar el presidente de la República, en el que manifieste el estado general que guarda la administración pública del país en la apertura de sesiones ordinarias del primer periodo de cada año de ejercicio del Congreso. Así, el párrafo segundo del artículo 69 señala que

Cada una de las Cámaras realizará el análisis del informe y podrá solicitar al Presidente de la República ampliar la información mediante pregunta por escrito y citar a los Secretarios de Estado y a los directores de las entidades paraestatales, quienes comparecerán y rendirán informes bajo protesta de decir verdad. La Ley del Congreso y sus reglamentos regularán el ejercicio de esta facultad.

Es importante señalar en primera instancia que esa pregunta por escrito que cada una de las Cámaras puede realizar al presidente de la República no está regulada en los reglamentos parlamentarios.⁴⁸

Con relación al artículo 93, la reforma consistió en permitir que cuando las cámaras convoquen a los secretarios de Estado, a los directores y administradores de las entidades paraestatales, así como a los titulares de los órganos autónomos, para que informen bajo protesta de decir verdad, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades o para que respondan a *interpelaciones o preguntas*. Asimismo, la adición del párrafo cuarto permitirá a las Cámaras, requerir información o documentación a los titulares de las dependencias y entidades del gobierno federal, mediante *pregunta por escrito*, que deberá ser respondida en un término no mayor a quince días naturales a partir de su recepción.

De esta forma, ambos reglamentos de las cámaras regulan la pregunta a los servidores públicos; en el caso de la Cámara de Diputados, mediante la pregunta parlamentaria por escrito en el Pleno se podrá solicitar información a los servidores enunciados en el artículo 93 constitucional. Las áreas temáticas en las que pueden formularse preguntas son las mismas en las que se divide la glosa del informe presidencial, a saber: política

⁴⁸ Sobre el particular, nos remiten a los comentarios hechos en *El Congreso mexicano...*, cit., pp. 197 y ss.

interior y exterior, política social y económica. Para tales efectos, los legisladores deberán formular sus propuestas, ante sus respectivos grupos parlamentarios,⁴⁹ de manera concisa, y referirse sólo a un tema de interés general,⁵⁰ para permitir una respuesta directa.

Corresponde a la Junta de Coordinación Política recibir las propuestas de los grupos y de los diputados independientes, y en un lapso no mayor a diez días, hacer la propuesta de acuerdo parlamentario, en donde establezca: a) número total de preguntas, b) número de preguntas que corresponden a cada grupo, atendiendo al criterio de proporcionalidad, y c) texto de las preguntas admitidas. Una vez aprobado el acuerdo, el presidente de la mesa directiva de la Cámara hará llegar al funcionario las preguntas, que éste deberá responder en un lapso de quince días, contados a partir de la recepción de las preguntas. Las respuestas que los funcionarios del Poder Ejecutivo Federal envíen a la mesa directiva se harán del conocimiento del Pleno y se publicarán en la *Gaceta Parlamentaria* y en la página de Internet de la Cámara de Diputados.

Adicionalmente, el Reglamento de esta Cámara establece que el presidente turnará a las comisiones relacionadas con la materia, las respuestas de los servidores públicos para su correspondiente análisis, valoración y, en su caso, recomendaciones. Las comisiones tendrán un plazo de quince días, contados a partir de la recepción del turno por parte de la mesa directiva, para formular conclusiones y, en su caso, recomendaciones, que se enviarán a la Junta para su conocimiento, y a la mesa directiva para que dé cuenta al Pleno. Asimismo, el presidente enviará al titular del Poder Ejecutivo Federal las conclusiones o recomendaciones de las comisiones una vez que haya dado cuenta al Pleno.

Por su parte, el Reglamento del Senado distingue tres tipos de preguntas por escrito; para las primeras establece que cuando se esté realizando el análisis del informe del presidente de la República a que se refiere el artículo 69 constitucional, el Senado puede solicitar, mediante pregunta por escrito, que amplíe la información relativa. La Junta integrará las preguntas que formulan los grupos parlamentarios en proporción al número de sus integrantes, y las presentará a la Mesa para someterlas al Pleno,

⁴⁹ En 2015, y mediante reforma al Reglamento, se reconoció este derecho de formular preguntas parlamentarias a los diputados independientes.

⁵⁰ El mismo Reglamento señala que las propuestas que sean de interés personal de quien las formula, y las preguntas múltiples, no serán admitidas.

y, en su caso, remitirlas al presidente de la República; las respuestas de éste se turnarán a las comisiones competentes y a los grupos parlamentarios, quienes las analizarán, valorarán y harán conclusiones. Tanto las preguntas como las respuestas que les recaigan se publicarán en la *Gaceta del Senado*.

En segundo término, cuando por acuerdo del Pleno deban comparecer servidores públicos conforme al artículo 93 de la Constitución, con el citatorio se envían a los comparecientes las preguntas e interpelaciones que los senadores, en lo individual o en grupo, entregan previamente a la Mesa, sin menoscabo de que durante la comparecencia formulen otras preguntas o interpelaciones. Las preguntas e interpelaciones que hacen los senadores al compareciente, ya sea por escrito o en forma verbal, deben ser concisas y expresarse de tal modo que permitan una respuesta breve y directa. Cuando el compareciente, a juicio del presidente de la Mesa o de la Comisión, no responda de esta manera, le concede nuevamente el uso de la palabra al senador que formuló la pregunta o interpelación a fin de que señale las omisiones de la respuesta.

De conformidad con el Reglamento que venimos citando, cuando un servidor público no responda satisfactoriamente o evada las preguntas que se le formulan, el presidente de la Mesa o el de la junta directiva de la comisión le solicita que a más tardar dentro de los cinco días siguientes al de la comparecencia responda por escrito y remita la información completa o la omitida. De no hacerlo, previo acuerdo del Pleno se le convoca a una segunda comparecencia, ya sea ante la misma comisión o ante el Pleno del Senado.

En el tercer caso se trata de las preguntas e interpelaciones a los servidores públicos referidos en el artículo 93 constitucional, sin mediar comparecencia, que deberán presentarse por escrito y firmadas por los senadores que las formulan en lo individual o en grupo.⁵¹ De aprobar el Pleno la pregunta o interpelación, el presidente la envía mediante acuerdo al servidor público a quien se dirige. De no aprobarla, se entiende por desechada. Tanto las preguntas como las respuestas que les recaigan se publican en la *Gaceta*.

⁵¹ Las preguntas e interpelaciones se incluyen en el orden del día de la sesión inmediata del Pleno, en el apartado de proposiciones con punto de acuerdo. El autor o un representante de los autores pueden explicar el objeto y las razones de la pregunta o interpelación, y a continuación se someten a debate y votación.

En la práctica, la pregunta parlamentaria, a nuestro juicio, tiene que pasar de un mero trámite para convertirse en un verdadero instrumento de control que se desarrolle, precisamente, en sesiones especiales de control parlamentario, y que permitan el intercambio verbal y directo, y no sólo escrito, que propicie un verdadero diálogo entre los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante lo anterior, su reciente incorporación a nuestro derecho y sus lagunas y limitantes, la pregunta parlamentaria comienza a ejercerse por parte de los grupos parlamentarios. En la Cámara de Diputados, y con motivo del segundo informe del presidente Enrique Peña Nieto, la Cámara de Diputados presentó 43 preguntas que correspondieron diez al PRI, ocho al PAN y al PRD, seis al PVEM, cinco a Movimiento Ciudadano, dos a Nueva Alianza y cuatro al Partido del Trabajo.⁵²

Destacan de estas preguntas las presentadas por el PRI sobre la volatilidad financiera internacional, el nuevo aeropuerto de la Ciudad de México, los resultados de la Cruzada Nacional contra el Hambre, y la cobertura en educación. Mientras que el PAN solicitó respuesta a temas como los hechos ocurridos en Iguala, acciones sobre la inseguridad pública y grupos delincuenciales, así como la forma en cómo se procuró la gobernabilidad en Guerrero; por su parte, el PRD cuestionó sobre tópicos relacionados con la falta de aplicación de protocolos internacionales establecidos los casos como la desaparición forzada, por el caso de Iguala, Guerrero, y que hasta el momento mantienen en una incógnita el paradero de 43 estudiantes normalistas.

Por su parte, y con motivo del Tercer Informe de gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, el Senado de la República entregó a la Presidencia cuarenta preguntas que los grupos parlamentarios del PRI, PAN, PRD y PVEM formularon a fin de precisar o ampliar información respecto a temas prioritarios, como seguridad, derechos humanos y economía.⁵³

El grupo parlamentario del PRI envió dieciséis preguntas, entre otras: ¿qué resultados y beneficios tangibles ha tenido la reforma educativa en la educación básica, media superior y superior?, y ¿qué avances registra la instrumentación del Servicio Profesional Docente? Asimismo, cuestionó sobre los avances del Programa para Democratizar la Productividad 2013-2014; de los incentivos a la productividad en el campo para dejar

⁵² *Gaceta Parlamentaria*, 17 de febrero de 2015.

⁵³ *Gaceta del Senado*, 15 de diciembre de 2015.

atrás el asistencialismo, y los resultados del Instituto Nacional del Emprendedor y de la Red de Apoyo al Emprendedor. Sobre el sistema de justicia penal, preguntó: ¿cuál es la estrategia del gobierno para acelerar el proceso y el que el modelo opere en el orden federal y en las 32 entidades del país, en la fecha que mandata la carta magna?, sobre las estrategias del sector salud para evitar que más personas se conviertan en diabéticas.

Por su parte, el grupo parlamentario del PAN realizó doce preguntas. En materia de política interior, le interesaron los temas de seguridad, al señalar que en agosto de 2014 comenzaron las operaciones de la gendarmería, que ha realizado 12 mil 637 acciones tácticas operativas en trece entidades federativas, y cuestionó qué impacto han tenido en la ciudadanía y mejora en las condiciones de seguridad las operaciones señaladas, y de manera concreta cómo se puede evaluar objetivamente dicho impacto. También, preguntó por qué los sistemas de inteligencia e intercambio de información no advirtieron sobre la evasión de Joaquín Guzmán Loera, y tampoco arrojaron información sobre los casos de Tlatlaya e Iguala. ¿Qué acciones concretas se han realizado para desarticular las finanzas de la delincuencia organizada? ¿A qué cantidad ascienden los recursos incautados bajo este rubor?, y ¿qué tipo de esquemas financieros o de negocio son los más utilizados por la delincuencia organizada para realizar sus actividades financieras?⁵⁴

Los cuestionamientos del grupo parlamentario del PRD fueron siete, e implicaron las siguientes temáticas: 1) crisis de los derechos humanos; 2) debilidad institucional frente a la delincuencia organizada; 3) combate a la corrupción; 4) privatización del sector energético; 5) incremento de la deuda pública; 6) privatización de servicios e infraestructura pública, y 7) bonos de infraestructura educativa.

El grupo parlamentario del PVEM realizó únicamente tres preguntas. Respecto a la ronda uno, solicitó detalles sobre el impacto que tendrán estas licitaciones en el desarrollo económico nacional, y en especial en el sector energético, así como información sobre las acciones para la protección del medio ambiente en los campos licitados. También preguntó qué acciones ha realizado su gobierno para mejorar la infraestructura educativa, y cuáles son algunos beneficios tangibles que ya se desprenden de

⁵⁴ *Idem*.

cada una de las trece reformas estructurales aprobadas durante la primera mitad de este gobierno.

De este ejercicio de análisis rápido de las preguntas y respuestas presentadas con motivo del segundo y tercer informe de gobierno del presidente Peña Nieto podemos hacer las siguientes reflexiones: primero, los cuestionamientos que presentan los grupos parlamentarios no siempre cumplen los requisitos establecidos por los reglamentos; esto es, no se trata de preguntas concisas y que se refieran sólo a un tema de interés general, o, bien para el caso del Senado, que sean concisas y que permitan una respuesta breve y directa. Las preguntas que presentan los legisladores la más de las veces son temáticas, lo que ha obligado al subsecretario de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos, quien termina respondiendo los cuestionamientos, a dar respuestas muy extensas con información general de fácil acceso; es decir, que no exigiría de una solicitud especial, y en pocas ocasiones la respuesta ofrece información específica o más detallada.

5. *Investigaciones parlamentarias*

Las comisiones parlamentarias de investigación, aunque fueron concebidas desde su incorporación a nuestro texto constitucional en 1977, como órganos de control parlamentario, y como se deduce del propio texto del artículo 93, que señala que “las Cámaras a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad si se trata de los senadores, tiene facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de *dichos organismos descentralizados* y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal”, no han alcanzado a nuestro juicio la importancia que este tipo de órganos posee en otros países con regímenes democráticos más consolidados que el nuestro.⁵⁵

⁵⁵ Conviene señalar que el constituyente permanente, en la reforma al párrafo segundo del artículo 93, suprimió a los organismos descentralizados federales para ser convocados por cualquiera de las Cámaras; no sólo no existió una razón para ello, sino que olvidó la concordancia entre dicho párrafo y el tercero (trascrito). Por lo anterior, es pertinente precisar que cuando este párrafo señala: “dichos organismos descentralizados”, se está refiriendo a organismos descentralizados “federales”. Nos referimos a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de julio de 2008.

Si bien la exposición de motivos de la reforma política de 1977⁵⁶ señaló como causas principales para fundamentar dicha reforma constitucional las siguientes: 1) encontrar fórmulas adecuadas para vigilar mejor las actividades de los organismos descentralizados, en virtud de que los mismos habían aumentado considerablemente; 2) que el Congreso coadyuvara en forma efectiva en las tareas de fiscalización, supervisión y control que realiza el Poder Ejecutivo respecto de esas corporaciones, y esta facultad se encuadra también dentro del marco de equilibrio que se buscaba entre el Ejecutivo y el Legislativo; este tipo constitucional de comisiones no han encontrado una regulación adecuada que les permita dar más y mejores resultados.

No abordaremos aquí la teoría general de estos órganos ni las comisiones que se han creado a la luz de nuestra Constitución, ya que a eso hemos dedicado otros escritos;⁵⁷ así que ahora destinaremos estas líneas a señalar cuáles han sido los problemas y deficiencias que a lo largo de su historia han enfrentado este tipo de investigaciones, cuáles han sido sus aportaciones y cuáles son los ámbitos que deben regularse para conseguir una mayor eficacia.

Las comisiones de investigación, desde su incorporación al texto constitucional, se han enfrentado a los mismos problemas, sin que hasta la fecha se haya legislado en la materia para superar los obstáculos que impiden su eficacia. El tema se omitió por lo menos en tres ocasiones recientes: a) en la reforma a dicho artículo en 2008; b) cuando se expidieron los reglamentos de las cámaras, y c) con la aprobación de la reciente reforma político-electoral de 2014.

Hasta 2007 nosotros habíamos contabilizado dieciocho comisiones de esta naturaleza que se habían constituido en la Cámara de Diputados, ninguna en el Senado. Algunas de ellas han pasado desapercibidas y otras han generado una amplia polémica. Las primeras comisiones se enfrentaron a un primer inconveniente —esto es, el de los primeros años, posteriores a 1977—; fue el escaso entendimiento de estas comisiones como instrumentos de control, en un Congreso cuya mayoría pertenecía al par-

⁵⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre de ese año.

⁵⁷ *Las comisiones parlamentarias de investigación...*, *cit.*, así como *Treinta años de investigaciones parlamentarias en México...*, *cit.* También puede verse Abreu Sacramento, Juan Pablo, “El control parlamentario a través de las comisiones de investigación”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 18, enero-junio de 2016, pp. 4-38.

tido del titular de Ejecutivo Federal en turno, lo que anulaba, incluso, la existencia de estas comisiones, pues no se contaba con una oposición suficiente para crearlas. A lo anterior se sumó una tergiversada interpretación de dicho párrafo, que durante muchos años llevó a que las mayorías parlamentarias interpretaran que para la creación de este tipo de investigaciones se necesitaba la anuencia o permiso del Pleno de las Cámaras, situación que, resulta obvio, no contempla la Constitución,⁵⁸ y que con cierta frecuencia suele argumentarse para evitar comisiones molestas para la mayoría en turno. En 1979, tan sólo a dos años de la reforma constitucional, la comisión Banpesca recomendó, en su informe final, la necesidad de “legislar en materia de facultades de investigación concedidas al Congreso de la Unión por el artículo 93 constitucional”. Esta recomendación sigue vigente a cuarenta años de la incorporación de estos órganos al texto constitucional.

Conforme la posición fue llegando a la Cámara de Diputados, se vio superado el requisito de solicitar las tres cuartas partes de los diputados para la creación de este tipo de comisiones, pero no dejaron de enfrentar problemas. En muy diversas ocasiones el secreto bancario ha sido interpuesto por las autoridades investigadas para no proporcionar la información que le es solicitada por este tipo de comisiones; tal fue el caso de la segunda de las comisiones Banpesca, la del IPAB en sus diversas versiones, las comisiones que investigaron el actuar de diversos organismos de la administración pública y la empresa Construcciones Prácticas, S. A. de C. V., así como la del caso ISOSA.

Un dato que vale la pena tomar en cuenta es que cuando más pluralidad hay en dicha asamblea, se ha incrementado el número de comisiones de esta naturaleza. Lo anterior encontró su punto de culminación con la comisión Conasupo, que por la fuerza de la mayoría fue concluida de mala manera, a inicios de octubre de 1996; pero ello no fue óbice para que se creara una segunda comisión, que continuaría los trabajos de investigación, tan sólo un día antes de concluir el mismo mes y bajo la conformación de una nueva legislatura.

Por otra parte, este tipo de comisiones han hecho algunas aportaciones relevantes; por ejemplo, un resultado importante de la comisión de investigación Conasupo II fue la emisión de la Norma Técnica 316, emi-

⁵⁸ *Treinta años de investigaciones parlamentarias en México...*, cit.

tida por la Secretaría de Salud, en la que fijó en cincuenta bq/kg el límite máximo de radiactividad para la leche producida en los países europeos, y que en México se puede consumir. Otra comisión que produjo de manera colateral resultados importantes es la que investigó al IPAB II, pues motivó a) la aprobación de las iniciativas de la Ley del Banco de México; b) la fusión de las comisiones nacionales Bancaria y de Valores en una sola; c) la creación de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, y d) a la postre, la aprobación de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

En el ámbito de los ajustes a la regulación de este tipo de comisiones, podemos resumir los siguientes espacios de oportunidad: tiene que regularse con cuidado y precisión lo relativo a la solicitud de información por parte de los diputados integrantes de las comisiones investigadoras al Ejecutivo federal, y en general a la administración pública. Con distintos argumentos, en la mayor parte de las comisiones creadas en estos años se les negó información relevante para sus pesquisas. Conviene regular las relaciones de estas comisiones y el Poder Judicial, así como los derechos que asisten a las personas o servidores públicos citados a comparecer ante sus integrantes. Otro aspecto en el que tendrá que ponerse especial atención es en que estos órganos cuenten con apoyos técnicos, propios o de la Cámara, suficientes para que apoyen las labores de investigación y se evite con ello la contratación de despachos privados. Una regulación más precisa exigen los temas de los resultados o informes de las comisiones o sobre quién debe ejercer la presidencias de las mismas comisiones.

Las anteriores propuestas podrían hacerse por la vía legal y reglamentaria; resta decir que la regulación de estas comisiones en ambos reglamentos de las cámaras no es clara, incluso en ocasiones es confusa, y ello no contribuye al fortalecimiento de estos órganos.

Un aspecto que sí exigiría una reforma constitucional, y que hoy parece ser claro, es el alcance de este tipo de comisiones, cuyo ámbito debe ser más amplio;⁵⁹ su objeto de investigación cada vez es menor, ya que los organismos descentralizados tienden a desaparecer, al igual que las empresas de participación estatal. Nosotros venimos proponiendo desde hace tiempo, que las comisiones de investigación deben ser órganos parlamentarios de carácter temporal, instados, preferentemente, por los grupos

⁵⁹ Rodríguez Lozano, Amador, “La reforma del Estado y el Congreso de la Unión. Una visión desde el Senado sobre el fortalecimiento del Poder Legislativo en México”, *Revista del Senado de la República*, núm. 3, t. 2, abril-junio, 1996, p. 19.

parlamentarios minoritarios (de oposición), con facultades excepcionales, que pueden vincular a terceros ajenos a la actividad parlamentaria, por medio de los cuales el parlamento ejerce el control del gobierno respecto de aquellos asuntos de interés público cuyos resultados, a través de la publicidad, tienden, por un lado, a poner en funcionamiento los procedimientos de responsabilidad política difusa, y, por otro, al fortalecimiento del Estado democrático.⁶⁰

Si lo que realmente queremos es que estas comisiones constitucionales funcionen debidamente e impacten en la vida política y social de nuestro país, es necesario discutir las y reformarlas con responsabilidad de Estado. Bien regulados, este tipo de instrumentos de control pueden ofrecer grandes beneficios al sistema de rendición de cuentas.

6. *Dos nuevos instrumentos de control parlamentario a partir de 2018*

La reforma político-electoral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014, integra dos mecanismos de control parlamentario a las competencias del Congreso mexicano. Por una parte, el artículo 74, que consagra las facultades exclusivas de la cámara baja, a partir de entonces, señala como una de éstas, en su fracción VII, que le corresponde “Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo en el plazo que disponga la ley. En caso de que la Cámara de Diputados no se pronuncie en dicho plazo, el Plan se entenderá aprobado”.

El otro instrumento de control parlamentario con el que el Constituyente permanente amplió las facultades de este tipo a la cámara alta es el establecido, por virtud de esa misma reforma constitucional, en el párrafo tercero del artículo 69 de la Constitución, que consagra:

En el primer año de su mandato, en la apertura del segundo periodo de sesiones ordinarias del Congreso, el Presidente de la República presentará ante la Cámara de Senadores, para su aprobación, la Estrategia Nacional de Seguridad Pública e informará anualmente sobre el estado que guarde.

Este precepto no puede desvincularse de la facultad exclusiva del artículo 76 constitucional, que en su fracción XI señala: “Aprobar la Estrategia Nacional de Seguridad Pública en el plazo que disponga la ley. En

⁶⁰ Para este tema, remitimos a nuestro libro *Treinta años de investigaciones parlamentarias...*, cit.

caso de que el Senado no se pronuncie en dicho plazo, ésta se entenderá aprobada”.

Resulta evidente que una vez aprobadas las reformas constitucionales que autorizan a la Cámara de Diputados para aprobar el Plan Nacional de Desarrollo y el Senado la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, dichas facultades exigirán reformas tanto a la Ley de Planeación como a la Ley de Seguridad Nacional.

Por lo que hace al Plan Nacional de Desarrollo, conviene recordar que el artículo 26 de la Constitución señala que

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.

En su ámbito, la Ley de Planeación señala como

...planeación nacional de desarrollo la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente y aprovechamiento racional de los recursos naturales así como de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y desarrollo urbano, tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la ley establecen.

Mediante la planeación se fijarán objetivos, metas, estrategias y prioridades, así como criterios basados en estudios de factibilidad cultural; se asignarán recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinarán acciones y se evaluarán resultados.

El conocimiento por parte del Congreso del Plan Nacional de Desarrollo no es nuevo, pues si bien la Ley de Planeación establece como una

responsabilidad del Ejecutivo Federal conducir la planeación nacional del desarrollo, también le imponía al presidente de la República remitir el Plan Nacional de Desarrollo al Congreso para su *examen* y *opinión*. A partir del 1o. de diciembre de 2018 la participación de la Cámara de Diputados ya no se reducirá sólo a examinar y opinar sobre el mismo, sino, que ahora, como señala la Constitución, le corresponderá a dicha Cámara aprobarlo, lo cual implicará que ambos poderes se pongan de acuerdo para alcanzar su aprobación. En este contexto, deberá establecerse la fecha de presentación del Plan, así como los mecanismos y estrategias de trabajo de la Cámara para su aprobación. Lo anterior representa una extraordinaria oportunidad para que ambos poderes logren armonizar el contenido del Plan y concretar sus metas; por otro lado, el ejercicio de aprobación exigirá también que la Cámara ajuste y afine sus funciones de seguimiento y control de los planes sectoriales y del Plan Nacional de Desarrollo.

Hasta ahora la Estrategia de Seguridad Pública ha formado parte del Plan Nacional de Desarrollo. Los documentos programáticos de la administración pública federal vinculados con el tema de seguridad pública son el complemento operativo que da sustento a dicha Estrategia, que se encuentra plasmada en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en el Programa Sectorial de Gobernación 2013-2018, así como en el Programa Nacional de Seguridad Pública. Frente al anterior panorama, es fácil inferir que aunque el Plan y la Estrategia puedan continuar teniendo vasos comunicantes, esta última adquirirá su particular importancia, no sólo porque se trata de un tema sumamente sensible en la actualidad mexicana, sino porque corresponderá al Senado de la República su aprobación; es decir, a la asamblea, que, en principio, ostenta la representación territorial.

Adicionalmente, es conveniente no perder de vista la obligación que la propia Constitución establece al presidente de la República para informar a la Cámara de Senadores sobre los avances de la misma. Esta obligación debe entenderse como un nuevo espacio de comunicación entre poderes en un tema como la inseguridad, que no en pocas ocasiones agobia a amplias regiones de nuestro territorio.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con base en las páginas que anteceden, podemos afirmar que aunque en los estudios doctrinales, e incluso en los discursos políticos, se suele sostener que en México existe una buena relación entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, y además señalar que en los últimos años se han incorporado a nuestra legislación instrumentos de los regímenes parlamentarios, no propios de los sistemas presidenciales, y que han funcionado perfectamente, lo cierto es que hoy en día no se han buscado oportunidades para edificar una relación de colaboración eficiente, equilibrada y constructiva entre estos poderes, que contribuya a la consolidación de nuestro sistema democrático. Referirse hoy al término “control parlamentario”, e incluso aludir a instrumentos de este tipo de control, como hemos tenido ocasión de señalar, no es lo habitual; además, no existe todavía una comprensión correcta de los mismos, no obstante la alternancia en el ejercicio del gobierno, y que la oposición es cada vez mayor y más activa en nuestras cámaras.

Suponemos que la posibilidad de reelección legislativa consecutiva que se abre en 2018 provocará una serie de reflexiones en torno a nuestro Congreso federal, a sus facultades y competencias, e incluso a su integración; deliberaciones que necesariamente pasan por la idea de la ineludible profesionalización de nuestros representantes. El conocimiento, no sólo práctico, sino también teórico, de las facultades del Congreso y de los alcances de las mismas, se irá convirtiendo, cada vez más, en un presupuesto necesario e inevitable.

En el anterior contexto, a nuestro juicio, recobrará una especial importancia la función de control que todo Congreso desempeña en un Estado democrático, y el mexicano aspira a serlo. Tal vez con un impulso decisivo nuestro Poder Legislativo pase de un compulsivo legislador a un eficiente controlador del Ejecutivo Federal, si nuevamente se da la alternancia en la Presidencia de la República. En nuestro entorno parlamentario no se ha descubierto el enorme potencial que representa la función de control. Ésta contribuye, entre otras cosas, a equilibrar el ejercicio del poder, a orientar la actividad económica, a fiscalizar el gasto público, a vigilar los excesos de los servidores públicos, al fortalecimiento de la vida institucional, a establecer reglas claras de transparencia y rendición de cuentas que favorezcan una ética pública en el ejercicio del poder.

Hemos afirmado, en reiteradas ocasiones, que esta extraordinaria función debe estar en manos de la oposición; es ésta la que debe empoderarse como tal y asumir que su ámbito de trabajo está fundamentalmente en volverla eficaz. Lo que hemos pretendido en las páginas anteriores es mostrar los escenarios en los que la oposición puede encontrar espacios para perfeccionar los instrumentos y mecanismos propios de esta función. Ha quedado claro que no basta una regulación constitucional, legal o reglamentaria escasa y pobre, sino que es indispensable revisar las fortalezas y debilidades de todos y cada uno de estos instrumentos para ponerlos al día, y que los mismos se ejerzan de manera natural, como, por otro lado, sucede en la mayor parte de los parlamentos democráticos. Algunos instrumentos, ya lo hemos señalado, incluso con la pobre regulación que poseen, han dado buenos frutos, que podrían ser mejores si contaran con un adecuado andamiaje jurídico y operativo que no los haga depender de voluntades externas a las cámaras.

Todavía en nuestro sistema representativo el Poder Legislativo no satisface las expectativas ciudadanas, sigue a la zaga del presidente de la República en turno; en diversas ocasiones, sobre todo en la toma de las decisiones más significativas, se le sigue marginando, aun cuando, a pesar de sus imperfecciones, siga siendo el único poder que concentre la pluralidad nacional. Otros acuerdos o instrumentos pueden resultar más rápidos y eficientes, pero carecen de la legitimidad democrática, que sólo posee el Congreso. Es ya ineludible que el Congreso y el Poder Ejecutivo puedan hablar de tú a tú. Para ello es necesario acometer la titánica tarea de elaborar una nueva ley del Congreso que regule no sólo a los órganos internos de las Cámaras, sino, y sobre todo, los procesos parlamentarios, especialmente los de control, porque como hemos visto, éstos influyen en todas las áreas del quehacer humano, en el ámbito político, económico y social. Todos los países tienen retos de esta naturaleza; la diferencia es cómo se diseñan las instituciones para enfrentarlos y encontrar soluciones, y precisamente, una de las instituciones más relevantes para procesar los problemas, retos o desafíos en un Estado contemporáneo es el Parlamento; la actualización jurídica de sus procesos es fundamental para reforzar su legitimidad y convertirlo en el motor de la transformación de las reglas del juego. Hoy, México se encuentra nuevamente detenido en la creación de instituciones (elefantes blancos, burocracia) para hacer frente a la corrupción y la impunidad galopantes, cuando el mejor antídoto a la corrupción y a la impunidad es la

aplicación de la ley; pero no de cualquier ley, sino de una ley legítima; esto es, de una ley no negociable.

La actual debilidad institucional que experimenta México, y que ha llevado a algunos a afirmar que vivimos en un Estado fallido, es un grito desesperado de la sociedad mexicana, que pide a sus representantes un mayor grado de responsabilidad para fortalecer a los congresos, poderes que le pertenecen a la ciudadanía, para hacer de estas asambleas, verdaderas “cajas de resonancia”, en las que principalmente se procesen los grandes desafíos que México, en su forma federal, tiene frente a sí.

Por ello, la reelección legislativa consecutiva no es un tema menor, sino que es un asunto que incumbe, y mucho, a los políticos y a los ciudadanos. Los legisladores que pretendan reelegirse deberán dar resultados, ya no sólo a sus líderes partidarios o a sus coordinadores de grupo, sino a los ciudadanos, de quienes cada vez más dependerá su permanencia en el Congreso. La reelección legislativa exige no sólo mejores legisladores, sino una ciudadanía informada y actuante, empoderada, exigente con los resultados de sus representantes. El voto ciudadano se revalorará, y los representantes deberán cumplir con las exigencias y demandas sociales; de no hacerlo, podrían ver truncadas sus expectativas de permanencia en el Congreso mexicano.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, Manuel, “Información parlamentaria y función de control”, *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Madrid, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudio preliminar a sobre el parlamentarismo Schmitt, Carl*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ARAGÓN REYES, *Gobierno y Cortes*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1994.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, “El estatus parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.

- CASTILLO VERA, Pilar del, “La oposición política”, *Derecho Político I*, Madrid, UNED, t. II, 1987.
- ENRÍQUEZ FUENTES, Gastón Julián, *La revaloración del control parlamentario en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La función actual del Poder Legislativo”, *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, UNAM-Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994.
- FORSTHOFF, Ernest, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, “La actividad legislativa del Parlamento como mecanismo de control político”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 14, 1988.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, y MONTERO GIBERT, José Ramón, *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017.
- GIL ROBLES, José María y MARÍN RIAÑO, Fernando, “Naturaleza jurídica del control sobre el gobierno y la administración”, *Gobierno y administración en la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Colofón, 1992.
- LANZ DURET, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, México, Norgis, 1959.
- LEIBHOLZ, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, “Comentario al artículo 66”, en ALZAGA VILLAMIL, Óscar (comp.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas-Revista de Derecho Privado, 1989, t. VI.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “El titular del control parlamentario”, *VI Jornadas de Derecho Parlamentario. Problemas actuales del control parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.
- MANZELLA, Andrea, *Il Parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 1977.

- MANZELLA, Andrea, “Le fusioni del Parlamento in Italia”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Roma, núm. 1, 1974.
- MOLAS, Isidre, “La oposición en el parlamentarismo mayoritario”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 2, 1989.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 1998.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *Treinta años de investigaciones parlamentarias en México (1977-2007) ¿Qué investigaron los diputados federales?*, México, UNAM, 2013.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *El Congreso mexicano y sus desafíos actuales*, México, Cámara de Diputados, 2015.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “El control parlamentario de la política exterior”, en GARRORENA, Ángel (comp.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Murcia, Tecnos, 1990.
- REMIRO BRETONS, Antonio, “Comentarios a los artículos 93 y 94”, *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución española de 1978*, t. VII.
- REMIRO BRETONS, Antonio, “El poder exterior del Estado”, *Documentación Administrativa*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, núm. 205, junio-septiembre de 1985.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo, *La responsabilità politica*, Milán, Giuffrè, 1967.
- RODRÍGUEZ LOZANO, Amador, “La reforma del Estado y el Congreso de la Unión. Una visión desde el Senado sobre el fortalecimiento del Poder Legislativo en México”, *Revista del Senado de la República*, núm. 3, t. 2, abril-junio de 1996.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “El parlamento y la representación”, *Jornadas de Derecho Parlamentario*, t. I, Madrid, 1985.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa-Universidad, 1977.
- SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 1985.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.

- VEGA BLÁZQUEZ, Pedro de, “La configuración constitucional del Tribunal Constitucional en España”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1989.

EL BIODERECHO Y SUS APORTES A LOS ORDENAMIENTOS
JURÍDICOS COLOMBIANO E INTERAMERICANO.
A PROPÓSITO DE UNA DECISIÓN PELIGROSA
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SU COINCIDENCIA
CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

*BIOLAW AND ITS CONTRIBUTION TO COLOMBIAN
AND INTER-AMERICAN LEGAL SYSTEMS. REGARDING
A DANGEROUS DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT
AND ITS COINCIDENCE WITH THE JURISPRUDENCE
OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

Erick VALDÉS*

Laura Victoria PUENTES**

RESUMEN: En sus sentencias C-066/13 y C-042/17, la Corte Constitucional de Colombia entiende la discapacidad como una particularidad individual “intensamente mediada por las barreras físicas, sociológicas y jurídicas que impone el entorno”. En este sentido, la discapacidad estaría radica-

ABSTRACT: In its C-066/13 and C-042/17 sentences, the Constitutional Court of Colombia understands disability as an individual characteristic “intensely mediated by the physical, sociological and legal barriers imposed by the environment”. In this sense, the disability would be rooted in society, whose incompetence to adapt to the person who is

* Artículo recibido el 25 de mayo de 2017 y aceptado para su publicación el 13 de marzo de 2018.

** ORCID: 0000-0002-7320-9265. Profesor visitante distinguido (Distinguished Visiting Professor) de bioderecho y bioética (2019-2021) en el University Center for Human Values de la Universidad de Princeton, y profesor-investigador adjunto del Kennedy Institute of Ethics de la Universidad de Georgetown. Correspondencia: 304 Louis Marx Hall, Princeton, NJ 08544, EUA o Calle 101 #16-51, Chicó Navarra, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: erv7@georgetown.edu.

*** ORCID: 0000-0003-1700-166X. Doctoranda en derecho, Universidad Externado de Colombia. Miembro de número International Network of Biolaw. Correspondencia: Calle 101 #16-51, Chicó Navarra, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: lawip12@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 673-710.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

da en la sociedad, cuya incompetencia para adaptarse a la persona que es diversa funcionalmente sería la verdadera causa eficiente —y por lo demás, exógena— de dicha discapacidad. Desde el enfoque del bioderecho, sostendré que la visión de la Corte es equivocada y, sin perjuicio de estar en sintonía con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye un precedente peligroso, ya que al aplicar los argumentos de ambos altos organismos para la intelección del estatuto jurídico de ciertas prácticas biomédicas (como la manipulación genética disgenésica), éstos conducen a aceptar y permitir la creación de personas con discapacidades y deficiencias introducidas tendenciosamente, por vía genética, en su pasado embrionario.

PALABRAS CLAVE: bioderecho, Corte Constitucional, discapacidad, manipulación genética, ordenamiento jurídico colombiano, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

functionally diverse, would be the real efficient cause —and otherwise, exogenous— of said disability. From the biolaw approach, I will argue that the Court’s vision is wrong and, without prejudice to being in line with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, it constitutes a dangerous precedent, since by applying the arguments of both high-ranking organizations for the understanding of the legal status of certain biomedical practices (such as, for example, the genetic manipulation of dysgenesis), these lead to accept and allow the creation of people with disabilities and deficiencies introduced tendentiously, genetically, in their embryonic past.

Keywords: *biolaw, Constitutional Court, disability, genetic manipulation, Colombian legal system, Inter-American Court of Human Rights.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breve descripción del bioderecho.* III. *La sentencia. Exposición, críticas y su coincidencia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *Ponderación de los argumentos de la Corte.* V. *Insuficiencias del concepto de la Corte.* VI. *Aportes del bioderecho a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En sintonía con el llamado “modelo social de la discapacidad”,¹ las decisiones de la Corte Constitucional se han fundado en la consideración de que la discapacidad no puede radicar en unas presuntas anomalías individuales,

¹ Al respecto, véase Abberley, Paul, “The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability”, *Disability, Handicap and Society*, vol. 2, núm. 1, 1995; Abberley, Paul, “Disabled People and Normality”, en Swain, J., Finkelstein, V. & Oliver

sino en condiciones sociales, económicas, políticas y culturales excluyentes. De este modo, frente a la idea de que ciertas incapacidades provienen de deficiencias inmanentes e innatas de los individuos, esta corporación ha sostenido que aquéllas se ubican en el entorno social.

En este contexto, se plantean dos tipos de interrogantes relativos al modelo conceptual que ha servido de base para el desarrollo jurisprudencial de la Corte en torno a la discapacidad, y al esquema de intervención que se promueve con las decisiones que se adoptan. Nos focalizaremos en el primer interrogante, a saber: en las premisas fundamentales que han servido de base para construir la jurisprudencia sobre discapacidad.

El 11 de febrero de 2013, la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia C-066/13, en la cual declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “la normalización social plena” contenida en el artículo 3o. de la Ley 361 de 1997, y reafirmó que el Estado y la sociedad tienen un “deber definido de remoción de las barreras físicas, sociales y jurídicas que impiden la integración de las personas con discapacidad y que son, además, causas eficientes de la configuración de dicha particularidad del individuo”.²

Lo anterior, significa que la Corte, asumiendo un modelo social, conceptualiza y comprende la discapacidad no como una inhabilidad de la persona, sino como una particularidad individual “intensamente mediada por las barreras físicas, sociológicas y jurídicas que impone el entorno”. En este sentido, la discapacidad estaría radicada en la sociedad, generalmente construida como un ámbito social hostil e inadaptado a las necesidades y aspiraciones de los discapacitados, por lo cual aquélla no poseería una condición *per se*, sino que, más bien, representaría una convención, a saber: una incompetencia del ámbito social para adaptarse al que es funcionalmente diverso, perdiendo así, su estatuto objetivo, y trasladándose al terreno subjetivo de la discriminación y estigmatización, actitudes que

M. (eds.), *Disabling Barriers Enabling Environments*, London, Sage, 1993, y Barnes, Colin & Mercer, Geof, *Disability*, Cambridge, Polity Press, 2003.

² En su reciente sentencia C-042/17, la Corte Constitucional, refiriéndose a la inadmisibilidad de utilizar palabras que descalifiquen la diversidad funcional u orgánica de las personas, y buscando establecer un enfoque que evite que las leyes contengan expresiones que puedan “reforzar los estereotipos y paradigmas que fomentan la discriminación”, sostuvo y ratificó, en su totalidad, los argumentos contenidos en su sentencia C-066/13. Por lo mismo, y porque la base epistemológica de sus argumentos se encuentra en esa sentencia del 2013, ocupo dicha jurisprudencia como referente para desplegar mi crítica.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 673-710.

serían las verdaderas causas eficientes —y por lo demás, exógenas— de la discapacidad.

Al respecto, citando su sentencia T-207 del 12 de abril de 1999, la Corte afirma:

...la discapacidad surge principalmente del fracaso de la adaptación del ambiente social a las necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad, no de la incapacidad de estas personas de adaptarse al ambiente. Bajo este modelo, la discapacidad es principalmente un problema de discriminación y estigmatización. Además, las dificultades que enfrentan las personas con discapacidad surgen de un ambiente no adaptado a sus condiciones.

Con lo cual queda claro que la Corte considera la discapacidad como un fenómeno radicado en el constructo social —a saber: la sociedad sería la discapacitada—, por lo cual, un ámbito público, carente de hostilidad, “positivo e integrador”, supondría el alivio y, eventualmente, hasta la desaparición de la discapacidad.

En la misma línea argumental, citando su sentencia T-1258/08, en la que, después de un estudio sobre los derechos de las personas de talla baja, y su analogía con los derechos de los sujetos con discapacidad, la Corte señala que una de las causas de violación de esos derechos es “la inexistencia de entornos incluyentes, universales para la población de talla promedio y baja”, concluyendo que la discapacidad “no es «de la persona», sino el resultado de su exclusión en la participación social”.

Sostendremos que la visión de la Corte es equivocada y, por lo demás, peligrosa como precedente jurisprudencial, debido fundamentalmente a que al extender sus argumentos para comprender el estatuto jurídico de ciertas técnicas biomédicas (como la manipulación genética disgenética),³ aquéllos servirían para aceptar y permitir la creación de personas con discapacidades y deficiencias, introducidas tendenciosamente en su mapa genético, durante su pasado embrionario.

Llevaremos a cabo lo anterior, describiendo sinópticamente algunas características del bioderecho, que servirán de guía para comprender el fondo de mis argumentos sobre la sentencia de la Corte. Luego, desplegaremos nuestro análisis crítico de la sentencia, ponderando los argumentos del órgano constitucional e identificando los ángulos deficientes de su con-

³ Las prácticas que buscan producir embriones humanos con discapacidades.

cepto, que señala insuficiencias lógicas, epistemológicas y hermenéuticas, las cuales son compartidas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En seguida, explicitaremos y fundamentaremos los aportes del bioderecho al ordenamiento jurídico colombiano, para, finalmente, enunciar y justificar algunas conclusiones.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DEL BIODERECHO

En oposición a la epistemología tradicional de la disciplina, que afirma que el bioderecho o es una bioética juridificada, o parte de la bioética, o un ámbito normativo que la sustituye por completo, o bien que es simplemente el mismo derecho de siempre, abordando, con más o menos dificultades, los plexos problemáticos de la biomedicina,⁴ el bioderecho es un derecho aplicado al ámbito biomédico, capaz, entre otras cosas, de abrir

⁴ Para las concepciones o escuelas mayoritarias del bioderecho, véase (europea): Rendtorff, Jacob Dahl y Kemp, Peter, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000, I; Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life; Beyleveld, D. y Brownsword, R., “Legal Argumentation in Biolaw”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life; Kemp, P., “Bioethics and Law and Biolaw in Ethics”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life; (mediterránea): Romeo Casabona, Carlos, “Bioderecho y bioética”, en Romeo Casabona, Carlos (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Comares, 2011; Gros Espiell, Héctor, “Bioderecho internacional”, en Romeo Casabona, Carlos (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Comares, 2011; Byk, Christian, “La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme”, *J.D.I.*, núm. 3, 1993; Lenoir, Noel, “Legal Argumentation in Biolaw”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life; Casonato, Carlo *et al.*, “Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto”, en Torre, Alessandro (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2015, 87-125 (estadounidense): Dolgin, Janet y Shepherd, Lois, *Bioethics and the Law*, 2a. ed., Aspen Publishers, 2009; La France, Arthur, *Bioethics: Health Care, Human Rights and the Law*, Lexis-Nexis, 2006. Para una crítica a las concepciones del bioderecho, véase de Valdés, Erick, “¿Qué es el bioderecho? Propuesta metodológica y doctrinaria para resolver problemas jurídicos de última generación”, en Aizenberg, Marisa (dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud II*, Buenos Aires, Thomson

nuevos plexos normativos, identificar nuevas categorías de daños antijurídicos, dotar de valor constitucional a nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos), y posibilitar la emergencia de mayor certeza jurídica en el ámbito regulatorio de la biomedicina. Desde una perspectiva más acotada, el bioderecho representa un modelo y enfoque, legalmente vinculante, aplicado a la especificidad de los conflictos jurídicos de la biomedicina, que identifica y define principios y reglas, de rango constitucional, que sirven de base para legislar y regular las prácticas biomédicas, y sentenciar y sancionar el abuso y mala utilización de ellas.⁵

Lo anterior, en contraste principalmente con la intelección más extendida del bioderecho hasta hace poco tiempo atrás, a saber: aquella que lo concibe como una bioética aplicada al ámbito jurídico. Los problemas de esta recepción del bioderecho son evidentes, y como ya ha sido abordado por la doctrina,⁶ esa inteligencia señala que el bioderecho es una bioética juridificada, que otorga un estatuto vinculante a otras normas generales *prima facie*, de distinto nombre, pero de igual definición que los principios de ética biomédica identificados por Beauchamp y Childress.⁷ Por lo mismo, se ha sostenido que “la argumentación legal presupone argumentación moral en todos los casos”,⁸ y que el bioderecho constituiría un puente entre ambos tipos de argumentación, abarcando los conflictos jurídicos como conflictos valorativos entre “derechos individuales e intereses colectivos o sociales”,⁹ y, en este sentido, la nueva

Reuters-La Ley, 2018a; y “Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 48, núm. 144, 2015a.

⁵ Al respecto, véase Valdés, Erick, “¿Qué es el bioderecho? Propuesta metodológica y doctrinaria para resolver problemas jurídicos de última generación”, en Aizenberg, Marisa (dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud II*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2018; y “Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 48, núm. 144, 2015a.

⁶ Valdés, Erick, “Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 48, núm. 144, 2015a, 1197-1228.

⁷ Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 7a. ed., New York, Oxford University Press, 2013, pp. 101-301.

⁸ Beylveeld, Deryck y Brownsword, Roger, “Legal Argumentation in Biolaw”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob; Mattson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, *Judgement of Life*, p. 179.

⁹ Lenoir, Noëlle, “Legal Argumentation in Biolaw”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob; Mattson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos Interna-

disciplina podría entenderse como “la aplicación de principios y prácticas de la bioética en el derecho con las sanciones que la ley contempla”.¹⁰

Sin embargo, como han sido definidos claramente por Beauchamp y Childress, los principios de ética biomédica son guías teóricas abstractas de moral común, no vinculantes, que, especificadas, a saber: acotadas en su alcance, y enriquecidas en su contenido, pueden señalar promisorios caminos para la deliberación moral. No obstante, en el ámbito jurídico, dichas normas generales sólo pueden ser utilizadas como referentes para juridificar otros principios, más identificados y más en sintonía con un posible ordenamiento legal. Tales principios no son una mera iteración de contenidos bioéticos, sino que señalan otras normas generales, de distinta naturaleza que las de moral común, y de carácter legalmente vinculante.¹¹

Por lo tanto, y si bien esta propuesta acierta en la forma, ya que dotar al bioderecho de una estructura principialista aumenta su poder normativo y extiende su potencial al ámbito legislativo y regulatorio, el modelo presenta fisuras en su contenido, ya que la definición y delimitación epistemológica y metodológica de los principios no es del todo eficiente.¹²

En primer término, los impulsores de esta escuela, Rendtorff y Kemp, señalan que los principios han sido definidos como normas generales de

tional Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, *Judgement of Life*, p. 221.

¹⁰ Kemp, Peter, “Bioethics and Law and Biolaw in Ethics”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, *Judgement of Life*, p. 69.

¹¹ Como se demuestra en Valdés, Erick, “Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 48, núm. 144, 2015a, 1197-1228.

¹² Esto queda claramente evidenciado en Rendtorff, Jacob Dahl y Kemp, Peter, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000, I; Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, *Judgement of Life*; Beyleveld, D. y Brownsword, R, “Legal Argumentation in Biolaw”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels, (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, *Judgement of Life*; Kemp, P. “Bioethics and Law and Biolaw in Ethics”, en Kemp, Peter; Rendtorff, Jacob Dahl; Mattsson Johanssen, Niels (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, *Judgement of Life*, entre otros.

carácter ético que expresarían un esfuerzo por justificar la protección de los seres humanos en un mundo de rápidos cambios biomédicos y biotecnológicos.¹³ Así, los principios serían transversales a la bioética y al bioderecho. Sin embargo, los teóricos daneses no reparan en las diferencias epistemológicas y metodológicas que existen entre ambas disciplinas, manteniendo una mirada oblicua sobre ellas, lo que hace imposible discernir sus ámbitos de aplicación.

Y en segundo lugar, Rendtorff y Kemp afirman que los principios serían normas abstractas de moral común, provenientes de un marco convencional, configurado históricamente por la tradición humanista europea occidental,¹⁴ y que esa tradición, por sí sola, sería fundamento suficiente para otorgar universalidad y aplicabilidad a los principios en los casos concretos. Sin embargo, no advierten que la moral común no es realmente universal, ya que, en general, las personas comparten principios de modo formal, a saber: no logran acuerdo sobre los contenidos. Por lo tanto, casi todas las personas comprometidas con la moral y las leyes podrán concordar en que los principios de autonomía o justicia son moralmente plausibles y aceptables, pero no compartirán necesariamente el significado de ellos. Este último hecho representa un serio escollo para la deliberación, tanto en la bioética como en el bioderecho, y es razón plausible para restar validez a la concepción del bioderecho como bioética juridificada.

En virtud de lo precedentemente expuesto, la definición de bioderecho que proponemos posee la habilidad de conciliar, por vía racional, posiciones polarizadas con respecto a la conflictividad inherente a los asuntos biomédicos, lo que puede posibilitar un diálogo fecundo que avance hacia un consenso y no paralice el trabajo legislativo. Del mismo modo, y ante la insuficiencia de la hermenéutica jurídica tradicional, que es, más bien, epistemológicamente oblicua, el bioderecho aporta un modelo interpretativo más dúctil y menos subjetivo, a saber: menos vinculado a la contingencia del caso, sino fundado en principios y reglas imparciales que objetivan cualquier decisión y solución.

Además, frente a la precariedad que, desde el punto de vista de la regulación, muestran los ordenamientos jurídicos internacionales, el bio-

¹³ Rendtorff, Jacob Dahl-Kemp, Peter, *cit.* (núm. 28), pp. 19-21.

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

derecho propicia la emergencia de regulación específica para desarrollos biomédicos y genéticos que subsanan vacíos y lagunas legales.

Desde un punto de vista más específico, el bioderecho es capaz de identificar nuevas posibilidades de daños y de perjuicios en la aplicación de técnicas genéticas sobre la vida, identificar nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos y derechos humanos de cuarta generación),¹⁵ y reconocer nuevos bienes jurídicos tutelados penalmente, más allá del genotipo, exclusivamente considerado por casi todas las legislaciones y regulaciones.

En efecto, un episodio de manipulación genética tendenciosa que busque, por ejemplo, introducir deficiencias en el embrión humano (manipulación genética disgenésica), puede dañar no sólo la identidad genética de un individuo, sino que también su autonomía y proyecto de vida, entre otros.

Por lo anterior, los aportes que el bioderecho puede hacer a otras ramas del derecho son considerables. Al respecto, basta mencionar sólo algunos:¹⁶

- Redefine la relación del Estado y sus asociados a partir de las nuevas posibilidades de daños y perjuicios que se pueden causar a través de la aplicación de técnicas genéticas sobre la vida (aporte al derecho administrativo).
- Amplía el elenco de derechos fundamentales (bioderechos) vinculados a las prácticas genéticas, como el derecho a la privacidad genética, a la identidad genética, a la autodeterminación genética, entre otros (aporte al derecho constitucional).
- Refuerza la protección de los menores como plenos sujetos de derechos, modificando el estatuto jurídico de su protección, entendiendo la manipulación disgenésica de embriones preimplantados como un

¹⁵ Valdés, Erick, "Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, Madrid, Universidad Carlos III, 2013, pp. 139-163.

¹⁶ Al respecto, véase Valdés, Erick, "Bioderecho y sujeto de derechos: recategorización jurídica de la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario preimplantacional y del concepto de existencia legal de la persona", *Derecho y Genoma Humano* (43), Bilbao, Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, 2015b, pp. 123-159.

atentado a los derechos fundamentales de los niños y niñas, que tendrán que vivir sus vidas en menoscabo y ajustar sus proyectos existenciales a las dificultades, desmejoras y discapacidades operadas por voluntad arbitraria y unilateral de sus padres (aporte al derecho de familia).

- Reconoce la autodeterminación genética, la identidad genética y la integridad genética como nuevos bienes jurídicos tutelados, por cuanto la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario puede inhibir el goce de esos bienes en el futuro señalando un daño inexorable en la persona, causado por un acto maleficente —en el caso de la manipulación genética no terapéutica— o por una falla biomédica —en el caso de la manipulación genética con fines terapéuticos— (aporte al derecho penal).

Por lo tanto, el bioderecho puede establecer: *i*) si los marcos legales existentes son adecuados y plausibles para tolerar el rápido avance de las tecnologías biomédicas, y *ii*) de qué modo(s) el potenciamiento biomédico y biotecnológico impacta el *corpus* normativo y valorativo de una sociedad. Por lo tanto, a diferencia de una mirada clásica o tradicional, el bioderecho es capaz de dotar de mayor certeza y seguridad jurídica el ámbito biomédico.

Ahora bien, la mayoría de las preguntas que nos hacemos en el ámbito biojurídico; por ejemplo, ¿es punible la manipulación genética de embriones sin fines terapéuticos?, o ¿es el genoma humano el único bien jurídico tutelado vinculado a las prácticas biomédicas?, son interrogantes que nos planteamos y respondemos dentro del bioderecho. Sin embargo, preguntarse, por ejemplo, cuáles son los aportes del bioderecho a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano, es una interrogante sobre el bioderecho, y ya no dentro de él.

Esta distinción lógica es relevante, porque nos sugiere entender el fenómeno del derecho en perspectiva, y no preguntarnos solamente por el estatuto jurídico-normativo de los problemas que aborda, sino que también por su naturaleza y significado ético y ontológico.

Preguntarse, entonces, por el aporte del bioderecho a los ordenamientos jurídicos interamericanos es interrogar, también, por el sentido de la disciplina, y, al mismo tiempo, por sus alcances y eventuales limitaciones, lo cual constituye una buena prueba de suficiencia de su autonomía

disciplinaria con respecto a otras ramas del derecho y al mismo derecho tradicional, que entendemos como toda aquella constelación doctrinaria, jurisprudencial y normativa anterior a la eclosión biomédica.

El bioderecho, como otras disciplinas de contenido axiológico, posee una doble dimensión conceptual. La primera señala su naturaleza endógena, a saber: todo el elenco de significados que nos hablan de *qué* es el bioderecho, incluyendo sus alcances metodológicos y epistemológicos, y refiriendo a un contexto relacional autónomico que se justifica en función de discernir qué es el bioderecho con respecto a sí mismo, prescindiendo de su eventual extensión a otros plexos disciplinarios. La segunda faceta implica la condición exógena del bioderecho; esto es, su proyección a otros ámbitos del conocimiento, lo cual ilustra sobre su *para qué*, a saber: cuáles son los aportes o rendimientos doctrinarios, categoriales y hermenéuticos del bioderecho con respecto a otras ramas del derecho y a otras disciplinas. Lo anterior señala un ámbito de justificación heteronómico, que no puede satisfacerse argumentativamente sin dilucidar la vinculación del bioderecho con otros campos, tanto de las ciencias como de las humanidades.

Esta doble conceptualización del bioderecho no es de ocurrencia simultánea, pero sí consustancial, ya que su justificación es un proceso sucesivo y, a la vez, complementario, debido a que lo exógeno del bioderecho no puede entenderse ni justificarse sin su atributo endógeno, cuya intelección supone y reclama un estatuto de prerrequisito. Ésta es la razón por la cual el determinar cuáles son los aportes del bioderecho a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano interpela por una anterior dilucidación ontológica de su significado, lo cual justifica haber dedicado cierto tiempo para introducir el concepto, antes de llevar a cabo el análisis crítico, que es el principal propósito de este trabajo.

III. LA SENTENCIA. EXPOSICIÓN, CRÍTICAS Y SU COINCIDENCIA CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En la sentencia analizada, la Corte se permite reafirmar que

...el Estado y la sociedad, en virtud de la norma legal así interpretada, tienen un deber definido de remoción de las barreras físicas, sociales y ju-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 673-710.

rídicas que impiden la integración de las personas con discapacidad y que, a su vez, son causas eficientes de la configuración de dicha particularidad del individuo.

De este modo, la Corte condiciona la exequibilidad de la norma y ordena una interpretación unívoca de la misma, lo cual, como evaluaremos más adelante, puede ser fuente de inconsistencias prescriptivas dentro del ordenamiento jurídico. Por ahora, veamos qué tan problemático puede llegar a ser afirmar que la sociedad es causa eficiente de la discapacidad de un individuo. Consideremos el siguiente caso ocurrido en 2002: Sharon Duchesneau y Candy McCullough, una pareja de lesbianas sordas, casadas entre sí, comenzaron la búsqueda de un donante de espermias que fuera portador del gen de la sordera. Siendo ambas sordas de nacimiento, querían concebir un hijo con el cual pudieran comunicarse a través de su propio lenguaje de señas. Ya que en Estados Unidos el cribado de espermias con enfermedades genéticas y discapacidades como la sordera es un procedimiento común en los bancos de espermias, la pareja buscó la ayuda de uno de sus amigos no oyentes, quien más tarde ofició como donante para ayudar a la pareja a crear (fabricar) un bebé perfectamente sordo. Fue entonces, y ya habiendo encontrado el esperma con el gen de la sordera, cuando Duchesneau y McCullough solicitaron el procedimiento del diagnóstico genético preimplantacional (en adelante, DGP) en el embrión, para asegurarse de que éste se transformara, en el futuro, en un bebé sin la capacidad de oír. Alrededor de un año después, su hijo nació. Para dicha de sus madres, Gauvin —como lo bautizaron— nació sordo. Sin embargo, algunos meses después, los doctores descubrieron cierta capacidad auditiva residual en el oído derecho del bebé. Con el uso de un dispositivo de ayuda auditiva en el futuro, el niño sería capaz de aprender, con cierta dificultad, algo de inglés hablado, y quizá, a leer los labios. Los doctores le dijeron a la pareja que era crucial aprovechar esa ventaja lo antes posible. Sin embargo, ellas se negaron a cualquier tipo de soporte auditivo, señalando que era el niño el que debía decidir aquello cuando fuera mayor.

Desde ese año, en Estados Unidos han nacido alrededor de novecientos niños sordos, ciegos o enanos, por voluntad de los padres que solicitan el procedimiento.¹⁷

¹⁷ Estados Unidos también utiliza el modelo social de la discapacidad, por lo que ni la selección ni creación (mediante el DGP) de embriones humanos con el gen de la sordera,

Resulta evidente que si la Corte es fiel a sus razonamientos, no podría, dado el caso, prohibir estas prácticas, claramente atentatorias de garantías fundamentales, ya que el fabricar personas sordas, ciegas o enanas, no sería, en rigor, un acto maleficente, debido a que ni la sordera ni la ceguera ni el enanismo constituyen, de acuerdo con la Corte, discapacidades *per se*. Por lo anterior, todas estas prácticas podrían masificarse sin problemas si sólo cumplimos con el requisito de estructurar la sociedad de una manera más adecuada para que estas personas puedan desplegar su proyecto vital.

En este orden de ideas, utilizar el DGP para asegurarse de producir un embrión humano con discapacidades, a saber: disponer de un plexo pragmático que posibilite la emergencia de una constelación de pasos procedimentales destinados a fabricar un embrión humano con características disgenéticas, sentenciando para la persona futura un destino predeterminado en su pasado embrionario, no sería para la Corte ni inmoral ni ilegal. Lo anterior, porque no se estaría operando ni ocasionando ningún daño o perjuicio al individuo, sino solamente introduciendo un rasgo distintivo de la diversidad y particularidad humanas.¹⁸

Por otra parte, ignorando (o desconociendo) la epistemología sobre la discapacidad más aceptada en la actualidad, la Corte no toma en cuenta en su razonamiento las doctrinas bioética y biojurídica contemporáneas, las que, ciertamente, contradicen severamente el fondo de su argumentación.

En primer lugar, y desde el punto de vista del principio de beneficencia procreativa,¹⁹ y ante el problema jurídico de si es legalmente plausible que padres discapacitados seleccionen o fabriquen niños discapacitados, esos padres deberían elegir o crear el mejor hijo posible; esto es, aquel del cual se espera que pueda tener la mejor vida posible o, al menos, una vida tan buena como la del resto de las personas en el mundo. Cuando afirma-

enanismo o ceguera se considera un acto dañoso, por lo que no existen razones éticas ni jurídicas para prohibir dichas prácticas.

¹⁸ Es importante enfatizar que el caso descrito no refiere a una mera selección de embriones, sino a determinar, intencional e irreversiblemente, la vida de un individuo, quien pudiendo haber nacido como A es editado y “fabricado” como B, por lo que puede ser muy significativo tener presente que ambos actos, la selección y la modificación, no son ni ética ni jurídicamente equivalentes.

¹⁹ Con respecto a este principio, véase Savulescu, Julian, “Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children”, *Bioethics*, vol. 15, núm. 5/6, 2001, 417.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 673-710.

mos que los padres *deberían*, queremos decir que *tendrían buenas razones* para ello. Y parece del todo racional pensar que hay buenas y mejores razones para desear que un hijo tenga la mejor vida posible que querer introducir dificultades para que éste despliegue su proyecto vital.

En segundo término, desde una perspectiva de la genética del comportamiento, también es posible rechazar prácticas como la expuesta en el caso que hemos presentado,²⁰ y justificar que la discapacidad no es solamente un asunto social, sino que posee nítidos elementos endógenos, que no son provocados por la estructura de la comunidad, sino por las dificultades ingénitas que implica una carencia o ausencia de ciertas capacidades o habilidades. Imaginemos que una pareja se está sometiendo a un proceso de fecundación *in vitro* para tener un hijo. Logran producir dos embriones, a los cuales se les realiza una batería completa de pruebas para enfermedades ordinarias. Ocurre que los exámenes demuestran que el embrión A no presenta ninguna condición anómala, y que el B presenta una predisposición genética al asma. ¿Cuál embrión deberían elegir los padres para ser implantado? Es claro que los padres deberían elegir el embrión A. El asma reduce la calidad de vida, sus ataques producen una amnea muy severa y, en condiciones extremas, hasta la muerte. Su tratamiento, además, requiere la ingesta de esteroides, que si se ingieren por periodos prolongados de tiempo, se tornan muy peligrosos. Por lo tanto, la propiedad moralmente relevante del asma es que se trata de un estado que reduce el bienestar que experimenta una persona,²¹ lo cual es análogo al caso de la sordera, de la ceguera o del enanismo.

Es común encontrar argumentos que buscan demeritar el valor de lo que afirmamos en el párrafo precedente. El más usado es aquel que señala que desechar el embrión B podría significar evitar el nacimiento de un nuevo genio de la música o estrella del deporte. Lo anterior puede ser correcto, pero si descartáramos el embrión A, también podríamos estar

²⁰ La genética del comportamiento es una rama de la genética que estudia la contribución e incidencia de los genes a los comportamientos complejos de un individuo. Su alcance es vasto, y se extiende desde cuadros de ansiedad hasta la conducta criminal, pasando por el alcoholismo, el desorden bipolar, la esquizofrenia, la adicción a sustancias, la memoria, la inteligencia, y el carácter neurótico, entre otros. Véase Baker, Catherine, *Behavioral Genetics: An Introduction to How Genes and Environments Interact Through Development to Shape Differences in Mood, Personality, and Intelligence*, New York, AAAS, 2004.

²¹ Savulescu, Julian, "Procreative Beneficence: Why We Should Select The Best Children", *Bioethics*, vol. 15, núm. 5/6, 2001, 417.

desechando un nuevo genio de la música o estrella del deporte, sólo que esta vez sin asma.

Otro argumento no menos común es que al elegir el embrión A se estaría desvalorando al discapacitado, como si éste poseyera menos dignidad y derechos. De hecho, la Corte se hace eco, expresamente, de esta idea, cuando cita las siguientes palabras del procurador general de entonces:

Si bien sus capacidades pueden ser diversas, de esta circunstancia no puede seguirse que se trate de personas enfermas, defectuosas, incompletas, anormales o de una carga social. Y no puede seguirse tales consecuencias, porque son seres humanos dignos a los que su condición de diferentes, no los hace ni menos ni más que a los otros.

Sin embargo, afirmar que las personas discapacitadas poseen la misma dignidad que aquellos que no lo son es claramente tautológico, y, por ende, retórico e irrelevante argumentativamente. Es evidente que las vidas de los discapacitados no tienen menos valor que las de aquellos que no lo son. Vacunar a los niños contra la poliomielitis no quiere decir que la vida de los lisiados merezca menos respeto. Una cosa es la discapacidad *per se*, y otra es la persona con discapacidad. En estos casos, lo importante, en realidad, no es la enfermedad o la condición de desmejora en términos objetivos, sino su impacto sobre el bienestar de una persona; esto es, su proyecto de vida, su vida de relación, la calidad de sus experiencias vitales, la posibilidad de satisfacer sus deseos y aspiraciones, la capacidad de desarrollar y desplegar sus talentos, y gozar de los bienes y belleza del mundo, entre otros. Por lo tanto, promover la igualdad y la no discriminación de los discapacitados desde el argumento de la dignidad no es significativo epistemológicamente, toda vez que si entendemos el vulnerar la dignidad como no respetar la autonomía (esclavitud, violación, tortura), es claro que la sociedad puede reducir la capacidad de autodeterminación no sólo del discapacitado, sino también del que no lo es.

El asunto, entonces, debe analizarse desde una perspectiva sustancial, a saber: identificando las dificultades que, de modo inherente, están asociadas a una determinada característica funcional. En este caso, y en primer lugar, habría que preguntarse si una persona ciega o sorda posee la habilidad, la capacidad y la posibilidad de goce de *todos* los bienes de la vida a los que tiene acceso una persona vidente u oyente. Si la respuesta es no, entonces aparece una segunda interrogante, que merece ser respon-

didada: ¿la incapacidad, inhabilidad e imposibilidad de disfrutar del color o belleza de un paisaje, o de la música de Bach, es responsabilidad del constructo social o de la discapacidad *per se*? La respuesta correcta parece no esconder ningún misterio.

Por otra parte, un eventual juicio moral del discapacitado no crea ni es fuente de su discapacidad, sino que es un acto discriminatorio, por cierto inaceptable, que no genera las dificultades inherentes a la condición que se discrimina. Obviamente las acentúa, pero no las crea. Por lo tanto, una cosa es rechazar y corregir la actitud discriminatoria frente a la diversidad (algo que la Corte hace muy bien y con toda razón), y otra muy distinta es entender la discapacidad como una entidad creada por el entramado social.

Sin embargo, la Corte va aún más allá en su argumentación, y defiende algunas ideas bastante perturbadoras, el señalar que “La eficacia del principio a la igualdad de las personas con discapacidad pasa necesariamente por su inclusión social y el acceso equitativo a los derechos, frente a los sujetos que no tienen esa condición particular”.

Y más adelante, cuando indica que

Pese a considerar la necesidad del tratamiento y la atención especializada a las personas con discapacidad, el modelo médico rehabilitador se muestra especialmente problemático en términos de eficacia de los derechos a la igualdad, la dignidad humana y la autonomía de las personas en situación de discapacidad.

Si bien estos argumentos son plausibles en el ámbito del derecho tradicional, al someterlos a una prueba de suficiencia en el contexto de las prácticas genéticas resultan insuficientes y peligrosos, ya que perfectamente se podría afirmar, desde esta concepción, que el permitir, e incluso promover, el uso de la técnica del DGP para introducir discapacidades en los embriones preimplantados sería otorgarle más eficacia al principio de igualdad. Es más, sería del todo necesario hacerlo para afirmar positivamente la igualdad entre los discapacitados (o diversos funcionales) y el resto de los sujetos humanos que no poseen esa condición, así como para garantizar su dignidad y autonomía.²²

²² Sin embargo, ¿cómo podría afirmarse positivamente la autonomía de un individuo que ya fue predeterminado en su pasado embrionario?

Aun así, la Corte continúa, citando su sentencia C-804/09:

En la medida en que una persona tenga herramientas suficientes para enfrentar esas barreras, y en la medida en que dichos obstáculos se disminuyan, una persona con alguna deficiencia, como por ejemplo física, no necesariamente se encuentra en una condición de discapacidad. En este sentido, un punto central del modelo social, por oposición al modelo médico, es centrarse en el análisis de las capacidades de las personas más que en la evaluación exclusiva de sus deficiencias, o en otros términos, la mirada de la discapacidad debe superar el enfoque de enfermedad, y ser abordada desde una perspectiva holística que considere no sólo la deficiencia funcional sino su interacción con el entorno.

Lo cual quiere decir que la Corte aceptaría el uso del DGP para crear personas con discapacidades si aquello fuera en un contexto social preparado y apto para que ese individuo despliegue su existencia. De este modo, si dos padres solicitaran el procedimiento en cuestión para diseñar un niño con el gen de la ceguera, y los abuelos, por ejemplo, eventualmente objetaran aquello e interpusieran una tutela ante la Corte, por considerar que dicho acto vulnera garantías fundamentales del futuro menor, el máximo tribunal constitucional debería rechazarla en virtud de los argumentos contenidos en la sentencia en comento.

La única forma en que la Corte podría resolver parcialmente el problema que genera extender analógicamente su argumento a las prácticas genéticas sería supeditar los principios de igualdad y dignidad al de autonomía, ya que, ciertamente, el fabricar o provocar el nacimiento de personas discapacitadas, por el solo hecho de que sus padres así lo desean, sería atentar contra la autonomía individual, y representaría un acto inaceptable de predeterminación de una vida. Sin embargo, no sería posible que la Corte hiciera lo anterior sin incurrir en arbitrariedad, ya que la jerarquización de principios *prima facie* y derivados de la moral común nunca está bien justificada.²³ Además, al supeditar la igualdad y dignidad a la autonomía, la

²³ Al respecto, Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Seventh Edition, New York, Oxford University Press, 2013. También, Gordon, J.; Raupich, O. y Vollman, J., “Applying the Four-Principle Approach”, *Bioethics*, Jul; 25 (6), UK, Blackwell Publishing, 2011. Además, Valdés, Erick, “Haciendo más práctico el principialismo. La importancia de la especificación en bioética”, *Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 35, 2015c, pp. 65-78.

Corte estaría aceptando explícitamente que la “diversidad funcional” señala una discapacidad endógena, a saber: *per se*, de estatuto independiente (aunque no completamente prescindente) del constructo social. Lo anterior, debido a que afirmar que el diseño disgenésico de personas atenta contra la autonomía de ellas es aceptar que el acto en comento representa un daño objetivo para esa vida, a saber: un perjuicio a la autodeterminación y al pleno despliegue del proyecto vital, independientemente del diseño y disposición del espacio público. Si ocurriera lo anterior, la Corte estaría reconociendo y aceptando su error en la sentencia C-066/13.

Profundizando un poco más nuestra argumentación, es importante prestar atención a las siguientes palabras de la Corte:

...el precedente analizado ha dispuesto que aquellas fórmulas jurídicas dirigidas a la normalización de las personas en situación de discapacidad, contrarían sus derechos fundamentales y por lo mismo, son incompatibles con la Constitución. Ello debido a que posturas de ese carácter imponen un tratamiento discriminatorio contra dichas sujetos, puesto que no las reconocen en su diferencia y la particular incidencia que tiene el entorno para su acceso a los distintos derechos y posiciones jurídicas, sino que supeditan su inclusión a la superación de la discapacidad, de la misma forma que lo propugnaba el modelo médico-rehabilitador, actualmente superado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Si aplicamos directamente estas afirmaciones de la Corte a la práctica del DGP, podemos afirmar, con autoridad, que también sería discriminatorio prohibirla, ya que al trasladarse la persona desde una condición de discapacitado a la de diverso funcional, y dándole las herramientas necesarias para vivir en un entorno social diseñado para tales efectos, no existiría ningún problema en permitir la manipulación genética y el DGP para fabricar o propiciar el nacimiento de personas sordas, ciegas, enanas, o con cualquier otro tipo de condición que exprese diversidad funcional.

Desde esta perspectiva, entonces, es posible afirmar que la Corte está creando sentido normativo para aceptar y aprobar la fabricación o diseño genético de personas con “diversidad funcional”; más aún, cuando afirma, citando su sentencia T-1258/08 que “la discapacidad no es «de la persona», sino el resultado de su exclusión en la participación social”.

Finalmente, y antes de llevar a cabo la ponderación de los argumentos de la Corte Constitucional de Colombia, es muy importante destacar que el error de este alto organismo es compartido con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, por ejemplo, en su sentencia “Furlán y familiares vs Argentina”, del 31 de agosto de 2012, citando la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala:

...en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas. En este sentido, la Corte Interamericana reiteró que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recordó que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que la posición de la Corte Interamericana no es tan radical como la de la Corte Constitucional, es claro que el organismo internacional asume el modelo social de discapacidad, entendiéndola como mediada por el entorno social, que puede crear, imponer y, también, acabar con las limitaciones funcionales. Ciertamente, y al igual que la Corte Constitucional, esta posición de la Corte Interamericana es muy preocupante, especialmente si quisiéramos extender esa intelección

de la discapacidad a una eventual regulación de la manipulación genética disgenética.

IV. PONDERACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE

Las doctrinas biojurídica y bioética contemporáneas en Europa y Estados Unidos han sido claras con respecto al estatuto de la discapacidad, al afirmar que si bien las incapacidades físicas y mentales no deben ser causa de discriminación ni marginalización, y requieren, obviamente, del apoyo del constructo social, sí representan condiciones de deficiencia objetiva del individuo.²⁴ Del mismo modo, se ha afirmado que la dignidad humana no sólo puede ser violentada a través de la discriminación o estigmatización social de una condición funcionalmente diversa, sino que, en esta nueva era de la biociencia, también puede verse amenazada por la manipulación genética, capaz de introducir condiciones mórbidas en los organismos humanos para construir individuos con discapacidades que, ciertamente, implican una condición de desmejora objetiva de la persona, no sólo mediada por la sociedad.²⁵

Rendtorff y Kemp²⁶ señalan que la violencia sobre el cuerpo humano se ha incrementado en la época biocientífica, abriendo así todo un nuevo elenco de posibilidades de daños, que pueden amenazar la intrínseca vulnerabilidad humana, donde aquellas personas con discapacidades son aún más proclives a ser violentados, debido a su condición intrínseca de debilidad.

Por su parte, Peter Singer²⁷ analiza la relación entre igualdad y discapacidad, concluyendo que una cosa es afirmar y promover la colaboración

²⁴ Gafo, J. & Amor, J. S., “Society and Mental Deficiency: Amidst Protection and Respect”, en Rendtorff, J. & Kemp, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. II, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 200, p. 103.

²⁵ Beylvelde, Deryck, & Brownsword, Roger, “Human Dignity, Human Rights, and the Human Genome”, en Rendtorff, Jacob Dahl y Kemp, Peter. *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. II, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000, pp. 40 y ss.

²⁶ Rendtorff, Jacob Dahl y Kemp, Peter, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000, I, pp. 69 y ss.

²⁷ Singer, Peter, *Practical Ethics*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 61-64.

y apoyo para las personas con algún tipo de discapacidad y buscar desaparecer las barreras sociales, tanto físicas como ideológicas, que fomentan su discriminación, y otra muy distinta es asegurar que la condición de discapacidad de un individuo es fruto de la hostilidad social y no de una particularidad intrínseca y objetivamente existente. Recordemos también, que el principio de beneficencia procreativa frente al nuevo escenario de la selección embrionaria, posibilitado por la técnica del DGP, señala la obligación moral y legal de elegir el mejor hijo posible, a saber: el que no posea deficiencias mentales o físicas, afirmando así que la discapacidad inviste un estatuto objetivo y no tributario del medio social.

Valdés,²⁸ al analizar las posibilidades de selección y fabricación de personas con discapacidades mediante la manipulación genética o el diagnóstico genético preimplantacional, y evidenciar la incapacidad de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos para “soportar la vertiginosa evolución de las técnicas genéticas” y generar un modelo regulatorio más eficaz de dichas prácticas, demuestra que en muchos casos la denominada diversidad funcional representa una condición de discapacidad objetiva que no debe ocultarse o disfrazarse con eufemismos, sino visibilizarse para tender a su correcta recepción social. Por lo demás, lo mismo ha afirmado la doctrina de la bioética²⁹ cuando identifica y define el principio de no maleficencia, que ordena no causar daño innecesario a otros ni tampoco incapacitarlos o discapacitarlos.

Lo anterior no quiere decir, en ningún caso, que el bioderecho acepte la discriminación de quienes son diversos o incapacitados en su funcionalidad, ni que tampoco reconozca que el constructo social no pueda, en muchos casos, discriminar y marginalizar a los discapacitados, así como exacerbar las limitaciones funcionales. Sin embargo, es importante enfatizar que la sociedad no crea ni genera la discapacidad.

Ahora bien, desde el punto de vista de la diversidad valorativa, del pluralismo en sociedades multiculturales y polifacéticas, de la igualdad ante la

²⁸ Valdés, Erick. “¿Hijos a la carta? Bioderecho, beneficencia procreativa y autonomía parental reproductiva en sociedades laicas y pluralistas”, en Capdevielle, Pauline & Medina-Arellano, María de Jesús, *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018b, pp. 119 y ss.

²⁹ Beauchamp, Tom & Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, 7a. ed., New York. Oxford University Press, 2013.

ley y el Estado, y de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, los argumentos de la Corte son correctos.³⁰ Sin embargo, sus fundamentaciones resultan, al menos, ambiguas en un escenario marcado por la posibilidad de manipular genéticamente la vida con fines disgenésicos; esto es, con el propósito de desmejorarla o introducir discapacidades (o “diversidades funcionales”, como las define el organismo).

La Corte razona desde una perspectiva jurídica tradicional. Sus argumentos y conclusiones funcionan, entonces, para casos habituales y menos complejos, pero como es esperable en el derecho que al generalizar argumentativamente una justificación ésta aplique para todos o, al menos, para la mayoría de los casos, la posición de la Corte, así como el fondo de sus razonamientos, son insuficientes —además de peligrosos— para abordar los problemas suscitados por las técnicas biomédicas desarrolladas en la actualidad.

En efecto, lo que hace la Corte posee un valor importante en el ámbito de la discriminación social que sufren las personas discapacitadas, y es del todo plausible —además de correcto— identificar fórmulas y modelos para acabar con la estigmatización de la diferencia —incluida la funcional—. Sin embargo, al extender analógicamente los argumentos y justificaciones de la Corte al complejo y novísimo fenómeno biocientífico, su ineficacia es evidente, y se podría comparar, desde el punto de vista epistemológico, a las falencias que la ética de Kant presenta para resolver problemas vinculados a eventuales derechos de los animales o justificar un estatuto moral *per se* en la naturaleza y en el medio ambiente.

Lo anterior no se debe a alguna ineficacia o ripio deliberativo de la Corte, sino fundamentalmente al desconocimiento de un fenómeno aún no completamente recepcionado ni pensado por el derecho tradicional. Así como no deberíamos acusar a Kant de las insuficiencias de su imperativo categórico para abordar el estatuto moral de la manipulación

³⁰ Los bioderechos (a saber: todo el nuevo elenco de derechos subjetivos individuales asociados a las prácticas biopédicas y técnicas genéticas) pueden también ser interpretados como derechos humanos de cuarta generación, relacionados con la identidad e integridad genéticas de cada individuo. Al respecto, Valdés, Erick, “Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Estados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, Madrid, Universidad Carlos III, 2013, pp. 139-163.

genética, ya que él nunca pensó en ello, no por alguna fisura de su razonamiento, sino porque cuando diseñó su ética la manipulación genética no existía; tampoco sería del todo correcto culpar a la Corte por no haber previsto las eventuales consecuencias ulteriores de su sentencia, aplicada a un escenario biomédico, cuyas verdaderas facetas y alcances son, probablemente, invisibles para la mirada jurídica habitual.

Es claro que las dos situaciones no son completamente analógicas, ya que la primera vez que el DGP se utilizó con fines disgenésicos fue en 2002, pero valga la comparación para excusar a la Corte —al menos, parcialmente— por su levedad epistemológica al definir el estatuto ontológico y jurídico de la discapacidad, ya que, con seguridad, los magistrados desconocían ese precedente.

Por lo tanto, la base de los argumentos de la Corte corresponde a un modelo apto para el análisis habitual del acontecimiento jurídico, pero que no es el más apropiado para fundamentar categorías que tengan la capacidad de interpretar el actual fenómeno biojurídico. Este desfundamiento de los argumentos y articulaciones de la Corte puede ser superado por la propuesta del bioderecho, que ya ha considerado la novedad involucrada en los desarrollos y despliegues de la biociencia y su inventiva, que han relevado un nuevo paradigma que los magistrados parecen no haber identificado, a saber: que la naturaleza humana ya no es más inalterable.

En la actualidad, por lo tanto, aquel paradigma de que la vida no puede ser modificada en su naturaleza, y en el cual se funda todo el derecho conocido hasta ahora, ha sido derribado de modo implacable por la genética y sus procedimientos de última generación para intervenir la vida, modificarla y hasta desmejorarla.

V. INSUFICIENCIAS DEL CONCEPTO DE LA CORTE

El concepto de la Corte —la discapacidad como diversidad funcional, provocada por el entorno social— esconde, al menos, tres carencias, de forma y/o de contenido, que señalan tres insuficiencias en su argumentación: la primera es lógica; la segunda, epistemológica, y la tercera, hermenéutica.

1. *Insuficiencia lógica*

El artículo 132 del Código Penal de Colombia señala expresamente:

El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses.

Por lo tanto, el texto del Código Penal reconoce explícitamente como conducta ilícita cualquier acción que altere genéticamente un embrión sin fines terapéuticos, a saber: considera, incluso, aquella intervención con fines cosméticos y estéticos. De este modo, la manipulación genética por vía del DGP queda expresamente prohibida en Colombia.

Lo anterior desenmascara una insuficiencia lógica del ordenamiento jurídico, ya que el concepto defendido por la Corte en la sentencia estudiada en el presente trabajo —que por los argumentos ya expresados en los apartados precedentes permitiría el diseño genético de bebés con discapacidades— señala una inconsistencia del ordenamiento jurídico, provocada por la incoherencia entre la ya señalada exequibilidad condicionada de la norma y lo estipulado por el Código Penal. Ciertamente, la fisura normativa debe ser corregida, con el propósito de mantener la coherencia del sistema normativo y evitar vicios, errores e injusticias en la interpretación y aplicación de sus prescripciones.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la inconsistencia lógica denunciada, es preciso visibilizar ahora ciertas deficiencias del Código Penal, y, por ende, del ordenamiento jurídico colombiano, respecto de la manipulación genética.

La primera deficiencia importante es que el Código no especifica las conductas de manipulación genética en línea germinal y somática,³¹ así como aquella relacionada con la integridad genética del cigoto humano, lo cual oscurece una correcta interpretación de la norma y señala, al menos, dos serios problemas.

³¹ El rasgo más determinante de esta distinción es que las manipulaciones por vía germinal traspasan las condiciones genéticas a la descendencia, y las ejecutadas por línea somática no. Lo anterior, porque, a diferencia de las germinales, las células somáticas no son reproductivas.

El primer conflicto se relaciona con la naturaleza colectiva del bien jurídico tutelado. En efecto, se puede deducir que para el legislador, el sujeto protegido es la especie humana y su identidad e integridad genéticas, que estarían, ciertamente, amenazadas por las prácticas biomédicas. Sin embargo, sostener aquello es epistemológicamente débil, al menos, por dos razones: i) siendo el bien jurídico protegido de naturaleza colectiva, sólo podría ser lesionado por vía de la manipulación genética germinal, por lo cual quedan fuera del tipo todas las intervenciones y alteraciones que se realicen por vía somática, ya que cualquier modificación genética llevada a cabo por esa vía no tiene la capacidad de alterar el patrimonio genético de la especie humana, sino sólo del individuo manipulado. Lo anterior quiere decir que el derecho penal colombiano no prohíbe, bajo ningún punto de vista, la manipulación genética por vía somática, a saber: en Colombia estaría completamente permitido manipular, por esa vía, embriones humanos en estado preimplantacional para introducirles el gen de la sordera o de la ceguera, por ejemplo. ii) No parece plausible penalizar determinadas conductas bajo el argumento de proteger el genotipo como bien jurídico colectivo, ya que ese bien jurídico nunca se pone en peligro con la conducta supuestamente ilícita, haciendo inviable la configuración del injusto. De hecho, es, en realidad, imposible que una o incluso cien manipulaciones genéticas por línea germinal lesionen la identidad genética de la humanidad, lo cual nos lleva a la conclusión de que actualmente el Código Penal colombiano castiga una conducta que en rigor no es lesiva del bien jurídico que se tutela.³² Lo anterior señala otra razón para abandonar o, al menos, repensar la supuesta verdad jurídica de que el único bien jurídico tutelado ante los peligros de la manipulación genética sea el genotipo o el genoma humano.³³ Ante los eventuales problemas de ilegitimidad que emergen de lo anterior, resultaría más plausible

³² Esta fisura de la regulación es, ciertamente, compartida por la mayoría, si no todas, las jurisdicciones en Iberoamérica.

³³ El genotipo o genoma es toda la “secuencia de nucleótidos que constituye el ADN de un individuo o de una especie”, a saber: el conjunto completo de la secuencia de ácido nucleico, codificado como ADN dentro de los 23 pares de cromosomas en el núcleo de la célula y en una pequeña molécula de ADN que se encuentra dentro de la mitocondria. En este sentido, se distingue del fenotipo porque éste es el conjunto de caracteres visibles que un individuo presenta como resultado de la interacción, precisamente, entre su genotipo y el medio. Al respecto, véase (entre otros), Maloy, Stanley y Hughes, Kelly (eds.), *Brenner's Encyclopedia of Genetics*, 2a. ed., London, Academic Press, 2013.

identificar y definir otros bienes jurídicos que pueden ser lesionados por vía somática, y que señalan perjuicios más concretos y evidentes que un supuesto y, por lo demás, excesivamente improbable daño a la identidad genética de la especie.

El segundo conflicto implica confundir el bien jurídico con el objeto material del eventual delito. El genotipo no debería ser considerado como el bien jurídico tutelado, sino el objeto sobre el cual recae el injusto que lesiona otro bien jurídico; por ejemplo, la autodeterminación y la salud, entre otros. Que sea, entonces, el genotipo el bien jurídico protegido implica penalizar un tipo de conducta que no lo vulnera, con los consecuentes vicios de ilegalidad y antijuridicidad que podrían constatarse. Ciertamente, todos estos argumentos merecen más desarrollo y profundización, pero como no es el momento ni el espacio para llevar a cabo esa tarea, baste por ahora una alerta sobre estas importantes cuestiones.

La segunda insuficiencia estructural se relaciona con que el Código penaliza la manipulación de genes humanos que modifique el genotipo con fines ajenos a la terapia, diagnóstico e investigación científica; esto es, cuando la técnica no tenga como propósito aliviar el sufrimiento o mejorar la salud. Lo anterior, claramente indica que en el ordenamiento jurídico colombiano, una conducta que busque la manipulación genética de embriones preimplantados con fines cosméticos, otra que tenga como propósito lo estético, otra que persiga fines eugenésicos, y otra que tenga como propósito introducir desmejoras y discapacidades en el embrión que afectarán la vida de la persona una vez nacida, se entienden, de modo implícito, como jurídicamente equivalentes, sin especificar cuáles son los bienes jurídicos protegidos en cada caso, lo cual constituye, al menos, una falta de exhaustividad.³⁴

Es claro que la configuración del delito de manipulación genética presenta una evidente exigencia subjetiva, ya que el agente debe actuar con un propósito diferente a la terapia, lo cual implica que la manipulación, alteración y edición genética es lícita siempre y cuando busque la modificación o eliminación del gen patológico. Por lo tanto, la descripción del ilícito se construye desde una descripción negativa del mismo, de lo cual emerge en el ordenamiento jurídico colombiano un amplio campo her-

³⁴ Nuevamente, esto es compartido por todos los ordenamientos jurídicos de nuestra región.

menéutico para definir lo que sea una enfermedad o discapacidad grave. Dicha vastedad interpretativa es perjudicial para la cierta configuración del injusto, ya que la entidad penal de una conducta será juzgada por su capacidad efectiva de alterar el genotipo humano, por lo cual se hace muy necesario en cualquier regulación, especificar exhaustivamente el catálogo de posibles prácticas maleficientes o disgenéticas, lo cual no se constata en esta jurisdicción.

2. *Insuficiencia epistemológica*

La segunda deficiencia que es posible distinguir en la sentencia de la Corte se relaciona con la epistemología subyacente a sus argumentos, la cual evidencia un desconocimiento del fenómeno biomédico, que impide la ampliación categorial del derecho tradicional, a saber: la recategorización biojurídica de conceptos tradicionales del derecho, que podría redundar en aportes relevantes a otras ramas, como la constitucional, civil, administrativa y penal.

En efecto, al afirmar y sostener la Corte que la discapacidad es más bien un asunto de la estructura social y no una condición *per se*, a saber: una diversidad funcional no maleficiente que no representa en sí misma ninguna limitación para el despliegue del proyecto vital, está defendiendo implícitamente la idea de que el diseño y producción de, por ejemplo, bebés sordos y ciegos no debería ser regulada o prohibida, ya que aquella acción no estaría propiciando el nacimiento de personas discapacitadas, sino sólo funcionalmente diversas, no advirtiendo ni reconociendo en este escenario algún componente dañoso.

Sin embargo, es claro que, al menos, la condición de ceguera, por ejemplo, implica intrínsecamente una dificultad adicional para el despliegue vital, y que su correcta intelección no está exclusivamente vinculada al diseño y sentido del entorno social. A saber, la sociedad no es la causante de las dificultades asociadas a la vida en condiciones de ceguera. Ciertamente, puede acrecentar o agravar esas dificultades, pero de ningún modo las origina.

Por lo anterior, el desconocer, en este caso, la ceguera como una condición ingénita, y afirmar que es puramente exógena, desaparece de la ecuación la noción de daño, con la consecuente banalización, moral y jurídica, de la manipulación genética con fines disgenéticos.

De este modo, la insuficiencia epistemológica de los argumentos de la Corte impide la ampliación categorial de otras ramas del derecho, ya que el enfoque biojurídico puede aportar a la extensión cualitativa de la disciplina, y en el caso particular que analizo, al reconocimiento de nuevas posibilidades de daños, ya reconocidos por la doctrina, como el daño genético y el daño inexorable,³⁵ los que pueden ampliar el derecho de daños tradicional, modificar la intelección de lo que sea un daño antijurídico, y transformar la epistemología de la responsabilidad civil y extracontractual del Estado.

Por otra parte, la identificación de nuevos daños y perjuicios asociados a las prácticas biomédicas visibiliza nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos) que representan garantías fundamentales, vinculadas al peligro implícito en las técnicas genéticas, no reconocidos ni catalogados explícitamente en ninguna jerarquización anterior.

Asimismo, de las nuevas posibilidades de daños y del nuevo elenco de derechos subjetivos individuales emergen nuevos bienes jurídicos tutelados penalmente, ya que la eclosión de las técnicas genéticas puede alterar multifactorialmente la composición ontológica de la persona más allá de sus aspectos genómicos.

En adición a los aportes al derecho administrativo, reparatorio, constitucional y penal que la sentencia de la Corte eclipsa, la mirada del bioderecho señala también buenos rendimientos para el derecho civil, y específicamente para el derecho de familia, mediante la integración de nuevas posibilidades de daños al principio de interés superior del niño. También, y en concordancia con lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño, refuerza la protección de los menores de edad legal como plenos sujetos de derechos, modificando el estatuto jurídico de su protección, señalando una doctrina de protección integral que entiende la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario preimplan-

³⁵ Para daño inexorable, véase Valdés, Erick, “Bioderecho y sujeto de derechos. Recategorización jurídica de la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario pre-implantacional y del concepto de existencia legal de la persona”, *Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, núm. 43, 2015b, pp. 123-159. Para daño genético, revisar Valdés, Erick y Puentes, Laura Victoria, “Daño genético: definición y doctrina a la luz del bioderecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Bogotá, Universidad de los Andes, 2014, y Valdés, Erick y Puentes, Laura Victoria, “Crítica a la doctrina y jurisprudencia del daño a la salud en Colombia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 11, Bogotá, Universidad Externado, 2014, pp. 255-282.

tacional como un atentado a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, quienes tendrán que vivir sus vidas en menoscabo y ajustar sus proyectos existenciales a las dificultades, desmejoras y discapacidades operadas por voluntad arbitraria y unilateral de sus padres.

Por lo tanto, al núcleo duro de derechos del niño dentro de la Convención, constituido por aquellos derechos no discrecionales, a saber: derecho a la vida, a la nacionalidad, a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida plausible, a realizar actividades propias de su edad, y a las garantías propias del derecho procesal y procesal penal, se agrega uno que fundamenta y posibilita varios de los mencionados anteriormente: el derecho a —más allá de aquellas prácticas con fines terapéuticos— no ser predeterminado genéticamente por los padres.

3. *Insuficiencia hermenéutica*

La interpretación, más bien, literal de la discapacidad, señala una deficiencia hermenéutica en el entendimiento que tiene la Corte de este fenómeno, y sus consecuencias concretas se despliegan en la imposibilidad de reconocer nuevas instituciones jurídicas que deberían ser integradas al ordenamiento, en virtud de las nuevas formas de interpelación que la biomedicina y la genética asestan sobre el derecho.

Categorías como daño genético, daño inexorable y persona futura³⁶ responden a todas las posibilidades abiertas por las técnicas de manipulación genética sin fines terapéuticos, que específicamente desmejoren al individuo humano, a saber: dificulten, por esa vía, el proyecto de vida individual, introduciendo discapacidades o inhabilidades objetivas, que inexorablemente redundarán en dificultades para desplegar el proyecto existencial.

Por lo tanto, interpretar la discapacidad sólo como diversidad funcional atenta contra la correcta inteligencia de esa condición, con las consecuencias jurídicas ya explicitadas anteriormente.

³⁶ Para el concepto de persona futura, véase Valdés, Erick, “Bioderecho y sujeto de derechos. Recategorización jurídica de la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario pre-implantacional y del concepto de existencia legal de la persona”, *Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, núm. 43, 2015b, pp. 123-159.

VI. APORTES DEL BIODERECHO A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS COLOMBIANO E INTERAMERICANO

Los aportes del bioderecho pueden ser, entonces, lógicos, epistemológicos y hermenéuticos.

1. *Aportes lógicos*

- a) Aporta un nuevo modelo de argumentación jurídica, basado en principios legalmente vinculantes, especificados en reglas concretas de alcance más acotado y de mayor contenido.³⁷
- b) Otorga coherencia normativa al elenco de prescripciones.
- c) Elimina inconsistencias en el ordenamiento jurídico.
- d) Proporciona coherencia argumentativa a la justificación de la norma frente al acontecimiento biomédico.
- e) Promueve la integración dialogante de posiciones jurídicas polarizadas con respecto a estos asuntos, avanzando hacia la posibilidad de un consenso que alienta el trabajo legislativo desde una plataforma deliberativa distinta a la del derecho positivo tradicional.

2. *Aportes epistemológicos*

- a) Promueve la integración, ampliación y redefinición categorial del derecho tradicional.
- b) Abre nuevos plexos normativos, a través de la identificación y redefinición de categorías jurídicas del derecho tradicional.
- c) Identifica nuevas categorías de daños y perjuicios, ampliando el elenco categorial del rubro reparatorio inmaterial del daño a la salud. Un ejemplo de esto es la identificación y configuración jurídica del daño genético y daño inexorable.
- d) Reconoce y define nuevos derechos subjetivos individuales (bioderechos).

³⁷ Para el concepto de especificación, véase Gordon, J., Raupich, O. y Vollman, J., “Applying the Four-Principle Approach”, *Bioethics*, Jul; 25 (6), UK, Blackwell Publishing, 2011. Además, Valdés, Erick, “Haciendo más práctico el principialismo. La importancia de la especificación en bioética”, *Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 35, 2015c, pp. 65-78.

- e) Identifica nuevos bienes jurídicos tutelados penalmente.
- f) Identifica y define nuevas obligaciones de los particulares y la administración.
- g) Proporciona mayor certeza y seguridad jurídica para regular y legislar sobre las prácticas biomédicas.
- h) Identifica y define principios y reglas de propósito deliberativo y consecuencias normativas.
- i) Reconoce vacíos y lagunas legales en el ordenamiento, ya que la legislación y regulación con respecto a estos temas es incompleta o inexistente.
- j) Hace evidente la precariedad de la regulación biomédica y, por ende, su ineficiencia para resolver conflictos biojurídicos de modo vinculante.
- k) Denuncia la evidente carencia de políticas públicas sobre biomedicina, debido también a la ausencia de legislación.

3. *Aportes hermenéuticos*

- a) Reconoce, identifica y define nuevas instituciones jurídicas (daño genético, daño inexorable, persona futura).
- b) Se entiende a sí mismo como una rama independiente dentro del derecho, de carácter transdisciplinario e interdisciplinario, aportando categorialmente al derecho reparatorio, constitucional, civil y penal.
- c) Posee y aporta una perspectiva jurídica multilateral y horizontal, a saber: influye otras ramas del derecho, fomentando un enfoque integral de los asuntos biomédicos de alcance legal.
- d) Hace evidente el hecho de que la actual hermenéutica jurídica es insuficiente para abordar los casos complejos, debido a que la interpretación de los hechos y sus implicaciones y consecuencias es subjetiva (contingente a inclinaciones, creencias, valores y preferencias particulares), y los magistrados y jueces, muchas veces, desconocen el verdadero estatuto de los asuntos biojurídicos.

Por lo tanto, el bioderecho señala un beneficio muy relevante para el ordenamiento jurídico colombiano —y para cualquier otro en Iberoamérica, al menos—, ya que tiene la capacidad de construir un mecanismo de

protección eficaz de derechos humanos de última generación y bioderechos, así como identificar la obligación del Estado de protegerlos y garantizar su florecimiento y respeto.

Al mismo tiempo, este nuevo enfoque hermenéutico extiende la epistemología y metodología de los criterios interpretativos que operan como referentes para concebir un nuevo elenco de derechos fundamentales, y, a la vez, dotarlos de eficacia en el contexto jurisdiccional interno.

VII. CONCLUSIONES

En primer lugar, en su sentencia C-066/13 (y lo ratifica en la sentencia C-042/17), la Corte Constitucional de Colombia argumenta contra la discriminación de las personas con discapacidad —o funcionalmente diversas—, asumiendo como válido y verdadero un modelo social de entendimiento del fenómeno, en detrimento del enfoque clínico, que considera la discapacidad como una condición patológica del individuo. Si bien el propósito del órgano constitucional es del todo plausible, sus razonamientos sólo aplican bajo un paradigma de naturaleza humana ya superado por la eclosión biocientífica. En efecto, ante la realidad de la manipulación genética disgenésica de embriones preimplantados, la Corte tendría que aceptar que el introducir la condición genética de la ceguera o de la sordera en un embrión no implicaría ningún acto dañoso, por cuanto se estaría, en ese caso, creando una persona futura sólo diversa funcionalmente y no discapacitada. Ciertamente, los riesgos de tal intelección saltan a la vista.

En segundo término, y con relación al punto anterior, es posible afirmar que la Corte Constitucional —compartiendo aquellos argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— señala un peligroso precedente jurisprudencial al crear sentido normativo para hacer plausible jurídicamente el diseño genético de personas con discapacidades, ya que éstas no serían atributos de la persona, “sino el resultado de su exclusión en la participación social”.

Como tercera conclusión, se aprecia que el sentido normativo señalado evidencia un desfondamiento de los argumentos y articulaciones de la Corte, los que, como se ha demostrado, pueden ser superados por la epistemología del bioderecho, que entiende la novedad involucrada en el potenciamiento biomédico, desenmascarando un nuevo paradigma que

los magistrados parecen no haber identificado; esto es, que la naturaleza humana y no humana yo no es más estática e inamovible.

En cuarto lugar, la jurisprudencia de la Corte en la sentencia estudiada muestra varias fisuras de índole lógica, epistemológica y hermenéutica, que derivan en: i) el peligro de que las inconsistencias normativas dentro del ordenamiento jurídico (exequibilidad condicionada de la norma versus Código Penal) provoquen, en un escenario muy próximo, posibles errores jurídicos e, incluso, antinomias; ii) la imposibilidad de ampliar categorialmente el ámbito del derecho tradicional, y iii) la dificultad de reconocer nuevas instituciones jurídicas que aporten a una más cierta regulación de las prácticas biomédicas.

En quinto lugar, llama la atención que profesores de prestigiosas universidades colombianas³⁸ apoyen el concepto de la Corte, alcanzando consenso en que “la discapacidad no se encuentra en el individuo sino en su relación con sistema (sic) inaccesible a este”.³⁹ Ciertamente, revela que el desconocimiento de la doctrina del bioderecho, así como de las posibilidades abiertas por la biociencia, no es solamente una deficiencia de los juristas, sino también de los académicos.

Esto debe cambiar, ya que es necesario darle más eficacia al derecho. Los juristas e investigadores deben especializarse y conocer de estos asuntos. La responsabilidad pública de sus actos y decisiones así lo demanda.

Como sexta conclusión, es evidente la coincidencia en la intelección de la discapacidad que tiene la Corte Constitucional de Colombia con la jurisprudencia que al respecto ha evacuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual, a nuestro juicio, debe hacer replantearse al alto organismo internacional su entendimiento de la discapacidad y el valor que en un eventual escenario de manipulación genética disgenésica tendría que comprender las limitaciones funcionales de las personas sólo como una condición originada en el constructo social.

En séptimo lugar, es posible advertir que la Corte Constitucional plantea una falsa dicotomía al confundir la desigualdad de hecho con la desigualdad moral. En efecto, la corporación asume que postular explícitamente la diferencia funcional entre una persona discapacitada y otra

³⁸ Entre otros, la Corte solicita y refiere en el contenido de la sentencia, el concepto de académicos tanto de la Universidad Externado como de la Universidad del Rosario y de la Universidad de los Andes.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-066/13, 2013, 20.

que no lo es, implica, necesariamente, afirmar que también existe una desigualdad moral entre ambas, lo cual, ciertamente, es equivocado. Por lo tanto, gran parte del aparato argumentativo de la Corte se funda en una premisa errónea.

Finalmente, la fortaleza de la mirada biojurídica frente a la tradicional (cortes y ordenamiento jurídico), que se despliega en la capacidad del bioderecho para otorgar más certeza y seguridad jurídica a la regulación en biomedicina, y en aportar a la ampliación categorial de otras ramas del derecho, puede ser esquematizada en el siguiente cuadro comparativo:

Análisis tradicional	Análisis biojurídico
<p><i>Literal</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Lee el fenómeno de alcance jurídico – Entiende su sentido 	<p><i>Hermenéutico</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Interpreta el fenómeno de alcance jurídico – Crea nuevos sentidos
<p><i>Reactivo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Regula, generalmente, después de la ocurrencia de un evento 	<p><i>Proactivo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Regula antes de la ocurrencia del acontecimiento
<p><i>Intradisciplinario</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Opera, generalmente, encapsulado dentro del derecho 	<p><i>Interdisciplinario</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Se despliega en sintonía con otros campos del conocimiento
<p><i>Unívoco</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Busca y admite, generalmente, una respuesta posible 	<p><i>Equívoco</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Busca y admite un rango plausible de respuestas igualmente relevantes
<p><i>Paradigmático</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – Se basa, necesariamente, en arquetipos jurídico-epistemológicos 	<p><i>Anómalo</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – No se basa, necesariamente, en arquetipos jurídico-epistemológicos⁴⁰

⁴⁰ A saber: el bioderecho busca repensar y, de ser necesario, ampliar epistemológicamente categorías del derecho tradicional. Ejemplos de aquello son los conceptos de persona futura y persona no humana, este último, presente en el caso de la orangután Sandra, a quien se le concedió un hábeas corpus, en un fallo inédito de la Sala II de la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires, reconociéndola, efectivamente, como persona no humana.

Por lo tanto, el aporte que la mirada del bioderecho representa es muy relevante, ya que nos invita a generar debate y discusión sobre el estatuto, no sólo jurídico, sino ontológico de muchos conceptos del derecho tradicional, lo cual puede redundar en la optimización de la regulación y legislación sobre los asuntos biomédicos, así como sobre los derechos de los animales y del medioambiente.

Análisis tradicional	Análisis biojurídico
<p><i>Conservador</i></p> <p>– Trabaja con y desde categorías del derecho positivo tradicional</p>	<p><i>Innovador</i></p> <p>– Trabaja con conceptos biojurídicos (los mismos del derecho, pero ampliados categorialmente)</p>
<p><i>Reduccionista</i></p> <p>– No identifica nuevas categorías jurídicas</p>	<p><i>Amplificador</i></p> <p>– Aporta categorialmente a otras ramas del derecho, identificando nuevas instituciones jurídicas</p>
<p><i>Explicativo</i></p> <p>– No busca ni pretende, necesariamente, crear conocimiento</p>	<p><i>Extensivo</i></p> <p>– Uno de sus propósitos es crear conocimiento</p>
<p><i>Antropocéntrico</i></p> <p>– Piensa, generalmente, la vida como vida humana</p>	<p><i>Biocéntrico</i></p> <p>– Piensa la vida en su conjunto⁴¹</p>
<p><i>Nacional</i></p> <p>– Busca regular <i>dentro</i> del ordenamiento jurídico</p>	<p><i>Internacional</i></p> <p>– Busca regular <i>entre</i> los ordenamientos jurídicos</p>

Por lo tanto, el bioderecho aporta a los ordenamientos jurídicos colombiano e interamericano, no sólo consistencia epistemológica, sino también coherencia normativa y un modelo interpretativo derivado de una correcta inteligencia de la biomedicina y sus inquietantes posibilidades, así como de las nuevas relaciones que en la época actual se despliegan entre los seres humanos y la vida en su totalidad.

VIII. REFERENCIAS

1. *Doctrina*

ABBERLEY, P., “The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability”, *Disability, Handicap and Society*, vol. 2, núm. 1, 1995.

⁴¹ En coherencia con la cita anterior, y aunque no ha sido tema de este trabajo, es importante aclarar que el bioderecho, en una de sus facetas, busca no sólo regular la vida de los seres humanos entre sí, sino también con su entorno natural y animal.

- ABBERLEY, P., “Disabled People and Normality”, en SWAIN, J., FINKELSTEIN, V. & OLIVER M. (eds.), *Disabling Barriers Enabling Environments*, London, Sage, 1993.
- BAKER, C., *Behavioral Genetics: An Introduction to How Genes and Environments Interact Through Development to Shape Differences in Mood, Personality, and Intelligence*, New York, AAAS, 2004.
- BARNES, C. & MERCER, G., *Disability*, Cambridge, Polity Press, 2003.
- BEAUCHAMP, T. & CHILDRESS, J., *Principles of Biomedical Ethics*, 7a. ed., New York, Oxford University Press, 2013.
- BEYLEVELD, D., & BROWNSWORD, R., “Human Dignity, Human Rights, and the Human Genome”, en RENDTORFF, J. & KEMP, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. II, Copenhagen-Barcelona, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000.
- BEYLEVELD, D. & BROWNSWORD, R., “Legal Argumentation in Biolaw”, en KEMP, P. *et al.* (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life.
- BYK, C., “La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l’homme”, *J.D.I.*, núm. 3, 1993.
- CASONATO, C. *et al.*, “Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto”, en TORRE, A. (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2015.
- DOLGIN, J. & SHEPHERD, L., *Bioethics and the Law*, 2a. ed., Aspen Publishers, 2009.
- GAFO, J. & AMOR, J. S., “Society and Mental Deficiency: Amidst Protection and Respect”, en RENDTORFF, J. & KEMP, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. II, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000.
- GORDON, J. *et al.*, “Applying the Four-Principle Approach”, *Bioethics*, Jul; 25 núm. 6, UK, Blackwell Publishing, 2011.
- GROS ESPIELL, H., “Bioderecho internacional”, en ROMEO CASABONA, C. (dir), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Comares, 2011.
- KEMP, P., “Bioethics and Law and Biolaw in Ethics”, en KEMP, P. *et al.* (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science

- and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life.
- LENOIR, N., “Legal Argumentation in Biolaw”, en KEMP, P. *et al.* (eds.), *Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, Rhodos International Science and Art Publishers, and Centre for Ethics and Law, 2000, I, Judgement of Life.
- RENDTORFF, J. & KEMP, P., *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Denmark-Spain, Centre for Ethics and Law-Institut Borja de Bioética, 2000.
- ROMEO CASABONA, C., “Bioderecho y bioética”, en ROMEO CASABONA, C. (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, Comares, 2011.
- SAVULESCU, J., “Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children”, *Bioethics* 15, 5/6, 2001.
- SINGER, P., *Practical Ethics*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- VALDÉS, E., “¿Qué es el bioderecho? Propuesta metodológica y doctrinaria para resolver problemas jurídicos de última generación”, en AIZENBERG, M. (dir.), *Estudios acerca del derecho de la salud II*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2018a.
- VALDÉS, E., “¿Hijos a la carta? Bioderecho, beneficencia procreativa y autonomía parental reproductiva en sociedades laicas y pluralistas”, en CAPDEVIELLE, P. & MEDINA-ARELLANO, M., *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018b.
- VALDÉS, E., “Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 48, núm. 144, 2015a.
- VALDÉS, E., “Bioderecho y sujeto de derechos. Recategorización jurídica de la manipulación genética no terapéutica en estado embrionario pre-implantacional y del concepto de existencia legal de la persona”, *Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, núm. 43, 2015b.
- VALDÉS, E., “Haciendo más práctico el principialismo. La importancia de la especificación en bioética”, *Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 35, 2015.
- VALDÉS, E., “Bioderecho, genética y derechos humanos. Análisis de los alcances jurídicos del bioderecho europeo y su posible aplicación en Es-

tados Unidos como fuente de derechos humanos de cuarta generación”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, Madrid, Universidad Carlos III, 2013.

VALDÉS, E. & PUENTES, L., “Crítica a la doctrina y jurisprudencia del daño a la salud en Colombia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* núm. 11, Bogotá, Universidad Externado, 2014.

VALDÉS, E. & PUENTES, L., “Daño genético. Definición y doctrina a la luz del bioderecho”, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Bogotá, Universidad de los Andes, 2014.

2. *Jurisprudencia*

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-042/17, 2017.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-066/13, 2013.

Corte interamericana de derechos humanos, sentencia Furlán y familiares vs Argentina, del 31 de agosto de 2012 (serie C, núm. 246).

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-804/09, 2009.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1258/08, 2008.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-207/99, 1999.

3. *Leyes*

CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 361 de 1997.

4. *Códigos*

CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA, 13a. ed., Bogotá, Legis, 2014.

LA APELACIÓN POR ERRORES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*

THE APPEAL FOR ERRORS IN THE EVALUATION OF EVIDENCE IN THE NATIONAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURES

Diego DEI VECCHI**

RESUMEN: En el texto se aborda la problemática relativa a la impugnación y revisión en alzada de decisiones judiciales, adoptadas durante el proceso penal, en virtud de potenciales errores en la valoración de la prueba y fijación de las premisas fácticas. En primer lugar, se pone de manifiesto la aparente tensión entre, por una parte, la garantía a doble conforme por medio de un recurso integral y, por la otra, el principio de inmediación, del que se seguiría que el tribunal de juicio es soberano en la valoración de la prueba. A partir de allí, y luego de una reconstrucción del modo en que el razonamiento probatorio ha de plasmarse en la decisión judicial de conformidad con las exigencias de la CPEUM y del CNPP, se demuestra que esa tensión es más aparente que real. Esto permite sostener que la solución del CNPP al excluir las cuestiones concernientes a la valoración de la prueba

ABSTRACT: *The text addresses the problems related to the challenge and review in court decisions, adopted during the criminal process, by virtue of potential errors in the assessment of the evidence and determination of the factual premises. First of all, the apparent tension between, on the one hand, the guarantee to double conformity by means of an integral remedy and, on the other, the principle of immediacy from which it would follow that the trial court is sovereign in the evaluation of the evidence. From there, and after a reconstruction of the manner in which the probative reasoning has to be reflected in the judicial decision in accordance with the requirements of the CPEUM and the CNPP, it is demonstrated that this tension is more apparent than real. This makes it possible to say that the solution of the CNPP in excluding the questions concerning the assessment of the evidence as possible grievances to argue through the appeal is a bad solution. This is especially so because it is intended to be a solution to a problem that is largely non-existent.*

* Artículo recibido el 30 de mayo de 2017 y aceptado para su publicación el 4 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0002-1726-2651. Profesor asociado ITAM, investigador Juan de la Cierva UdG. Correspondencia: Carrer Universitat de Girona, 12, campus Montilivi, 17003 Girona, España. Correo electrónico: deivechidm@gmail.com.

como posibles agravios a alegar por medio del recurso de apelación es una mala solución. Ello así, sobre todo, en virtud de que pretende ser una solución para un problema en gran medida inexistente.

Palabras clave: decisión judicial, apelación, prueba, intermediación-inferencia

Keywords: *judicial decision, appeal, evidence, immediacy-inference*

SUMARIO: I. *Introducción. La justificación de la decisión judicial y su impugnación.* II. *La aparente tensión entre derecho al recurso y garantía de inmediación.* III. *Los obstáculos para el control de la valoración de la prueba en alzada: el impedimento político y el impedimento epistémico.* IV. *La inferencia probatoria como parte del razonamiento judicial.* V. *La desactivación del impedimento epistémico y los límites de la intermediación.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y SU IMPUGNACIÓN

Impugnar una decisión judicial significa postular a su respecto ciertos vicios en la justificación, en una instancia procesal específica, a fin de que la decisión sea revisada por el mismo órgano que la emitió, o bien por uno diverso. En este último caso, suele decirse, el medio, impugnativo de que se trate tiene “efecto devolutivo”, y para algunos sólo este tipo de medios constituyen auténticos *recursos*.

Por su parte, los vicios de que puede adolecer la justificación de una decisión judicial son muy numerosos. Analizarlos exige explicitar ciertas aristas en la justificación de decisiones tales. En este orden de ideas, desde hace ya varios años suele decirse entre los teóricos que una decisión judicial está internamente justificada si la norma individual que es el resultado decisivo (*i. e.* la decisión-producto) se sigue deductivamente de la conjunción de una premisa mayor, normativa, y una premisa menor, fáctica. Por ejemplo, está internamente justificada la decisión cuya premisa mayor consiste en que “quien cometa homicidio debe ser encarcelado por diez años”, y cuya premisa fáctica reza que “Aquiles mató a Héctor”. La

norma individual conclusiva o decisión-producto será, por *modus ponens*: “Aquiles debe ser encarcelado por diez años”.¹

La justificación interna de una decisión judicial es, sin embargo, sólo una de las aristas justificativas, acaso la más superficial. Se trata de una exigencia mínima, excesivamente estrecha. Al margen de ella, parece sensato exigir a los jueces, dar cuenta de por qué invocan y utilizan en su silogismo a cada una de las premisas que lo conforman: la premisa fáctica o menor y la premisa normativa o mayor.² En este sentido, a la justificación independiente de cada una de las premisas que componen el silogismo se la ha denominado “justificación externa”.³

Es un lugar común que en todo razonamiento ha de distinguirse entre la justificación de la inferencia (*i. e.*, del paso de las premisas a la conclusión) y la justificación de las premisas mismas, siendo ambas necesarias para poder decir que el razonamiento es, en conjunto, “sólido”, y también es ya terminología asentada la que, en materia de justificación de las decisiones judiciales, llama a la primera de esas justificaciones “interna” y a la segunda “externa”. Por consiguiente, ninguna decisión judicial estará realmente justificada si no lo está “interna” y “externamente” (con independencia de que la corrección de las premisas del razonamiento justificatorio correspondiente se dé por sentada o sea, por el contrario, dudosa o controvertida).⁴

¹ Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006 [1971], p. 212; Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, 5, 1974, p. 39; Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2008, p. 46.

² Aienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 166.

³ Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 1974. Sobre estas distinciones, y algunas adicionales respecto de las cuales no puede profundizarse aquí, véanse Comanducci, Paolo, “Osservazioni in margine”, en Comanducci, Paolo & Guastini, Riccardo, *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali and degli studenti*, Torino, G. Giappichelli, 1987, p. 266; Comanducci, Paolo, “La motivazione in fatto”, en Ubertis, Giulio, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 218; Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 70 y 71; Wróblewski, Jerzy, “Il modello teorico dell'applicazione della legge”, *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967, pp. 21-23; Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 1974, p. 36.

⁴ Bayón Mohino, Juan Carlos, “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en Moreso, José Juan & Redondo, María Cristina, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 143 y 144.

Ahora bien, entre las dos premisas de la decisión hay una diferencia crucial, a saber: mientras que la premisa mayor consiste en un enunciado expresivo de una norma, la premisa menor es un enunciado expresivo de una proposición empírica. De modo que al tiempo que esta última es (necesariamente) verdadera o falsa, la primera carece de valor de verdad. Así, una proposición empírica es verdadera o falsa según cómo esté configurado el mundo. En el ejemplo, la premisa fáctica será verdadera si, y sólo si, es el caso que Aquiles mató a Héctor. Pero las normas no son ni verdaderas ni falsas; a lo sumo son válidas o inválidas. De modo que la justificación de cada una de estas premisas habrá de remitirse a *razones* de distinta índole, al tiempo que habrá de implicar procedimientos argumentativos sustancialmente diversos.

No es este el espacio para detenerse en la cuestión concerniente a la justificación externa de la premisa mayor o normativa.⁵ Aunque es útil señalar que justificar la premisa fáctica supone en alguna medida que la premisa mayor ha sido ya determinada.⁶ Pues es esta última premisa la que determina cuál es la clase relevante de hechos, *i. e.* el caso genérico.⁷ De modo que será una premisa fáctica pertinente toda aquella que constituya una instancia, *i. e.* un caso individual, de la clase aludida. En el ejemplo, el haber dado muerte una persona a otra es la clase de hechos, al tiempo que el homicidio de Héctor en manos de Aquiles es una instancia de esa clase.⁸

⁵ Sobre los problemas vinculados a la justificación de la premisa normativa, véanse Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011; Tarello, Giovanni, *op. cit.*, 1980; Canale, Damiano, “Il ragionamento giuridico”, en Pino, Giorgio; Aldo Schiavello & Vittorio Villa, *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 195-230.

⁶ No debe perderse de vista que se está abordando la cuestión de la justificación de la decisión judicial, entendiendo a esta última como argumentación verbalizada, no como acto mental. Ciertamente, si se aborda a la decisión judicial en este último sentido podría ponerse en dudas que el proceso psicológico del decisor consista *primero* en establecer una norma y *luego* en fijar los hechos.

⁷ Alchourrón, Carlos E. & Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, 2006 [1971].

⁸ De allí que la justificación externa de la premisa fáctica no se agote en las cuestiones probatorias. Por el contrario, ella involucra, adicionalmente, una argumentación en favor de que el enunciado fáctico cuyo acaecimiento se asevera es, en efecto, un caso o instancia del supuesto de hecho genérico. En otras palabras, que el hecho de haber Aquiles matado a Héctor es un caso de homicidio, una instancia del supuesto de hecho de la premisa normativa. “El segundo «estadio» del proceso de aplicación de la ley comprende dos momentos: en primer lugar, la determinación de un cierto hecho como probado sobre la base

Ahora bien, justificar externamente la premisa fáctica según la cual “Aquiles mató a Héctor” (en el aspecto no calificadorio) consiste en dar razones en favor de la verdad de la proposición que esa premisa expresa; esto es, en responder a la *quaestio facti* demostrando que lo que se asevera por medio de la emisión de ese enunciado ocurrió efectivamente en el mundo.⁹ La justificación de una aseveración tal, suele decirse, depende de la presencia de razones epistémicas (o, lo que es lo mismo: pruebas) suficientes para la aceptación del enunciado fáctico como premisa de la decisión. De allí que se diga que los enunciados fácticos de la decisión judicial están justificados toda vez que estén suficientemente probados.¹⁰

Desde esta óptica, la conclusión del razonamiento probatorio, de ser éste exitoso, se traduce en un enunciado del tipo “está probado que *p*”, esto es, un *enunciado probatorio* que justifica el uso de la premisa fáctica en la decisión. En el ejemplo, aseverar que “está probado que Aquiles mató a Héctor” justifica utilizar a la enunciación “Aquiles mató a Héctor” como premisa menor de la decisión.

Los criterios de suficiencia probatoria que determinan la corrección del enunciado probatorio pueden estar definidos de acuerdo con una pluralidad de sistemas de valoración de la prueba. Estos sistemas son los métodos de atribución de peso probatorio a los elementos de prueba (*i. e.* a las razones epistémicas) con que se cuenta. En general, la doctrina reconoce tres de estos métodos: el legal (tasado), el de íntima convicción y, por último, la libre convicción, también denominada sana crítica racional (SCR). Dejaré de lado a los dos primeros y me centraré en el tercero, que

de determinados elementos materiales y de conformidad con una determinada teoría de la prueba; en segundo lugar, la formulación de este hecho en el lenguaje de la norma que debe ser aplicada. (Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 1967, p. 15). Véase también Bayón Mohino, Juan Carlos, *op. cit.*, 2007, p. 146, nota 25; Ferrua, Paolo, “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en A.A.V.V., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli, 2007, pp. 317-410. Este tipo de cuestiones, a menudo denominadas “calificadorias”, serán también dejadas de lado en lo que sigue.

⁹ En adelante se omitirá la distinción enunciado/proposición y se hablará de verdad o falsedad del “enunciado descriptivo”.

¹⁰ Por defecto, en este trabajo se entiende por «prueba» el resultado de la actividad probatoria en su totalidad (Ubertis, Giulio, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 105 y 106). Sobre la polisemia de “prueba” en el contexto jurídico-procesal, véase Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 215 y ss.; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 83-97.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 711-738.

es el que parece imponer como garantía para el justiciable la CPEUM en su artículo 20, A, II, al decir que la prueba debe ser valorada de manera libre y lógica.¹¹

La libre convicción o SCR es, en efecto, un sistema de valoración de la prueba que prescinde tanto del recurso a reglas jurídicas que determinen el peso de la prueba y su suficiencia o no para la adopción de una u otra decisión (como sucede en el sistema legal tasado) como de la identificación de esa suficiencia con estados subjetivos de los potenciales juzgadores (como sucede en el sistema de íntima convicción).¹² Más precisamente, la única regla jurídica relevante es aquella que determina que la valoración de la prueba ha de justificarse de acuerdo con las reglas de la SCR; es decir, las de la epistemología en general, “las reglas del correcto entendimiento humano”.¹³ Entre estas últimas suele destacarse a las reglas de la lógica, entre ellas el principio de razón suficiente, y la experiencia común.

Este trabajo tiene por fin abordar la problemática concerniente a la revisión de posibles vicios justificativos relativos a esta arista específica

¹¹ La relación entre criterios de suficiencia y sistemas de valoración no siempre ha sido bien comprendida. En ocasiones se ha considerado que son etiquetas para el mismo fenómeno. Cfr. Lluch, Xavier Abel, “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012, p. 200. Sin embargo, ésta es una visión engañosa: lo cierto es que todo sistema de valoración requiere de un estándar de prueba para verse realizado, al tiempo que todo estándar de prueba presupone un sistema de valoración al cual realiza. Me remito a Dei Vecchi, Diego, *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018, cap. 2 § 3.1.1.

¹² “Free proof means an absence of formal rules that interfere with free enquiry and natural or commonsense reasoning” (Twining, William L., *Rethinking Evidence, Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge, Basil Blackwell, 1990, p. 195). De allí que se lo defina como “criterio metodológico negativo” (Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 158). Con esta caracterización pretendo comprender tanto los sistemas de *common law* como a los continentales que adopten a la SCR, tal como aquí se la concibe. No es óbice para ello el que en el *common law* los jueces impartan ciertas indicaciones a los jurados que han de decidir; indicaciones que suelen ser precisamente acerca de las reglas de epistemología general y de los estándares de suficiencia aplicables según el contexto (e. g. «use el sentido común»; «Ud. no tiene obligación de creer en todas las pruebas pero trate de darles un sentido», etc. Cfr. Allen, Ronald J., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en Vázquez, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 56).

¹³ Couture, Eduardo J., *op. cit.*, 1958, p. 270.

de la decisión judicial. Se pondrán bajo consideración la posibilidad de examen de potenciales errores en la justificación externa de la premisa fáctica, especialmente en lo que hace a la inferencia probatoria, por parte de un órgano distinto al que dictó la resolución. En otras palabras, se trata de la posibilidad de revisar la valoración de la prueba, y especialmente la conclusión de que ciertos enunciados fácticos están o no probados, en sede recursiva.

II. LA APARENTE TENSION ENTRE DERECHO AL RECURSO Y GARANTÍA DE INMEDIACIÓN

Ahora bien, antes de plantear el aparente problema relativo a la revisión de la justificación de la premisa fáctica en sede recursiva es necesario poner de manifiesto algunos presupuestos de particular importancia.

Por una parte, los artículos 8.2.h), CADH, y 14.5, PIDCP, actualmente con jerarquía supralegal, de conformidad con la interpretación que de ellos hace la CIDH, garantizan la revisión integral de toda decisión judicial por parte de un tribunal distinto al que la dictó. Esto implica imponer al legislador un sistema de enjuiciamiento específico, adoptando una decisión respecto del binomio instancia única versus instancia múltiple, al optar deliberadamente por la segunda opción.¹⁴ De allí que toda sentencia —como mínimo: toda sentencia de condena penal— deba quedar supeditada a control y ulterior confirmación o revocación por parte de un órgano distinto al que la emitió, a modo de garantía para los justiciables.¹⁵

Pero todavía más: no se satisface la exigencia de doble instancia con un mero “recurso de «espectro» reducido, y mucho menos —obviamente

¹⁴ Una discusión hasta entonces librada al campo de la dogmática procesalista. Véase *ibidem*, p. 158: “Cuando todavía se discute el tema de la instancia única o múltiple, las razones que se hacen valer a favor de la instancia múltiple no hacen referencia a la constitución, sino a la conveniencia o inconveniencia de una u otra solución. La Constitución no está necesariamente en peligro, en términos generales, en el sistema de la única instancia”.

¹⁵ “...tal posibilidad (de recurrir), que deriva de la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos...” (Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 158)

te— cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso”.¹⁶ El recurso, por cuanto ha de ser integral, debe permitir la revisión de todos los vicios potenciales de la decisión. Es indiferente en este sentido el recurso en concreto que se instituya a los fines de garantizar la doble instancia en esos términos. Lo indispensable es que haya al menos un recurso. Así se pronunció en 2004 la CoIDH, al decir que, “[i]ndependientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.¹⁷

Por otra parte, el nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano enfatiza ya desde la regulación constitucional la necesidad de que la prueba sea desahogada siempre honrando el principio de inmediación. Esto es especialmente importante en relación con la sentencia definitiva que pone fin al juicio oral y público. Y de ello resultaría, según una difundida creencia de muchos juristas, legisladores y jueces, una invencible imposibilidad de revisión “enalzada” de las cuestiones de prueba. El juzgador “inmediato”, suele decirse, es el soberano respecto de la “declaración de hechos probados”.

¹⁶ Del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en CIDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/7/2004. En concordancia con lo dispuesto en el voto concurrente del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros, del 30/05/1999.

¹⁷ CIDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2/7/2004, párrafo 165. Es materia de discusión el hecho relativo a que esta exigencia sea extensible al ámbito de procedimientos distintos al penal. Hoy parece aceptarse la respuesta positiva generalizadamente: “...esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José...”. Del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Con este fallo, confirma y refuerza la CIDH su doctrina ya expresada en la causa Baena c. Panamá (02/02/2001), donde se dijo que “...el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención Americana se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter». Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes...”. También es materia de discusión si la garantía es en beneficio de ambas partes. En el ámbito penal parece imponerse la respuesta negativa: Maier, Julio B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 1, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 733. Los argumentos para la denegación de la garantía en cabeza de la parte acusadora son, en general, el *non bis in idem* y la garantía de *reformatio in pejus*.

En consecuencia, dadas estas circunstancias, habría una tensión constante y aparentemente insalvable entre dos garantías. Por un lado, honrar a la inmediación conllevaría renunciar a la integralidad de la garantía de doble conforme. Ello así dada la imposibilidad de revisión de cuestiones de hecho y prueba por un órgano distinto al que decidió, por no haber mantenido este último relación de inmediación con el desahogo de la prueba. Por otro lado, honrar la garantía de todo justiciable a impugnar integralmente una decisión judicial que lo agravia ante un órgano distinto al que la emitió conllevaría, respecto de los agravios en materia de justificación de la premisa fáctica, renunciar a la plenitud de la inmediación.

El legislador mexicano, al delinear el nuevo procedimiento penal para toda la nación, ha asumido que ésta es una auténtica tensión, y ha pretendido resolverla por medio del artículo 468, CNPP, inciso 2. De conformidad con esa disposición, toda sentencia penal definitiva del tribunal de juicio está supeditada a ser impugnada mediante el recurso de apelación, y todo agravio puede ser alegado por el recurrente, y tratado en alzada, en la medida en que no concierna a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

La exclusión de lo que es materia de valoración de la prueba como materia potencial de agravio en la apelación —y más allá de la deplorable redacción de la disposición normativa— muestra que el legislador parece haberlas entendido como cuestiones cuya revisión en alzada resulta efectivamente imposible por un órgano que no ha presenciado, inmediatamente, el desahogo de la prueba.

En lo que sigue se harán una serie de críticas a la pretendida solución del legislador. Se dirá que es insatisfactoria por muchas razones, pero que es además innecesaria, por basarse en una muy deficiente comprensión del razonamiento probatorio aunada a una visión dogmática de la inmediación.

En todo caso, para una correcta presentación del asunto es conveniente partir de la explicitación de algunos presupuestos básicos. En primer lugar, se harán explícitas las razones tradicionalmente alegadas para sostener la imposibilidad del tratamiento de cuestiones de hecho y prueba en la etapa recursiva, lo cual generaría la tensión a que se hizo alusión. En segundo lugar, se ampliará la noción de inferencia probatoria referida a la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial a la que ya antes se hizo referencia. Todo esto permitirá mostrar, en definitiva, que

tal tensión, si la hay, es prácticamente insignificante, y que la solución que el legislador mexicano propone no sólo es insatisfactoria, sino además innecesaria.

III. LOS OBSTÁCULOS PARA EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN ALZADA: EL IMPEDIMENTO POLÍTICO Y EL IMPEDIMENTO EPISTÉMICO

El ámbito en el que en general se ha planteado la cuestión de la tensión entre el derecho al “doble conforme” y la pretendida imposibilidad de revisión de la inferencia probatoria “en alza” ha sido el del llamado recurso de casación. En ese ámbito, el rechazo de la revisión de aquello que tiene que ver con la valoración de la prueba se ha centrado a menudo en tres argumentos relativamente independientes.

El primero de ellos es de carácter esencialmente político, y tiene que ver con una concepción conservadora y esencialista de ese específico recurso, *i. e.* de la casación. En este sentido, se rechaza el abordaje en alza de las cuestiones de valoración de la prueba por la mera denominación jurídica del recurso, por sus razones históricas, por su “naturaleza jurídica”, etcétera. Generalmente este tipo de argumentos se remontan a los orígenes de la casación en tanto vía impugnativa natural o esencialmente destinada al control entre poderes políticos. En algunos casos ello se debe además a las regulaciones legales que, sobre la base de esa concepción, indiscutiblemente excluyen mediante los textos normativos el acceso mediante esta vía impugnativa a la revisión de cuestiones fácticas. En este orden de ideas, partiendo de las aludidas premisas, se concluye que el recurso de casación, por su propia naturaleza, sólo admite el tratamiento de cuestiones de derecho.

El segundo argumento se centra en una supuesta imposibilidad fáctico-epistémica de acceso por parte del tribunal de alza al procedimiento de fijación de los hechos y valoración de la prueba. No se trataría ya de un obstáculo meramente político o de diseño legislativo convencional, sino de un genuino impedimento epistemológico. Este es el argumento en que hemos de centrarnos. La revisión resulta, desde este punto de vista, imposible, por razones cognitivas, de modo que la valoración de los elementos probatorios se torna un juicio indefectiblemente privativo del tribunal frente al cual la prueba se produjo o desahogó.

En otras palabras, el órgano jurisdiccional que pretenda revisar la decisión del *a quo* no podrá tener acceso al razonamiento probatorio. Él será irremediamente “ciego” en materia de valor o peso epistémico de las pruebas producidas. Consecuentemente, carecerá de toda aptitud crítica respecto de la inferencia probatoria, porque aquellas pruebas fueron desahogadas frente al tribunal de juicio bajo el imperio de la inmediación. Esto tendría como consecuencia que las inferencias de este último tribunal se tornen epistémicamente impermeables, irrevisables, siendo él el soberano indiscutible en materia de fijación de los hechos.

A este segundo argumento se suma el tercero, que está íntimamente relacionado con él. En efecto, se alega que la revisión en alzada de la valoración de la prueba por parte del tribunal de juicio desvirtuaría las reglas de oralidad e inmediación. De modo que la garantía de doble conforme, si es extendida a la revisión de la valoración de la prueba por parte del tribunal de juicio, se convertiría en una suerte de antigarantía: llevaría a la vulneración de la inmediación, garantía del imputado, así como también de la oralidad,¹⁸ al reconducir la valoración “final” de la prueba a un órgano distinto al que presenció su desahogo. Se trata de un obstáculo híbrido: por una parte, es de carácter político, ya que se pone a la garantía de inmediación por sobre la de revisión en segunda instancia. Mas esta elección depende de la concepción epistémica que se tiene frente a la inmediación. Esto es, se asume como correcto el argumento de la imposibilidad epistémica señalado en el párrafo precedente. Esta es la íntima relación señalada entre los argumentos segundo y tercero, y lo que torna híbrido a este último, ya que si se rechaza el segundo argumento, no parece haber buenas razones para asumir que la garantía de doble conforme, si es extendida a la revisión valoración de la prueba, afecta a la garantía de inmediación.

Sea como fuere, como resulta claro, a diferencia del primero, los argumentos segundo y tercero no se reducen a afectar la capacidad revisora exclusiva del recurso de casación.¹⁹ Por el contrario, son predicables de

¹⁸ Que en rigor no es más que un medio para la realización de la inmediación (Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 100).

¹⁹ Es entonces fundamental tener presente que si la garantía recursiva fuera satisfecha por un recurso previo distinto a la casación, la objeción que hemos denominado “política” ningún problema presentaría. Esto es, la concepción, regulación e interpretación de las normas relativas a la casación como recurso extraordinario limitado pura y exclusivamente

todo recurso previsto frente a una sentencia rendida en un juicio oral y público, regido por el principio de inmediación. En pocas palabras, si esos argumentos fueran correctos afectarían a todo recurso con efecto devolutivo. Y esto es precisamente lo que parece informar a la disposición normativa ya citada del artículo 468, inciso 2, del nuevo CNPP, que desecha como agravios admisibles del recurso de apelación en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano a las cuestiones relativas a la valoración de la prueba. Esta disposición, se dijo, parece instituirse —asumiendo los argumentos segundo y tercero— en salvaguarda del flamante “principio de inmediación” que habría de signar al nuevo procedimiento penal, tal como lo declaran los artículos 20, CPEUM, y 4o. y 9o., CNPP. Este último parece contener en sí mismo: *i*) el germen de la visión impeditiva respecto a la posibilidad de valoración de la prueba por un órgano distinto a aquel frente al cual la prueba se desahogó, y *ii*) la preferencia política por el principio de inmediación. En este sentido, el texto de la disposición normativa citada en última instancia reza en su última parte que: “En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva”.

En consonancia con ello, el artículo 259 *in fine*, CNPP, al regular genéricamente la actividad probatoria, dice, respecto de la valoración de los elementos de prueba, que para los efectos de la sentencia definitiva “sólo serán valoradas aquellas pruebas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio” salvo ciertas excepciones legalmente previstas.²⁰

No obstante, el rechazo del control de la valoración de la prueba en segunda instancia constituye una solución para un problema inexistente, basada en una mala comprensión del razonamiento probatorio. Una reflexión algo más rigurosa demuestra que ni el segundo ni el tercer argu-

te al tratamiento de cuestiones de derecho, en términos de función política meramente nomofiláctica, no sería *per se* inconstitucional a la luz de la doble instancia de la CADH y del PIDCP. Basta con que, antes de la casación, se disponga de un recurso amplio.

²⁰ En especial las relativas a la prueba anticipada reguladas en los artículos 304 a 306, CNPP. Por lo demás, las disposiciones generales sobre la prueba que figuran del artículo 259 al 265 se reiteran en buena medida entre los artículos 356 y 359. El primer grupo de disposiciones estarían dedicadas a regular la actividad probatoria en la etapa investigativa, mientras que el segundo grupo se dirigiría a la etapa de juicio. Sin embargo, la regulación parece en buena medida superflua.

mento son de recibo, y que ambos se basan en una exageración de aquello que es producto de la intermediación, y de lo que ésta impone.

IV. LA INFERENCIA PROBATORIA COMO PARTE DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Se dijo antes que la justificación de la decisión judicial presenta dos aspectos, uno interno y otro externo. El primero puede ser reconstruido como un silogismo-deductivo, y consistente en la subsunción de un supuesto de hecho en una norma general y abstracta. El segundo aspecto de la justificación, el externo, se dijo también, consiste en la justificación de cada una de las premisas que componen al silogismo aludido. En lo que sigue nos centramos en la justificación externa de la premisa fáctica, especialmente en lo que concierne a la inferencia probatoria: el razonamiento justificativo del enunciado probatorio (*e. g.* “está probado que Aquiles mató a Héctor”) que es, a su vez, razón justificativa de la aceptación de “Aquiles mató a Héctor” por parte del juez como premisa fáctica de la decisión.

Un enunciado probatorio, se ha dicho, ha de entenderse como sinónimo de “hay elementos probatorios suficientes para aceptar que *p*”.²¹ Este juicio de suficiencia, sin embargo, conlleva un juicio de valor, sobre el cual no es posible detenerse ahora, pero que hace más conveniente entender que lo que el decisor afirma cuando emite un enunciado probatorio es que “hay elementos probatorios epistémicamente relevantes y axiológicamente suficientes para aceptar que *p*”. Y esta distinción es relevante, dado que, verosímelmente, el juicio de suficiencia axiológica es propio del decisor.²²

²¹ Ferrer Beltrán, Jordi, “Está probado que *p*”, en Triolo, Lucia, *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I, Torino, G. Giappichelli, 2001, pp. 73-96; Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

²² Las razones de esto son, para decirlo muy brevemente, las siguientes: *a)* los estándares de suficiencia probatoria son dependientes del contexto de que se trate. En el derecho procesal puede haber prueba suficiente para aceptar un enunciado fáctico en sede civil y no, por caso, en sede penal; *b)* Lo que determina los estándares de prueba, suele decirse hoy, es un juicio de valor, un juicio moral, acerca de la distribución de riesgo de errores. Mientras más peso tenga el valor que pueda afectarse si la decisión se basa en premisas fácticas falsas, más exigente es el estándar de prueba. Y el peso de los valores no es más que una consideración valorativa; *c)* La epistemología no distribuye por sí misma los riesgos de error más que mínimamente, y en el derecho se asume que la distribución debe ser más que mínimamente sensible (Bayón Mohino, Juan Carlos, “Epistemología, moral y prueba de los

Frente a esto, y aunque puede ser objeto de discusión, es plausible afirmar que lo que el juez *hace* al emitir un enunciado tal es constituir la suficiencia probatoria.²³ En sistemas de valoración de la prueba de sana crítica racional ello significa determinar que: *a*) hay pruebas epistémicamente relevantes en favor del enunciado fáctico de que se trate, y que *b*) ellas son suficientes para adoptar la decisión en cuestión (*i. e.* que son una justa distribución del riesgo de error frente a esa decisión).

En estas condiciones, en la medida en que haya vías impugnativas disponibles, todo parece indicar que puede criticarse la decisión judicial alegando que el juez constituyó incorrectamente la suficiencia probatoria. Los errores en este sentido podrían ser de dos tipos: por un lado, respecto de (a), la presencia de pruebas epistémicamente relevantes y lo que ellas permiten inferir; por el otro, respecto de (b), la suficiencia axiológica de ellas para adoptar la decisión de que se trate. Por cierto, la discusión sobre este segundo punto es considerablemente más complicada, y probablemente no haya posibilidad de resolverla por medio del recurso a criterios objetivos de corrección, como toda discusión acerca de lo moralmente correcto. Pero esto no obsta a que la crítica y revisión sean posibles: siempre será admisible poner en dudas —y esto último incluso en parte con criterios epistémicos objetivos— la satisfacción del estándar de prueba y la consecuente corrección de la constitución de la suficiencia por parte del juzgador. Todo ello remitiendo especialmente a la inferencia probatoria que condujo a, y en la cual se cimienta la constitución.

hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto*, 2008, 2009), y *d*) Los supuestos estándares de suficiencia fijados por el legislador como formulados en términos epistémicos son impotentes para satisfacer la exigencia a que se hizo referencia en (c). Sobre esto véanse Ferrer Beltrán, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, 2010, Laudan, Larry, “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”, en Vázquez, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 119-134; Laudan, Larry, “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, *Legal Theory*, 9, 2003. e) Si ni el legislador ni la epistemología proporcionan el estándar de suficiencia, pues el juicio de valor que ello entraña habrá de llevarlo a cabo cada decisor. Sobre esto último, Stein, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, pp. 117-119.

²³ Sobre el punto, así como respecto de lo dicho en la nota precedente, me permito remitir a Dei Vecchi, Diego, “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios. El salto constitutivo”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2014. En contra, Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, 2001.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 711-738.

En efecto, suele hoy asumirse que los estándares de prueba, los umbrales de suficiencia epistémica, están ligados a la fortaleza de la inferencia probatoria que los aplica. En ocasiones se ha recurrido a los fines de analizar tal inferencia al modelo de argumento delineado por Stephen Toulmin en su libro *The Uses of Argument* (1958).²⁴ Se trata de un modelo de argumento que parece especialmente adecuado para los fines aquí propuestos.

Pues bien, como Toulmin enfatiza en su obra, un argumento cualquiera está dirigido a sustentar una pretensión [*claim*], que en lo que aquí interesa no es sino el enunciado probatorio de la decisión judicial “*p*”. A menos que la afirmación sea irreflexiva e irresponsable, continúa Toulmin, se contará normalmente con algunas consideraciones a las que hacer referencia para justificarlo; es decir, ciertos datos [*grounds*] que no son sino las pruebas epistémicamente relevantes.

Justificar un enunciado fáctico (*i. e.* una pretensión acerca de hechos) en el discurso jurídico, y quizá en otro cualquiera, puede consistir en proporcionar datos de uno de dos modos radicalmente distintos: *a*) afirmar que se ha percibido sensorialmente el hecho al que la pretensión conclusiva del argumento refiere; o *b*) aportar datos sensoriales o no que inferencialmente obren en favor de la ocurrencia de dicho acontecimiento. Cuando los datos ofrecidos son de la clase (*a*), las pretensiones acerca de las que se argumenta constituyen lo que se ha dado en llamar *enunciados de intermediación*, mientras que cuando se trata de los de clase (*b*) esas pretensiones constituyen *enunciados inferenciales*.²⁵

Creo que este es el único modo en que la (obsoleta) distinción de los procesalistas entre pruebas directas y pruebas indirectas cobra algún sen-

²⁴ En materia de justificación de la premisa fáctica en la decisión judicial, explican y adoptan este modelo —aunque dándole distinto énfasis— González Lagier, Daniel, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, pp. 55 y ss.; Taruffo, Michele, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza 2009, p. 208; Aguiló Regla, Josep, “Presunciones, verdad y normas procesales”, *Isegoría*, 35, 2006; Ferrua, Paolo, *op. cit.*, 2007, p. 341, nota 75. Para una presentación más general de las ideas de Toulmin, de su relevancia y de algunos problemas en el discurso jurídico, Atienza, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, cap. IV.

²⁵ Pérez Barberá, Gabriel & Bouvier Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 9, 2004, p. 188.

tido: según el acto de habla constituya un reporte de percepciones sensoriales del hablante o bien una conclusión resultado de haber procesado inferencialmente cierta información.²⁶ Así, por ejemplo, el juez (reporta que) ve que el testigo lo mira a los ojos y que oye que éste afirma haber estado con el acusado el lugar *l* el día *d*.²⁷ Sólo los enunciados que reportarán directamente estos datos sensoriales (*i. e.* sobre lo que se percibió, lo que se vio y oyó) serían genuinos enunciados de intermediación.

En todo caso en que, por el contrario, se torne necesario efectuar algún tipo de inferencia que desde lo percibido conduzca al enunciado fáctico, se tratará ya de las llamadas “pruebas indirectas”, enunciados inferenciales: por ejemplo, el pretender que a partir de lo visto y oído (*i. e.* de lo inmediatamente percibido) el testigo miente. Este último enunciado es inferencial, dado que supone al menos un paso argumental, intelectual, que incluya al menos un enunciado no perceptivo. En consecuencia, como puede ya percibir el lector, el campo de relevancia de las llamadas “pruebas directas” de los enunciados de intermediación parece sumamente acotado, si no nulo sin más: sólo serán relevantes si el enunciado a justificar (*i. e.* la pretensión final del argumento) consiste en la percepción misma del juzgador, su sensación propia e interna. En otras palabras, los enunciados de intermediación aparecen en escena tan sólo cuando lo que se

²⁶ Para Ferrajoli, sólo las primeras serían pruebas, en tanto las segundas serían más bien indicios (Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 108). Creo que esta distinción es sumamente confusa.

²⁷ Ya aquí la irrelevancia del raciocinio (*i. e.* del procesamiento inferencial de lo percibido) parece dudosa: en rigor de verdad lo que se oyen son meros sonidos de por sí insignificantes. Determinar lo que ellos significan exige interpretar y, por tanto, razonar. En efecto, es dudoso que algo pueda ser “probado” en ese estricto sentido de intermediación, pues incluso la más cruda percepción de hechos brutos requiere de cierto enjuiciamiento de la fiabilidad perceptiva: “[n]i siquiera las premisas fundadas en prueba que los juristas suelen denominar «directa» contienen la conclusión o hacen explícitos todos sus presupuestos inferenciales” (Pérez Barberá, Gabriel & Bouvier, Hernán, *op. cit.*, 2004, p. 186). Sobre el punto también, Pérez Barberá, Gabriel, “Casación penal y posibilidad de contol. Alcance del fallo «Casa» y del método alemán invocado por la Corte”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 11, 2007, p. 64; González Lagier, Daniel, *op. cit.*, 2005, p. 96; Andrés Ibañez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009. Con todo, como se dijo, la distinción parece sensata si se reduce a, por un lado, enunciados que reportan percepciones sensoriales (cuya posibilidad de error perceptivo no anula el hecho de que *se reporta un hecho interno*) y, por el otro lado, enunciados conclusivos de inferencias.

pone en discusión es la ocurrencia del hecho (alegado como) percibido: si el testigo efectivamente emitió o no los sonidos que quien juzga dice haber percibido a través de sus sentidos. Pero lo cierto es que usualmente no son estos los enunciados fácticos cruciales de la decisión judicial.

Fuera de este acotado campo de la pura intermediación, ha de tenerse presente que los datos con que se cuente no son relevantes sin más. Su pertinencia justificativa, respecto de la pretensión de que se trate, su relevancia inferencial, depende de que haya ciertas reglas de enlace. Por ejemplo, el dato según el cual “el testigo temblaba al momento de declarar” (que puede ser un enunciado de intermediación si se basa en la percepción visual de ese “temblar” por parte del juez) es pertinente como prueba en favor de la pretensión de que “el testigo estaba mintiendo” sólo sobre la base de una regla. Ésta rezaría, por caso, que “siempre —o casi siempre— que el testigo está temblando ello es así porque está mintiendo”.

A estas reglas que enlazan a los datos de que se trate con la pretensión se las denominará aquí, en la senda del trabajo de Toulmin, *sustento* [*warrant*].²⁸ Adicionalmente, a las consideraciones que fundamentan esas reglas se las llamará *respaldo* o *fundamento* [*backing*]. El respaldo en favor de las reglas de sustento, que puede o no estar explicitado en los argumentos, asumiría características distintivas según el campo de argumentación de que se trate.²⁹ En el ejemplo, la regla podría basarse en observaciones empíricas de índole estadística —*e. g.* declaraciones pasadas en que los testigos temblaron y se demostró (por medios independientes) que sus testimonios eran falsos— o en otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, normativas.

Esta estructura —y especialmente esta diversa clase de respaldos posibles para las reglas de sustento— permite diferenciar rigurosamente dos clases de argumentos relevantes en la argumentación jurídica en general, y muy especialmente frente a nuestros intereses: presunciones *hominis* y presunciones *iuris*. La diferencia entre una y otra clase de argumentos reside, utilizando la terminología de Toulmin, en la diversa

²⁸ Tanto en la versión italiana cuanto en la española de la obra de Toulmin, *warrant* se traduce como *garanzia* o *garantía*, respectivamente. Se cambia aquí el término por el de *sustento*, dado que el uso de *garantía* para referir a la regla de paso del dato a la pretensión en el ámbito del derecho procesal penal puede generar algunas confusiones.

²⁹ Toulmin, Stephen, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg and Sellier, 1975 [1958], p. 97.

entidad de la regla de sustento,³⁰ pero a su vez, la entidad de esas reglas difiere por la diversa clase de respaldo en que se fundamentan. Al tiempo que en las presunciones *hominis* el respaldo se identifica con observaciones empíricas, en las presunciones *iuris* el respaldo es meramente normativo: el fundamento está en la mera identificación de una norma jurídica a partir de las fuentes del derecho.³¹ De modo que, en rigor de verdad, en el caso de las presunciones *iuris* nada se prueba.

Un ejemplo puede ser aquí de utilidad: un argumento que concluye en la pretensión (de carácter descriptivo) de que “X abusó sexualmente de Y”, podría tener como dato (o uno de esos datos) el que “Y es menor de quince años de edad”. La regla de sustento podría formularse, verbigracia, del siguiente modo: “toda vez que una persona menor de quince años mantiene relaciones sexuales ello es contra su consentimiento”. Ahora bien, el respaldo de esta regla podría fundamentarse de dos modos diversos: *i*) en una norma jurídica que diga que “toda vez que una persona menor de quince años haya mantenido relaciones sexuales *debe asumirse sin más* que lo hizo en contra de su consentimiento”,³² o bien, *ii*) sobre la base de observaciones, por caso estudios científicos, que demuestran que los y las menores de quince años no poseen el desarrollo mental para prestar consentimiento a los fines de mantener relaciones sexuales.

Lo que en apariencia es una misma regla de sustento constituye, en rigor de verdad, dos argumentos justificativos radicalmente diversos. En

³⁰ González Lagier, Daniel, *op. cit.*, 2005, p. 57.

³¹ Se trata, ni más ni menos, que de resolver un problema como el que implica la identificación de la premisa normativa de la decisión judicial. Con respecto a este modo de distinguir a las presunciones *hominis* y *iuris* véase Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, 2006.

³² Por ejemplo, el artículo 266 del CPF establece que “Se equipara a la violación y se sancionará de ocho a treinta años de prisión: I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de quince años de edad...”. Y en Argentina el artículo 119, CP, reza: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”. En ambos casos, normativamente, se asume sin posibilidad de prueba en contrario (pero también sin prueba a favor), que las personas menores de quince años en México y de trece en Argentina jamás prestan consentimiento válido para mantener relaciones sexuales. En otros términos, se tiene por probado sin prueba que si tuvieron relaciones fue contra su consentimiento. Puede haber buenas razones para ello, lo único que ahora interesa señalar es que no se trata de casos de auténtica prueba.

un caso (i) la justificación reposa pura y exclusivamente en una norma jurídica, en un acto volitivo de la autoridad, que hace que el argumento en su totalidad sea una presunción *iuris*. En el otro caso (ii) el argumento se cimienta en una máxima de experiencia, lo cual hace que el argumento sea una presunción *hominis*. En este último caso hay auténtica prueba, en aquél no.³³

Para sintetizar lo hasta aquí dicho, podría ilustrarse la estructura argumental reconstruida, y las distinciones trazadas, del siguiente modo: la premisa fáctica de la decisión judicial se identifica con una pretensión (*i. e.* un enunciado fáctico). En su favor pueden proporcionarse dos tipos de datos: enunciados inferenciales o enunciados de inmediación. Estos últimos consisten en lo directa e inmediatamente percibido por los sentidos de quien justifica la pretensión. Los datos inferenciales, en cambio, sustentan la pretensión por recurso a reglas de sustento. Éstas pueden, a su vez, ser de dos tipos según estén respaldadas por la observación del mundo o bien por actos autoritativos. En el primer caso, la regla de sustento será una máxima de experiencia, y el argumento en su totalidad será una presunción *hominis*. En el segundo caso, la regla de sustento será una norma jurídica, y el argumento en su totalidad será una presunción *iuris*.

Sea como fuere, dejando esto por el momento de lado, cabe ahora volver sobre la pretendida tensión entre, por un lado, la garantía al “doble conforme” y, por el otro, la alegada imposibilidad de revisión de la inferencia probatoria (*i. e.* de la valoración de la prueba) por parte de un órgano distinto al que presenció, en inmediación, el desahogo de la prueba y la valoró en primer término.

V. LA DESACTIVACIÓN DEL IMPEDIMENTO EPISTÉMICO Y LOS LÍMITES DE LA INMEDIACIÓN

Se ha dicho al delinear el tipo de argumentos que compondrían una inferencia probatoria, que los datos ofrecidos en favor de la pretensión pueden ser o bien enunciados inferenciales o bien enunciados de inmediación. Estos últimos están basados meramente en datos sensoriales,

³³ Por cierto, las presunciones *iuris*, *i. e.* las que reposan en normas autoritativas, pueden a su vez estar fundadas en observaciones empíricas. Esto genera ciertas complejidades, que no pueden ser aquí abordadas.

externos, y son en efecto incontrolables por un individuo distinto a quien los profiere.

Los enunciados de intermediación así entendidos, es cierto, responden a la percepción directa del individuo que los sostiene, y dependen, por tanto, de su posición epistémica frente al mundo. Son enunciados que expresan una relación sujeto-mundo. Por ejemplo, “el testigo temblaba al hablar”.

Tales percepciones forman parte del lenguaje privado del hablante y, en consecuencia, son intersubjetivamente comunicables, pero no controlables. Por eso decimos que los enunciados de intermediación son auténticos enunciados “últimos”, pues “antes” de ellos no hay otros enunciados sino directamente una percepción sensorial (Pérez Barberá, Gabriel 2007: 247).

¿Cómo podría alguien impugnar un enunciado de intermediación? Pues sólo parece haber dos medios: *i*) negando la existencia del hecho percibido; o bien *ii*) sosteniendo un defecto perceptivo.³⁴ Pero en lo que aquí importa lo central es tener presente que sólo un individuo en la misma posición epistémica puede atacar estos enunciados.

De modo que, frente a genuinos enunciados de intermediación, el segundo argumento resulta letal. Y precisamente por ello, también es correcto el tercero: la revisión de cuestiones probatorias resueltas por medios de enunciados de intermediación por parte de un órgano distinto (y en distinta posición epistémica) al que resolvió, afecta al principio de intermediación en términos de garantía de que la prueba sea valorada por quien estuvo presente en las audiencias. En este específico sentido, decir que el tribunal de juicio es el soberano en la fijación de los hechos, tiene asidero.

Pero las cosas son muy distintas frente a los enunciados inferenciales, susceptibles de ser reconstruidos en todos los casos como una conclusión de razonamientos basados en premisas. Dichos enunciados mantienen una relación enunciado-enunciado, donde cada premisa es una conclusión que se infiere de otras premisas.³⁵ Más aún, la justificación externa misma de la premisa fáctica se ha presentado pensando casi exclusivamente en enunciados inferenciales:

³⁴ Pérez Barberá, Gabriel y Bouvier, Hernán, *op. cit.*, 2004, p. 191.

³⁵ *Ibidem*, p. 188.

...para justificar la corrección de una premisa habrá que ofrecer un argumento cuya solidez, como la de todo razonamiento, dependerá de nuevo de la corrección de la derivación de su conclusión a partir de sus premisas y de la corrección de éstas. Esto quiere decir que lo que tendemos a llamar en bloque “justificación externa” debe ser visto como un encadenamiento de razonamientos, en cada uno de los cuales es preciso controlar a su vez tanto su justificación interna como su justificación externa (Bayón Mohino, Juan Carlos 2007: 144).

Así, un enunciado inferencial estará justificado si el razonamiento inductivo del que se deriva está suficientemente apoyado por las premisas. En otras palabras, si hay prueba suficiente. Obsérvese que incluso para quienes la suficiencia está determinada por estados subjetivos (*e. g.* la convicción como estado mental del decisor), es posible distinguir entre la determinación de lo probado (por el estado mental) y la justificación de esa determinación.³⁶ La valoración sería una toma de posición a partir de lo meramente sensorial, en tanto que la fundamentación sería la objetivación de esa percepción en un proceso autónomo. Aquí se rechaza el control de lo que es producto de la pura intermediación; pero nada parece obstar al control de la toma de posición frente a ella.

La magnificación de lo que es producto puro de la intermediación —magnificación generadora del seudoproblema relativo a la imposibilidad de revisión de la valoración de la prueba en alzada— tiene su génesis, al menos en alguna medida, en la deficiencia justificativa de las decisiones judiciales.³⁷ El error está en que muchas veces se pierde de vista que gran parte de inferencias probatorias cuya conclusión es un enunciado fáctico no explicitan todas las premisas que conducen a la conclusión. Esto lleva a confundir a esos enunciados, que en rigor son inferenciales, con auténticos enunciados de intermediación.

En otros términos, lo que conduce a la magnificación aludida es el percatarse de que la mayoría de los que aparentan ser enunciados de intermediación no son sino enunciados inferenciales basados en razonamien-

³⁶ “...una cosa es la valoración de la prueba y otra la fundamentación de esa valoración” (Pérez Barberá, Gabriel, *op. cit.*, 2007, p. 234).

³⁷ La expresión “magnificación de lo que es producto de la intermediación” es tomada del fallo de la CSJN (Argentina), Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa – causa 1681, 20/09/2005, considerando 25. En ese fallo se resolvió un problema similar al aquí abordado con respecto al alcance del recurso de casación.

tos entimemáticos, en tanto sus premisas se encuentran implícitas. “Un razonamiento entimemático (o entimema) muestra sólo su conclusión dejando ocultas sus premisas, pero más allá de ello, siempre es posible distinguir entre entimemas válidos e inválidos” (Pérez Barberá, Gabriel y Bouvier, Hernán, 2004: 187).

Lo que esto muestra es que la toma de posición a partir de un enunciado de inmediatez no es en sí misma parte de la inmediatez. Por el contrario, ella puede ser reconstruida como verdadero razonamiento siempre controlable, sin perjuicio de la dificultad que implique probar las premisas alegadas como implícitas.

El enunciado que expresa una toma de posición del juez de mérito (una “valoración”) a partir de una percepción sensorial determinada será ya un enunciado inferencial, pues estará apoyado en otros enunciados, seguramente implícitos (pero que nada impide que queden explicitados), a saber: los enunciados que le permiten cotejar el valor de ese elemento de prueba con el de otros (Pérez Barberá, Gabriel, 2007: 250).

Hechas estas salvedades, queda claro que el ámbito de lo que es producto de la pura inmediatez es extremadamente restringido. También lo será el ámbito de lo que pueda vulnerar a la inmediatez como garantía para el justiciable.³⁸ Y lo que es más relevante: lo que está fuera de ese restringido campo es susceptible de control por cualquier individuo, aun cuando éste se encuentre en una posición epistémica diversa. Lo único necesario es hacer explícitas las reglas de sustento y los eventuales respaldos que cimientan el paso del dato a la pretensión. Todo razonamiento, todo argumento probatorio, es controlable en estos aspectos. De aquí que la exclusión de la valoración de la prueba como motivo de agravio en la apelación (artículo 468, inc. 2, CNPP) sea una solución para un falso problema.

³⁸ La SCJN ha dado ya algún paso en esta dirección argumentativa en el Amparo directo 191/2014, aunque sin distinguir claramente entre enunciados inferenciales y enunciados producto de la inmediatez. Se dice allí, en todo caso, que “no es posible, so pretexto de privilegiar la inmediatez, que en el recurso de alzada o en el juicio de amparo, no sea revisable la percepción de los hechos por el juzgador que recibió directamente las pruebas, porque ello es insustituible; pues con esa falacia, se encubre una valoración de íntima convicción y evita motivar las sentencias judiciales, entendidas éstas como su justificación y, por ende, no permite realizar su control racional”.

Mas es una solución para un problema inexistente que, adicionalmente, es en sí misma perniciosa. Ello así en la medida en que se trata de una estrategia de diseño legislativo que afecta las garantías constitucionales relativas a la justificación de la premisa fáctica de la decisión judicial. En este orden de ideas, la Constitución garantiza la valoración “libre y lógica” de las pruebas por parte del tribunal de juicio (artículo 20, A, II, CPEUM), así como la prohibición de condenar sino frente a “convicción de la culpabilidad” (artículo 20, A, VIII, CPEUM). La legislación procesal, por su parte, garantiza que sólo se condenará penalmente cuando haya prueba “más allá de toda duda razonable” (artículos 359 y 402, CNPP). Si estas exigencias se tornan incontrolables por disposición legislativa, pues en gran medida se las ha convertido, por decreto, en garantías aparentes.³⁹ De más está decir que todo lo dicho torna a la norma limitativa del artículo 468, inc. 2, en contraria a la exigencia de doble conforme de los artículos 8.2.h), CADH y 14.5, PIDCP, de conformidad con la interpretación que de ellos llevan a cabo los organismos internacionales.

No obstante todo lo dicho, paradójicamente, el propio código insinúa una solución al problema. En efecto, siempre será una vía de acceso “indirecta” para el control de la inferencia probatoria y de lo relativo a la valoración de la prueba la propia cláusula del artículo 468, inc. 2, del CNPP *in fine*. Se establece en esa parte final de la disposición normativa, que la sentencia definitiva es apelable con relación a los actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

Pues bien, es plausible asumir que la necesidad de motivación de la sentencia es un componente irrenunciable del debido proceso. Es plausible asumir también que la valoración “libre y lógica” de la prueba de conformidad con las reglas de la SCR, así como la supeditación de condena a la presencia de prueba “más allá de toda duda razonable” son componentes irrenunciables para que una sentencia esté motivada. Luego, el respeto de las reglas de la SCR y la correcta aplicación de los estándares probatorios hacen al debido proceso constitucional (así parece a partir de los artículos 20, A, II, CPEUM, y 259, 265, 359, CNPP). Se ha visto además que el principio de razón suficiente es un principio de la SCR. En consecuencia, todo parece indicar que la violación al principio de razón suficiente en la valoración de la prueba, así como la vulneración cualquier

³⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2009 [1960], p. 155.

otro principio de valoración probatoria, puede ser objeto de revisión en apelación como violación grave al debido proceso.⁴⁰

Más específicamente, y volviendo a lo dicho precedentemente, tanto el aspecto relativo a la (i) presencia de pruebas epistémicamente relevantes y lo que de ellas se infiere, cuanto el aspecto concerniente a (ii) la suficiencia axiológica de esas pruebas para adoptar la decisión de que se trate, serían revisables en la etapa impugnativa. Y en este último sentido, en algunas ocasiones y bajo ciertas concepciones de los estándares de prueba, es dable sostener que lo que se estaría revisando en alzada es, más que una “cuestión de hechos”, una “cuestión de derecho”. En efecto, el tipo de agravios que apuntan a (ii) pueden ser divididos en: (ii.1) agravios relativos a si de hecho se satisfizo el umbral de suficiencia del estándar de prueba en vigor, y (ii.2) agravios relativos a la correcta identificación del estándar de prueba que la legislación impone, por ejemplo, alegando una incorrecta interpretación del enunciado relativo al “más allá de toda duda razonable”. En este último caso, incluso las cuestiones relativas a la valoración de la prueba se presentan como cuestiones de derecho.

Sea como fuere, por cierto, la revisión concerniente a lo auténticamente fáctico-probatorio tendrá un límite: no podrá ir más allá de lo entimemático, limitándose en su máxima expresión a la explicitación de premisas ocultas y control de la corrección de las inferencias. Pero los límites son mucho menores de lo que parece asumirse normalmente, y el ámbito que esa delimitación deja a la revisión no debe ser oscurecido: en todos los casos será epistémicamente posible evaluar, controlar, juzgar sin más la real entidad, la pertinencia y la fortaleza del sustento (en términos toulminianos) de toda máxima de experiencia en juego, sea que en la decisión se la haya ocultado voluntaria o accidentalmente, sea que se la haya explicitado. En otras palabras, podrá controlarse todo aquello que no sea producto exclusivo de la inmediación, y esto, como se vio, es mucho menos de lo que suele

⁴⁰ Reza la disposición del artículo 359, CNPP, relativa a la sentencia del tribunal de juicio: “El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado”. Véase también el artículo 265, CNPP.

pensarse. Y a todo lo dicho ha de agregarse, todavía, el hecho de que los medios tecnológicos actuales permiten acercar notablemente al revisor a la situación epistémica del tribunal de juicio.⁴¹

VI. CONCLUSIÓN

En el nuevo CNPP, el legislador parece haber introducido una restricción radical para la revisión de las cuestiones concernientes a la valoración de la prueba por medio del recurso de apelación en el proceso penal. Esa restricción se ha basado, en apariencia, en una pretensión de protección del principio de inmediación. Esta necesidad de protección parece basarse en la asunción de que sólo pueden controlar cuestiones relativas a la valoración de la prueba y determinación de los hechos aquellas personas que compartan la posición epistémica del juzgador frente al cual se desahogan las pruebas en primera instancia.

En este artículo se ha demostrado que esa asunción es falsa y que se basa en una exageración de aquello que es producto de la inmediación. Se ha puesto de manifiesto que todas las inferencias implicadas en el razonamiento probatorio son susceptibles de revisión, incluso las no explícitas. Y se ha sugerido además que los aspectos cruciales de la valoración de la prueba son, precisamente, de carácter inferencial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ Regla, J., “Presunciones, verdad y normas procesales”, *Isegoría*, 35, 2006.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006 [1971].
- ALLEN, R. J., “Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico”, en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

⁴¹ Sobre el punto, también SCJN, Amparo directo 191/2014.

- ATIENZA, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, M., *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, México, 2003, UNAM.
- BAYÓN MOHINO, J. C., *Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente*, en MORESO, J. J. & REDONDO, M. C., *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- BAYÓN MOHINO, J. C., “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e diritto*, 2008, 2009.
- BINDER, A. M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- CAFFERATA NORES, J. I., *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.
- CANALE, D., “Il ragionamento giuridico”, en PINO, G. *et al.*, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo (Estratto)*, Torino, Giappichelli, 2013.
- COMANDUCCI, P., “Osservazioni in margine”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., *L'analisi del ragionamento giuridico: materiali and degli studenti*, Torino, G. Giappichelli, 1987.
- COMANDUCCI, P., “La motivazione in fatto”, en UBERTIS, G. *et al.*, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- COUTURE, E. J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958.
- DEI VECCHI, D., “Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: el salto constitutivo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 2014.
- DEI VECCHI, D., *Problemas probatorios perennes*, México, Fontamara, 2018.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- FERRER BELTRÁN, J., “Está probado que p”, en TRIOLO, L. *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, I, Torino, G. Giappichelli, 2001.
- FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, J., *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, 2010.

- FERRUA, P., “Il giudizio penale: fatto e valore giuridico”, en A.A.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, G. Giappichelli, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2005.
- GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2009 [1960].
- LAUDAN, L., “Is Reasonable Doubt Reasonable?”, *Legal Theory*, 9, 2003.
- LAUDAN, L., “La elemental aritmética epistémica del derecho II: los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal”, en VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 119-134, 2013.
- LLUCH, X. A., “La dosis de prueba: entre el *common law* y el *civil law*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 2012.
- MAIER, J. B., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, 1, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- PÉREZ BARBERÁ, G., “Casación penal y posibilidad de contol. Alcance del fallo «Casa» y del método alemán invocado por la Corte”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 11, 2007.
- PÉREZ BARBERÁ, G. y BOUVIER, H., “Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”, *Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado*, 9, 2004.
- STEIN, A., *Foundations of Evidence law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009.
- TOULMIN, S., *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, Rosenberg and Sellier, 1975 [1958].
- TWINING, W. L., “Rethinking Evidence”, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge, Basil Blackwell, 1990.

- UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979.
- WRÓBLEWSKI, J., “Il modello teorico dell’applicazione della legge”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 46, 1967.
- WRÓBLEWSKI, J., “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, 5, 1974.
- WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2008.

LA ACTIVIDAD MINERA, EL NUEVO TLCAN Y LOS DERECHOS HUMANOS*

MINING ACTIVITY, THE NEW NAFTA AND HUMAN RIGHTS

Jorge WITKER**

RESUMEN: En los momentos en los que los tres países renegocian el TLCAN, es oportuno destacar que los derechos humanos del artículo 1o. constitucional de la reforma de 2011 obligan a los negociadores mexicanos a responder en forma distinta respecto a las inversiones que vía concesiones Canadá participa mayoritariamente en la actividad minera, con efectos socioambientales negativos para las comunidades y pueblos donde operan las grandes empresas mineras de origen canadiense y estadounidense. A esta temática están destinadas las reflexiones de este artículo.

Palabras clave: minería, inversión renegociación, ambiente, TLCAN, concesión, núcleos agrarios desplazados.

ABSTRACT: *In the times when the renegotiation of NAFTA for the three countries is happening, it is appropriate to point out that human rights, from Article 1 of the Constitutional Reform of 2011, oblige Mexican negotiators to respond differently to the investments than via concessions, Canada, participates mainly in the mining activity, with negative socio-environmental effects for communities and towns, where large mining companies of Canadian and American origin operate. The reflections of this article are destined to this theme.*

Keywords: *mining, investment, renegotiation, environment, NAFTA, concession, displaced agrarian centers.*

* Artículo recibido el 6 de abril de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2018.

** ORCID: 0000-0003-0545-8988. Profesor de derecho económico y comercio exterior en la UNAM. Investigador titular, nivel C, de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correspondencia: Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510 Coyoacán, CDMX. Correo electrónico: witker@unam.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Notas sobre el derecho minero mexicano*. III. *El nuevo TLCAN, o TLCAN 2.0 (Canadá-EEUU-México)*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de los derechos de los recursos naturales, la explotación del subsuelo contempla una vertiente compleja, por la diversidad de intereses que convergen en los ecosistemas y regiones de la comunidad internacional y de México.

No está de más mencionar que en el derecho comparado, en materia extractiva o minera se distinguen dos teorías respecto a la propiedad dual que se presenta en este campo, en donde los países anglosajones —en general— manejan la teoría de la accesión, por la cual los dueños superficiales acceden automáticamente a la propiedad de los subsuelos; en cambio, la otra teoría es la de la separación, en que el dominio superficial, o territorial, está totalmente separado del dominio del subsuelo, dominio este que pertenece, por razones históricas, a un único propietario: el Estado, conocido también como el “dominio eminente”.¹

Podríamos decir que, en efecto, la actividad minera o extractiva se ha desarrollado significativamente en México en los últimos lustros (2000-2017), propiciada por las inversiones extranjeras, vía concesiones, impulsadas por las regulaciones del capítulo XI del TLCAN 1.0 de 1993.

Derivado de ello, los efectos y consecuencias de tales inversiones/concesiones han sido perjudiciales y negativos, tanto para las entidades y municipios como para los pobladores y comunidades implicadas.

En efecto, los impactos ambientales, poblacionales, territoriales, y el desplazamiento de comunidades y pueblos, más la usurpación de aguas, flora, fauna, etcétera, han constituido violaciones flagrantes de derechos humanos, especialmente de los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Por ello, el TLCAN 2.0, que actualmente se negocia, debe observar que tales violaciones se encuentran limitadas y sancionadas en el artículo

¹ Amado Gutiérrez, Carlos, “La propiedad minera”, *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, vol. 13, núm. 25, Lima, Universidad Nacional Mayor San Marcos, 2010, pp. 43 y 44.

lo. de la Constitución federal, así como por los tratados internacionales en la materia, lo que implica un cambio cualitativo en favor de las entidades federativas, municipios y poblaciones con actividades extractivas mineras.

En consecuencia, en un “lote minero” se concentran pobladores, flora y fauna, biodiversidad, clima, sembradíos, bosques, familias, milpa, historia, etcétera, todo lo cual, amparado en lo general por la llamada “propiedad pública”, reconocida generalmente en las cartas constitucionales.

En esta mezcla de intereses, los conflictos del entorno minero abarcan impactos ambientales, la disputa por la tierra y violaciones a derechos humanos.

El presente ensayo aborda el régimen sociojurídico de la minería nacional, a la luz del derecho de las inversiones, tema que se renegocia en el TLCAN 2.0, tomando en cuenta las reformas constitucionales (2011-2013) referidas al ámbito de los derechos humanos, y se propone una ley federal que establezca una evaluación integral socioambiental (EISA), como forma de controlar y mitigar los numerosos litigios existentes en los municipios y regiones de México.

II. NOTAS SOBRE EL DERECHO MINERO MEXICANO

Como es sabido, el derecho minero es una rama del derecho público, que regula la exploración, explotación y beneficios de minerales, que en sus diversas presentaciones se ubican en el subsuelo de un país, en general. Es una rama del derecho administrativo, que, según la tradición española, formaría parte de un derecho administrativo económico, y, que para el derecho mexicano, por la importancia económica del mismo, se estudia en el derecho económico, como parte de la regulación de los recursos naturales, recursos reconocidos internacionalmente como activos estratégicos de los países emergentes o en vías de desarrollo.²

Jurídicamente, por su naturaleza, en el derecho mexicano las minas son clasificadas como inmuebles por el Código Civil Federal (artículo 750), y los minerales que se extraen como muebles, adquieren la calidad de mercancías para los efectos del comercio internacional. De todas maneras, el

² Resolución 626(VII) de la Asamblea General de la ONU, *Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales*, del 21 de diciembre de 1952.

subsuelo pertenece a la nación, de acuerdo con el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional, sin que el dueño del predio superficial sea titular de las sustancias o minerales que se encuentren bajo dicha superficie.³

En síntesis, por ser bienes de la nación, son bienes del poder público, que corresponden a la Federación, a las entidades federativas o a los municipios. Igual criterio se observa en el artículo 6o., fracción I, de la Ley General de Bienes Nacionales. Resumiendo: por mandato constitucional, el subsuelo del territorio nacional es de dominio de la nación, y, por lo tanto, es inalienable e imprescriptible, y su uso y aprovechamiento sólo podrá realizarse mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, en observancia de la ley aplicable.

Del marco normativo anterior se desprende la Ley Minera vigente, y sus normas se encuentran ampliadas y reguladas en el Reglamento de la misma, estando vigente la reforma de 2014. Derivada de la reforma constitucional en materia energética, la Ley Minera fue reformada el 12 de agosto de 2014, y por ella, la actividad minera cede su carácter de preferente a actividades relacionadas con el petróleo, gas y servicio público de energía eléctrica, lo que implica que el carácter de utilidad pública asignado a la actividad minera deja de estar presente cuando se trata de los energéticos mencionados. Esta preferencia, aplicable a los energéticos, establece bases para una acumulación energética por desposesión.⁴

Como corolario de lo señalado, el régimen de la minería es de orden público y observancia en todo el territorio nacional, y es de competencia federal, correspondiendo al Congreso de la Unión legislar en la materia minera, y compete al Ejecutivo federal, a través de la Secretaría de Energía, el control y registro exclusivo responde a la Secretaría de Economía. Con ello se ratifica que ni los municipios ni las entidades federativas están excluidos de competencia en esta actividad.⁵

En consecuencia, con motivo de la mencionada reforma energética de 2014, el carácter preferente de las actividades mineras no tendrá efectos

³ Teoría del dominio eminente, que proviene del derecho indiano y novohispano, que asignaba la propiedad del subsuelo como perteneciente al monarca, que derivó después al concepto de soberanía nacional.

⁴ Actividad estratégica energética sobre minería, agricultura, forestal y ambiental.

⁵ La competencia federal inhibe a los estados y municipios de competencias para tutela, policía y vigilancia, en materias general y en derechos humanos.

frente a las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como frente al servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, para lo cual la Secretaría de Economía, previo a expedir títulos de concesión o permiso, deberá solicitar información necesaria a la Secretaría de Energía, a fin de verificar si dentro de la superficie en la que se solicita la concesión se realiza alguna de las actividades de exploración y extracción de petróleo, hidrocarburos o del servicio público de energía eléctrica. La Secretaría de Economía puede negar la concesión minera u otorgarla, excluyendo la superficie que comprendan las actividades preferentes, en la medida en que resulten incompatibles con la explotación minera y dependiendo de que la información solicitada confirme la realización de alguna de las actividades de exploración o explotación de hidrocarburos o de energía eléctrica dentro de la superficie para la que se solicita la concesión. Pueden coexistir ambas actividades si el estudio técnico que realice la Secretaría de Energía así lo determina, por lo que, con base en ese estudio, la Secretaría de Economía y la Secretaría de Energía podrán establecer reglas de convivencia entre las actividades mineras y las actividades estratégicas de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica (artículo 6o. LM).⁶

Las concesiones mineras son únicas, lo cual significa, conforme al artículo 19, fracción I, de la Ley Minera, que el título de concesión otorga a sus titulares el derecho a realizar tanto actividades de localización, evaluación y cuantificación de sustancias minerales dentro del lote minero o del perímetro determinado por el título (exploración, artículo, 3o., fr. I, LM), como actividades extractivas y de aprovechamiento de las mineras (explotación, artículo 3o., fr. II), dentro de los lotes mineros que amparen.

Entre los derechos principales que confieren las concesiones mineras a sus titulares, están:

- a) Realizar obras y trabajos de exploración y de explotación dentro de los lotes mineros que amparen.
- b) Disponer de los productos minerales que se obtengan en dichos lotes, con motivo de las obras y trabajos que se desarrollen durante su vigencia.

⁶ Reglas que hasta la fecha no se han determinado o emitido.

- c) Disponer de los terrenos que se encuentren dentro de la superficie que amparen,⁷ a menos que provengan de otras concesiones mineras vigentes.
- d) Obtener la exploración, ocupación temporal o constitución de servidumbre de los terrenos indispensables para llevar a cabo las obras y trabajos de exploración, explotación y beneficio, así como para el depósito de terreros, jales, escorias y graseros, al igual que constituir servidumbres subterráneas de paso a través de lotes mineros. La Secretaría de Economía, a petición de los concesionarios, resolverá sobre la procedencia de las solicitudes de expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbre, previa audiencia de la parte afectada y dictamen técnico fundado. El monto de la indemnización se determinará por medio de avalúo, practicado por la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales; cuando proceda, la Secretaría someterá a la consideración del Ejecutivo federal la resolución respectiva. Las expropiaciones de bienes ejidales y comunales se sujetarán a lo dispuesto por la legislación agraria (artículo 21, LM).
- e) Aprovechar las aguas provenientes del laboreo de las minas para la exploración o explotación y beneficio de los minerales o sustancias que se obtengan y el uso doméstico del personal empleado en las mismas.
- f) Obtener preferentemente concesión sobre las aguas de las minas para cualquier uso diferente a los señalados en el numeral anterior, en los términos de la ley de la materia.
- g) Transmitir su titularidad o los derechos a terceros capacitados para obtenerlas conforme a la Ley.
- h) Reducir, dividir e identificar la superficie de los lotes que amparen las concesiones, o unificarla con la de otras concesiones colindantes.
- i) Desistirse de las concesiones y de los derechos que deriven de las concesiones.
- j) Agrupar dos o más concesiones para efectos de comprobar obras y trabajos previstos por esta Ley y de rendir informes estadísticos y técnicos.
- k) Solicitar correcciones administrativas o duplicados de los títulos de concesión.

⁷ Lo que en España se conoce como “residuos”, en México se conoce como “terreros”.

- 1) Obtener la prórroga en las concesiones mineras por igual término de vigencia, de acuerdo con lo previsto por el artículo 15 de la LM.

Las principales obligaciones que tienen los titulares de concesiones mineras, derivadas del otorgamiento del título de exploración y explotación minera, se encuentran en los artículos 27 al 37 de la LM, y son:

1. Ejecutar y comprobar las obras y trabajos previstos por la Ley, en los términos y condiciones que establecen la misma y su Reglamento.
2. Pagar los derechos sobre minería, que establece la Ley, que se encuentran contemplados en la Ley Federal de Derechos (artículos 262 a 270).
3. Sujetarse a las disposiciones generales y a las normas oficiales mexicanas, aplicables a la industria minero-metalúrgica, en materia de seguridad y equilibrio ecológico.
4. No retirar las obras permanentes de fortificación, que pongan en peligro la estabilidad y seguridad de las minas.
5. Conservar y mantener en buen estado la mojonera o señal que precisa los perímetros de la concesión minera.
6. Rendir a la Secretaría de Economía los informes estadísticos, técnicos y contables pertinentes.
7. Permitir inspecciones por la Secretaría de Economía.
8. Rendir a la Secretaría un informe geológico-minero.
9. Finalmente, los concesionarios mineros deben procurar el cuidado del medioambiente y la protección ecológica, según la legislación vigente.

En estos derechos y obligaciones descritos se observa una omisión total respecto a los campesinos y comunidades que habitan la superficie de los lotes mineros, pobladores que, ancestralmente, han vivido y usufructuado dichos predios, verdaderos propietarios históricos de esos lugares, a los cuales les asiste un derecho de protección evidente que, mínimamente, está contemplado en el Convenio 169 de la OIT, que establece el derecho a la consulta previa, libre e informada, antes de proceder a los trabajos que implica una exploración o explotación minera, y que el gobierno federal, sin consideración alguna de ellos, prefiere entregar, vía concesiones,

esta riqueza perteneciente originalmente a la nación mexicana (artículo 27 constitucional).

Como se observó líneas arriba, estas comunidades carecen de protección municipal y estatal, pues la mencionada Ley Minera entrega a la autoridad federal toda la jurisdicción de policía y vigilancia.

Un dato ilustrativo al respecto, es que la citada Ley Minera sólo en dos artículos se refiere a la palabra “comunidades”, y en ninguna ocasión menciona a los pueblos indígenas, dueños ancestrales de los territorios mineros nacionales. Adicionalmente, conviene señalar que en la actividad minera la presencia de empresas canadienses (70% de los proyectos mineros) y estadounidenses (15%) es visible, por lo que en la actual renegociación del TLCAN nos parece oportuno reiterar y destacarlo.

Finalmente, conviene mencionar el Registro Público de Minería, que es regulado por la Secretaría de Economía, que debe llevar una estadística actualizada de las concesiones mineras otorgadas y su fiel cumplimiento de las obligaciones que deben cumplir los titulares de dichas concesiones.

III. EL NUEVO TLCAN, O TLCAN 2.0 (CANADÁ-EEUU-MÉXICO)

Las actuales negociaciones de revisión o actualización del TLCAN tienen características cualitativamente distintas y específicas respecto al tratado trilateral suscrito en 1993, y que en estos días está cumpliendo veinticinco años de vigencia.

El nuevo posible TLCAN 2.0 debe observar ahora cambios sustanciales con relación a los derechos humanos que a partir de 2011 se incorporaron al artículo 1o. de la carta constitucional federal.

Es por ello que los tres principios básicos que inspiraron al TLCAN 01 deben ahora relativizarse con el paradigma expreso del respeto a los derechos humanos.

En efecto, dichos principios fueron universalidad; es decir, bienes, servicios e inversiones bajo disciplinas comunes; simetría; esto es, que los tres países formalmente ostentan igual nivel de desarrollo y nivelación progresiva de salarios, en donde México aspiraría a acercar sus remuneraciones al de los otros socios del TLCAN.

Dichos principios, en estos veinticinco años, evidenciaron desventajas y perjuicios para México, claramente:

1. La producción de granos del campo mexicano se reemplazó por importaciones cuantiosas;⁸
2. Los ingresos por habitantes de los tres países se distanciaron, y México no se acercó a los ingresos por habitantes de Estados Unidos y Canadá, acentuando las asimetrías;
3. En materia salarial, los sueldos en México perdieron cerca del 60% del poder adquisitivo según el INEGI y el Coneval.

En la actual revisión del TLCAN 2.0 se contemplan las reformas constitucionales expresas en materia de derechos humanos, y que seguramente están actualmente en la mesa de nuestros negociadores.

Por ejemplo, el artículo 89 constitucional, fracción X, señala: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: ...X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales... el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: ...el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos...”. Es decir, la actual renegociación del TLCAN tiene actualmente el respeto a los derechos humanos como un paradigma fundamental, que deberá ser considerado por los negociadores y por el Senado.

Pero el condicionante constitucional antes visto tiene otro elemento vinculante de tipo constitucional, que, para efectos de la aplicación e implementación en el TLCAN, debe observarse estrictamente.

Se trata de la fracción III del artículo 1o. de la carta fundamental, que a la letra señala:

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.

Además de lo anterior, y aceptando que el nuevo TLCAN, para su aprobación, deberá observar los procedimientos contemplados en el artículo 133 constitucional (de acuerdo con el *principio de interpretación conforme* señalado en el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional) y la

⁸ México importó en 2017 cerca de 30 mil millones de dólares en granos diversos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en sus contenidos pasan a ser norma jurídica obligatoria e integrantes del orden normativo nacional.

Uno de los principios del comercio internacional, y en especial el referido al derecho de las inversiones, el llamado “principio de tratamiento justo y equitativo”, que debe otorgarse a las sociedades extranjeras por parte de los países receptores o huéspedes.

En efecto, en un sector específico de un país del TLCAN, relacionado con la actividad minera en México, nos preguntamos: ¿se ha observado un trato justo y equitativo para las comunidades, pueblos originarios, campesinos y ciudadanos, por parte de los inversionistas canadienses, en estos veinticinco años de vigencia del TLCAN?

No está de más recordar que la actividad minera en México, a partir del TLCAN 1.0, se ha concentrado en cerca de 25 mil concesiones y permisos de exploración y explotación minera, de las cuales el 80% está en manos de sociedades canadienses, y el resto, de Estados Unidos, Inglaterra, China, Japón, Perú, etcétera.⁹

Dicha actividad genera alrededor de 200 mil millones de dólares, que tributa anualmente sólo 18 millones de dólares, y que concentra minerales como oro, plata, cobre, hierro, plomo, zinc, carbón, y últimamente litio (en San Luis Potosí), etcétera.

En estos años de explotación minera, los efectos en materia de derechos humanos han sido, en general, devastadores y negativos, como lo ha registrado el *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas*, Michel Forst, que visitó al país a inicios de 2017.¹⁰

En síntesis, cerca del 30% del territorio nacional, que comprende a 27 entidades federativas, conforma el escenario en donde se desarrolla esta actividad económica, al parecer sin mayor control por parte de los gobiernos locales y federales.

⁹ Conviene mencionar que las mineras canadienses responden a la agencia gubernamental Export Development Canada (EDC), que las financia sin consideración alguna a la responsabilidad social de dichas empresas, y a los impactos ambientales que detonan donde operan.

¹⁰ Forst, Michel, *Visita a México. Informe de cierre de misión*, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, 24 de enero de 2017, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/SRHRD-END-OF-MISSION-STATEMENT-FINAL_ESP.pdf.

Estas cuantiosas inversiones, que reeditúan ingresos colosales en la exportación de oro, plata, hierro, zinc, etcétera, dejan exiguos dividendos en favor de las regiones y municipios donde operan. A esta tragedia social y ambiental se suma el premio que el gobierno de México otorga a las empresas canadienses, las que, desde la administración de Felipe Calderón, gozan del convenio bilateral para evitar la doble tributación,¹¹ exención de impuestos generados por el subsuelo mexicano, que no tributa ni beneficia en nada a los pueblos perjudicados y al erario.¹²

Circunscrito a esta actividad, y de acuerdo con el Informe Forst, se han observado las siguientes violaciones a los derechos humanos:

1. Inobservancia del Convenio 169 de la OIT, que comprende el derecho a la consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas y tribales.
2. La privación de libertad, amenaza y muerte de numerosos defensores de los recursos naturales de dichas comunidades campesinas, cuyo registro se da cuenta en dicho informe.
3. La desaparición y muerte de numerosos luchadores y defensores de las tierras y aguas, incluso superior a los homicidios de periodistas, hechos sucedidos fundamentalmente en las regiones en donde se realiza la exploración o explotación minera.
4. El desplazamiento de cerca de treinta mil pobladores, que han sido obligados a abandonar sus tierras, provocado por conflictos de empresas mineras en diversas entidades federativas.¹³

También debe contemplarse, en las actuales negociaciones del TLCAN 2.0, la forma como dicho tratado contemple eventuales efectos de sus disposiciones, en las siguientes materias:

¹¹ “Decreto Promulgatorio del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta, firmado en la Ciudad de México, el doce de septiembre de dos mil seis”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de junio de 2007, pp. 5-22.

¹² Valadez Rodríguez, Alfredo, “Minería. Cinco siglos de saqueo”, *La Jornada*, México, 2013.

¹³ Lemus, J. Jesús, *México a cielo abierto*, México, Grijalbo, 2018.

1. Protección y derecho a un medio ambiente sano, cuestión que pasa por contemplar regulaciones en materia de los proyectos en infraestructura, que dañan a los ecosistemas, a la flora y la fauna de pobladores, en distintos lugares del país.
2. El derecho al agua, por ejemplo, que está garantizado en el artículo 4o. constitucional, para impedir casos como los de Puebla, en que se intenta encerrar dos ríos en una presa para la actividad minera, y eliminar el abasto del agua a los pueblos aledaños, proyectos de infraestructura, que supuestamente se amparan en el derecho de los inversionistas. ¿Servirá, en este caso, la ponderación indicada por Robert Alexy, en favor de los derechos humanos?¹⁴
3. El derecho a un salario justo y equitativo, como lo establece el artículo 123 constitucional, así como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, frente a las políticas restrictivas que imponen los compromisos macroeconómicos del TLCAN (1.0 o 2.0).

Estos derechos, como los de educación, salud, vivienda, trabajo, medioambiente sano, seguridad social, alimentación adecuada, pueden ser defendidos bajo un concepto construido por el expresidente ministro de la Suprema Corte, Juan Silva Meza, denominado como el “mínimo vital”, el que adquiere un carácter de exigibilidad, y del cual los negociadores del actual TLCAN 2.0 deben contemplar y tener en la mesa de negociaciones, porque ahora el compromiso de respeto de los derechos humanos no es abstracto ni general, sino, como lo ratifica el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, “toda autoridad”, de distintos niveles, tiene la obligación de proteger, promover, respetar y garantizar a los derechos humanos.

Por otra parte, México ha firmado y hecho parte de diversos instrumentos internacionales que contienen directamente derechos económicos, sociales y culturales, como son los siguientes:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado en marzo de 1981).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, ratificada en marzo de 1981), y

¹⁴ Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2017.

— Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, ratificado en abril de 1996).

También existe la vía reivindicativa de forma indirecta; esto es, por derechos civiles y políticos cuya vulneración también puede afectar, por el principio de interdependencia de los derechos humanos, a los derechos económicos sociales y culturales:

- a) Derecho a la salud: artículos 4o., 5o., 7o., 8o., 9o., 11, 17, 13 y 25 de la CADH, y 10 del Protocolo de San Salvador.
- b) Derecho a la seguridad social (pensiones): artículos 21, 24 y 25 de la CADH, y 9o. del Protocolo de San Salvador.
- c) Derecho a la educación: artículos 4o. y 19 de la CADH, y 13 del Protocolo de San Salvador.
- d) Derechos sindicales: artículo 16 de la CADH y 8o. del Protocolo de San Salvador.
- e) Derecho al trabajo y condiciones justas y satisfactorias de trabajo: artículos 2o., 6o., 8o., 9o., 24 y 25 de la CADH, y 6o. y 7o. del Protocolo de San Salvador.
- f) Derecho al medioambiente sano: artículos 13, 21 y 23 de la CADH, y 11 del Protocolo de San Salvador.
- g) Derecho a la alimentación: artículos 4o. y 5o. de la CAHD, y 12 del Protocolo de San Salvador.
- h) Derecho a los beneficios de la cultura: artículos 4o., 5o., 11, 12, 13 y 21 de la CAHD, y 14 del Protocolo de San Salvador, y
- i) Derecho a la vivienda: artículo 21 de la CAHD, y 34.k de la Carta de la OEA (ratificada por México en noviembre de 1948).

También se debe tomar en cuenta la numerosa jurisprudencia actual y futura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya sido o no México Estado sancionado, y en la medida en que contenga derechos más favorables a la persona, tal y como señaló en su momento la siguiente jurisprudencia emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Contradicción de tesis 293/2011, en abril de 2014:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, uno de los principios del comercio internacional, y en especial el referido al derecho de las inversiones, es el llamado “principio de tratamiento justo y equitativo”, que debe otorgarse a las sociedades extranjeras por parte de los países receptores o huéspedes.

Adicionalmente, en materia de derechos humanos en la minería, y como es sabido, el paradigma de los derechos humanos, en el orden jurídico nacional, cruza toda la rama del derecho, e implica, en consecuencia, a los tres órdenes de gobierno, lo cual supone que “toda autoridad tiene 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” (artículo 1o. constitucional, párrafo tercero).

La mercantilización de los recursos naturales, y específicamente mineros, enfrenta dos lógicas distintas, que deberían ser mediadas por el

Estado. En efecto, los beneficios desmedidos de los inversionistas concesionados y la exclusión y pobreza de esos beneficios, de las comunidades campesinas e indígenas, sumado a una disputa por el territorio, así como por los entornos naturales, como el agua, la flora, la fauna y el propio aire. “En contraste, para las comunidades el territorio tiene implicaciones más complejas, por un lado, representa el sostén de la vida, en términos de hábitat, de acceso a uso de los recursos para desarrollar actividades como agricultura, ganadería, generando sentimientos de pertenencia, arraigo, historia e identidad”.¹⁵

Son dos maneras de ver y vivir el territorio y sus ecosistemas: para unos, como vimos, es el uso-arraigo ancestral, y para los concesionarios, un espacio geográfico a explotar, a cualquier precio. Ésta es la base de los extendidos conflictos mineros de América Latina y México en particular.¹⁶

En estos conflictos, como es de suponer, el respeto a los derechos humanos es un imperativo, que a partir de la reforma de 2011 a la Constitución federal, las autoridades ahora observarán y respetarán en favor de las poblaciones y comunidades indígenas y campesinas, a fin de evitar las exclusiones y atropellos con que los concesionarios, mayoritariamente extranjeros, han actuado en los últimos quince años en México.

En seguida presentamos un breve recuento de los derechos fundamentales comprometidos por la actividad minera:

- i. Los derechos reales sobre recursos naturales, propiedad o aprovechamiento del recurso afectado, en su calidad, cantidad o escasez, como el agua, bosque, biodiversidad y los suelos cultivados. “el daño a esos recursos deriva en la afectación a los entornos de vida, socialmente construidos y culturalmente significados y valorados... espacios urbanos, territorios, sitios sagrados, tierras de cultivo y pastoreo, zonas costeras, etc.”,¹⁷ lo que repercute en las modalidades

¹⁵ Garibay Orozco, Claudio, *Paisaje de acumulación minera por desposesión campesina en el México actual*, México, UNAM, 2010.

¹⁶ *Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, disponible en: https://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/.

¹⁷ Delgado Robledo, Sandra, *De la evaluación del impacto ambiental a la evaluación del impacto sociocultural y ambiental, en el contexto de la actividad minera, tesis de maestría*, México, FLACSO, 2014.

de tenencia de la tierra, en los usos actuales y potenciales distintos a la minería, incluida una secuela de impactos negativos, que muchas regiones del país han experimentado y experimentan en la actualidad.

- ii. En cuanto a los derechos subjetivos, hablamos, en consecuencia, del derecho a la salud, a la vivienda adecuada, a la posesión o propiedad, al agua y al medioambiente sano.

Paralelamente, en cuanto al ordenamiento jurídico mexicano, el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes señala como una obligación de los gobiernos el “velar para que se efectúen estudios en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural sobre el medioambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”. Se trata de, efectivamente, cumplir, a partir de ahora, con el derecho a la consulta veraz, objetiva e informada sobre los proyectos mineros, como condición previa para externar su consentimiento o desacuerdo con dicho proyecto.

En un recuento aproximado de los efectos sociales que la actividad minera provoca, se señalan los siguientes:

1. Desmantelamiento de los sistemas de producción local.
2. Desorganización de los mercados locales de mano de obra.
3. Dispersión de grupos de parentesco y de sistemas familiares, al igual que la destrucción de redes sociales informales que proporcionaban ayuda mutua.
4. Emigración.
5. Abandono de contextos espaciales simbólicos, como montañas, arroyos, que son parte de la identidad de las comunidades y de las personas que las conforman.
6. En comunidades indígenas, desconocimiento de las autoridades tradicionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en el sentido de que la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos puede generarse por actos de particulares, en principio, no atribuibles a terceros, cuando por acción

u omisión el Estado incumple la posición de garante de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El origen inmediato de este tipo de responsabilidad es el acto del particular; el origen mediato es que el Estado no adopte “las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”.¹⁸

Para entender este tipo de responsabilidad es necesario precisar que en la sentencia del caso de la Masacre de Mapiripán la Corte precisó que la posición de garante es la situación en que se halla el Estado de obrar para impedir que se produzca la violación a los derechos humanos.

Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que el Estado vulnera la posición de garante cuando no previene las violaciones a los derechos humanos.

Consecuente con el estándar que ha señalado la Corte IDH respecto a la obligación que los Estados asumen como garantes del respeto de estos derechos, y vistos los numerosos conflictos que México ha experimentado y experimenta en materia minera, en donde cerca del 30% del territorio nacional ha sido concesionado en exploración, explotación y beneficio minero a empresas extranjeras, fundamentalmente canadienses y estadounidenses, y como un expediente de arbitraje o acercamiento de los intereses en pugna, creemos que el Poder Legislativo del Estado mexicano debe entrar a participar directamente, pues los niveles de gobierno (Ejecutivos en general) se muestran limitados e insuficientes para abordar tan complejo problema, que afecta a tantas regiones, municipios y entidades federativas.

El esquema actual de la Ley Minera vigente, así como de la reforma constitucional energética, centraliza toda la actividad minera en la Secretaría de Economía, la que tiene a su cargo otorgar las concesiones sin ningún rigor ni competencia, para medir los impactos ambientales de los proyectos mineros.

Dicha situación, en los aspectos socioambientales, deja en la indefensión total a los comuneros, campesinos e indígenas, dueños ancestrales de la tierra. Esta indefensión ha propiciado despojos, exclusiones, pobreza,

¹⁸ Corte IDH, *caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 7 de marzo de 2005, serie C, núm. 122, párrafos 101 y 101.

en lo que algunos estudiosos han denominado “el proceso de acumulación minera por desposesión”.¹⁹

Para zanjar esta grave situación, se sugiere la promulgación de una ley federal que regule una verdadera evaluación integral socioambiental (EISA), en que haga converger el interés nacional, pues se trata de compatibilizar el desarrollo de la industria minera con los intereses de las comunidades, que han sido, hasta la fecha, excluidas de todo progreso, y, por el contrario, sujetos masivos e ignorados de miles de desplazamientos de familias y comunidades, cifras que para algunos estudiosos alcanzan a los treinta mil desplazados de sus territorios agrícolas, forestales y de largas tradiciones en los alejados municipios de las veintisiete entidades federativas, en donde se concentran las inversiones mineras autorizadas en los últimos quince años.

En síntesis, la Ley EISA se conceptualiza como un instrumento de política estatal de protección a los derechos humanos de las comunidades frente a los intereses de empresas mineras, con lo cual el Estado mexicano se previene de eventuales responsabilidades internacionales en este ámbito de gran notoriedad y visibilidad mundial.²⁰

Con este instrumento, la Ley EISA se enfocaría en ser preventiva para alcanzar los siguientes objetivos:

- a) Visibilizar un problema que hasta ahora las leyes de la materia ignoran;
- b) Facilitar la identificación de posibles obligaciones violadas, posibles responsables, posibles grados de incumplimiento a los estándares de derechos humanos asociados con la actividad minera y alternativas para no incurrir en violaciones;
- c) Garantizar la construcción del derecho a la consulta libre, previa e informada de las comunidades, y
- d) Vincular y condicionar el otorgamiento de la concesión a los resultados de las evaluaciones.²¹

¹⁹ Delgado Robledo, Sandra, *De la evaluación del impacto ambiental a la evaluación del impacto sociocultural y ambiental, en el contexto de la actividad minera...*, cit.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

En los momentos en que se actualiza el TLCAN, y considerando que Canadá y Estados Unidos son inversores y productores importantes de la minería mexicana, los derechos humanos, desde la legislación laboral a la ambiental, y pasando por los derechos de vivienda, alimentación, salud, educación y vida digna, constituyen bases sólidas para una nueva renegociación, en donde la equidad y el beneficio compartido de los tres países se exprese con fuerza en el campo de la minería, campo que, hasta la fecha, ha sido tierra fértil para la explotación humana y degradación ambiental significativa en las veintisiete entidades federativas de la República mexicana.

IV. CONCLUSIONES

1. El impulso a las inversiones extranjeras, de varios capítulos del TLCAN 1.0, se planteó en 1993 en favor de los capitales privados, sin consideración a eventuales vulneraciones a los derechos humanos en la sociedad mexicana.
2. En dicho contexto, tanto el propio TLCAN de 1993 (1.0) como la legislación minera vigente siguieron una línea mercantilista, y omitieron toda referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, presentes en las entidades y municipios implicados en las concesiones mineras respectivas.
3. La propiedad eminente del Estado federal del subsuelo nacional, a partir de 2000, se instrumentó como un escenario mercantil exclusivo, sin considerar la existencia de una propiedad social amplia y legítima, surgida de la Revolución mexicana y plasmada en la Constitución de 1917.
4. Esta política minera, sesgada en favor de las concesiones mineras privadas, generalmente extranjeras, dio por resultado un impacto negativo en materia ambiental, territorial, laboral, de salud, en diversos lugares comuneros y ejidales, los que se encontraron en abierta indefensión frente al poderío y presencia de inversionistas privados, que sólo han mirado por sus inversiones lucrativas e intereses.
5. Temas como el derecho a la consulta libre, previa e informada, que establece el Convenio 169 de la OIT, que otorga a las comunidades y pueblos indígenas y tribales, en materia de exploraciones y ex-

plotaciones mineras, no ha sido observado en caso alguno, lo cual plantea que las concepciones vigentes pueden ser anuladas sin el cumplimiento de este requisito.

6. Con la reforma constitucional al artículo 1o., entre otros, de nuestra carta fundamental, los negociadores del TLCAN 2.0 tienen ahora la obligación de incorporar a las negociaciones este derecho de pueblos y comunidades, en que se prevé claramente la protección de los derechos humanos, especialmente en materia de DESCA.
7. Por otra parte, la legislación minera vigente, que, siguiendo erróneamente, a mi juicio, la reforma energética de 2013, debe actualizarse y complementarse con la observancia explícitamente señalada en la primera parte del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, que a la letra señala: “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”.
8. Para mitigar y atemperar un tanto los litigios entre la propiedad del subsuelo y la propiedad social, tan extendida en el territorio nacional, sugerimos incorporar a la Ley Aduanera la obligación, por parte de los concesionarios-inversionistas, una evaluación integral socioambiental, como requisito previo al inicio del ejercicio de derechos por parte de los concesionarios a explorar o explotar minerales en el territorio nacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, México, Fontamara, 2017.
- AMADO GUTIÉRREZ, Carlos, “La propiedad minera”, *Revista del Instituto de Investigaciones FIGMMG*, Lima, vol. 13, núm. 25, 2010.
- CORTE IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 7 de marzo de 2005, serie C, núm. 122, párrafos 101 y 101.
- Decreto Promulgatorio del Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fis-*

- cal en Materia de Impuestos sobre la Renta*, firmado en la Ciudad de México el doce de septiembre de dos mil seis, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 2007.
- Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales*, Resolución 626(VII) de la Asamblea General de la ONU, del 21 de diciembre de 1952.
- DELGADO ROBLEDOS, Sandra, *De la evaluación del impacto ambiental a la evaluación del impacto sociocultural y ambiental, en el contexto de la actividad minera, tesis de maestría*, México, FLACSO, 2014.
- FORST, Michel, *Visita a México. Informe de cierre de misión*, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, 24 de enero de 2017, disponible en: https://www.hchr.org.mx/imagenes/doc_pub/SRHRD-END-OF-MISSION-STATEMENT-FINAL_ESP.pdf.
- GARIBAY OROZCO, Claudio, *Paisaje de acumulación minera por desposesión campesina en el México actual*, México, UNAM, 2010.
- HILGERS, Mirco, *Chilean Mining Law for the Prospector, Miner and Investor*, Santiago, J. C. Sáez Editor, 2014.
- JARA VÁZQUEZ, María Elena, *Derecho económico contemporáneo*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- KLUGER, Viviana (comp.), *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Heliasa, 2006.
- LEMUS, J. Jesús, *México a cielo abierto*, México, Grijalbo, 2018.
- Mapa de conflictos mineros, proyectos y empresas mineras en América Latina*, Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, disponible en: https://basedatos.conflictosmineros.net/ocmal_db/.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime y GONZÁLEZ ISA, Felipe, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.
- ORAÁ ORAÁ, Jaime y GONZÁLEZ ISA, Felipe, *Textos básicos de derecho internacional público*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000.
- OTTONE, Ernesto, *Civilización o barbarie. Ensayo sobre la convivencia global*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- ROJAS CASTRO, María Ovidia, *Derecho económico en México. Legislación y realidad*, México, Porrúa, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, CLACSO, 2010.

VALADEZ RODRÍGUEZ, Alfredo, “Minería. Cinco siglos de saqueo”, *La Jor-
nada*, México, 2013.

WITKER, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 12a. ed., México, UNAM,
2017.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SOBRE LA DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE SEGURIDAD PÚBLICA, INTERIOR, NACIONAL Y HUMANA*

ON THE CONSTITUTIONAL DELIMITATION OF THE CONCEPTS OF PUBLIC, INTERNAL, NATIONAL AND HUMAN SECURITY

Miguel BONILLA LÓPEZ**

SUMARIO: I. *Berenjenales y rompecabezas*. II. *Seguridad pública: estado de cosas, tarea y atribución*. III. *Seguridad interior: las raíces penales como clave de comprensión*. IV. *Seguridad nacional: sólo producción de inteligencia*. V. *Seguridad humana: una oportunidad*. VI. *Bibliografía*

I. BERENJENALES Y ROMPECABEZAS

En su columna “El berenjenal de las seguridades” —*El Universal* del 9 de marzo de 2017—, Pedro Salazar Ugarte escribe: “Muchas piezas andan sueltas y más nos vale acomodarlas. En la base del rompecabezas tenemos que ensamblar los bloques de tres seguridades: la nacional, la pública y la interior”. Indica haber tomado conocimiento de “muchos intentos por definir las y distinguir las”, y que al momento puede colegir que existen al menos cuatro ejes sobre los cuales construir: el respeto a los derechos de rango máximo, el uso racional de la fuerza, la profesionalización de las instituciones policiacas, y apostar por la procuración *civil* de la justicia como la vía ordinaria. Me parecen excelentes recomendaciones, porque lo que está en juego, al final de los finales, es la prevalencia de la razón sobre la fuerza, la civilidad sobre la tiranía y la barbarie, y el poder de la ciudadanía.

* Artículo recibido el 28 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 1o. de octubre de 2018.

** ORCID 0000-0002-2713-4821. Magistrado de circuito (Poder Judicial de la Federación, México). Correo electrónico: miguelbonillalopez@yahoo.com.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 763-790.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

En este debate, el tema de la definición y las distinciones no puede obviarse. Desde hace algún par de años he pergeñado algunos apuntes sobre lo que, creo, puede ser un modelo útil de definiciones y distinciones. A mi juicio, podemos diferenciar en sede constitucional, y con buen ámbito para cada una, cuatro nociones de seguridad: pública, nacional, interior y humana. Comparto aquí mis notas (con el riesgo, claro, de hacer más intrincado ese berenjenal del que habla Pedro Salazar).¹

II. SEGURIDAD PÚBLICA: ESTADO DE COSAS, TAREA Y ATRIBUCIÓN

“Seguridad pública” alude al mantenimiento de la paz social y el orden público, y en especial respecto del asedio de la delincuencia. Es una de las razones que justifican y explican la estructura a la que denominamos “Estado” desde la visión contractualista:² en la hipótesis previa a la congregación, cada uno vela por su interés y dispone para sí del uso de la fuerza para impedir su quebranto o para verse resarcido; ya congregados, nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho ni hacerse justicia por sí mismo (como lo dispone el artículo 17 de nuestra Constitución), porque todos consienten para Leviatán el “monopolio de la fuerza”, no para su provecho, sino precisamente para que garantice un estado de cosas en el que no haya abuso de unos para con otros y que los abusos, si los hay, sean castigados.

Vista así, la seguridad es un auténtico bien colectivo que existe allí donde su antípoda sea la excepción y no la regla: “Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos”, y su obtención y conservación están estipulados normativamente. Lógicamente, su contrario es un “mal colectivo”: “una alta tasa de criminalidad, la fealdad de una ciudad o un clima de intolerancia”, cuya erradicación o prohibición están implícita o explícitamente establecidas por el orden jurídico.³

¹ Algunas de las ideas que planteo aquí fueron expuestas en un texto previo: Bonilla López, Miguel, “Cinco estudios sobre seguridad nacional”, *Juez. Cuadernos de investigación*, núm. 3, 2015, pp. 69-97.

² Véase un desarrollo mayor de esta idea en MacCormick, Neil, *Instituciones de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 241-247.

³ Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2013, pp. 186-190.

Desde otra perspectiva, “seguridad pública” no es tanto un estado de cosas al que se opone el de “inseguridad pública”, sino una tarea y una atribución. El artículo 21 constitucional, párrafo noveno, dispone que es una función a cargo de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios “que comprende la prevención de los delitos; la investigación y la persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas”, para hacer efectiva, en última instancia, la responsabilidad correlativa, y que ha de realizarse en forma coordinada (“concurrente”, dice la Suprema Corte).⁴

La Constitución es enfática al establecer quiénes son sus protagonistas: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”, dice el primer párrafo del artículo 21, y lo corrobora el segundo párrafo del apartado A del artículo 102: “Incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal, y por lo mismo, a él le corresponderá... buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de [los inculpados]”. Como con cualquier función, alguna finalidad habrá de orientarla. La Corte encuentra esta: “No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías”.⁵

Hay que distinguir, pues, entre “seguridad pública” como bien colectivo, como tarea y como régimen competencial. Este último rasgo tiene importancia capital dentro de la estructura de un Estado de derecho. La Constitución protege a los habitantes del territorio nacional en contra de intromisiones arbitrarias (el primer párrafo del artículo 16 es terminante: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”); pero hay

⁴ Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXIX, abril de 2009, p. 1296, de rubro “SEGURIDAD PÚBLICA. ES UNA MATERIA CONCURRENTE EN LA QUE TODAS LAS INSTANCIAS DE GOBIERNO DEBEN COORDINAR ESFUERZOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN COMÚN DE COMBATE A LA DELINCUENCIA, BAJO UNA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN”.

⁵ Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XI, abril de 2000, p. 557, de rubro: “SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”.

normas aún más específicas, como las que protegen la inviolabilidad del domicilio o la de las comunicaciones privadas). Es claro que la persecución de los delitos, por fuerza, supone la realización de actos de molestia hacia los individuos. Esos actos, consecuentemente, deberán estar fundados y motivados, constar por escrito y *provenir de autoridad competente*.⁶

III. SEGURIDAD INTERIOR: LAS RAÍCES PENALES COMO CLAVE DE COMPRENSIÓN

Al presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con las fuerzas armadas como instrumento, corresponde la “seguridad interior” y la “defensa exterior” del país, en términos del artículo 89 constitucional, fracción VI. La estructura del enunciado normativo es interesante: a dicho servidor público compete “Preservar la seguridad nacional, en términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea *para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación*”. Dejemos de lado por el momento la defensa exterior y quedémonos con lo que resta.

Al emplearse normativamente dos expresiones, “seguridad nacional” y “seguridad interior”, el intérprete está autorizado a efectuar su diferenciación: si bien existe el apotegma de que donde el legislador no distingue el intérprete no debe distinguir, su contrario también forma parte del canon interpretativo. Así, sobre la base hermenéutica de que cada disposición legal y cada expresión empleada por el autor de la ley “debe tener una incidencia autónoma, un particular significado, y no constituir una mera repetición”, el argumento de la no redundancia previene que

⁶ Para mal o para bien, la Suprema Corte de Justicia ha fijado jurisprudencia en el sentido de que las fuerzas armadas están constitucionalmente facultadas para participar en auxilio de las autoridades civiles en tareas de seguridad pública, pero “de ningún modo... «por sí y ante sí», sino que es imprescindible que lo realicen a solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles y de que en sus deberes de apoyo se encuentren subordinados a ellos y, de modo fundamental, al orden jurídico” (Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XI, abril de 2000, p. 552, “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES”).

entre dos o más posibles significados de un enunciado legal “sea rechazado aquél o aquellos que supongan una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento”.⁷ Sobre esta regla, es claro que “seguridad nacional” no es ni debe confundirse con “seguridad interior” (ni con defensa exterior).

El argumento anterior es igualmente aplicable a los binomios conformados por las expresiones “seguridad pública” y “seguridad interior”, por un lado, y “seguridad pública” y “seguridad nacional”, por otro. Así, “seguridad pública” no es “seguridad nacional” ni “seguridad interior”; ni la segunda puede desvanecerse en las otras dos ni la tercera ser un sinónimo de las dos primeras. En la delimitación del concepto de “seguridad interior”, pues, ha de quedar fuera aquello a lo que se refieran las otras dos expresiones. El problema está en que, salvo la pública, las seguridades a las que alude el artículo 89, fracción VI, tampoco están delineadas en sede constitucional.⁸

Aventuro la hipótesis de que “seguridad interior” es una expresión que puede cobrar buen significado si ahondamos en la historia del derecho penal y del derecho constitucional que informa nuestra legislación.

Para comprenderlo, recojamos, ahora sí, la expresión “defensa exterior”, de la que también habla el artículo 89, fracción VI. Los antecedentes indican que el origen de esa expresión fue “seguridad exterior”, y que estaba asociada a la de “seguridad interior”.

⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1, octubre de 1994, p. 94.

⁸ La Primera Sala de la Suprema Corte, no obstante, ha confundido las cosas en un criterio jurisprudencial relativamente reciente, al sostener que “la misión constitucional de las Fuerzas Armadas es la *seguridad nacional*, ya sea en su *vertiente interna o externa* frente a amenazas provenientes más allá de nuestras fronteras. En esta lógica, el Ejército, a fin de cumplir con estos fines, requiere una organización jerárquica y eficaz en la que el concepto de disciplina se configura como una exigencia estructural a la misma” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, octubre de 2011, tomo 2, p. 1085: “DISCIPLINA EN EL ÁMBITO MILITAR. SU FUNCIÓN Y ALCANCE CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO ORGANIZATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS”). El error jurisprudencial es doble: no comprende que “seguridad nacional”, “seguridad interior” y “defensa exterior” son, aunque asociadas, cosas distintas, y, por otro lado, no ve que las dos últimas no son una función constitucional de las fuerzas armadas, sino del presidente de los Estados Unidos Mexicanos (que emplea, como instrumentos, al ejército, la armada y la fuerza aérea. Volvemos a este punto páginas adelante).

Todo indica que el binomio seguridad interior y seguridad exterior del Estado (o de la nación) tuvo su origen en la legislación criminal francesa de 1810, la cual, según refieren Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López, fue la que por vez primera empleó tales denominaciones “para distinguir los hechos que tienden a lesionar o poner en peligro la seguridad del Estado en el concierto de las naciones, de los que atentan [contra] su seguridad interior al atacar las instituciones constitucionales y el orden público nacional”.⁹

En efecto, el sistema penal galo del siglo XIX planteó un conjunto de normas para proteger “*la chose publique*”:

Le législateur devait, avant tout, veiller à la conservation de la chose publique: en effet, les liens sociaux une fois brisés, les lois voient soudain l’anarchie et la force usurper leur Empire; il n’y a plus ni sûreté ni propriété; les plus audacieux commandent l’obéissance à la place de l’autorité légitime. Des attentats qui amènent un tel état de choses ne pouvaient être trop sévèrement réprimés; mais, parmi ces crimes, il en est qui conduisent plus immédiatement à ce but: tels sont deux qui sont dirigés contre la sûreté extérieure et intérieure de l’Etat, et que, pour cet effet, le Code place les premiers; viennent ensuite les crimes et délits contre la Charte, c’est-à-dire la Constitution, et contre la paix publique.¹⁰

Respecto de los delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado, otro autor francés del siglo XIX —Ortolan— explicaba:

L’Etat, en qualité de personne morale, de corps organisé et doué d’une existence juridique, fonctionne non-seulement au dedans de lui-même, dans les relations multiples qui se rattachent à sa vie intérieure, mais aussi dehors, dans ses relations avec les autres Etats. Son existence peut être attaquée, sa sûreté compromise, ses droits de corps politique lésés par l’un ou par l’autre de ces deux points. D’où il suit qu’il y a à distinguer dans les délits politiques deux qui sont dirigés contre l’Etat à l’extérieur et deux qui le sont contre l’Etat à l’intérieur.¹¹

⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *Derecho penal mexicano. Parte especial*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009, vol. I, p. 4.

¹⁰ Rogron, Joseph-André, *Code Pénal expliqué*, París, Typographie Henri Plon, Imprimeur de l’Empereur, 1865, p. 59 (consultable en formato PDF en la base de datos de la Biblioteca Nacional francesa: gallica.bnf.fr).

¹¹ Ortolan, M., *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, París, Henri

Así, el Código francés recogía, en el libro tercero, título primero, capítulo primero, secciones primera y segunda, los “Crimes et délits contre la sûreté de l’État”, primero los que afectaban su seguridad exterior y después los que afectaban su seguridad interior. Entre éstos, además de los que estaban dirigidos a atentar contra la vida del emperador y de su familia, se tenía a “Des crimes tendants á troubler l’État par la guerre civile, l’illégal emploi de la force armée, la dévastation et le pillage public”.

En el siglo XIX, nuestra legislación penal adoptó el molde francés (como muchas otras legislaciones, al decir de Pavón Vasconcelos y Vargas López: “la española, boliviana, chilena, dominicana ecuatoriana, guatemalteca, nicaragüense, salvadoreña, etcétera”). Es más, para nuestros efectos, la cita de Ortolan es altamente significativa. Sus *Éléments de droit pénal* fue una de las fuentes principalísimas de las que abrevó la comisión redactora del Código Penal de 1870 que encabezó Antonio Martínez Castro, y que vino a ser el primer código de alcance nacional.¹² En este Código, en el título décimo tercero, “Delitos contra la seguridad exterior de la Nación”, en los artículos 1071 a 1094 se compendiaron los ilícitos de traición y espionaje en diversas modalidades (que constituían atentados contra la independencia, la soberanía y la integridad del territorio); en el título décimo cuarto, “Delitos contra la seguridad interior”, en los artículos 1095 a 1126, se compendiaron los delitos de rebelión y sedición.

En el siglo XX la distinción anterior persistió, incluso después de que la Constitución de 1917 entrara en vigor. ¿Qué conductas fueron tenidas como delitos bajo estos dos rubros? Contra la *seguridad exterior*, se compendian 1) la traición a la patria, 2) el espionaje y 3) la conspiración (así, por ejemplo, en el texto primigenio del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, en los artículos 123 a 132, que en conjunto conformaban precisamente el título primero del libro segundo, “Delitos contra la seguridad exterior de la nación”); contra la *seguridad interior*, 1) la rebelión, 2) la sedición y 3) la asonada o motín (así en el Código Penal

Plon, libraire-éditeur, 1863, t. I, p. 297 (consultable en formato PDF en la base de datos de la Biblioteca Nacional francesa: gallica.bnf.fr).

¹² Entiendo que los dos primeros en tiempo, en el México independiente, fueron los códigos penales del estado de Veracruz de 1835 y 1868. Luego le siguieron el Código Martínez Castro y los códigos penales para el Distrito y Territorios Federales de 1929 y 1931.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 763-790.

ya citado, en los artículos 133 a 145, que conformaban el título segundo del libro segundo, “Delitos contra la seguridad *interior* de la nación”).

Esta dicotomía desapareció del orden jurídico por virtud de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de julio de 1970, en la que los dos títulos se refundieron en uno solo, “Delitos contra la seguridad de la nación”, que ahora comprende los delitos de traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, sabotaje y conspiración, y que describen un conjunto amplio de conductas que tienen como factor común el ataque a la independencia, a la soberanía y a la Unión.¹³ Ésta es la normatividad vigente hoy en día. No es el caso de ensayar aquí el análisis dogmático de cada una de estas figuras ni de examinar su validez constitucional; interesa destacar sólo los bienes jurídicos que se protegen.

Ahora bien, en el siglo XIX, la distinción entre seguridad exterior e interior no fue abrazada sólo en el ámbito del derecho punitivo mexicano. Sus alcances trascendieron al derecho constitucional.

Los antecedentes históricos así lo muestran. Hagamos un rápido recuento. En el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, el artículo 160 daba facultades al “Supremo Gobierno” para “Organizar los ejércitos y las milicias nacionales. Formar planes de operación: mandar ejecutarlos; distribuir y mover a la fuerza armada... y tomar las medidas que estime conducentes, ya sea para *asegurar la tranquilidad interior del Estado, o bien para promover su defensa exterior*; todo sin necesidad de avisar previamente al Congreso, a quien dará noticia en tiempo oportuno”.

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822 dispuso algo semejante. En su artículo 30, daba facultad al emperador para “defender la patria, su independencia y unión” y

...conservar el orden interior y la seguridad exterior, por todos los medios que en las circunstancias de la guerra, antes sorda, y en la actualidad ostensible con que temerariamente se nos ataca, estén a su discreción, y puedan hacer sentir a los enemigos el poder de la Nación, y la firmeza con la que sostendrán sus derechos pronunciados, su gobierno establecido y el rango a que se ha elevado.

¹³ Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, p. 2, y Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1985, t. V, p. 277.

La base cuarta del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, de 1823, daba como atribución del Cuerpo Ejecutivo el “disponer de la fuerza armada como exija el bien de la misma Nación”.

El artículo 16, fracción VI, del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, disponía: “Disponer de la fuerza permanente de mar y tierra y de la milicia activa para la *defensa exterior y seguridad interior de la Federación*”. Con ligera variación, el mismo enunciado se usó en el artículo 110 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824: “Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra y de la milicia activa, para la *defensa exterior y seguridad interior de la Federación*”.

También el artículo 17, fracción XVII, de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836 recogió el mismo precepto.

En el artículo 94, fracción XX, del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, de 1840, se propuso: “Disponer de las fuerzas armadas de mar y tierra para la *seguridad interior y defensa exterior* de la República; mas no podrá mandar aquellas en persona sin consentimiento del Congreso, cesando en este caso toda su intervención en el gobierno, a quien quedará sujeto como general”.

En los proyectos de Constitución Política de la República Mexicana de 1842 hubo un tratamiento ligeramente diverso. En el proyecto de la mayoría no se habló de seguridad interior ni de defensa exterior, sino sólo de “Disponer de la fuerza armada de mar y tierra, conforme a los objetos de su institución”, según el artículo 95, fracción XVII. En el Proyecto de la Minoría (entre otros, integrada por Otero), se propuso en el artículo 60, fracción IV, “Disponer de la fuerza permanente de mar y tierra, para la *seguridad exterior* de la República”, y luego, en la fracción V, “Disponer conforme a esta Constitución, de la misma fuerza y de la Guardia Nacional *en el interior de la República*, aunque ni en este caso, ni el anterior, podrá mandar en persona”. El tercer proyecto, el denominado “De Transacción”, propuso (artículos 79, fracción XV, y 86, fracción XXII) “Disponer de la fuerza armada de mar y tierra, conforme a los objetos de su institución”.

En el artículo 83 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 se dispuso:

El Presidente de la República podrá obrar discrecionalmente, cuando así fuere necesario, a juicio del Consejo de Ministros, para *defender la independencia o la integridad del territorio, o para sostener el orden establecido o conservar la*

tranquilidad pública; pero en ningún caso podrá imponer la pena de muerte ni las prohibidas por el artículo 55.

En el artículo 86 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856 se propuso: “Disponer de la fuerza armada permanente de mar y tierra para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación”. Pasó a ser el artículo 86, fracción VI, en la Constitución de 1857. De ésta fue trasladado al texto constitucional de 1917.

¿Cómo explicaban los constitucionalistas del siglo XIX esta clase de disposiciones? Veamos. Mariano Coronado, por ejemplo, escribió: “Objeto principalísimo de la administración es la *seguridad interior y la defensa exterior* de la República, porque sin quietud ni independencia no podría la nación ejercer los actos de su soberanía; de consiguiente, se deja al Ejecutivo en completa libertad para que disponga del ejército y la armada, movilizándolos al punto que crea conveniente”.¹⁴

Otros autores fueron aún más contundentes. Agruparon el estudio de las fracciones VI, VII, VIII y IX del artículo 85 de la Constitución de 1857 (similares a las del actual 89, fracciones IV, V, VI, VII y VIII), y sin más señalaron que todas se referían a la “guerra”: “Las cuatro fracciones que anteceden se refieren al mismo asunto, a la guerra, sea interior o exterior”:

El Presidente tiene la libertad absoluta de disponer del ejército de mar y tierra para *conservar la seguridad interior* o para *restablecerla* en caso de haberse turbado y si las circunstancias lo demandan, puede también disponer de la guardia nacional en el modo que autorice el Senado. En los casos ordinarios de perturbación del orden público, le bastará el mero empleo de la fuerza, sin recurrir a ninguna medida extrema o violenta; pero cuando exista una perturbación grave de la paz pública que ponga en peligro a la sociedad, entonces los caracteres de la guerra se agravan con la suspensión de las garantías individuales.¹⁵

¹⁴ Coronado, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Librería de Ch. Bouret, 1906, p. 178. Sin embargo, su comentario era válido, dijo, sólo por lo que hace a los “intereses federales”. En el mismo sentido, Castillo Velasco, José María, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano por [...], diputado del Congreso Constituyente de 1856*, facsimilar de la edición príncipe. México, 1871, México, Miguel Ángel Porrúa-Senado de la República-CNDH, 2007, p. 186.

¹⁵ Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, México, Tipografía de Aguilar e hijos, 1902, pp. 310 y 311. Es claro que la figura de la suspensión de garantías prevista en el artículo

Como se advierte, en la disposición que examinamos los tratadistas fueron coincidentes en el entendimiento genérico: se imponía al presidente la atribución 1) de velar por la integridad de la Unión (política y territorial) y 2) de resguardar la independencia del país respecto de naciones enemigas. En lo que atañe a la seguridad interior, son plenamente aplicables las doctrinas del derecho público estadounidense, del que tanto abrevaron los juristas del XIX:

No puede negarse que podrían presentarse circunstancias que hicieran necesario el empleo de la fuerza por parte del gobierno nacional. Nuestra propia experiencia ha corroborado las lecciones que nos proporciona el ejemplo de otras naciones; que a veces se suscitan emergencias de esa índole en todas las sociedades, sea cual fuere su constitución; que las sediciones e insurrecciones son, por desgracia, enfermedades tan naturales en el cuerpo político como los tumores y las erupciones en el cuerpo humano; que la idea de gobernar perpetuamente sin más armas que la ley (que, según se nos dice, es el único principio admisible en un gobierno republicano), sólo existe en los ensueños de esos doctores políticos cuya sagacidad desdeña las enseñanzas de la instrucción experimental... Si el gobierno nacional se viera en uno de esos casos de emergencia, no habría otro medio que el de la fuerza.¹⁶

29 constitucional no puede entenderse, sin más, como necesaria o correlativa de la de preservar la seguridad interior y exterior. Como bien lo ha hecho notar la Suprema Corte de Justicia en nuestros días: “El artículo 89, fracción VI, de la Constitución faculta al presidente de la República a utilizar al instituto armado para salvaguardar no sólo la seguridad exterior del país, sino también la interior lo que, de conformidad con el artículo 16 del propio ordenamiento, exige fundar y motivar una decisión de tanta trascendencia. Por estas razones las fuerzas armadas están constitucionalmente facultadas para actuar, acatando órdenes del presidente de la República, cuando sin llegar a los extremos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto —previstos por el artículo 29 constitucional— se produzca una situación que haga temer fundadamente por sus características que, de no enfrentarse de inmediato, sería inminente precipitarse en alguna o todas esas graves situaciones...” (Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo IX, abril de 2000, p. 551: “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUELLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA”).

¹⁶ Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, FCE, 1987, pp. 111 y 112. Hasta donde entiendo, en el derecho constitucional norteamericano no existe un precepto que emplee las expresiones “seguridad exterior” y “seguridad interior”; esto prueba más

Si bien lo vemos, esta apresurada relación de antecedentes permite dar entendimiento a la expresión “seguridad interior” contenida en el artículo 89 constitucional, fracción VI: corresponde al presidente de los Estados Unidos Mexicanos “disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente... para la seguridad interior”; esto es, disponer de las fuerzas armadas (no de las policías) para efectos de *prevenir y neutralizar* conductas que a la par constituyen o podrían constituir los delitos de traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, sabotaje y conspiración, en tanto cuanto son conductas que ponen en jaque la integridad territorial, la independencia respecto de otras naciones, la vigencia del pacto federal, el ejercicio legítimo del poder y, al final, el orden constitucional.

Con esta intelección, el papel de las fuerzas armadas (de las que sólo puede disponer el presidente, pues es su atribución) queda reducido a un límite razonable, que no puede traslaparse con las funciones de seguridad pública, las que, como vimos, están encaminadas a “la prevención de los delitos; la investigación y la persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas”.

Hacia 1983, Jorge Carpizo escribió:

Problema difícil es precisar cuándo puede el presidente hacer uso de la fuerza pública para preservar la seguridad interior; una contestación general podría ser la siguiente: existe una paz mínima para el desarrollo de la vida cotidiana; y si ella peligrá, el presidente puede hacer uso de esa facultad. La regla anterior es de aristas no bien definidas, pero hay que aclarar que en el ejercicio de la facultad a que nos referimos no se deben violar derechos humanos.¹⁷

todavía, entiendo, las raíces penales francesas del actual artículo 89 constitucional, fracción VI. En efecto, el texto constitucional equivalente de los Estados Unidos de América dispone: “El Presidente será comandante en jefe del Ejército y la Armada de los Estados Unidos y de la milicia de los diversos Estados, cuando ésta fuera llamada al servicio efectivo de los Estados Unidos” (*La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia. Anotaciones de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, S. A., t. I, pp. 422 y 423).

¹⁷ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1983, pp. 334 y 335. Allí también dice este autor: esta facultad sirve “preservar funciones relacionadas con la existencia y la operación del propio gobierno, por lo que es sin duda una de las atribuciones más delicadas que tiene el presidente”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 763-790.

Ciertamente, es una cuestión compleja, poliédrica. Casi cuarenta años después, sigue siéndolo, y la mejor prueba es el debate que en el curso de estos días está teniendo lugar en el seno del Congreso y en la opinión pública (escribo estas notas en marzo de 2017). Sin embargo, creo, honestamente, que los antecedentes que he referido pueden servir de clave hermenéutica para ceñir a buenos límites una potestad de capital importancia para la vida constitucional del país.

Así, además, el artículo 89, fracción VI, puede ser leído en armonía con otros dos preceptos constitucionales: el 119 y el 129, que en conjunto integran un sistema de defensa de las entidades federativas.¹⁸ Por virtud del primero,

Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a las entidades federativas contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior, les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura de la entidad federativa o por su Ejecutivo, si aquella no estuviere reunida.

Por virtud del segundo,

En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión, o en los campamentos, cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de tropas.

El artículo 119 tiene una finalidad, un propósito: realizar “el respeto a la supremacía constitucional, y propender a la unión y cumplimiento del pacto federal” en lo que respecta a la integridad de una entidad federativa, y por ello ha sido llamada “garantía federal”.¹⁹ Creo que también de su texto se adquiere buen entendimiento si se atisba en las raíces penales de la diferencia entre seguridad exterior y seguridad interior.

¹⁸ Un sistema semejante al de la Constitución estadounidense, conformado por los artículos IV, sección 4, y II, sección 2 (véase Scheips, Paul J., *The Role of Federal Military Forces in Domestic Disorders 1945-1992*, en *Google books*).

¹⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, comentario al artículo 119, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, PJJF-UNAM, 1997, t. II, pp. 1210 y 1211.

Por su parte, el artículo 129 tuvo origen en el Constituyente de 1857. En su seno se sometió a discusión un proyecto que sólo preveía lo siguiente: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. Ponciano Arriaga propuso la segunda parte del precepto. Su sugerencia carecía de antecedentes en la historia constitucional patria. Su objeto, en expresión de Felipe Tena Ramírez, fue “evitar para lo futuro los abusos que, por su propia cuenta invadiendo atribuciones de las autoridades civiles, solían cometer elementos militares”. Las palabras textuales de Arriaga fueron las siguientes: las comandancias militares

...no han sido ni son más que rivales de las autoridades de los Estados, que toman parte muy directa en los asuntos civiles, políticos y administrativos; que deliberan y mandan, no ya en asuntos de justicia, sino también de hacienda, de paz y de seguridad pública; y que ejerciendo de hecho otras facultades y atribuciones que de derecho no pertenecen sino a las autoridades políticas o civiles, ya sean de los Estados o del Gobierno federal; han dado margen a todas las querellas y colisiones, a todas las disputas y discordias que tantas veces han perturbado, no solamente la buena armonía que debe reinar entre todos los funcionarios públicos, sino también el régimen legal y hasta la paz pública, haciendo que las leyes guarden silencio al estrépito de las armas...

Arriaga remataba así su comentario: “ese poder no debe obrar, saliendo de su esfera sino cuando la autoridad legítima invoque el auxilio de su fuerza”.²⁰ Finalmente, el precepto aprobado —el 122 de esa Constitución— quedó redactado en los términos sugeridos por Arriaga (y reproducidos ahora en el artículo 129 de la Constitución actual). Coronado daba esta explicación, que sigue vigente:

Fijada escrupulosamente la división de poderes, y decidido el que no haya fuero militar sino para delitos que se refieran directamente a la disciplina, es obvio que en tiempo de paz las autoridades de aquel orden sólo pueden ejercer funciones propias de su institución, sin que les sea lícito violar las garantías de los ciudadanos ni atropellarlos en manera alguna. Así, pues, por ningún motivo podrá un jefe militar (como sucedía antes con frecuencia),

²⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 23a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 365-367.

ingerirse en la administración civil, ni arrogarse cargos o funciones que a ésta pertenecen.²¹

Estas palabras, pronunciadas hace más de cien años, conservan todo su peso, toda su fuerza, toda su razón, y las podemos retomar para alumbrar el tema que nos ocupa. La finalidad perseguida por el artículo 89, fracción VI, en lo que se refiere a la seguridad interior no es el mantenimiento regular y ordinario del orden público ni la supervisión de las ordenanzas de policía y buen gobierno; tampoco la producción de inteligencia ni la persecución de delitos. Se trata de la potestad para emplear la fuerza armada para restaurar la gobernanza en aquellos lugares en los que el Estado mexicano ha visto rebasada su capacidad de acción (por ejemplo, con levantamientos o sublevación o, incluso, con la ruptura del orden civil por parte de grupos criminales que suplantán a los agentes estatales, como ocurrió con las llamadas autodefensas, o que impiden la prestación regular de servicios públicos, como las tomas de vías de comunicación o de infraestructura de carácter estratégico).²² Otra discusión importante (que no abordaré aquí, por razones de espacio y tiempo) es que el ejercicio de esta facultad debe estar sujeto a un mecanismo de rendición de cuentas efectivo y de fincamiento de responsabilidades, en su caso, ante la autoridad civil; a un marco explícito de respeto de derechos fundamentales, entre los que debe destacar la tutela judicial efectiva (en sede no militar, desde luego) contra posibles violaciones de los mismos.²³

²¹ Coronado, Mariano, *op. cit.*, p. 227. En un sentido semejante, Francisco Arturo Schroeder Cordero ha escrito: “en un estado de normalidad en el desarrollo de las actividades cotidianas, o sea, en situación de completa tranquilidad, ni una sola autoridad castrense tiene la mínima facultad para actuar fuera de su propio ámbito o jurisdicción, de manera que carecen de competencia para ordenar a los civiles a actuar, permitir o conceder algo que quieran o necesiten” (en su comentario al artículo 129, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, PJJF-UNAM, 1997, t. II, p. 1351).

²² Que, por lo demás, no es muy diferente de lo que, en términos de la propia Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, dichos cuerpos han de tener como “misiones generales”: defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación; garantizar la *seguridad interior*; auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas; realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país, y prestar ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas en casos de desastre.

²³ En conjunto, existe un sistema constitucional de contención del poder castrense: entre otros, los artículos 13; 73, fracciones XII, XIII, XIV y XV; 89, fracciones IV, V, VI, VII y

IV. SEGURIDAD NACIONAL: SÓLO PRODUCCIÓN DE INTELIGENCIA

¿Qué decir del concepto de “seguridad nacional”? Una definición estándar (realista-tradicional-militarista)²⁴ es la que prevalece en el derecho positivo mexicano:

Artículo 3o. Para efectos de esta Ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a:

I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de Derecho Internacional, y

VIII; 119 y 129 constitucionales. Como también (y tan bien) lo explica Arteaga Nava: estos preceptos son normas que buscan contener el poder de las fuerzas armadas en el seno de una República: 1) las que confieren a una autoridad civil (el presidente) su control directo e indirecto vía la atribución de disponer de ellas para la defensa exterior y seguridad interior de la República, la de declarar la guerra (previa ley del Congreso), la de designación y remoción de los secretarios de Defensa y Marina; 2) las que excluyen su participación de la vida política, como las que impiden la postulación de los militares en activo para puestos de elección popular, sino pasado algún lapso desde su separación contado a partir del momento de la separación del cargo castrense, o las que impiden el derecho de deliberar a las reuniones armadas, la que pone bajo la jurisdicción de los presidentes de las Cámaras del Congreso a todo contingente armado que penetre en sus recintos; 3) las que ponen en manos de la autoridad civil (Ministerio Público y de la policía que de éste depende) la persecución de los delitos, la de que las normas sobre reclutamiento de tropas es materia que de origen debe iniciarse en la Cámara de Diputados, la de que en tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa de un particular ni imponer prestación alguna; la de que los civiles no pueden ser juzgados en sede militar (Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1998, pp. 122 y 123).

²⁴ Hristoulas, Athanasios, “El nuevo orden internacional y la seguridad nacional”, *Bien Común y Gobierno*, año 7, núm. 77, mayo de 2001, pp. 13-22, y Moore, John Norton, “Origen y evolución del derecho de la seguridad nacional”, *Derecho de la Seguridad Nacional. Memoria del Primer Seminario Internacional*, México, Secretaría de Gobernación, 2011, pp. 31-43.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 763-790.

VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico, social y político del país y sus habitantes.

Esta definición, netamente estipulativa y contingente, tiene una virtud y un defecto.

Me referiré, primero, a la primera: tiene la virtud de acotar el ámbito en forma autoritativa para los operadores jurídicos, y por ello resulta útil: permite hacer cosas (o no hacerlas) con base en un referente único. Lo autoritativo del concepto legal se evidencia, por ejemplo, con el entendimiento pregonado por la Secretaría de Marina y la de la Defensa Nacional, que en su “Glosario de términos unificados por el personal de la SEDENA y de SEMAR”, del 14 de agosto de 2013, definen “seguridad nacional” en los mismos términos del artículo 3o.: como sujetos de derecho no podían haber ensayado otra clase de definición.

Advierto que predicar utilidad no supone ignorar el problema semántico de un concepto que algunos han calificado, con razón, como “esencialmente controvertido”, ni soslayar los defectos de técnica legislativa en la enunciación del precepto, ni obviar los problemas de interpretación que podría suscitar cada una de sus seis fracciones.²⁵

Esta disposición no puede ser leída sin acudir al artículo 5o., que establece —también con defectos de técnica legislativa— cuáles son las circunstancias o los fenómenos que amenazan la seguridad nacional (en ocasiones, es dable definir con base en lo contrario):

Artículo 5o. Para los efectos de la presente Ley, son amenazas a la Seguridad Nacional:

I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;

II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;

III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;

IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

²⁵ Domínguez Arroyo, José Julián, “Derecho y seguridad nacional”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 34, núm. 34, 2010, pp. 87-99.

- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;
- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

Es verdad que los dos textos legales conllevan varios problemas interpretativos. No obstante, haciendo abstracción de ello, dado el espacio con que cuento para mi discurso, puede dárseles una lectura conjunta, y obtener que la seguridad nacional, en términos del derecho positivo, es un concepto referido a la salvaguarda —de acuerdo con el *Diccionario*, “seguridad” es la cualidad de “seguro”, y esto significa “Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”—²⁶ del Estado —no del gobierno en turno, sino del Estado como ente político-jurídico—²⁷ respecto de actos francamente ilícitos —espionaje, terrorismo, sabotaje, traición a la patria, genocidio, delincuencia organizada y otras conductas prohibidas en las leyes penales— o que ponen en entredicho la soberanía propia frente a agentes externos —espionaje, contraespionaje, interferencia extranjera en asuntos nacionales, actos contra personal diplomático—, de naturaleza tal

²⁶ *Diccionario de la lengua española*, cit., t. II, voces “seguridad” y “seguro”, p. 2040.

²⁷ El Estado ha sido definido como “la unidad de asociación dotada originalmente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio” —Georg Jellinek—, y en forma más detallada, como “un orden jurídico y administrativo —cuyos preceptos pueden variarse— por el que se orienta la actividad —acción de asociación— del cuadro administrativo (a su vez regulada por preceptos estatutivos) y el cual pretende validez no sólo frente a los miembros de la asociación —que pertenecen a ella esencialmente por nacimiento— sino también respecto de toda acción ejecutada en el territorio a que se extiende la dominación” y “que reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima” —Max Weber— (citados por Arteaga Nava, Elisur y Trigueros Gaisman, Laura, *Diccionario jurídico. Derecho constitucional*, México, Harla, 1995, vol. 2, voz “Estado”, p. 32).

que para su contención no siempre bastarían las fuerzas del orden regulares —cuerpos policiacos, Ministerio Público— ni los poderes ordinarios de conducción de la política exterior —las potestades conferidas en la Constitución al presidente de la República y a la Cámara de Senadores—. Además, su envergadura ha de ser tan extraordinaria que de no enfrentarlos se afectarían gravemente, incluso hasta el grado de su destrucción, la “integridad, estabilidad y permanencia” del Estado mexicano.

Conforme al sistema de la Ley de Seguridad Nacional, todas estas circunstancias nefandas pueden ser desactivadas o neutralizadas mediante acciones de inteligencia, cuyo resultado —“el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información, para la toma de decisiones”, según reza el artículo 21— sirve como justificación para el ejercicio de poderes especiales y el establecimiento de cláusulas de excepción a estados de cosas generales (suspensión de garantías, verbigracia), la imposición de penas (las establecidas en las leyes penales), la restricción de derechos (el de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, por ejemplo), la valoración o el establecimiento de actividades estratégicas y prioritarias (rectoría del Estado en materias como telecomunicaciones, suministro eléctrico, recursos hídricos, explotación de hidrocarburos).²⁸

Ahora hablaré del *defecto*.

La Ley de Seguridad Nacional tiene su fundamento en la Constitución. Como ya vimos, el artículo 89, fracción VI, dispone que compete al presidente “Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva...”. Por su parte, el artículo 73, fracción XXIX-M, da competencia al Congreso “Para expedir leyes en materia de seguridad nacional, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes”. Constitucionalmente, la tarea se encomienda a actores definidos: el presidente de la República, el Congreso de la Unión, y los tribunales federales.²⁹

A pesar de ser un concepto que sirve de premisa a diversas medidas de fiscalización del Estado sobre la actividad de los individuos y grupos

²⁸ Domínguez Arroyo, José Julián, *op. cit.*, pp. 100-109.

²⁹ El artículo 16, párrafo décimo tercero, da competencia a los tribunales del Poder Judicial de la Federación para autorizar la intervención de comunicaciones privadas, que es una de las vías para obtener información de seguridad nacional y desactivar amenazas en su contra.

humanos, la Constitución no proporciona una definición de “seguridad nacional”. La delimitación normativa del concepto está en la propia Ley. Esto fue querido así en el proceso de reforma del que derivó la elevación a rango constitucional de esta competencia (que se incorporó mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de abril de 2004). En efecto, en el seno de la Cámara de Diputados, en el dictamen, expresamente se dijo:

Existe consenso en que la *seguridad nacional no debe ser definida en el ordenamiento constitucional, en virtud de su carácter dinámico*. Tampoco es viable plasmar principios tan amplios, que permitan confundir la tutela de los intereses nacionales. Por ello, el resultado del análisis de las iniciativas fue contundente en cuanto a la previsión de dos elementos fundamentales en la materia, el primero consistente en facultar claramente al Estado para poder hacer frente a las amenazas y riesgos a su seguridad y, el segundo, definir los controles y requisitos necesarios [de modo que] la responsabilidad de los legisladores que hoy integran el Constituyente Permanente, se expresa en dos formas, la primera previendo expresamente en nuestra Constitución la materia de seguridad nacional, precisando la facultad del Ejecutivo Federal de preservarla y posteriormente dictando una legislación que proteja los derechos de las personas.

En derecho es mal método proceder así, y más cuando esto versa sobre actos del Estado que inciden en la vida privada de los seres humanos. En estos supuestos, siempre la Constitución es la que debe dar los parámetros, aun y cuando fuera en el nivel más abstracto, y después en las leyes se podrá desarrollar la noción. Así lo dicta el principio de seguridad jurídica y la idea misma de que la Constitución es ley superior. Sólo de este modo puede ejercerse el control de regularidad constitucional.

En el caso esto se invierte: se va de la Ley hacia la Constitución, pues es en aquélla donde se dispone que por seguridad nacional “se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano”, y a continuación se enumeran una serie de objetivos que se supone traducen lo anterior a términos más concretos. El problema es la amplitud de la fórmula legal: “acciones” puede ser cualquier cosa. Creo que en este punto específico tiene que hacerse una acotación en el texto constitucional.

A mi modo de ver, el concepto de seguridad nacional en sede constitucional tiene que (y puede y debe) constreñirse a la producción de inteligencia para la salvaguarda del Estado —no del gobierno en turno, sino del Estado como ente político-jurídico—, y en especial respecto de esos actos plenamente ilícitos —espionaje, terrorismo, sabotaje, traición a la patria, genocidio, delincuencia organizada y otras conductas análogas prohibidas en las leyes penales en las que el bien jurídico tutelado es la seguridad pública, la seguridad de la nación, la humanidad o la sociedad— o que ponen en entredicho la soberanía propia frente a agentes externos —espionaje, contraespionaje, interferencia extranjera en asuntos nacionales, actos contra personal diplomático—. Nada más. El producto debe ser canalizado a las instancias que la Constitución y las leyes otorgan competencia ordinaria y regular para actuar en dichos rubros; las instancias de inteligencia tampoco han de perder rumbo y actuar en suplencia de quienes tienen a su cargo la investigación y persecución de delitos, el diseño de políticas públicas, la contención de amenazas para las que hay órganos expresamente destinados a ello.

Una reforma que debiera sobrevenir es la de el dictado de una ley de inteligencia en la que se establezca en qué consiste ésta, cuál es su finalidad, a través de qué mecanismos se obtiene, quiénes la han de producir, resguardar y emplear, cuáles son los controles que han de ejercerse sobre los entes que operen con ella. Muchos agentes del Estado realizan labores de inteligencia —“el conocimiento obtenido a partir de la recolección, procesamiento, diseminación y explotación de información, para la toma de decisiones”. Algunos están acotados por las leyes en forma más o menos adecuada: es el caso de la Policía Federal o del Centro de Investigación para la Seguridad Nacional. Hay agentes gubernamentales que la producen y no están regulados en sede legal, como el ejército y la marina. Estas labores, sin duda, en muchos casos implican la intromisión del Estado en la vida de los individuos. Como dijimos, la Constitución protege a los habitantes del territorio nacional en contra de intromisiones arbitrarias (el primer párrafo del artículo 16 es suficientemente enfático). Es el momento de dar cauce legal a la producción de inteligencia por parte de los cuerpos militares y de establecerle los límites necesarios para respetar los derechos fundamentales. La inclusión de estos entes en una ley de inteligencia coadyuvaría a ello, y además permitiría coordinar las acciones de los diferentes organismos y ejercer un control civil y judicial.

Como quiera que sea, a falta de una delimitación expresa del concepto en el texto constitucional, así sea genérica, el entendimiento de seguridad nacional puede lograrse mediante un ejercicio de contraposición con lo que disponen otros preceptos. Mediante este sistema puede obtenerse lo que seguridad nacional *no es*. Y no es ni seguridad pública ni seguridad interior. Pero tampoco puede confundirse con seguridad humana.

V. SEGURIDAD HUMANA: UNA OPORTUNIDAD

Hablemos ahora de “seguridad humana”. No pienso discutir aquí sus raíces ideológicas ni exponer su historia; hay quienes han abordado estos temas con suficiencia.³⁰ Sí quiero destacar, en cambio, que se trata de una noción todavía contemporánea —sus orígenes datan de 1994—; debatida y debatible —“para algunos, se trata de una nueva teoría o concepto; para otros constituye un punto de partida en el análisis, en tanto que para otros más es una visión global, una agenda política, o bien, un marco para articular políticas”, y, en todo caso, se entiende en forma amplia o restringida: maximalista o minimalista—; que constituye una incipiente práctica internacional —“cuando un gobierno no cumple con el principio básico del Estado moderno de proveer protección a sus ciudadanos, la comunidad internacional debe asumir esta responsabilidad”—; una práctica aún más incipiente al interior de nuestro país —como política pública apenas si ha sido insinuada en forma oficial por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal—, y que tiene por objeto acentuar el bienestar de la persona (en lo individual y en lo colectivo) como referente de la acción gubernativa frente a fenómenos como la hambruna, las pandemias, los desastres naturales, la carrera armamentista, el ecocidio, la migración masiva, la falta de acceso universal a la salud y a la educación, los mercados no equitativos, etcétera.³¹

³⁰ Por ejemplo, Rosas, María Cristina, “La seguridad humana: ¿nuevo paradigma para la seguridad nacional de México en el siglo XXI?”, en *La seguridad por otros medios. Evolución de la agenda de seguridad internacional en el siglo XXI: lecciones para México*, México, Centro de Análisis e Investigación sobre Paz, Seguridad y Desarrollo Olof Palme, 2011, pp. 37-103. Salvo que se diga otra cosa, las citas que aparezcan a continuación tienen como fuente a esta autora.

³¹ En el *Human Security Report of the Secretary-General* (2010) de la ONU, se dice: “Today’s multiple, complex and highly interrelated threats affect the lives of millions of men, women and children around the globe. Threats such as natural disasters, violent conflicts and their

¿Cómo definir esta idea, o mejor todavía, este conglomerado de ideas? Una propuesta aceptable viene de la ONU:

Human security is based on a fundamental understanding that Governments retain the primary role for ensuring the survival, livelihood and dignity of their citizens. It is an invaluable tool for assisting Governments in identifying critical and pervasive threats to the welfare of their people and the stability of their sovereignty. It advances programmes and policies that counter and address emerging threats in a manner that is contextually relevant and prioritized. This helps Governments and the international community to better utilize their resources and to develop strategies that strengthen the protection and empowerment framework needed for the assurance of human security and the promotion of peace and stability at every level-local, national, regional and international.³²

Sobre las premisas anteriores, confrontemos las dos nociones: seguridad nacional versus seguridad humana. ¿Una gana, la otra pierde? No. Sus ámbitos son diferentes. Aquélla busca la protección del Estado frente a amenazas que lo ponen en jaque en cuanto ente político-jurídico; ésta busca la articulación de políticas públicas, mundiales, regionales, nacionales, que defiendan a los seres humanos respecto de amenazas globales que minan su bienestar... Vistas así las cosas, conforme a la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta que muchos de los temas que conforman la agenda de la seguridad humana son temas que, al menos normativamente, tienen que conformar la agenda oficial; cito a vuelapluma sus artículos 11; 25, primer párrafo (muy en especial este precepto, que habla de una clase de seguridad que para nada puede confundirse con la pública ni la nacional ni la interior); 26, apartado A, primer párrafo, 73, fracción XIV; 89, fracción X (aunque advierto que habría muchos otros):

Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El

impact on civilians, as well as food, health, financial and economic crises, tend to acquire transnational dimensions that move beyond traditional notions of security. While national security remains pivotal to peace and stability, there is growing recognition of the need for an expanded paradigm of security” (en consulta del 4 de octubre de 2013: disponible en: http://hdr.undp.org/en/media/SG_Human_Security_Report_12_04_10.pdf).

³² *Idem*.

ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a *las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.*

Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones.

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los *individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.*

Artículo 26. A. El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación.

Artículo 73. El Congreso tienen facultad:

XVI. [...].

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. *En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país,* la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta *de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental,* serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la

aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; *la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*; la igualdad jurídica de los Estados; *la cooperación internacional para el desarrollo*; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Si el orden jurídico mexicano prevé estos cursos de acción, ¿no deberíamos adoptar aquí, para la interpretación de estos preceptos, la idea de seguridad humana?

Hasta aquí estos apuntes. Con honestidad cívica, los comparto. Pienso que podrían servir para dar alguna luz, así sea mínima, en un debate vigente, necesario, crucial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1998.
- ARTEAGA NAVA, Elisur y TRIGUEROS GAISMAN, Laura, *Diccionario jurídico. Derecho constitucional*, México, Harla, 1995, vol. 2.
- BONILLA LÓPEZ, Miguel, “Cinco estudios sobre seguridad nacional”, *Juez. Cuadernos de Investigación*, núm. 3, 2015.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, comentario al artículo 119, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, PJJ-UNAM, 1997, t. II.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1983.
- CASTILLO VELASCO, José María del, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano por...*, diputado del Congreso Constituyente de 1856, facsimilar de la edición príncipe, México, 1871; México, Miguel Ángel Porrúa-Senado de la República-CNDH, 2007.
- CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Librería de Ch. Bouret, 1906.
- DOMÍNGUEZ ARROYO, José Julián, “Derecho y seguridad nacional”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 34, núm. 34, 2010.

- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1, octubre de 1994.
- HAMILTON, A. et al., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- HRISTOULAS, Athanasious, “El nuevo orden internacional y la seguridad nacional”, *Bien Común y Gobierno*, año 7, núm. 77, mayo de 2001.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1985, t. V.
- MACCORMICK, Neil, *Instituciones de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- NORTON MOORE, John, “Origen y evolución del derecho de la seguridad nacional”, *Derecho de la Seguridad Nacional. Memoria del Primer Seminario Internacional*, México, Secretaría de Gobernación, 2011.
- ONU. *Human Security Report of the Secretary-General (2010)*, disponible en: http://hdr.undp.org/en/media/SG_Human_Security_Report_12_04_10.pdf.
- ORTOLAN, M., *Éléments de droit pénal. Pénalité, juridictions, procédure, suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudente, avec les données de nos statistiques criminelles*, París, Henri Plon, libraire-éditeur, 1863, t. I (consultable en formato PDF en la base de datos de la Biblioteca Nacional francesa: *gallica.bnf.fr*).
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y VARGAS LÓPEZ, Gilberto *Derecho penal mexicano. Parte especial*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009, vol. I.
- ROGRON, Joseph-André, *Code Pénal expliqué*, París, Typographie Henri Plon, Imprimeur de l'Empereur, 1865 (consultable en formato PDF en la base de datos de la Biblioteca Nacional francesa: *gallica.bnf.fr*).
- ROSAS, María Cristina, “La seguridad humana: ¿nuevo paradigma para la seguridad nacional de México en el siglo XXI?”, en *La seguridad por otros medios. Evolución de la agenda de seguridad internacional en el siglo XXI: lecciones para México*, México, Centro de Análisis e Investigación sobre Paz, Seguridad y Desarrollo Olof Palme, 2011.
- RUIZ, Eduardo, *Derecho constitucional*, México, Tipografía de Aguilar e hijos, 1902.
- SCHEIPS, Paul J., *The Role of Federal Military Forces in Domestic Disorders 1945-1992*, en *Google books*).

- SCHROEDER CORDERO, Francisco Arturo, comentario al artículo 129, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, PJJ-UNAM, 1997, t. II.
- TENA RAMÍREZ, Felipe *Derecho constitucional mexicano*, 23a. ed., México, Porrúa, 1989.
- VVAA. *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia. Anotaciones de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, s. a., t. I.

Lista de referencias jurisprudenciales

- PLENO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IX, abril de 2000, p. 551: “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. PUEDEN ACTUAR ACATANDO ÓRDENES DEL PRESIDENTE, CON ESTRICTO RESPETO A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, CUANDO SIN LLEGARSE A SITUACIONES QUE REQUIERAN LA SUSPENSIÓN DE AQUÉLLAS, HAGAN TEMER, FUNDADAMENTE, QUE DE NO ENFRENTARSE DE INMEDIATO SERÍA INMINENTE CAER EN CONDICIONES GRAVES QUE OBLIGARÍAN A DECRETARLA”.
- PLENO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, abril de 2000, p. 552: “EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES”.
- PLENO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, abril de 2000, p. 557: “SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”.
- PLENO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIX, abril de 2009, p. 1296: “SEGURIDAD PÚBLICA. ES UNA MATERIA CONCURRENTENTE EN LA QUE TODAS LAS INSTANCIAS DE GOBIERNO DEBEN COORDINAR ESFUERZOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL FIN COMÚN DE COMBATE A LA DELINCUENCIA, BAJO UNA LEY GENERAL EXPEDIDA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN”.

PRIMERA Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro I, octubre de 2011, t. 2, p. 1085: “DISCIPLINA EN EL ÁMBITO MILITAR. SU FUNCIÓN Y ALCANCE CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO ORGANIZATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS”.

UNA VISIÓN GENERAL DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO*

AN OVERVIEW OF THE NEW CONSTITUTION OF MEXICO CITY

Jaime CÁRDENAS GRACIA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Breve recuento de los debates históricos previos.* III. *Características generales del nuevo texto constitucional.* IV. *Los rasgos neo-liberales de la Constitución.* V. *La minimización de los derechos.* VI. *La exigua democracia directa y participativa en la Ciudad.* VII. *El control al poder público.* VIII. *El deficiente sistema anticorrupción de la Ciudad.* IX. *La ausencia de mecanismos de distribución de competencias.* X. *El Poder Judicial sin legitimidad democrática de origen.* XI. *Partidocracia en la designación de los titulares de los órganos constitucionales autónomos.* XII. *Debilidad en la regulación de pueblos originarios y comunidades indígenas residentes.* XIII. *El desarrollo urbano bajo el control de una tecnocracia.* XIV. *Conclusiones.* XV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la Ciudad de México, aprobada por la Asamblea Constituyente de la Ciudad el 31 de enero de 2017, y publicada en edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* y en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 5 de febrero de ese año, es un ordenamiento que algunos han alabado por su progresismo y otros hemos criticado por sus insuficiencias.

En inevitable indicar que es una norma de cierre o conclusión del Pacto por México —acuerdo político no democrático ni transparente—. El Pacto por México, firmado el 2 de diciembre de 2012, entre el PRI, el PAN, el PRD y la Presidencia de la República, es un documento político

* Artículo recibido el 22 de marzo de 2017 y aceptado para su publicación el 23 de noviembre de 2017.

** ORCID: 0000-0001-7566-2429. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: jaicardenas@aol.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 791-834.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

que contiene 95 acuerdos para reformar la Constitución de la República y las leyes —las reformas estructurales del actual gobierno—. Uno de esos acuerdos consistió en convenir una reforma política de carácter constitucional para la Ciudad de México.¹

Ese acuerdo político se materializó en este sexenio más tarde que otras reformas constitucionales estructurales, porque existía una diferencia importante entre el PRI y el PAN, por un lado, y, el PRD, por otra parte. El diferendo más importante estribó en la manera de integrar a la asamblea constituyente que elaboraría la Constitución. El PRI y el PAN carecen en la Ciudad de la fuerza electoral suficiente, y sabían que en un proceso comicial en donde se eligiera popularmente a todos los diputados constituyentes no tendrían la representación que ellos consideraban aceptable para sus intereses —en la Ciudad son fuerzas políticas con algunos enclaves, pero son poco trascendentes—. El PRD estimaba que la elección popular del total de sus integrantes era necesaria para legitimar a la asamblea constituyente que se integraría para redactar la Constitución de la Ciudad.

Durante 2015, el PRD y el gobierno capitalino aceptaron las anteriores exigencias del PRI y del PAN, y se aprobó la reforma constitucional al ordenamiento de la República, que implicó la modificación de 52 artículos constitucionales, a cambio de que en los artículos transitorios de la reforma —el séptimo, fundamentalmente— se determinara que sólo sesenta de los cien diputados serían electos, y que los cuarenta restantes serían designados. Seis serían propuestos por el presidente de la República, seis por el jefe de Gobierno, catorce senadores y catorce diputados federales en representación a la fuerza de los partidos en cada Cámara —los que compatibilizarían sus funciones, en contra fundamentalmente del artículo 125 constitucional— con las de diputado constituyente.²

¹ El compromiso 91 del Pacto por México señala textualmente: “Impulsaremos el nombre oficial de la Ciudad de México que es la capital de la República. Se dotará de una Constitución propia al Distrito Federal; se revisarán las facultades del jefe de Gobierno y de la Asamblea Legislativa del DF; en el orden de gobierno delegacional o equivalente se impulsará la elección de gobiernos de colegiados con representación plural, semejante a los ayuntamientos, acorde a la presencia de las fuerzas políticas en cada demarcación; y se definirá un esquema del Distrito Federal que considere su carácter de capital de la República”.

² El constituyente Javier Quijano Baz promovió un juicio de amparo indirecto el 5 de octubre de 2016 en contra de la integración de la Asamblea Constituyente por violación

La reforma constitucional a la norma fundamental en materia de Distrito Federal se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016. Las modificaciones constitucionales implicaron cambios, como ya se dijo, a 52 artículos constitucionales, siendo el más importante el artículo 122 y los artículos transitorios de esa reforma. En el artículo 122 constitucional se establecieron mecanismos de limitación a la libertad del Constituyente originario de la Ciudad, pues en cada tema relacionado con la organización política de la Ciudad se ordenaron prescripciones precisas sobre la forma de establecer en la futura Constitución de la Ciudad: la organización de los tres poderes, de las alcaldías, los órganos autónomos, la administración pública de la Ciudad, la deuda, las facultades del presidente de la República en materia de policía, la coordinación metropolitana, las competencias de los poderes federales en la Ciudad, el régimen de fiscalidad, el régimen de capitalidad, etcétera.

Los diecisiete artículos transitorios de la reforma publicada el 29 de enero de 2016 también señalaron obligaciones y prescripciones al Constituyente de la Ciudad sobre múltiples materias: la entrada en vigor de las normas relacionadas con los poderes, la organización de la Asamblea Constituyente y sus competencias, la manera en la que se debían conformar las alcaldías y sus competencias, las relaciones laborales entre la Ciudad y sus trabajadores, los derechos adquiridos de los titulares y empleados de las principales instancias de autoridad en la Ciudad, los procedimientos al interior de la Asamblea Constituyente, entre otras. Fue tan excesiva la regulación condicionante al Constituyente originario, que en contra de las reglas de financiamiento público previstas en el artículo 41 constitucional, el Consejo General del INE, con fundamento en el artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional de la Ciudad, emitió un acuerdo, que estable un financiamiento igualitario y no diferenciado para todas las fuerzas políticas.

La elección para elegir a los sesenta diputados constituyentes se celebró el primer domingo de junio de 2016, y costó organizarla al INE aproxima-

al artículo 125 de la Constitución. El amparo fue turnado al juzgado quinto de distrito en materia administrativa, y se integró el expediente 1670/2016. El amparo se declaró improcedente con fundamento en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, y se desechó. La Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el conocimiento del asunto, y al momento en que se escriben estas líneas —11 de marzo de 2017— ésta no se ha pronunciado en torno al asunto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 791-834.

damente 490 millones de pesos, de los cuales una parte importante se destinó al financiamiento de los partidos y candidatos independientes —a los partidos se destinaron 101 millones 498, 771 pesos—. El único partido que se negó a recibir recursos por concepto de financiamiento público fue Morena. La cifra del costo de la organización electoral del INE contrasta con la cifra oficial que aprobó la Asamblea Constituyente electa para su funcionamiento durante cuatro meses y medio —veinte millones de pesos—.

En la jornada electoral de junio de 2016, la fuerza más votada con veintidós diputados electos, que fue la de Morena, jamás tuvo relevancia numérica en las decisiones de la Asamblea Constituyente. Artificialmente, el mecanismo de cuarenta designados aumentó considerablemente la representación en la Asamblea Constituyente del PRI, del PAN y del PRD, en detrimento de la fuerza política que sólo había participado con candidatos electos, de conformidad con los artículos 39, 40 y 41 constitucionales.

La composición resultante de la Asamblea Constituyente, la escasa participación ciudadana en la jornada electoral —de aproximadamente el 28.5% de los inscritos en el listado nominal de electores—, la poca difusión pública de los trabajos de la Asamblea Constituyente, y la negativa a celebrar un referéndum sobre el texto aprobado por la Asamblea Constituyente, son factores que deslegitimaron a la Asamblea Constituyente y a la Constitución elaborada por ésta. Es verdad que se logró que los ciudadanos realizaran propuestas al texto del jefe de Gobierno, que tuvo el monopolio en la presentación de la iniciativa constitucional por disposición del artículo séptimo transitorio de la reforma constitucional publicada el 29 de enero de 2016. Las propuestas ciudadanas y las de los propios diputados no tuvieron trascendencia pública. Los medios de comunicación que cubrían la fuente de la Asamblea Constituyente, generalmente destacaban lo anecdótico por encima de lo importante. Los contenidos del proyecto del jefe de Gobierno y las iniciativas ciudadanas y de los diputados fueron desconocidos y jamás problematizados masiva y seriamente por los habitantes de la Ciudad.

Muchos juristas nacionales han considerado que la nueva Constitución de la Ciudad no es en realidad una Constitución, sino una ley reglamentaria del artículo 122 de la Constitución,³ y que la Asamblea Constitu-

³ Así lo sostuvo el jurista Diego Valadés, en entrevista del programa “El asalto a la razón” de *Milenio TV*, del 8 de marzo de 2016, en donde indicó que no podía ser Consti-

yente no fue un auténtico poder constituyente originario.⁴ Sobre el primer aspecto, no cabe duda que la Constitución de la Ciudad es una norma autorizada por la reforma constitucional del 29 de enero de 2016, la que precisó los alcances del trabajo del Constituyente, la forma de gobierno, la organización del poder y los límites al ejercicio del poder, y, en ese sentido, sí se puede hablar de una ley reglamentaria; aunque también es verdad que pudo ser una Constitución material,⁵ porque existieron márgenes de libertad en la Asamblea Constituyente para ampliar derechos humanos, garantizar principios democráticos y para diseñar mecanismos novedosos para limitar al poder público y fáctico,⁶ pero desgraciadamente fueron desaprovechados en la mayoría de los casos. En cuanto al señalamiento de que no se trató de un poder constituyente originario, es evidente que no lo fue, porque nació de la reforma constitucional del 29 de enero de 2016, y porque no pudo garantizar debidamente la soberanía de la nueva entidad federativa en contravención textual del artículo 41 constitucional —la Constitución de la Ciudad, en su artículo 1, numeral 4, indica que “La Ciudad es libre y autónoma en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa”— en contraposición al reconocimiento de soberanía para el resto de las entidades federativas. Se trata de una Constitución surgida de la camisa de fuerza de la reforma constitucional del 29 de enero de 2016 y de un constituyente derivado, que por su composición política dejó de maximizar los derechos humanos, los principios democráticos y los instrumentos para limitar al poder político y económico debidamente.

En estos días, en que se escriben estas líneas —9, 10 y 11 de marzo de 2017— los medios de comunicación han informado que el Ejecutivo Federal —Consejería Jurídica de la Presidencia—, la Procuraduría General de la República, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los partidos Morena y Nueva Alianza, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, la

tución si las materias más importantes de la futura Constitución ya estaban determinadas en el artículo 122 constitucional reformado y publicado el 29 de enero de 2016.

⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Poder constituyente, Constitución y cambio democrático*, México, Ubijus, 2015, pp. 19-32.

⁵ Mortati, Constantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

⁶ Córdova, Lorenzo, “¿Qué es una Constitución?”, en *Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México*, *Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la Transición Democrática*, México, núm. 41, 2016, pp. 5-17.

Junta de Conciliación y Arbitraje y el diputado Javier Quijano, han planteado acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a numerosos preceptos de la Constitución de la Ciudad —aproximadamente 40 de los 71 preceptos—. Los medios de impugnación, según señala la prensa, reclaman, entre otros, los siguientes temas: el sistema constitucional y convencional de derechos humanos, el derecho de asociación, de identidad, no discriminación e igualdad, libertad religiosa, y secreto profesional. Se sostiene que la Constitución de la Ciudad invade las competencias del Congreso de la Unión para legislar sobre procuración de justicia, justicia para adolescentes, ejecución de sanciones, aguas nacionales, salubridad, trabajo y política exterior. También se plantea la invalidez de la revocación de mandato, los requisitos para anular una elección local, el parlamento metropolitano, el Consejo de la Judicatura y las alcaldías. Como se puede apreciar, se están reclamando infracciones a las competencias federales. Veremos el curso que siguen estos recursos y si la Suprema Corte de Justicia de la Nación coloca la validez formal por encima de la validez material, qué extensión le conferirá al principio pro persona, al bloque de constitucionalidad y al parámetro de regularidad constitucional y convencional. Es evidente que casi todos los argumentos de las impugnaciones son para someter y reducir aún más los alcances de la Constitución de la Ciudad, para defender el *statu quo* jurídico prevaleciente en el país basado en una fuerte centralización y un desprecio por el federalismo, y para que a ninguna entidad de la República se le vaya a ocurrir aprobar reformas constitucionales o Constituciones con características vanguardistas. Se trata de vías de inconstitucionalidad que buscan comprimir más la “camisa de fuerza” que ya había establecido la reforma constitucional del 29 de enero de 2016 en el artículo 122 de la Constitución de la República⁷.

II. BREVE RECUENTO DE LOS DEBATES HISTÓRICOS PREVIOS

El Distrito Federal y los territorios federales fueron regulados por el Constituyente de Querétaro en el artículo 73, fracción VI, de la Constitución de 1917 —aunque su origen en el México independiente se remonta a la

⁷ *La Jornada*, 11 de marzo de 2017, p. 21, y *Reforma*, 11 de marzo de 2017, p. principal.

Constitución de 1824, con diversas variantes—. En ese precepto se contempló que los habitantes del Distrito Federal serían gobernados por leyes emanadas del Congreso de la Unión, que fungiría como Poder Legislativo local. Los ciudadanos residentes en el Distrito Federal contarían con un Poder Judicial encargado de la aplicación de las leyes locales, cuyos integrantes serían nombrados por el Congreso de la Unión. El Poder Ejecutivo se encomendaba a un gobernador nombrado y removido libremente por el presidente de la República. Sin embargo, se reconocía a los ciudadanos, la facultad de elegir a los miembros de los ayuntamientos de los municipios del Distrito Federal.⁸

Las razones por las que en 1917 el Distrito Federal no fue contemplado como estado fueron —al menos así ha sido explicado— de carácter militar y político. No se quiso un gobernador electo por los ciudadanos ni poderes electos por ellos, para que esas instancias elegidas no tuvieran el mando de la policía ni de la guardia nacional, y mucho menos de cualquier fuerza armada que pudiera oponerse a los poderes federales. Estaba reciente en la memoria de los constituyentes de Querétaro la sublevación de Victoriano Huerta contra el gobierno legítimo de Francisco I. Madero.⁹

Desde 1917 se han producido distintas reformas que han incidido en la naturaleza jurídica de la ciudad de México. Estas son las principales:¹⁰ a) en 1928 se establece constitucionalmente el Departamento del Distrito Federal, que privó al Distrito Federal de sus municipios, y se expidió la Ley Orgánica del Distrito Federal; b) en 1941 se promulgó una segunda Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal; c) en 1970 se promulgó una tercera Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal; d) en 1978 se promulgó una nueva Ley Orgánica del Distrito Federal; e) a partir de 1988 se creó la Asamblea de Representantes del Distrito Federal con miembros electos, pero con facultades limitadas de carácter reglamentario; f) en 1993 se modificó la Constitución para redefinir al Distrito Federal e instituir la Asamblea Legislativa, que ha funcionado

⁸ Barceló Rojas, Daniel A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 61.

⁹ Rodríguez Kuri, Ariel (coord.), *Historia política de la Ciudad de México (desde su fundación hasta el año 2000)*, México, El Colegio de México, 2013.

¹⁰ Carranco Zuñiga, Joel, *Régimen jurídico del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000, pp. 263-298; Contreras Bustamante, Raúl, *La Ciudad de México como Distrito Federal y entidad federativa. Historia y perspectiva*, México, Porrúa, 2016.

desde 1994; g) en 1994 se promulgó el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; h) en 1996 se reformó la Constitución para reconocer la elección ciudadana del jefe de Gobierno —lo que ocurrió en 1997—, y a partir de 2000, de los jefes delegacionales, además de establecerse los consejos ciudadanos; i) en 2014 se modificó el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal en materia político-electoral, y j) en 2016 se publicó la reforma constitucional y política de la ciudad de México para facultar la instalación de un Constituyente local.

Desde hacía mucho tiempo, tanto política como jurídicamente, se había propuesto en diversas ocasiones, que la Ciudad de México contara con una Constitución.¹¹ Por ejemplo, Manuel González Oropeza reseña que en 1998 un grupo de académicos y políticos propusieron, entre otros cambios jurídicos al antiguo Distrito Federal, los siguientes:¹²

1. Que el Distrito Federal cuente con su propia Constitución local.
2. Que se incorporen a esa Constitución los derechos de participación ciudadana.
3. Que el territorio del Distrito Federal esté dividido en demarcaciones municipales.
4. Que la Asamblea Legislativa cuente con las atribuciones para aprobar los montos de endeudamiento de la entidad, y para fincar responsabilidad al jefe de Gobierno.
5. Que el jefe de Gobierno tenga la facultad de nombramiento respecto del jefe de Policía.
6. Que se establezca una contraloría independiente, y de servicios periciales autónomos.
7. Que se establezca un tribunal constitucional para la entidad.
8. Que se integren en un solo tribunal los actuales Superior de Justicia, Contencioso Administrativo y de Conciliación y Arbitraje.
9. Que se elimine la cláusula de gobernabilidad en la integración de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

¹¹ Mejía Alcántara, Ares Nahim, *Un nuevo marco constitucional para el Distrito Federal*, México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 2006.

¹² González Oropeza, Manuel, *Digesto constitucional mexicano. La Constitución del Distrito Federal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2000, pp. 70-86.

10. Que los ciudadanos del Distrito Federal puedan ser postulados de manera independiente a los partidos.
11. Que las campañas electorales duren sesenta días, y la de los jefes de Gobierno, 75 días.

Ese anhelo fue muchas veces frustrado. Ahora se ha conseguido, con la aprobación de la Constitución de la Ciudad, publicada el 5 de febrero de 2017. Como dicen autores nacionales, en algunas de las ciudades capitales de los estados federales existe una tendencia importante hacia la descentralización política. Ésta la encontramos en ciudades como Berlín y Buenos Aires.¹³

Sin embargo, la Constitución de la Ciudad está en riesgo ante la profusión de reformas al artículo 73 de la Constitución general, para centralizar competencias en las autoridades federales. Por ello, será muy importante el análisis que realice la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las impugnaciones presentadas a la Constitución de la Ciudad en materia de federalismo. Las decisiones de la Corte marcarán el futuro constitucional en la interpretación de las competencias concurrentes, coincidentes, coexistentes o exclusivas. Por ejemplo, si las competencias conferidas a las autoridades se entienden como reglas o bien como principios, y cuáles son los métodos interpretativos de carácter constitucional que deben emplearse para interpretar un conflicto de competencias entre autoridades federales y locales.

A partir de los artículos 122 y 41 de la Constitución de la República también será muy relevante el análisis sobre la soberanía o autonomía de la Ciudad de México. Los impugnadores a la Constitución de la Ciudad insisten en una autonomía reducida, y rechazan la posibilidad de cualquier entendimiento de una autonomía amplia, y menos, cualquier consideración sobre la soberanía local, y lo que debe entenderse por ella. Algunos de ellos, como el procurador General de la República, en su acción de inconstitucionalidad, llegan a negar que la Constitución de la Ciudad contemple un catálogo de derechos humanos o que pueda establecer principios para determinar el parámetro de regularidad constitucional desde una perspectiva local. Se niega igualmente, en contra de lo previsto en dis-

¹³ Contreras Bustamante, Raúl, *La Ciudad de México como Distrito Federal y entidad federativa. Historia y perspectiva*, México, Porrúa, 2016, pp. 353-408.

tintas constituciones locales, que la Constitución de la Ciudad contemple mecanismos e instituciones de control constitucional local, así como las posibilidades para diseñar con autonomía los poderes e instituciones locales.

Por eso, lo más trascendente sobre las impugnaciones a la Constitución de la Ciudad y las resoluciones que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación consistirá en determinar el alcance normativo de cualquier Constitución local en el país. Esto es, hasta dónde en el marco de las normas constitucionales federales puede una Constitución local profundizar en materia de: 1) la definición sobre quiénes conforman la sociedad política; 2) el catálogo tanto de los derechos individuales como de los sociales, de solidaridad, así como un catálogo de deberes políticos de los ciudadanos; 3) la significación del sistema político como una democracia constitucional y las distintas modalidades de democracia que son permitidas; 4) la organización, funciones y competencias de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los órganos autónomos, del municipio, y sus respectivos procedimientos para ejercer el poder público que en ellos se ha delegado, así como el régimen de responsabilidad de sus titulares; 5) el control de constitucionalidad político y jurisdiccional para garantizar la defensa y la implementación de la Constitución estatal, incluyendo la posibilidad de contemplar principios para definir el parámetro de regularidad constitucional local, y 6) el procedimiento para la reforma de la Constitución.

Desde nuestro punto de vista, no debe perderse de vista, como dice Manuel González Oropeza, que el origen del artículo 124 de la Constitución de la República es producto de las reflexiones de Mariano Otero en el Acta de Reformas de 1847; el principio residual pretendía inicialmente un sistema confederado de competencias donde el gobierno general tuviera pocas, aunque importantes, funciones, y que los gobiernos de las entidades federativas fueran depositarios del mayor cúmulo de facultades, ya que lo explícito siempre debe ser limitativo, con respecto a lo reservado, que es implícito.¹⁴

¹⁴ González Oropeza, Manuel, "Prólogo", en Carranco Zuñiga, Joel, *Régimen jurídico del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000, p. XI.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL

Encuentro como características de la Constitución de la Ciudad a las siguientes: 1) se incorporaron elementos neoliberales al texto, que no pueden ni deben soslayarse;¹⁵ 2) se dejaron de maximizar los derechos fundamentales; 3) la democracia directa y participativa previstas no son totalmente accesibles a los ciudadanos; 4) el control del poder público no fue incrementado; 5) se reprodujo a nivel local, sin grandes innovaciones, el sistema nacional anticorrupción; 6) técnicamente se descuidó el apartado de la distribución de competencias en el nivel horizontal y vertical; 7) el Poder Judicial de la Ciudad, salvo algunos cambios en su cúspide, seguirá sin tener legitimidad democrática de origen; 8) los órganos constitucionales autónomos estarán controlados por los partidos políticos mayoritarios en el Congreso local; 9) se reconoció a los pueblos indígenas, pero sus derechos no se expandieron en materia de consulta vinculante y establecimiento de un cuarto nivel de gobierno, y 10) el desarrollo urbano y territorial de la Ciudad seguirá grandemente influido por poderes fácticos.

El texto constitucional aprobado contiene numerosos ejemplos de su impronta neoliberal; así, menciono algunos: se reconoce a la propiedad privada de manera destacada sobre la propiedad social, pública y común; se eliminó el principio de progresividad fiscal previsto en la iniciativa del jefe de Gobierno; el tratamiento de las aguas en la Ciudad puede ser privatizado al igual que el espacio público, y en la planeación del desarrollo urbano y territorial de la Ciudad se permite la participación de los intereses privados. A estos elementos me referiré con mayor abundancia en las siguientes páginas.

Los derechos humanos es un título amplio en la Constitución. Se reconocieron derechos que son importantes para las personas, como el derecho al mínimo vital, el derecho a la vida y a la muerte digna, derechos a los cuidados, a la salud sexual y reproductiva; se amplió el derecho a la educación pública; se reconoció el derecho a la ciencia y tecnología, el derecho a un gobierno honesto, entre otros. Sin embargo, la Asamblea Constituyente no quiso reconocer el derecho a la renta básica; no aceptó

¹⁵ Sobre el alcance y significado del neoliberalismo véase Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007.

el derecho de la mujer a decidir; no se reconoció la obligación de los poderes fácticos para garantizar los derechos humanos; no se reconocieron los derechos a la resistencia y a la desobediencia civil, el derecho a votar a partir de dieciséis años, el derecho de los procesados a votar y ser votados, y, sobre todo, se condicionó la garantía de los derechos —fundamentalmente en el caso de los derechos sociales— a las posibilidades presupuestales de la Ciudad.

En materia de democracia directa y participativa, se establecieron las modalidades más importantes de estas vías de participación. El déficit del texto constitucional reside en los excesivos requisitos para promoverlos, en las condiciones que establece la Constitución para ejercitarlos, y en los supuestos para que sus resultados puedan ser vinculantes y obligatorios. En algunos casos, como en el derecho a la consulta, se remite a lo que establezca la ley. En materia de referéndum respecto a las reformas constitucionales se impide que los ciudadanos inicien el procedimiento, señalándose que sólo pueden instarlo las dos terceras partes de los integrantes del Congreso local.

Las facultades de control del Congreso local al jefe de Gobierno y de los concejos en las alcaldías son muy limitadas.¹⁶ La administración pública de la Ciudad, regulada en un solo precepto de la Constitución, tiene un margen de libertad asombroso para ejercer el presupuesto. Los controles de constitucionalidad no cuentan con un tribunal independiente que sea plenamente garante de los derechos humanos y de los principios democráticos. De acuerdo con la Constitución, es una sala constitucional, cuyos titulares serán designados por los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, la que se encargará de conocer los recursos para proteger y restituir derechos humanos, para conocer de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y acciones constitucionales por omisión legislativa.

Los defectos del sistema nacional anticorrupción se reprodujeron en la Constitución de la Ciudad.¹⁷ La corrupción se origina por el débil o inexistente control al poder formal y fáctico, y por la ausencia de participación

¹⁶ Mora-Donatto, Cecilia, *Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada*, México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2006, p. 8.

¹⁷ Pahuamba Rosas, Baltazar, *El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos*, México, Espress, 2016.

ciudadana en la vigilancia y supervisión de las auditorías. Los mecanismos anticorrupción, según la Constitución de la Ciudad, estarán coordinados y dirigidos por funcionarios públicos nombrados por los vigilados —los partidos mayoritarios en el Congreso local— y no por los ciudadanos. La corrupción debe combatirse fundamentalmente con los mecanismos de democracia participativa y directa para que las principales decisiones administrativas de las autoridades de la Ciudad se tomen mediante consulta previa, obligatoria y vinculante con los ciudadanos. La Constitución no protege los derechos laborales, políticos y cívicos de quienes denuncien actos de corrupción en el servicio público, el sector social y las empresas privadas. Las normas sobre austeridad son del todo incompletas; se establecieron en el artículo 36 transitorio de la Constitución. No se previó que los indicadores del desempeño debieran, en caso de ser violados, implicar el delito de traición al mandato por parte de los servidores públicos electos. A los contratistas, concesionarios, permisionarios, personas físicas, accionistas y/o directivos de empresas no se les prohíbe donar recursos en efectivo o en especie a las precampañas y campañas. Los contratistas o concesionarios que donaran a las campañas no deberían participar durante quince años en las licitaciones, contratos u obras públicas. La Constitución no señaló que los delitos de corrupción son imprescriptibles. Tampoco se obligó a los particulares que ejerzan o administren recursos públicos o reciban contratos, concesiones, permisos y autorizaciones, para que publiquen sus declaraciones patrimoniales, de interés y fiscales. La Constitución no prohíbe las asociaciones público-privadas por ser mecanismos de endeudamiento encubierto y de generación corrupción. La fiscalización del presupuesto no corresponde a los ciudadanos en estrecha coordinación con la Auditoría Superior de la Ciudad.

En un tema muy grave, se descuidaron los mecanismos de solución a los conflictos de competencia entre los poderes y los niveles de gobierno. Es verdad que existen algunos en el texto, como la garantía de los principios de subsidiariedad y proximidad —artículo 53— en materia de alcaldías, pero la Constitución, pudiendo haber precisado las diferentes hipótesis del conflicto competencial, dejó totalmente abierto el tema a la interpretación constitucional que en su momento haga la Sala Constitucional o los tribunales federales.

Respecto al Poder Judicial local, se reformularon los procedimientos de designación de magistrados para no darle poder a los ciudadanos en la

elección de los titulares del Poder Judicial local —seguirán careciendo de legitimidad democrática de origen, en contra del artículo 39 de la Constitución de la República, a pesar de ser un poder público—. Sin embargo, dados los excesos del presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, se determinó que los presidentes de esa instancia no podrían durar en el encargo más de un año sin posibilidad de reelección, y se indicó que el presidente del Tribunal no puede presidir el Consejo de la Judicatura local.¹⁸ La Constitución no orientó al Poder Judicial local al control ciudadano, a la transparencia ni a la rendición de cuentas.

Los titulares de los órganos constitucionales autónomos no serán electos por los ciudadanos, y serán designados por mayoría calificada del Congreso local a propuesta de consejos ciudadanos. Es decir, no tendrán la debida independencia para servir de contrapeso a las instituciones de la Ciudad, fundamentalmente al jefe de Gobierno y al Congreso local. Los órganos constitucionales autónomos de la Ciudad continuarán partidocratizados, y sin esperanza de que cumplan plenamente los fines que la Constitución les ha determinado.

En materia de pueblos originarios y comunidades indígenas residentes, la Asamblea Constituyente se resistió a que se consultara la totalidad de la Constitución con esas comunidades. Sólo se les consultaron tres artículos de la Constitución, los que directamente les afectaban. Las consultas aparentemente se realizaron en la Ciudad. En cuanto a las deficiencias del título relacionado con ellos, encuentro las siguientes: no se previó que las reformas constitucionales sean consultadas a los pueblos originarios y comunidades indígenas residentes; no se contempló que las consultas deban ser vinculantes; no se determinó que los pueblos originarios y las comunidades indígenas residentes constituyen un cuarto orden de gobierno; no se

¹⁸ En contra de estas tibias reformas, el Pleno de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad —71 de los 76 magistrados presentes— decidió promover una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para invalidar los artículos 35 y 37 de la Constitución de la Ciudad. El artículo 35 alude a la integración del Consejo de la Judicatura, y a que éste no será presidido por el presidente del Tribunal —el que durará en el encargo de presidente del tribunal por un año, y no podrá reelegirse—, y que el citado Consejo de la Judicatura sólo estará integrado por tres miembros judiciales de los siete que lo integran. El artículo 37 señala la composición y funciones del Consejo Judicial Ciudadano. Los magistrados argumentan que el esquema del Consejo de la Judicatura de la Ciudad no es compatible con el previsto en la Constitución de la República.

garantizó debidamente la autonomía territorial de los pueblos originarios, y las instituciones de la Ciudad no se conforman pluriétnicamente; es decir, no habrá representación de pueblos y comunidades indígenas residentes en las titularidades del Poder Judicial local ni en el gabinete del titular del Ejecutivo local ni en los órganos constitucionales autónomos.

El título constitucional relativo al desarrollo y a la planeación democrática de la Ciudad, que fue motivo de las apetencias de los desarrolladores urbanos de la Ciudad, permite que en la definición de todas las políticas urbanas y de planeación democrática de la Ciudad participen los intereses económicos privados, que durante la Asamblea Constituyente se opusieron a las contribuciones por plusvalías, se negaron a prohibir los procesos de gentrificación y de segregación social por especulación urbana, y lucharon para que el Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva fuera un organismo descentralizado, y no un ente cuyos titulares fueran electos por los ciudadanos.

IV. LOS RASGOS NEOLIBERALES EN LA CONSTITUCIÓN¹⁹

Estas características son numerosas, e inician desde el artículo 1, numeral 7, de la Constitución de la Ciudad, que dispone: “La sustentabilidad de la Ciudad exige eficiencia en el uso del territorio, así como en la gestión de bienes públicos, infraestructura, servicios y equipamiento. De ello depende su competitividad, productividad y prosperidad”. Estimo que se trata de rasgos y principios neoliberales, porque la sustentabilidad no se propone para maximizar derechos humanos o garantizar el uso social y en beneficio de todos del territorio, sino de unos cuantos privilegiados, para garantizar principios puramente económicos, desvinculados de lo social, como son la eficiencia, la competitividad, la productividad y la prosperidad, sin que se especifique respecto a la última para quién será.

El artículo 3o., párrafo 2, inciso a), de la Constitución de la Ciudad, que se refiere a los principios rectores, asume de manera destacada y preponderante al derecho de propiedad privada, y deja a la propiedad social y comunal, en un mero reconocimiento. En esta porción normativa, la Constitución de la Ciudad no se fundamentó en los párrafos primero y

¹⁹ Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 16 y 17.

tercero del artículo 27 de la Constitución de la República, los que confieren a la nación la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio, ni se indicó que la nación es la que tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, ni tampoco se basó el precepto en el derecho de la nación para imponer en todo tiempo a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como de regular en beneficio social los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza.

En materia de progresividad de derechos —artículo 5o., A, numeral 1, de la Constitución—, el ordenamiento precisa que las autoridades de la Ciudad adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas y las que sean necesarias hasta el máximo de recursos públicos que se disponga, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos. La norma claramente condiciona la efectividad de los derechos a los recursos con los que cuente la hacienda pública local, y no obliga, como lo hacen la Constitución italiana y española, a remover obstáculos, que tienen que ver con el modelo de desarrollo, para garantizar la efectividad de los derechos. Tampoco la norma se orienta totalmente por los principios de Limburgo,²⁰ que pretenden la plena exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Además, el deber de cumplimiento con los derechos sociales en la Constitución de la Ciudad lo tienen las autoridades, nunca los particulares, lo que impide una adecuada distribución de la riqueza. Es decir, en la Constitución de la Ciudad no es aplicable la doctrina de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*).²¹ El diseño constitucional está pensado para no modificar el *statu quo*, para no alterar el modelo de dominación capitalista que hoy prevalece en la Ciudad, en el país y en el mundo.

La exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, que contempla el artículo 5o., apartado B, de la Constitución, que se realizará a través de la acción de protección efectiva de derechos y el juicio de restitución obligatoria, son instrumentos procesales que serán conocidos por autoridades y

²⁰ Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1987.

²¹ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

respecto a actos u omisiones de las autoridades. En la Ciudad, los particulares —principalmente los poderes fácticos— pueden violar derechos humanos de las personas o de las colectividades, y respecto a esas conductas no caben directamente remedios procesales para reclamar la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos, sobre todo los de carácter social.

En la Constitución de la Ciudad, a pesar de que existieron iniciativas en ese sentido, no se quisieron aceptar como derechos humanos de carácter social a los programas sociales, que en disposiciones administrativas o en leyes secundarias ya se reconocen en la Ciudad. En mi caso propuse la siguiente redacción:

Se reconocen en esta Constitución como derechos humanos de carácter social todos los programas sociales existentes en la Ciudad, ya sea que se encuentren contemplados en la ley o en programas sociales, entre otros, los siguientes: el programa para acceder a: la pensión de adultos mayores, la beca de discapacidad, la beca de madres solteras, la beca a estudiantes de bachillerato, los uniformes escolares, los útiles escolares, los microcréditos, el apoyo a unidades habitacionales de interés social, el seguro de desempleo, los comedores comunitarios y públicos, el mejoramiento barrial, el seguro contra la violencia familiar, el apoyo a pueblos originarios y comunidades indígenas, y todos los programas y políticas públicas sociales vinculados a los grupos más vulnerables de la sociedad.²²

La voluntad de la mayor parte de las diputadas y diputados constituyentes implicó rechazar o disminuir los contenidos de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, porque eran costosos. Al inicio de las sesiones del pleno del constituyente, los diputados del grupo parlamentario del PAN pidieron, sin éxito, que el gobierno de la ciudad, a través de su Secretaría de Finanzas, elaborara un estudio presupuestal en el que se determinara el costo que iba a tener cada derecho de carácter social. “cuánto iban a costar los derechos”. Ese argumento se mantuvo a lo largo de los trabajos de la Asamblea Constituyente, y no sólo en las filas del PAN.

Una prueba de cómo se limitaron derechos importantes que se contenían en la iniciativa del jefe de Gobierno está relacionada con el derecho

²² Iniciativa por mí elaborada el 29 de octubre de 2016, *Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México*, *Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*.

a la renta básica.²³ En el artículo 9, A, numeral 2, de la Constitución de la Ciudad, se reconoció el derecho al mínimo vital, pero no el de renta básica. El último entrañaría que en la Ciudad cada persona, desde su nacimiento hasta la muerte, recibiera en efectivo una cantidad suficiente para desarrollar con dignidad sus planes y proyectos de vida. El derecho al mínimo vital, que ya había sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, significa el apoyo, fundamentalmente en especie, a los sectores más desvalidos de la población, para que no perezcan de hambre. La renta básica es un derecho universal; todos tendríamos acceso a él, sin importar nuestra condición social o económica, y el mínimo vital es un derecho focalizado, que aunque no se desdeña porque atiende a la población más empobrecida, presenta características asistenciales, susceptibles de empleo clientelar y corporativo por los partidos políticos y con fines electorales.

El derecho humano al agua motivó algunos de los debates más encendidos, incluyendo las polémicas al interior de los grupos parlamentarios, como fue el caso de Morena, en donde una buena parte de las diputadas y diputados de ese grupo consideraron que se había logrado evitar la privatización del agua, y otros insisten que en materia de gestión probablemente así lo era, pero en materia de saneamiento, los procesos permitían la privatización.²⁴ Las razones de nuestros argumentos, de los que sostenemos que el agua puede ser privatizada, son dos: 1) el artículo 16, B, numeral 4, de la Constitución, confiere a un organismo público de la Ciudad el servicio público de potabilización, distribución, abasto y drenaje —la norma indica que ese servicio no puede ser privatizado—; sin embargo, todo dependerá de lo que se entienda por “privatización”, pues no es impensable que ese organismo contrate o concesione a particulares procesos importantes vinculados al agua, y 2) el saneamiento o tratamiento del agua y su reutilización quedaron fuera de las hipótesis del artículo citado, lo que significa que todos esos procesos sí podrán ser privatizados. No hay duda de que la privatización de los recursos naturales que pertenecen a la nación es una de las características fundamentales del neoliberalismo.

²³ Pisarello, Gerardo y De Cabo, Antonio, *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.

²⁴ Sobre los problemas de la sustentabilidad hídrica en la Ciudad, véase Simental Franco, Víctor Amaury, *La Ciudad de México. Un espacio socio-urbano no sustentable. Una propuesta de sustentabilidad hídrica*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

El espacio público puede ser susceptible de privatización y de apropiación por los particulares —artículo 16, apartado G, numerales 1, 2, 3, 4 y 5—. La Constitución de la Ciudad, en este punto, como en otros, no tuvo un compromiso fuerte con lo público, lo social y lo común. Se incorporan excepciones y rendijas que permiten la apropiación de lo que es de todos, especialmente la apropiación que realizan, y lo continuarán haciendo, los grandes capitales inmobiliarios de la ciudad, tanto del espacio público como del espacio aéreo, que se empleará para la construcción de megadesarrollos urbanos. Por ejemplo, no se prohibió la gentrificación ni la expulsión social de las colonias y barrios por especulación urbana —artículo 16, apartado C, numeral 4—. No se restringió la expansión sobre las áreas de conservación y de patrimonio naturales —artículo 16, apartado C, numeral 3—. Tampoco se prohíbe que el suelo rural se transforme en urbano —artículo 16, apartado D—.

En materia de hacienda pública, los ingresos y egresos no se orientan, como señala el artículo 5o., apartado A, numeral 3, al cumplimiento efectivo de los derechos, sino a incrementar la infraestructura y el patrimonio públicos, a garantizar servicios de calidad, al impulso de la actividad económica, al empleo, etcétera —artículo 21, apartado A, numeral 2—. Además, en la Constitución se eliminó el principio de progresividad fiscal, que hubiera implicado que la tasa o tarifa de los impuestos se incrementara de manera móvil conforme aumentaran los ingresos de las personas: “que pague más quien más ingresos tiene conforme sus ganancias vayan aumentando”.²⁵ La bancada del PAN, especialmente el diputado Cordeiro, convenció a los integrantes de su grupo y a los del PRI, para que ese principio de carácter fiscal quedara eliminado del numeral 4 del artículo 21, apartado A, de la Constitución. Se trató, evidentemente, de una propuesta en beneficio de los más acaudalados. En general, en materia hacendaria los objetivos sociales de las finanzas públicas que en el título de derechos humanos están en primer lugar, en el capítulo específico de las finanzas, se relativizan con otros objetivos, como son el de incrementar la infraestructura y el patrimonio público, garantizar servicios de calidad e impulsar la actividad económica —se entiende que es la privada, no la cooperativa y solidaria—.

²⁵ Neumark, Fritz, *Principios de la imposición*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 189-197.

V. LA MINIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS

La iniciativa de texto constitucional del jefe de Gobierno para la Constitución de la Ciudad aludió sólo al bloque, pero no al parámetro de regularidad constitucional y convencional. En la Constitución de la Ciudad, en su artículo 4o., ambas categorías en sus alcances quedaron desdibujadas. El bloque es una categoría vinculada a los contenidos y extensión de un sistema constitucional y convencional. Se puede decir que el bloque está integrado por todos los derechos fundamentales de fuente constitucional y convencional; por las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el Estado mexicano no haya sido parte; por el *soft law* de los derechos humanos; por ejemplo, observaciones y resoluciones de los comités de la Organización de las Naciones Unidas y del sistema interamericano de derechos humanos; por la jurisprudencia constitucional nacional; por disposiciones legales y reglamentarias del ordenamiento nacional que maximizan derechos humanos. Es decir, el bloque se compone por todo el sistema de fuentes de un sistema jurídico, incluyendo el conjunto de valores y principios que subyacen al sistema constitucional; el contexto que se compone con el cúmulo de prácticas, convenciones y costumbres enraizadas en la conciencia social; por los valores culturales en los que se asienta el sistema constitucional, y por el valor de la dignidad humana.

En cambio, el parámetro de regularidad de constitucionalidad y convencionalidad es un concepto adjetivo, de carácter procesal, que permite a jueces y a autoridades en general, determinar cuándo una norma o un acto —acción u omisión— de autoridad es constitucional y convencional. Es decir, son los criterios procesales para realizar un enjuiciamiento de constitucionalidad y convencionalidad, en donde, por ejemplo, una norma de menor jerarquía puede derrotar a la de mayor jerarquía si la de menor jerarquía optimiza de manera más amplia los derechos humanos, o en donde el concepto de validez formal —que la autoridad al aprobar la norma general y abstracta sea competente y se siga el procedimiento previamente establecido— puede quedar derrotado por una validez material o sustantiva que amplíe el nivel de protección de los derechos.²⁶

Una Constitución progresista debió ampliar el bloque a lo que hemos referido anteriormente. Además de lo expuesto, el bloque debe integrarse

²⁶ Astudillo, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 147.

por los derechos que se conquistan por los habitantes de la Ciudad frente y respecto a las autoridades y frente y respecto a los particulares. En la Ciudad, el bloque debe implicar que los derechos humanos y sus garantías no sean susceptibles de suspensión. El bloque se compone también por las garantías sustantivas que obligan a las autoridades y particulares a hacer, no hacer o a dar.

El derecho internacional de los derechos humanos puede ir más allá de los textos constitucionales nacionales, y por tanto debe prevalecer sobre el derecho interno. Ese alcance mayor en los derechos debe preferirse aunque la Constitución de la República establezca una limitación. Argumentar en contra de esta premisa equivale a desconocer el carácter *pro homine* de los derechos. Cuando el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución de la República alude a que la prevalencia de los tratados e instrumentos internacionales se da siempre y cuando la Constitución no los restrinja o suspenda, desde nuestro punto de vista, deben entenderse en sentido estricto esas expresiones jurídicas, tal como lo expuso el ministro Cossío Díaz cuando señaló que no cualquier limitación en los derechos que establezca la Constitución debe considerarse restricción o suspensión. Esos términos deben quedar reservados, y nada más, para los supuestos de suspensión de garantías contemplados en el artículo 29 de la Constitución de la República.²⁷ De ahí que en la Constitución de la Ciudad debió establecerse que los tratados, resoluciones internacionales y observaciones generales se imponen por encima del derecho interno, incluyendo la Constitución de la República, cuando esas normas y principios maximicen los derechos humanos en mayor medida que el derecho interno, sin que importen las limitaciones que establezca la Constitución de la República o la Constitución de la Ciudad, salvo el caso de la suspensión de garantías del artículo 29 constitucional.

Igualmente, como se conoce en la doctrina jurídica, los derechos fundamentales no sólo son oponibles frente y respecto a las autoridades, sino frente y respecto a los particulares. En nuestro tiempo, en épocas del neoliberalismo y de poderes salvajes, los principales violadores de derechos humanos no son sólo las autoridades, sino también los poderes fácticos

²⁷ Cossío Díaz, José Ramón, "Intervención", sesión pública ordinaria, 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011.

nacionales y transnacionales. De ahí que los derechos humanos deben ser oponibles a los particulares, y éstos, dependiendo de las circunstancias del caso, tienen las mismas obligaciones que las autoridades: promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

La Constitución de la Ciudad es bastante conservadora, porque busca proteger a los grandes intereses económicos que operan en la Ciudad. Las autoridades en este esquema son los representantes de esos intereses, y por ello, sólo frente a ellas cabe la exigencia de satisfacción de los derechos humanos, cuando lo procedente es también hacer reclamables los derechos frente a las autoridades y también frente a los particulares.

Por otra parte, resultó grave que la Constitución no asumiera la importancia del principio de proporcionalidad y la pluralidad de métodos de interpretación de los derechos fundamentales. A este respecto, recuerdo que el principio de proporcionalidad es, hoy en día, uno de los métodos de interpretación constitucional más trascendentes. Las autoridades pueden acudir a otros métodos o reglas de interpretación y de argumentación cuando existen conflictos o colisiones en entre principios; por ejemplo, a la unidad constitucional, a la corrección funcional, a la efectividad constitucional, a la fuerza normativa de la Constitución, a la armonización de los bienes constitucionales, entre otros. Sin embargo, entre todos los métodos y reglas de interpretación o de argumentación constitucional destaca el principio de proporcionalidad,²⁸ que no fue atendido por el texto constitucional de la Ciudad como el método para atender conflictos entre principios y valores constitucionales.

En cuanto a la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos —artículo 5o., apartado B, de la Constitución de la Ciudad—, cabe recordar que la

²⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; Clérico, Laura et al. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011; Gardbaum, Stephen, “A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, University of California, Los Angeles, vol. 4, 2010; Höllander, Pavel, “El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?”, en *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Jan-R. Sieckmann (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2011; Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., México, UNAM, 2007, y Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.

Constitución italiana del 22 de diciembre de 1947 dispone en su artículo 3o. lo siguiente:

Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

El artículo 9.2 de la Constitución española de 1978 señala:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen dentro de sus principios interpretativos, que los Estados partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto, y agregan que lograr progresivamente los derechos no implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente sus esferas para asegurar la efectividad de los derechos. Esto implica que se deben desarrollar los recursos dentro de la sociedad concreta hasta el máximo de lo que se disponga.

Lo anterior quiere decir, en tanto que los Principios de Limburgo forman parte del derecho mexicano, según el párrafo primero de la Constitución de la República, que:

1. Se deben utilizar todos los medios —legislativos, judiciales, administrativos, económicos, sociales, educacionales, etcétera— para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. La progresividad no implica aplazar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.
3. Se prohíbe la regresividad en la satisfacción y alcance de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.
4. Cada sociedad debe desarrollar y generar los recursos necesarios para satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales.
5. En los términos del artículo 3o. de la Constitución italiana, es obligación de las instituciones de la Ciudad, suprimir los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas.
6. De acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución española, las autoridades deben remover los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud de los derechos económicos sociales y culturales.

La Constitución de la Ciudad debió, en materia de derechos humanos, establecer, sin lugar a duda alguna, que:

1. Todas las personas que habitan la Ciudad tienen reconocidas las garantías sustantivas que obligan a las autoridades y particulares a hacer, no hacer o dar para asegurar la satisfacción de sus derechos humanos.
2. Todas las personas tienen el derecho a las garantías procesales para posibilitar sus derechos individuales y colectivos que recoge la Constitución general de la República, los tratados sobre derechos humanos ratificados por México, las que deriven de resoluciones internacionales aunque el Estado mexicano no haya sido parte, la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto, y las que sean reconocidas por las autoridades competentes y hayan surgido de las luchas históricas, sociales y políticas de los habitantes de la Ciudad.
3. La Constitución de la Ciudad debió indicar que las instituciones de la Ciudad deben utilizar todos los medios para cumplir con las obligaciones derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
4. La progresividad de los derechos no debe implicar aplazar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

5. Se debió prohibir la regresividad en la satisfacción y cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.
6. Se debió determinar la obligación de las instituciones de la Ciudad para suprimir y remover los obstáculos de orden económico y social que limitaran de hecho la libertad y la igualdad de las personas.
7. El sistema presupuestario y fiscal se debió orientar fundamentalmente a garantizar los derechos reconocidos en la Constitución.
8. La política hacendaria de la Ciudad debió orientarse por el criterio de redistribución progresiva de los recursos fiscales, asegurando que las contribuciones provengan en proporción suficiente de quienes más recursos tienen, y que el gasto público se oriente a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y a la producción de bienes y servicios para los habitantes de la ciudad que menos tienen. Este criterio se debe aplicar sin demérito de asegurar la atención de las necesidades marcadas por el interés general y los derechos universales de los habitantes de la Ciudad.
9. La cuantía de la hacienda pública de la Ciudad debió determinarse con el criterio de suficiencia para atender las necesidades sociales, económicas y culturales de la entidad. Los ingresos recaudados por la Ciudad en un ejercicio fiscal no deben dejar de ejercerse en el mismo. Si esto último ocurriera, los sobrantes estimados deberán incorporarse de inmediato a la Iniciativa de Ley de Ingresos del año fiscal inmediato siguiente, como recursos extraordinarios a ser considerados también en el proyecto de presupuesto de egresos de la ciudad.
10. El subejercicio de recursos fiscales no justificado debió ser falta grave cometida por los servidores públicos responsables y ser sancionada en los términos que determine la ley.
11. El presupuesto de egresos aprobado por el Congreso en cada ejercicio fiscal debió asegurar los recursos necesarios para que el gobierno atienda la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, así como sus responsabilidades con los sectores estratégicos y prioritarios de la economía.

Tanto en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como en otros derechos, la Constitución fracasó. Por ejemplo: no se reconoció el derecho a la renta básica; el derecho de la mujer a

decidir sobre su embarazo; no se reconoció el derecho a usar la *cannabis* con fines recreativos; no se reconoció el derecho a la resistencia frente a la opresión ni la desobediencia civil; no reconoció la prohibición en todas sus formas de la publicidad gubernamental; aunque reconoció el derecho a la muerte digna, no quiso expresamente señalar el derecho a la eutanasia; no se garantizó el saneamiento público del agua; no se reconoció el derecho de todo joven de la Ciudad a votar a partir de los dieciséis años y a no ser rechazado de las instituciones de educación superior; no se estableció que las evaluaciones al magisterio no pueden ser punitivas sino para elevar y mejorar la calidad de la educación; en materia de trabajo no se prohibió el *outsourcing* ni se reconoció el derecho de los trabajadores no asalariados a recibir una pensión con cargo a las instituciones de la Ciudad y a sus propias aportaciones; el derecho a la salud no es plenamente universal; ni se garantizó con suficiencia el derecho a la alimentación y la vivienda; el derecho a la ciudad fue exiguamente regulado; el derecho de los animales no implicó la prohibición de la fiesta de toros o las peleas de gallos, y no se quiso prohibir la vigencia en la Ciudad —ante la inminente militarización del país— del derecho penal del enemigo.

VI. LA EXIGUA DEMOCRACIA DIRECTA Y PARTICIPATIVA EN LA CIUDAD²⁹

El artículo 22 de la Constitución de la Ciudad no reconoció como parte de su población —se orientó por una concepción individualista— a los pueblos originarios, a las comunidades indígenas residentes y a los afroamericanos. Tampoco aceptó esa norma sobre población, a los desplazados y migrantes que así se reconozcan conforme al derecho internacional. Esos colectivos se remitieron a otros preceptos de la Constitución de la Ciudad con otros propósitos ajenos al componente de la población de la Ciudad.

²⁹ Santos, Boaventura de Sousa *et al.*, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 391-486; Avritzer, Leonardo, “Modelos de deliberación democrática: un análisis del presupuesto participativo en Brasil”, en *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, *cit.*, pp. 487-518; Cortina, Adela, “Ética del discurso y democracia participativa”, *Sistema*, núm. 112, enero de 1993, pp. 25-40; Cronin, Thomas E., *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 126, 127, 225 y 226; Krause, Martín y Molteni, Margarita (coords.), *Democracia directa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

Se estableció un precepto sobre los deberes de las personas, y en él —artículo 23 de la Constitución—, por ningún motivo se quiso reconocer como deber el de desobedecer leyes que no tengan origen en procedimientos democráticos, y que en ellas no se garanticen los derechos humanos. El deber de desobedecer la ley injusta se esfumó de la Constitución. Un paso trascendental implicaba aceptar que sólo existe el deber de obedecer la ley justa y democrática, pues la ley injusta no constituye derecho. La desobediencia civil, que es un procedimiento democrático de carácter liberal de añeja tradición filosófica, se omitió en la Constitución de la Ciudad.

En el artículo 24 de la Constitución de la Ciudad se eliminó la importante categoría de ciudadanía universal, que implicaba garantizar la construcción de ciudadanía activa desde la niñez. Tampoco se quiso reconocer el derecho a votar a partir de los dieciséis años, el derecho de los procesados no sentenciados a votar y ser votados, en contradicción con el principio de presunción de inocencia. Se negó el voto activo a los extranjeros con más de dos años de vecindad en la Ciudad. Y no se quiso incorporar que ningún ciudadano puede ser detenido la víspera o el día de las elecciones, sino por delito flagrante, y en este caso la autoridad tomaría las providencias necesarias para la aprehensión, después de que se hubiera depositado el voto o que haya transcurrido el tiempo para ejercer ese derecho —precepto que existe en la Constitución de Chihuahua—.

En materia de iniciativa legislativa ciudadana no se quiso garantizar, como en la Constitución del Estado de México, que cualquier persona puede promover iniciativas de ley —se exigen 0.13% de las firmas del listado nominal—. Para que las iniciativas ciudadanas tengan carácter preferente se exige el 0.25% de firmas del listado nominal. Desde nuestro punto de vista, las iniciativas ciudadanas siempre son preferentes a las de las autoridades.

No se quiso reconocer el derecho ciudadano a aprobar mediante referéndum las reformas a esta Constitución —sólo el Congreso, por dos terceras partes de sus integrantes, puede hacerlo—. En el caso de normas constitucionales o leyes constitucionales, el referéndum debió ser obligatorio, y en los demás casos de normas generales y abstractas debió proceder a solicitud de: *a)* el 0.2% de los ciudadanos inscritos en el listado nominal de electores de la ciudad; *b)* una décima parte de los integrantes del Congreso local, o *c)* una décima parte de las alcaldías. El referéndum debió aceptarse para todas las materias, salvo cuando la propuesta de los

solicitantes tenga por fin suprimir derechos humanos. Sin embargo, la redacción del artículo 25, apartado C, de la Constitución de la Ciudad, incrementa requisitos e impide el referéndum sobre disposiciones tributarias y penales.

El plebiscito, que es la consulta sobre políticas públicas del Ejecutivo local o de las alcaldías, podrá solicitarse tanto por el 0.4% de los inscritos en el listado nominal de electores como por el Ejecutivo local, una tercera parte de los integrantes del Congreso o una tercera parte de las alcaldías. Se trata de requisitos excesivos, y se impide en materia fiscal, tributaria y penal.

En materia de consulta no se quiso incorporar al texto de la Constitución, que en tratándose de decisiones que afecten el hábitat, al entorno ecológico o el patrimonio histórico y cultural, así como el uso del suelo por megaproyectos públicos o privados, la consulta debe ser obligatoria y vinculante, y no precisará de firmas ciudadanas. Tampoco se aceptó reconocer que las consultas y los procedimientos de consentimiento a los pueblos originarios, comunidades indígenas y afromexicanas sobre disposiciones constitucionales, legislativas y administrativas, susceptibles de afectarles, deben ser informados, previos, obligatorios, vinculantes y eficaces, ni que los ciudadanos tienen derecho a promover consultas sobre cualquier acción u omisión de las autoridades. De acuerdo con el artículo 25, apartado E, numeral 2, se requiere el 2% de firmas de ciudadanos de la demarcación correspondiente para promover una consulta ciudadana, la que se registrará en los términos de la ley secundaria.

La consulta popular, que es una consulta que se debe realizar solamente el día de las elecciones, exige que la soliciten el 2% de los ciudadanos inscritos en el listado nominal de electores. No puede plantearse en materia fiscal, tributaria y penal.

Las y los ciudadanos tienen derecho a solicitar la revocación de mandato de representantes electos cuando así lo demande el 10% de las personas inscritas en la lista nominal de electores en el ámbito respectivo. Sólo procede cuando haya transcurrido la mitad del mandato, y para que sea vinculante debe participar al menos del 40% de los inscritos en el listado nominal de electores y haber votado el 60% de ellos a favor de la revocación. Se trata de una regulación que dificulta en gran medida la revocación del mandato de los servidores públicos electos.

En democracia participativa, la figura más importante es el presupuesto participativo. Éste jamás procede sobre el 100% del presupuesto. Su regulación queda a lo que determine la ley secundaria —artículo 26, apartado B, numeral 2, de la Constitución—.

VII. EL CONTROL AL PODER PÚBLICO

No se quiso prever un apartado específico en la Constitución que regulara las facultades de control del Congreso. Todo Poder Legislativo tiene facultades de control, de orientación de la acción política del gobierno y las legislativas tradicionales.³⁰ Las facultades de control quedaron desdibujadas, y se conservaron las tradicionales en aras de garantizar el poder del Ejecutivo local y de los alcaldes. Por ejemplo, la no aprobación de la cuenta pública por parte del Congreso no trae aparejada consecuencia jurídica alguna —la destitución del responsable, por ejemplo—. La creación de comisiones de investigación entrañan, según el texto de la Constitución (artículo 29, apartado D), exigir que la mitad más uno de los legisladores presentes las aprueben; es decir, nunca esas comisiones de investigación estarán en manos de las minorías parlamentarias.

En las alcaldías, el diseño es profundamente presidencialista. Los concejos no tendrán suficientes poderes de contrapeso, supervisión, vigilancia y auditoría a los alcaldes —artículo 53, apartado C—. La ausencia de controles en este ámbito, como en otros, va en detrimento de los ciudadanos, pues sin controles profundos y amplios de los concejos los servicios públicos no tendrán la suficiencia ni la calidad debida. Los concejos debieron ser instrumentos poderosos de control sobre las competencias de los alcaldes. Desde mi punto de vista, se debió diseñar a la alcaldía como una institución de funcionamiento conjunto para las principales tareas de dirección entre el alcalde y los concejos.

La administración pública de la Ciudad desde la Constitución quedó sin asideros para un adecuado control —sólo un precepto, el 33, se refiere a tan importante tema—. No se debe olvidar que en la administración pública del gobierno central de la Ciudad se ejerce más del 80% del presupuesto local, motivo que exigía señalar en esa norma los principios

³⁰ Santaolalla, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, pp. 235-237.

de actuación y de control de la administración pública local, tales como reglas en materia de fideicomisos, concesiones, permisos, autorizaciones, ejercicio del presupuesto, subejercicios, ahorros, etcétera. No se hizo, y se omitió un control evidente para garantizar la calidad en su funcionamiento.

Los controles de constitucionalidad previstos en la Constitución de la Ciudad no cuentan con un tribunal constitucional independiente que sea plenamente garante de los derechos humanos y de los principios democráticos. De acuerdo con la Constitución, es una sala constitucional —artículo 36—, cuyos titulares serán designados por los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, la que se encargará de conocer los recursos para proteger y restituir derechos humanos, para conocer de acciones de inconstitucionalidad, de controversias constitucionales y acciones por omisión legislativa. La gravedad en la deficiencia de la regulación deriva del hecho de que el Tribunal Constitucional, que se pretendía iba a funcionar de manera independiente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, era que iba ser la piedra angular de toda la Constitución. Sin Tribunal Constitucional independiente, es obvio que la protección de los derechos humanos y la constitucionalidad de normas y decisiones tendrán un tratamiento deslavado, desdibujado. En controles constitucionales, la Constitución de la Ciudad entraña un gran fracaso.

VIII. EL DEFICIENTE SISTEMA ANTICORRUPCIÓN DE LA CIUDAD³¹

El artículo trigésimo sexto transitorio contempla una lista de medidas de austeridad, que a nuestro juicio son totalmente insuficientes. Nosotros, en cambio, propusimos medidas radicales para contar con una administración pública austera. La buena administración se somete a los principios neoliberales de eficiencia, eficacia, economía y racionalidad —artículo 60—, aunque se agrega que la austeridad no puede ser invocada para justificar la restricción de los programas sociales.

³¹ Nieto, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 90 y ss.; Escalante Gonzalbo, Fernando, “La corrupción política: apuntes para un modelo teórico”, *Foro Internacional*, México, núm. 30 (2), 1989, pp. 328-345; Garzon Valdés, Ernesto, *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 11-30; Rose-Ackerman, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2001, p. 3.

Reivindicamos sin éxito que los altos servidores públicos de la Ciudad no deben recibir prestaciones superiores a treinta salarios mínimos mensuales. Demandamos que los altos servidores públicos de la Ciudad no recibieran en ningún caso seguros médicos privados ni seguros de separación individualizada, cualquiera que sea su denominación lingüística. Argumentamos que no se autorizara a ningún servidor público bonos o percepciones extraordinarios ni gastos de representación. Señalamos que sólo se podrán autorizar viajes oficiales al extranjero al jefe de Gobierno con el correspondiente permiso del Congreso local. Pedimos que se prohibiera la contratación de publicidad gubernamental para cualquier propósito diverso a las excepciones del artículo 134 constitucional, y no sólo para la promoción personalizada de los servidores públicos. Demandamos que se derogaran los fideicomisos públicos para generar prestaciones adicionales para los servidores públicos. Fuimos enfáticos para que los servidores públicos electos que incumplieran con los principios y reglas de la austeridad republicana fueran susceptibles de revocación del mandato. Los servidores públicos electos y no electos que incumplieran con las disposiciones de austeridad incurrirían en falta grave o delitos en los términos de la ley. Propusimos que las faltas y delitos por la violación de estos principios fueran imprescriptibles y trajeran aparejada la extinción del dominio de los bienes ilícitamente obtenidos.

Consideramos que debía existir un poder ciudadano anticorrupción que residiera en los ciudadanos. Ese poder ciudadano anticorrupción debía instrumentarse mediante un consejo de honestidad. El consejo de honestidad debía ser autónomo y formarse con cinco titulares electos cada siete años por los ciudadanos, sin posibilidad de reelección. El consejo promovería la intervención de la sociedad civil para garantizar auditorías ciudadanas, investigaciones sobre actos de corrupción, proponer y hacer recomendaciones en materia anticorrupción a las autoridades competentes, coordinarse con las autoridades competentes para integrar el sistema anticorrupción de la ciudad, designar a los contralores internos de los poderes Legislativo y Judicial, así como de los órganos constitucionales autónomos y de relevancia constitucional, y tener legitimación en todo procedimiento y proceso que tenga que ver con actos de corrupción pública, privada o social. Los aspirantes a ser titulares del consejo de honestidad debían reunir los requisitos que establezca la ley orgánica de la institución. A efecto de ser electos, debían concurrir a un examen de méritos,

que se realizaría ante una universidad pública y con control ciudadano. Los tres primeros lugares por vacante participarían en la elección ciudadana. Ésta no sería respaldada por los partidos políticos, bajo la pena de inhabilitación del candidato o candidatos. Los aspirantes no podrían recibir financiamiento público o privado ni harían campaña. Dispondrían de tiempos en radio y televisión para dar a conocer su currículum vitae y propuestas, y serían electos en jornadas electorales ordinarias o extraordinarias que determinara la autoridad electoral. Exigimos que los actos y omisiones relacionados con los delitos de corrupción de los funcionarios de los poderes, órganos autónomos e instancias de autoridad de la Ciudad fueran imprescriptibles. Los tipos penales deben establecer como consecuencia, entre otras sanciones, la destitución del cargo y la extinción del dominio de los bienes ilícitamente obtenidos. Reclamamos que se garantizara la protección plena a quienes denunciaran actos de corrupción en el servicio público, el sector social y las empresas privadas. Todos los servidores públicos en los tres poderes, en los órganos autónomos y alcaldías, debían presentar y publicar anualmente, como obligación, su declaración patrimonial, fiscal y de intereses. Los empresarios, gerentes de empresas que recibieran contratos, concesiones o autorizaciones, permisos y obras del gobierno de la Ciudad, debían igualmente presentar y publicar anualmente, como obligación, su declaración patrimonial, fiscal y de intereses.

Las personas físicas, accionistas, gerentes o dueños que tuvieran contratos, concesiones u obras con la administración del gobierno de la Ciudad, reclamamos que no pudieran financiar partidos, candidatos, precampañas y campañas electorales. Este financiamiento debería ser penado por la ley, y a quienes se fincara responsabilidad no podrían participar por quince años en ningún proceso de licitación o adjudicación de obras, contratos, concesiones, permisos o autorizaciones.

Insistimos, sin éxito, para que todas las personas morales, accionistas, gerentes o administradores de ellas que reciben recursos públicos de las instituciones o tengan contratos, concesiones, subvenciones, condonaciones, permisos y autorizaciones fueran sujetos obligados de la Ley de Transparencia y de las disposiciones anticorrupción.

Propusimos con constancia que las compras de materiales o servicios que requiera contratar el gobierno de la Ciudad de México debían hacerse por regla general mediante licitación pública, la que sería pu-

blicada en medios físicos y electrónicos. Las autoridades debían realizar dichas contrataciones o compras en tiempo real en una plataforma de internet de acceso libre. La licitación, compra o contratación sólo sería válida siempre y cuando no exista durante el tiempo de transmisión una interrupción o algún otro desperfecto que provoque duda sobre la legalidad del acto.

Manifestamos que se debía garantizar el más amplio control relacionado con la legalidad de las licitaciones. Cualquier ciudadano podría en cualquier momento ser parte legítima para presentar una impugnación a la convocatoria o al procedimiento que encuentre opuesto u omiso con las previsiones de la ley, o lo que a su juicio implicara alguna irregularidad.

En casos de excepción, debidamente justificados, dijimos que podían celebrarse contratos y obras mediante invitación restringida y adjudicaciones directas. Los procedimientos de adjudicación directa y la invitación restringida serán especialmente transparentados ante la sociedad. Señalamos que debía ser causa de responsabilidad el no transparentarlos.

Estimamos que los fideicomisos o figuras análogas podían crearse por los poderes, órganos autónomos, demarcaciones e instancias de autoridad que sean competentes, siempre y cuando se sujeten a las leyes en materia de transparencia, adquisiciones, obras y responsabilidades.

Los excedentes o rendimientos anuales derivados del ejercicio presupuestal debían ser enterados a la Tesorería de la Ciudad e informados al Congreso local y a los ciudadanos. En el caso de las alcaldías, los excedentes, una vez enterados e informados a la Tesorería de la Ciudad, regresarían a esas demarcaciones para la atención de los servicios públicos. Los alcaldes darían cuenta especial a los concejos y a los ciudadanos del ejercicio presupuestal de estos recursos.

Consideramos que se debían prohibir los fideicomisos públicos en materia de seguridad pública, seguridad social, pensiones, salud, educación, ciencia y tecnología. Los fideicomisos se regirían, sin excepción, por las mismas disposiciones que norman a las instituciones públicas. También señalamos que en la Ciudad de México se debían prohibir y quedar abolidas las asociaciones público-privadas.

Estimamos que en la función pública debía existir servicio civil de carrera en todos los niveles, con excepción de los de primer nivel guber-

nativo, una separación total entre intereses públicos y privados. Afirmamos que la ley debía regular las incompatibilidades, inelegibilidades, y los conflictos de interés. Expresamos que se debía prohibir el cabildeo de intereses particulares en las funciones legislativas, ejecutivas, de órganos constitucionales autónomos, y de demarcaciones territoriales.

En cuanto al titular de la Auditoría Superior de la Ciudad, propusimos que fuera designado por las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso local, tal como indica el artículo 122 de la Constitución; pero que el designado debía surgir de los tres primeros lugares del concurso de méritos que organizara una universidad pública con control del consejo de honestidad.

Para nosotros, era muy importante que cualquiera pudiera denunciar las responsabilidades, y que en todos los casos las personas denunciadas debían contar con interés legítimo para participar activamente en los procedimientos o procesos correspondientes. El jefe de Gobierno debía ser susceptible sin excepción alguna de las responsabilidades políticas, penales, administrativas, civiles y laborales en que incurriera.

En las responsabilidades penales, al dictarse sentencia ejecutoria, el servidor público debía ser separado de su cargo para garantizar el principio de presunción de inocencia, sin realizarse un trámite adicional ante el Congreso. Apreciamos que debía existir responsabilidad por la actualización de ilícitos atípicos: abuso del derecho, fraude a la ley, o desvío de poder.³²

Propusimos una responsabilidad política diversa, dependiendo de si el funcionario fuera electo o no. Si es electo, el procedimiento que consideramos aplicable es el de revocación de mandato. Para los altos funcionarios públicos no electos susceptibles de responsabilidad política, consideramos que el trámite debía ser competencia del Congreso local.

Los mecanismos anticorrupción comentados en este epígrafe fueron insuficientemente recogidos en los artículos 60 a 67 de la Constitución de la Ciudad. Por eso, decimos que dicho sistema quedó muy por debajo de las expectativas ciudadanas.³³

³² Atienza, Manuel y Ruiz, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

³³ *Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*, 21 de octubre de 2016.

IX. LA AUSENCIA DE MECANISMOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Una deficiencia muy importante, que traerá consecuencias negativas para la aplicación de la Constitución, fue la ausencia de criterios para solucionar conflictos de competencia entre las instancias locales.³⁴ Propusimos, sin éxito, que en el artículo 28 de la Constitución se incluyeran los siguientes criterios para solucionar conflictos de competencias: 1) ninguna persona o corporación puede reunir más de un poder o instancia de autoridad en la Ciudad; 2) el Poder Legislativo, Judicial, de los órganos constitucionales autónomos, y de las alcaldías, no puede depositarse en un solo individuo, salvo disposición expresa en esta Constitución; 3) el jefe de Gobierno no debe tener facultades legislativas; 4) las competencias no previstas expresamente a la Federación se entienden reservadas a las autoridades de la Ciudad, a las alcaldías, a los pueblos originarios, comunidades indígenas residentes y afromexicanos, en las respectivas esferas de su competencia; 5) los conflictos de competencia respecto a facultades concurrentes, coincidentes o coexistentes, entre las autoridades de la Ciudad, de la Federación y de otras entidades y municipios, deben resolverse conforme a lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en las leyes generales que haya expedido el Congreso de la Unión; 6) las competencias no contempladas expresamente en la ley para los poderes locales y los órganos constitucionales autónomos se entienden reservadas a las alcaldías y a los pueblos originarios, comunidades indígenas residentes y afromexicanos; 7) los conflictos de competencias concurrentes, coincidentes y coexistentes entre los poderes, órganos de la Ciudad, alcaldías, pueblos originarios, comunidades indígenas residentes y afromexicanos, se resolverán de acuerdo con lo que establezca esta Constitución y las leyes expedidas por el Congreso local; 8) en caso de omisión legislativa sobre competencias concurrentes, coincidentes y coexistentes, las diferencias de competencia entre las autoridades de la Ciudad se resolverán a favor de los poderes y órganos constitucionales autónomos en la esfera de sus correspondientes y facultades; 9) los pueblos originarios y las alcaldías, previo acuerdo del concejo y consentimiento de los pueblos originarios, comunidades indíge-

³⁴ Varios autores, *Apuntes para la Ciudad en la que queremos vivir. Insumos para la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México*, México, UNAM, 2016, p. 16.

nas residentes y afromexicanos, podrán celebrar convenios con las autoridades de la Ciudad para que éstas por sí o a través de sus organismos se hagan cargo en forma temporal de alguna o algunas de sus atribuciones, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por las autoridades de la Ciudad y las alcaldías; 10) los pueblos originarios y las alcaldías, con acuerdo de los consejos, podrán coordinarse o asociarse entre sí para la mayor eficacia en la prestación de servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan, con el correspondiente acuerdo y consentimiento de los pueblos originarios, comunidades indígenas residentes y afromexicanos. En caso de coordinación con municipios de otras entidades federativas, estados o con autoridades de la Federación, se requerirá la autorización del Congreso local, y se estará a lo que disponga la Ley de Coordinación de Desarrollo Metropolitano, y 11) si los conflictos de competencia no se logran resolver por la vía de la conciliación, caso en el que los acuerdos serán sancionados por el Congreso local, el Tribunal Constitucional —en este caso la Sala Constitucional— sería la autoridad competente para resolver los conflictos de competencia. Cualquier autoridad y persona puede promover, bastando un interés simple, la controversia constitucional correspondiente.³⁵

X. EL PODER JUDICIAL SIN LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE ORIGEN

A diferencia de lo previsto en el artículo 35, apartado B, de la Constitución de la Ciudad, que previó que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia sean designados por las dos terceras partes del Congreso local a propuesta de las ternas que envíe por vacante el Consejo de la Judicatura,³⁶ nosotros propusimos que los magistrados de última instancia de los tribunales de la Ciudad fueran electos por los ciudadanos, que no pudieran ser reelectos. Su mandato máximo sería de siete años. Para aspirar a ser magistrado de última instancia de los tribunales de la Ciudad se debían satisfacer los requisitos

³⁵ *Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*, 21 de octubre de 2016.

³⁶ Las grandes innovaciones en este tema fueron: 1) que el presidente del Tribunal Superior de Justicia no fuera el presidente del Consejo de la Judicatura; 2) que la duración en el encargo de presidente del Tribunal Superior de Justicia fuera por un año, sin posibilidad de reelección, y 3) que los integrantes del Consejo de la Judicatura sean designados por un consejo judicial ciudadano, y que en él los miembros judiciales no fueran más de tres.

que establece el artículo 95 de la Constitución de la República más los que estableciera su ley orgánica. Estimamos que previo a la elección habría un examen de méritos que convocara el Consejo de la Judicatura de la Ciudad, y que se realizara ante una universidad pública y con control ciudadano. Los tres primeros lugares por cada vacante participarían en la elección. Ésta no sería respaldada por los partidos. Los aspirantes no recibirían financiamiento público ni privado ni harían campaña. En el supuesto de que recibieran apoyo de los partidos, serían inhabilitados para continuar con el procedimiento de selección. Dispondrían de tiempos en radio y televisión para dar a conocer su currículum vitae y propuestas, y serían electos en las jornadas electorales ordinarias o extraordinarias que se convoquen al efecto. La elección de magistrados del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad debía garantizar la igualdad de género y una representación de los pueblos originarios, comunidades indígenas residentes y afromexicanos.³⁷ Sin embargo, la propuesta para que los magistrados fueran electos no prosperó.

XI. PARTIDOCRACIA EN LA DESIGNACIÓN DE LOS TITULARES DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

En el caso de los titulares de los órganos constitucionales autónomos, éstos serán designados por la mayoría calificada de los presentes del congreso local a propuesta de consejos ciudadanos —artículo 46, apartado C, numeral 3—. Se trata de un método que favorecerá el reparto de cuotas entre los partidos mayoritarios representados en la legislatura local. Hubiera sido preferible un método de elección ciudadana, como el que propusimos para elegir a los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, a fin de que los titulares de los órganos autónomos no terminen siendo correas de transmisión de las decisiones de los partidos políticos mayoritarios, y también para que los titulares de esos órganos contaran con legitimidad democrática de origen.³⁸

³⁷ Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, edición facsimilar, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 203; Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica y Clío, 2007, p. 102; Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

³⁸ Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, UNAM-Siglo XXI, 2007, p. 41.

XII. DEBILIDAD EN LA REGULACIÓN DE PUEBLOS ORIGINARIOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS RESIDENTES

En materia de pueblos originarios y comunidades indígenas residentes —artículos 57, 58 y 59 de la Constitución de la Ciudad—, la carta magna de la Ciudad no les reconoció autonomía territorial plena, no se conformarán los pueblos como un cuarto nivel de gobierno de carácter territorial o funcional, no podrán participar en consultas sobre las reformas a la Constitución, las consultas no serán vinculantes, y las instituciones de la Ciudad no serán de composición pluriétnica, particularmente en las alcaldías, el Congreso, el gabinete o en el Tribunal Superior de Justicia, pues no se contará con representantes de los pueblos indígenas para que éstos integren tales instituciones. La consulta que se realizó en los pueblos originarios y en las comunidades indígenas residentes para la aprobación de la Constitución de la Ciudad no versó sobre todo el texto constitucional, que era transversal a ellos, sino sólo sobre los tres artículos mencionados.³⁹

XIII. EL DESARROLLO URBANO BAJO EL CONTROL DE UNA TECNOCRACIA

El Instituto de Planeación Democrática y Prospectiva encargado del desarrollo urbano y el ordenamiento territorial de la Ciudad no goza de autonomía constitucional del gobierno de la Ciudad ni sus titulares son electos por los ciudadanos. Estará controlado por los gobiernos en turno, particularmente por el jefe de Gobierno. Según el artículo 15, apartado D, de la Constitución, será un organismo descentralizado que planeará el desarrollo urbano de la Ciudad a veinte años, y el ordenamiento territorial a quince años. Todo el futuro urbano de la Ciudad dependerá de esta institución, que aunque tendrá el contrapeso del Congreso en los cambios de uso de suelo de alto impacto y en algunos temas adicionales,⁴⁰ carece de mecanismos suficientes y amplios de control y supervisión ciudadana. Se trata

³⁹ Maldonado Smith, Mario, *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos*, México, UNAM, 2015, pp. 127-195.

⁴⁰ Provencio, Enrique, “Visión y proyecto de ciudad en la Constitución”, en *Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México. Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la Transición Democrática*, México, núm. 41, 2016, pp. 94-105.

de una tecnocracia, en donde participarán algunos ciudadanos y el sector privado, que no estará sometida a suficientes controles democráticos: representativos, directos y comunitarios. Sin embargo, tendrá en sus manos la planeación urbana y territorial de la Ciudad.

XIV. CONCLUSIONES

El repaso crítico que he realizado sobre algunos temas de la Constitución de la Ciudad México, desde mi punto de vista demuestra que ésta pudo ser un texto constitucional vanguardista. Los déficits de legitimidad de la Constitución están a la vista, tal como los he reseñado en las primeras páginas de este ensayo. Nunca hubo la voluntad de superarlos sometiendo a referéndum el texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente de la Ciudad el 31 de enero de 2017.⁴¹

La lección que nos deja el proceso constituyente local es que un texto de esta naturaleza debe contar con el respaldo y el involucramiento constante de los ciudadanos. Desgraciadamente, en este proceso político y jurídico, la mayoría de los habitantes de la ciudad estuvieron ausentes de las tareas que realizaba la Asamblea Constituyente.

La academia, con algunas excepciones, no discutió si el proceso constituyente correspondía a esa categoría conceptual y si el texto aprobado respondía a las características de una Constitución. Es muy difícil sostener que se trató de una asamblea constituyente cuando sus principales competencias se desprendieron del artículo 122 de la Constitución, que derivó de la reforma publicada el 29 de enero de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*. También es complicado sostener que el texto aprobado es una

⁴¹ El Partido Morena promovió a principios de marzo de 2017, una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 29 de la Constitución de la Ciudad de México, por haber establecido ese precepto un sistema electoral mixto para la integración del Congreso local (33 diputadas y diputados serán electos en distritos uninominales y 33 por representación proporcional). Sin embargo, el artículo 29 contempla una cláusula de sobrerrepresentación de hasta el 8% respecto a la votación válida emitida, y textualmente, el artículo 29, apartado B, numeral 2, inciso a), de la Constitución, indica que ningún partido podrá contar con más de cuarenta diputadas o diputados por ambos principios. Es decir, la Constitución de la Ciudad en este punto es coincidente con la Constitución de la República. En donde la pretensión del partido Morena es totalmente razonable es en su reivindicación para que el texto aprobado por la Asamblea Constituyente sea sometido a referéndum ciudadano.

Constitución, cuando materialmente no tuvo un compromiso fuerte con la ampliación de los derechos humanos, los principios y procedimientos democráticos y con los límites al poder público y al poder económico.

La Constitución aprobada cuenta con innovaciones importantes, como el haber incorporado parcialmente en su texto el parámetro de control de regularidad constitucional y convencional; el regular el desarrollo urbano y el ordenamiento territorial de la Ciudad; reconocer el derecho a la Ciudad; reconocer el derecho al mínimo vital; el derecho a la vida y a la muerte digna; o el derecho al empleo de la *cannabis* con fines médicos y científicos; al igual que reconocer los derechos reproductivos y sexuales; los derechos a los cuidados; al tiempo libre; o los derechos laborales de los trabajadores no asalariados, entre otros. Es también un texto importante, porque reconoce la democracia representativa, directa, participativa y comunitaria; es trascendente porque reconoce los derechos de los pueblos originarios y de las comunidades indígenas residentes; porque asume el reconocimiento de los afroamericanos; porque independiza al Consejo de la Judicatura del presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad; porque obliga a emplear el 2% del presupuesto de la Ciudad en ciencia y tecnología; porque prohíbe la privatización de la gestión del agua, mas no su saneamiento; porque deroga el fuero de los servidores públicos; porque incluye figuras de democracia directa, como la revocación del mandato; porque confiere un estatuto jurídico a las alcaldías superior a las delegaciones, pero inferior a los municipios; porque crea una Sala Constitucional dependiente del Tribunal Superior de Justicia, que conocerá de medios de impugnación para proteger y restituir derechos, así como para determinar la constitucionalidad de las normas generales que se emitan en la Ciudad por las autoridades competentes. Éstas y otras innovaciones son progresistas, pero, desde mi punto de vista, insuficientes para las expectativas de la sociedad capitalina, que es la más crítica y vanguardista de la República mexicana.

Por eso, en este artículo he insistido en las críticas ya expuestas. La Constitución de la Ciudad de México presenta una ilegitimidad democrática de origen; los ciudadanos estuvieron ausentes de sus contenidos y de su aprobación; difícilmente podemos hablar de un Constituyente originario o de un texto constitucional pleno. Además, es un texto que ahonda en contenidos neoliberales y tecnocráticos, que no se decidió por una ampliación radical de derechos humanos ni por fuertes límites

y controles al poder público y económico, que no se comprometió con las garantías de satisfacción de los derechos humanos, que dificulta los mecanismos de democracia directa y participativa, que aunque reconoció los derechos de los pueblos originarios y comunidades indígenas residentes no les dio a éstos las herramientas vinculantes para oponerse a las decisiones que les afecten directa o indirectamente, que concentra la política urbana y territorial en un organismo tecnocrático no susceptible de un efectivo control ciudadano, que reguló a los tres poderes tradicionales y a los organismos constitucionales autónomos de una manera ortodoxa y con algunas pequeñas innovaciones, y que no se asumió como una entidad soberana al igual que el resto de las entidades de la República.

XV. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, UNAM-Siglo XXI, 2007.
- Acción de inconstitucionalidad, promovida por Morena en contra del artículo 29 de la Constitución de la Ciudad de México.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006
- ASTUDILLO, César, *El bloque y parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.
- BARCELÓ ROJAS, Daniel A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Poder constituyente, Constitución y cambio democrático*, México, Ubijus, 2015.
- CARRANCO ZUÑIGA, Joel, *Régimen jurídico del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000.
- CASTILLO VELASCO, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, edición facsimilar, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- CLÉRICO, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011.
- CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl, *La Ciudad de México como Distrito Federal y entidad federativa. Historia y perspectiva*, México, Porrúa, 201.
- Controversia constitucional, promovida por Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México para invalidar los artículos 35 y 37 de la Constitución de la Ciudad.
- CÓRDOVA, Lorenzo, “¿Qué es una Constitución?”, *Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México, Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la Transición Democrática*, México, núm. 41, 2016.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Intervención”, sesión pública ordinaria del 29 de agosto de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011.
- COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, Fondo de Cultura Económica-Clío, 2007.
- CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl, *La Ciudad de México como Distrito Federal y entidad federativa. Historia y perspectiva*, México, Porrúa, 2016.
- CRONIN, Thomas E., *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- CORTINA, Adela, “Ética del discurso y democracia participativa”, *Sistema*, núm. 112, enero de 1993.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando, “La corrupción política: apuntes para un modelo teórico”, *Foro Internacional*, México, núm. 30 (2), 1989.
- Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*, 29 de octubre de 2016.
- Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México, Diario de Debates de la Asamblea Constituyente*, 21 de octubre de 2016.

- GARDBAUM, Stephen, "A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing", *Law & Ethics of Human Rights*, University of California, Los Angeles, vol. 4, 2010.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Digesto constitucional mexicano. La Constitución del Distrito Federal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2000.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "Prólogo", en CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Régimen jurídico del Distrito Federal*, México, Porrúa, 2000.
- HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007.
- HÖLLANDER, Pavel, "El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?", en ALEXY, Robert y SIECKMANN, Jan-R. (eds.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- HUERTA, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., México, UNAM, 2007
- KRAUSE, Martín y MOLTENI, Margarita (coords.), *Democracia directa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- La Jornada*, 11 de marzo de 2017.
- MALDONADO SMITH, Mario, *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos*, México, UNAM, 2015.
- MEJÍA ALCÁNTARA, Ares Nahim, *Un nuevo marco constitucional para el Distrito Federal*, México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 2006.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *Cambio político y legitimidad funcional. El Congreso mexicano en su encrucijada*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2006.
- MORTATI, Constantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- NEUMARK, Fritz, *Principios de la imposición*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1994.
- NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997
- PAHUAMBA ROSAS, Baltazar, *El derecho humano a la rendición de cuentas objetiva y uso debido de los recursos públicos*, México, Espres, 2016.
- PISARELLO, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.

- PISARELLO, Gerardo y CABO, Antonio de, *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Acuerdos, “Pacto por México”, 2012, disponible en: <https://bit.ly/1hawXB3>.
- Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1987*, disponible en: <https://bit.ly/2sTCjh2>.
- Programa “El asalto a la razón” de Milenio TV, *Entrevista al doctor Diego Valadés*, 8 de marzo de 2016.
- PROVENCIO, Enrique, “Visión y proyecto de ciudad en la Constitución”, en *Configuraciones. Aportes al debate constituyente de Ciudad de México*, Revista de la Fundación Pereyra y del Instituto de Estudios para la transición democrática, México, núm. 41, 2016.
- Reforma*, 11 de marzo de 2017, página principal.
- OROZCO, E., “Las impugnaciones a la Constitución Política de la Ciudad de México”, *Temas Estratégicos*, núm. 46, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2017.
- RODRÍGUEZ KURI, Ariel (coord.), *Historia política de la Ciudad de México (desde su fundación hasta el año 2000)*, México, El Colegio de México, 2013.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma, siglo XXI*, Madrid, España Editores, 2001.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa et al, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- SANTAOLALLA, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990.
- SIMENTAL FRANCO, Víctor Amaury, *La Ciudad de México. Un espacio socio-urbano no sustentable. Una propuesta de sustentabilidad hídrica*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- VARIOS AUTORES, *Apuntes para la Ciudad en la que queremos vivir. Insumos para la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México*, México, UNAM, 2016, disponible en: <https://bit.ly/2Rh7XQf>.
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

LOS CAMBIOS EN LAS IDEAS JURÍDICAS EN MÉXICO Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM*

*CHANGES IN THE LEGAL IDEAS IN MEXICO AND THE INSTITUTE
OF LEGAL RESEARCH OF THE NATIONAL AUTONOMOUS
UNIVERSITY OF MEXICO (UNAM)*

Josafat CORTEZ SALINAS**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El estudio del derecho en México durante el siglo XX.* III. *El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* IV. *Generación de ideas jurídicas.* V. *La Constitución como norma jurídica.* VI. *El control de convencionalidad.* VII. *Difusión de ideas jurídicas.* VIII. *Formación de recursos humanos.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En México, durante el siglo XX el derecho y su estudio tuvieron transformaciones significativas que gradualmente se vieron reflejadas en el ambiente jurídico y en instituciones como el Poder Judicial, y en específico en la Suprema Corte de Justicia. ¿Cómo han cambiado las ideas jurídicas en el contexto mexicano?, ¿dónde surgen y cómo se propagan y difunden? El argumento que sostiene este trabajo es que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IJJ-UNAM) ha sido uno de los motores de cambio de las ideas jurídicas en el país.

* Artículo recibido el 7 de febrero de 2018 y aceptado para su publicación el 29 de junio de 2018.

** ORCID. 0000-0001-6754-5177. Profesor-investigador del Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Correo electrónico: josafatcortez@politicas.unam.mx, https://www.researchgate.net/profile/Josafat_Cortez.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 835-861.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Este artículo presenta el contexto sobre los cambios en el ambiente jurídico y la forma de estudiar derecho en dos etapas. La primera describe el estudio del derecho en México y el surgimiento del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IJJ-UNAM). La segunda pone el énfasis en el papel que cumple el IJJ-UNAM en la generación y difusión de nuevas ideas jurídicas. El capítulo caracteriza al IJJ-UNAM como difusores y generadores de nuevas ideas jurídicas, así como formadores de recursos humanos. Esas tareas impulsan cambios en las ideas jurídicas en el campo del constitucionalismo mexicano.

II. EL ESTUDIO DEL DERECHO EN MÉXICO DURANTE EL SIGLO XX

¿Cuáles eran las condiciones del estudio del derecho en el país y las ideas jurídicas predominantes durante el siglo XX? En este apartado se describen las principales ideas en el estudio del derecho constitucional mexicano durante gran parte del siglo XX. El punto de partida en el análisis de los estudios sobre la Constitución en México es la legitimidad que generó la Revolución mexicana y el proceso constituyente de 1917. La Revolución de 1917 propició una lectura de la Constitución anclada en la legitimidad revolucionaria. Los derechos sociales y políticos plasmados en los artículos constitucionales le dieron un matiz social y político a la experiencia constitucional. Por ejemplo, el caso emblemático de Emilio Rabasa, el gran constitucionalista mexicano que no quiso enfrentar el estudio de la Constitución en su columna vertebral: el artículo 27 constitucional, relativo a la propiedad de la tierra, y el artículo 123, sobre el trabajo.¹ En las primeras décadas del siglo XX hubo poco interés por los estudios sobre la Constitución de 1917 de forma sistematizada por parte de los juristas.²

En este contexto, el entorno del derecho constitucional en México tuvo tres características, que marcaron su desarrollo durante el siglo XX.

¹ Hale, Charles, *Emilio Rabasa y la supervivencia del liberalismo porfiriano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

² Cossío, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús, "Presentación", en Cossío, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 9-19.

La primera fue el “nacionalismo jurídico”.³ Este fenómeno surgió entre 1930 y 1940 con las primeras lecturas sobre la Constitución de 1917. Su característica principal era cerrarse a las influencias externas, pese a que citaban literatura extranjera y hacían referencias al derecho comparado.⁴ El nacionalismo jurídico “mexicaniza” la literatura y reivindica el amparo como la institución jurídica más importante y como parte del sello de identidad del derecho en México;⁵ por ejemplo, en el caso del derecho administrativo, en un testimonio sobre la obra de Gabino Fraga se dice:

No encontramos jurista de la hora presente que haya contribuido más y por tanto tiempo, en la construcción doctrinal de Derecho con prieta relación a los problemas genuinos de nuestra patria, como lo ha hecho don Gabino Fraga, a quien se le debe en materia Constitucional y Administrativa y en las mismas bases del Derecho Agrario, el milagro de mexicanizar, nacionalizar y volver actuante y presente la traducción antigua de instituciones, costumbres y prácticas precortesianas, dentro de las grandes corrientes culturales y jurídicas de occidente... Así resulta que el Maestro Fraga volvió mexicanos a quienes parecería que nunca dejaron de ser franceses como Gastón Jèze, León Duguít, que a través de sus aportaciones llegaron hasta nosotros...⁶

El nacionalismo jurídico se relaciona con lo que Hale señala sobre las consecuencias de la Revolución mexicana en los estudios jurídicos nacionales. Las generaciones de juristas posteriores a 1917 mostraron poco interés en el derecho comparado y en mirar otros contextos políticos.⁷ El legado de Emilio Rabasa, el jurista comparativista por excelencia de finales del siglo XIX e inicios del XX, se perdió pese a su peso en la Escuela Libre de Derecho y en sus discípulos Herrera y Laso, y Tena Ramírez. El formalismo jurídico se impuso en la tradición constitucional mexicana.⁸

³ Fix-Fierro, Héctor, “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción jurídica de las nuevas instituciones democráticas”, en Cruz Barney, Oscar y Fix-Fierro, Héctor, *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigaciones Históricas, 2013, pp. 851-923.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ Armendáriz, A., “Mexicanos del derecho”, *Estudio de derecho público contemporáneo*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1972, p. 16.

⁷ Hale, Charles, *op. cit.*

⁸ *Idem.*

La escasa atención al derecho comparado se aprecia también en la dificultad que enfrentaron en conseguir colaboradores que escribieran para la revista *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* de la UNAM, donde los temas eran exclusivamente en derecho comparado y derecho internacional de 1940 a 1965.⁹

No sólo se perdió la tradición del derecho comparado, sino que tampoco se puso atención en la historia del derecho, porque lo que se hacía era una historia de textos legislativos, centrada en aspectos formales. Las características de la historia del derecho que se hacía en el país eran “legalismo, ausencia de crítica, positivismo, indianismo, constitucionalismo, formalismo, miopía metodológica, erudición, ausencia de miras y de rumbo, exagerado interés por lo «patrio» fueron los rasgos sobresalientes con los que se encontraba la historia del derecho que se enseñaba, escribía y publicaba en México”.¹⁰

Por otro lado, las condiciones de la filosofía del derecho en México tampoco eran muy halagadoras, pero cambiaron paulatinamente. Desde 1940 existieron cuatro figuras importantes que marcaron el desarrollo de la filosofía del derecho en México. Dos juristas con presencia internacional: Luis Recaséns Siches y Eduardo García Máynez, y dos figuras con menos proyección internacional: Guillermo Héctor Rodríguez y Rafael Preciado Hernández.¹¹

A esta generación de filósofos siguió una renovación a finales de los años sesenta con una característica fundamental: su conocimiento de la obra de Kelsen. Sobresalen las figuras de Ulises Schmill, Rolando Tamayo y Salmorán y Fausto Vallejo Berrón, entre otros. Pero después de esta generación existe un hueco en los años ochenta, pues no ocurre una renovación; los cambios generacionales van a llegar después de los años noventa.¹²

⁹ Alcalá Zamora y Castillo, N., “Inventario y balance del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* durante sus dieciocho años de vida”, en *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965, pp. 53-68.

¹⁰ Arenal Fenochio, Jaime del, “La «escuela» mexicana de historiadores del derecho”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVIII, 2006, p. 61.

¹¹ Vázquez, Rodolfo, “Prólogo”, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 11-22.

¹² *Idem.*

La segunda característica del estudio del derecho en México eran los denominados “apuntes de clase”. En la Escuela Nacional de Jurisprudencia los estudiantes contrataban mecanógrafas para tomar notas de todo lo que el profesor decía; las transcripciones de las clases posteriormente el profesor las convertía en libros y manuales para sus cursos.¹³ El alumno estudiaba estos apuntes y manuales porque era lo que venía en los exámenes; no tenía estímulos a revisar más literatura.¹⁴

Los apuntes de clase y la forma de generar manuales de derecho constitucional fueron parte fundamental de la ruta para hacer literatura jurídica. Beatriz Magaloni señala que los estudios de derecho constitucional en el país pasaban por la revisión de los manuales de derecho constitucional, que contenían dos rasgos esenciales: el primero era que no había referencias a la jurisprudencia y a las decisiones de la SCJN, y el segundo era que se escribían como si los artículos constitucionales fueran claros y no hubiera posibles interpretaciones.¹⁵ Pese a que en el periodo 1970-2000 creció la producción de material jurídico, la literatura jurídica en su mayoría son manuales destinados a la docencia jurídica y compilaciones de legislación y jurisprudencia.¹⁶

La tercera característica fue que durante gran parte del siglo XX la Constitución se entendió como un documento político que estructuraba el ejercicio del poder político después de la Revolución mexicana de 1910.¹⁷ La Revolución mexicana de 1917 le otorgó a la Constitución un carácter político antes que jurídico, y su legitimidad estaba anclada en la lucha armada y en los derechos sociales.¹⁸ Los constitucionalistas mexicanos leyeron la Constitución como emanación de ese movimiento social y revolucionario. Dos citas nos permiten entender esta visión. La primera es de 1946 de Antonio Martínez Báez:

¹³ Mendieta y Núñez, L., *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Magaloni, A. L., *¿Cómo estudiar derecho desde una perspectiva dinámica?*, México, CIDE, Documento de trabajo núm. 19, 2006.

¹⁶ López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, “«Tan cerca, tan lejos». Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, enero-abril de 2000, p. 156.

¹⁷ Cossío, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *Política y Gobierno*, vol. VIII (1), 2001, pp. 61-115.

¹⁸ *Idem.*

La profunda influencia que ejerció en la Constitución de Querétaro el programa de reformas sociales de la Revolución Mexicana, elevándose sus postulados al rango de las normas jurídicas supremas y fundamentales, ha producido uno de los aspectos más interesantes de nuestra organización jurídica y social; siendo la Constitución de 1917 la primera Ley Política Fundamental que señala al Estado un papel activo en los campos social y económico a fin de establecer un régimen de equidad y de justicia en el juego de los intereses individuales, evitándose el abuso de los fuertes con perjuicio de los débiles o con detrimento de los intereses superiores de la colectividad.¹⁹

La segunda es de Jorge Carpizo y su visión de la Constitución en 1980:

La fuente de nuestra actual Carta Magna es el movimiento social mexicano del siglo XX, donde las armas victoriosas trataron de imponer un nuevo sistema de vida de acuerdo con la dignidad del hombre. Y de este movimiento social brotó nuestra Norma Fundamental, primera Constitución que al epíteto de política agregó el de social, y se proyectó a la humanidad.²⁰

Para los constitucionalistas, la característica más importante de la Constitución era su legitimidad revolucionaria y la constitucionalización de los derechos sociales. Las condiciones políticas del presidencialismo mexicano propiciaron que a partir de los años cuarenta del siglo XX se diera una “trivialización del estudio de la Constitución”.²¹

Teóricamente, las herramientas que tuvieron tanto los abogados como los jueces para hacer la lectura constitucional las encontraron en dos autores claves: Lasalle y Schmitt; por ejemplo, juristas como Ignacio Burgoa retoma a ambos autores en su *Derecho constitucional mexicano*;²² Jorge Carpizo también utiliza el concepto de decisiones políticas fundamentales de Schmitt en la columna vertebral de su obra.²³

¹⁹ Martínez Báez, [1946] 1994: 54.

²⁰ Carpizo, 1980: 19.

²¹ Cossío, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *cit.*

²² Roldán, José, “Ignacio Burgoa: una radiografía intelectual”, en Cossío, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 200-236.

²³ Mejía, Raúl, “Jorge Carpizo: un constitucionalista entre dos generaciones”, en Cossío, José Ramón y Silva-Herzog Márquez, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El cons-*

La Constitución era un conjunto de decisiones políticas fundamentales sostenidas en factores reales de poder. Esta concepción nutría el debate tanto en el medio jurídico como en el de los jueces constitucionales.²⁴ También surgió la práctica de hacer la lectura de la Constitución en los manuales de derecho constitucional a partir de la exposición de motivos de las iniciativas presidenciales.²⁵

Las condiciones de estudio del derecho en México se sostenían en un nacionalismo jurídico que veía con recelo el derecho comparado, la historia del derecho centrada en lo “patrio”, y la filosofía del derecho con pocos autores y sin una renovación sino hasta los años noventa, y, por otro lado, predominaba la lógica de enseñanza de los “apuntes de clase”; éstas eran las condiciones de estudio del derecho del país. Adicionalmente, la lectura de la Constitución se hacía como un documento político antes que jurídico. Estas características modularon el estudio del derecho constitucional y la visión del derecho.

Los abogados mexicanos durante gran parte del siglo XX se formaron en la tradición del nacionalismo jurídico, en un formalismo jurídico, y no pusieron énfasis en el derecho comparado o en la historia del derecho, y la Constitución la entendieron a partir de la legitimidad revolucionaria, como factores reales de poder y decisiones políticas fundamentales. Estos abogados poblaron la administración pública, y la vida política nacional.²⁶

III. EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

¿Cómo cambió la visión del derecho en México? Explicar las condiciones sociales e institucionales en las cuales se dan las transformaciones del

tucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 236-263

²⁴ Cossío, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *cit.*

²⁵ Cossío, José Ramón, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998.

²⁶ Dezalay, Y. y Garth, B., “De élite dividida a profesión cosmopolita: los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 185-254.

derecho en México se relaciona con la historia del Instituto de Derecho Comparado de México y su transformación en el IJJ-UNAM. La existencia de una institución centrada en la investigación del derecho y en su difusión y conocimiento es una condición para la difusión de nuevas ideas jurídicas y la generación de nuevas audiencias.

En los estudios de sociología jurídica se ha puesto poca atención al peso del IJJ-UNAM en la configuración de las ideas jurídicas en México y en el diseño de las instituciones de administración e impartición de justicia. Uno de los esfuerzos es el de Fix-Fierro, quien cataloga a los abogados del Instituto como “juristas académicos”, que tienen una “vinculación de la «doble escritura» del derecho: la de la norma y la de su explicación en el plano de la ciencia jurídica, que es uno de los factores de los cuales depende su eficacia”.²⁷

Casi a la mitad del siglo XX la cultura del nacionalismo jurídico se enfrentó con otra visión del derecho; en este proceso, el exilio español fue sumamente importante para el estudio del derecho en México, porque fue el motor para la creación del Instituto de Derecho Comparado de México en 1940, dependiente de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. La creación de este Instituto fue iniciativa del profesor español exiliado Felipe Sánchez Román.²⁸

El fin del Instituto era promover el derecho comparado y el análisis del derecho tal como hacían varios institutos en Europa, por lo que sus propósitos eran los siguientes: utilizar el derecho internacional para lograr el desarrollo del derecho en México, generar investigación de forma comparada de los sistemas jurídicos del mundo, con énfasis en Iberoamérica, buscar un diálogo y relaciones con instituciones similares en el mundo, sistematizar información y clasificarla para facilitar el estudio del derecho comparado, construir una biblioteca especializada, traducir libros y obras jurídicas para su difusión, estimular el estudio del derecho comparado.²⁹ En estos objetivos y finalidades se deja ver que desde su formación el Instituto tuvo una visión de difundir ideas jurídicas en la comunidad nacional mediante la

²⁷ Fix-Fierro, Héctor, “Los juristas académicos del Instituto...”, *cit.*, p. 856.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Elola Fernández, J., “Veinticinco años del «Instituto de Derecho Comparado de México»”, en Alcalá-Zamora y Castillo, N., *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965, pp. 5-24.

traducción y publicaciones de obras jurídicas, así como en estudiar el derecho comparado y otros sistemas jurídicos.

Sánchez Román había estado en el Instituto de Derecho Privado de Roma, y en la configuración del Instituto de Derecho Comparado se aprecian similitudes con instituciones similares en Europa.³⁰ En 1948, mediante una reforma del Estatuto de la UNAM, se le otorga independencia al Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Como parte de los esfuerzos del Instituto de Derecho Comparado de México surge en 1948 el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, revista especializada en temas en derecho comparado y temáticas internacionales.³¹

La revista va a ser un punto de referencia en el derecho mexicano y en los cambios graduales en el derecho mexicano. Frente al nacionalismo jurídico, se creó una revista que apuntaba al derecho comparado como principal línea temática. En un primer balance de la revista se anota que había 181 artículos doctrinales, 57 mexicanos, 65 españoles, y 58 de otras lenguas. En los primeros años también destaca la traducción de textos, con secciones como Doctrina, Legislación, Bibliografía-Revista de revistas, e Información.³²

El objetivo de esta revista —refiere Niceto Alcalá—

Constituye uno de los principales vehículos —me atrevería a sostener que el primero— de difusión de la cultura jurídica mexicana en el mundo y, a la vez en virtud del canje con las más importantes revistas jurídicas y diarios oficiales de los pueblos civilizados, contribuye eficazmente a la recepción, en nuestro medio, del pensamiento forjado por los grandes juristas extranjeros y al conocimiento de sus reformas legislativas de mayor importancia que tanta utilidad pueden reportar, así sea solo a título de contraste o de experiencia negativa, para la renovación de las instituciones nacionales necesitadas de replazo.³³

³⁰ *Idem*.

³¹ Alcalá Zamora y Castillo, N., “Inventario y balance del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* durante sus dieciocho años de vida”, en *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965, pp. 53-68.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p. 105.

Este pequeño Instituto va a marcar la historia institucional del derecho, porque cimenta las bases de una visión del derecho autónomo y con una visión alejada del “nacionalismo jurídico”.³⁴ Los primeros directores del Instituto de Derecho Comparado de México fueron Raúl Carrancá, Mario de la Cueva, Antonio Martínez Báez y Agustín García López.³⁵

Durante los primeros lustros fueron pocos los investigadores que trabajaron en el Instituto; pero paulatinamente comenzó a tener cierto reconocimiento por parte de la comunidad.³⁶ Entre 1943 y 1952 es la etapa de consolidación del Instituto,³⁷ en la que comienzan a perfilar la biblioteca y sus instalaciones, y salen adelante los primeros esfuerzos editoriales. En 1954 se instala en Ciudad Universitaria en la Torre de Humanidades.

En 1967, el Instituto cambia su nombre a Instituto de Investigaciones Jurídicas, y comienza a convertirse en una institución de elite entre los abogados mexicanos por su papel de relaciones con el medio académico y político;³⁸ sin embargo, comenzaron las tensiones entre el IJ-UNAM, como un espacio que miraba hacia el derecho comparado, frente a la Facultad de Derecho de la UNAM, que apelaba a una visión más nacionalista y veía con recelo la configuración de una elite del derecho.³⁹

Con el paso del tiempo, el Instituto comenzó a tener mucha presencia con la organización de eventos académicos, foros y cursos de verano dirigidos a los extranjeros.⁴⁰

Héctor Fix-Zamudio tiene un papel muy relevante en la difusión de ideas y conocimientos jurídicos y, sobre todo, en la consolidación del IJ de la UNAM. El doctor realizó sus estudios de licenciatura y posgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México; sin embargo, su importancia no se puede entender sin hablar de la figura del español Niceto Alcalá Zamora, maestro de Fix-Zamudio, en cuya obra dejó un sello de gran

³⁴ Dezalay y Garth, *op. cit.*, y Fix-Fierro, “Los juristas académicos del Instituto...”, *cit.*

³⁵ Fix-Fierro, “Los juristas académicos del Instituto...”, *cit.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ Elola-Fernández, *op. cit.*

³⁸ Dezalay y Garth, *op. cit.*

³⁹ Dezalay y Garth, *op. cit.* y Fix-Fierro, “Los juristas académicos del Instituto...”, *cit.*

⁴⁰ Fix-Zamudio, H., “Cursos y conferencias organizados por el Instituto de Derecho Comparado de México durante sus veinticinco años de existencia (1940- 1965)”, en Alcalá-Zamora y Castillo, N., *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965, pp. 53-68.

calado. En 1946, Alcalá Zamora fundó el Seminario de Derecho Procesal, y lo dirigió hasta 1957; además, fue uno de los impulsores de la formación del doctorado en derecho en 1949.⁴¹ Alcalá fue también maestro de Sergio García Ramírez, y tuvo mucha influencia en la configuración del derecho procesal constitucional mexicano.⁴²

Fix-Zamudio narra su encuentro con Niceto Alcalá cuando aquél le presentó a este último su borrador de su tesis de licenciatura y su primer acercamiento con el Instituto, del que le sorprendió su acervo en temas de derecho comparado:

Me dijo que había leído mi trabajo y que lo consideraba una verdadera aportación, pero tenía ciertos defectos que era necesario corregir y me recomendó consultar varios autores que estaban disponibles en la biblioteca del Instituto de Derecho Comparado, ya que la biblioteca de la Facultad todavía no estaba, y actualmente tampoco lo está, debidamente clasificada... fue entonces que entré en contacto con la biblioteca de dicho Instituto, y quedé sorprendido de que todo el material estaba debidamente clasificado en tarjetas, gracias a las instrucciones permanentes desde su fundación. Esa biblioteca fue para mí un banquete espiritual debido a su perfecta clasificación y orden.⁴³

En 1972, Héctor Fix-Zamudio se convirtió en doctor en derecho bajo la supervisión de su maestro Niceto Alcalá Zamora, y su tesis fue publicada posteriormente con el nombre *La protección procesal de los derechos humanos antes las jurisdicciones nacionales*. Fix-Zamudio ingresó al Instituto de Derecho Comparado en 1956. En 1966 se convirtió en director del IJ-UNAM, cargo que ocupó hasta 1978. Durante su dirección del IJ-UNAM el Instituto creció y marcó más distancia de la Facultad de Derecho. Cuando fue nombrado director en 1966, el IJ-UNAM sólo contaba con tres investigadores de origen español (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Francisco Javier Elola Fernández y Modesto Seara), y cuando terminó su periodo,

⁴¹ Flores, I., “Niceto Alcalá Zamora y Castillo (1906-1985): estampas del derecho en broma y en serio”, en Serrano Migallón, F., *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 1-33.

⁴² *Idem*.

⁴³ Fix-Zamudio, H., “Mi ingreso y permanencia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM”, en Bernal, B. et al., *Testimonios y remembranzas acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas: 75 Aniversario, 2015*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 3.

el Instituto tenía 28 investigadores de tiempo completo. Su periodo se caracterizó por reformular la manera de investigar derecho, y de fomentar el derecho comparado entre los nuevos investigadores. Fue el inicio del estudio del derecho de forma autónoma y profesional.⁴⁴

La dinámica de trabajo que implementó en 1966 con Jorge Carpizo como su secretario auxiliar marcó un precedente importante en el impulso a que los estudiantes se expusieran a las influencias internacionales: “Invitaríamos a los estudiantes más distinguidos de nuestra Facultad de Derecho para que concursaran para obtener becas de investigación. Quienes mostraran dotes académicas, responsabilidad y vocación se les apoyaría para cursar estudios de posgrado en el extranjero”.⁴⁵ Fix-Zamudio no sólo puso énfasis en el ámbito interno del Instituto, sino que también apoyó a estudiantes para que salieran a estudiar al extranjero: Francia, Inglaterra o España.⁴⁶

El Instituto se consolidó como un espacio de elite en el estudio del derecho en México, y también porque sus investigadores tuvieron una presencia cercana con el ejercicio del poder político y el Partido Revolucionario Institucional. A lo largo de su historia, el Instituto ha tenido distintos papeles. Su importancia se puede desagregar en varios niveles. El primero es que el Instituto y sus investigadores son generadores de ideas jurídicas y difusores de ideas jurídicas. El segundo es que sus investigadores forman recursos humanos. El tercero es que realizan funciones pedagógicas sobre los debates actuales del derecho y se firman convenios que institucionalizan la circulación de ideas.

IV. GENERACIÓN DE IDEAS JURÍDICAS

La creación del Instituto de Derecho Comparado de México y su posterior transformación en IJJ, UNAM fueron los primeros pasos en la transformación del estudio del derecho en México. Con una presencia importante

⁴⁴ Dezalay y Garth, *op. cit.*; Carpizo, J., “Al maestro Héctor Fix-Zamudio, en su aniversario de oro como investigador”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2009, núm. 124, pp. 479-490, y Ferrer Mac-Gregor, E., “Homenaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al juez Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus 90 años de vida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, 2015, pp. 873-878.

⁴⁵ Carpizo, *op. cit.*, p. 484.

⁴⁶ Dezalay y Garth, *op. cit.*

del exilio español, se comenzó a poner énfasis en el estudio autónomo y profesional del derecho.⁴⁷

Entre las generaciones de abogados que han formado parte de la tradición del IJJ-UNAM sobresalen varios perfiles, que han tenido influencia en la vida política y jurídica. En la obra de Fix-Zamudio, como una de las figuras emblemáticas del IJJ y del derecho mexicano, resalta una idea central del constitucionalismo actual: la importancia de leer la Constitución como norma jurídica. Esta idea se enmarca en el desarrollo del derecho procesal constitucional en México que inició Fix-Zamudio desde su tesis de licenciatura.⁴⁸

Además, “los juristas académicos” del IJJ-UNAM han configurado muchas de las reformas constitucionales en ámbitos de administración e impartición de justicia, así como en la parte de división de poderes bajo la denominación “reforma del Estado”.⁴⁹ En este apartado se pone énfasis en ideas centrales del núcleo del constitucionalismo y en las figuras emblemáticas en la propagación y generación de ideas jurídicas.

Dos ideas han transformado el derecho constitucional mexicano: concebir la Constitución como norma jurídica, y el control de convencionalidad. En la generación y difusión de ambas, el IJJ-UNAM, a través de sus investigadores, ha desempeñado un papel fundamental.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

Esta idea, además de ser un hito para el desarrollo del derecho en México, es uno de los aspectos más importantes que influye en materia de derechos humanos. Este cambio es fundamental en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, y en México, el proceso de cambiar esa noción fue paulatino.⁵⁰ Antes que la idea llegara a la SCJN, pasó por la academia y se plasmó en la obra de Fix-Zamudio en 1987.

⁴⁷ Dezalay y Garth, *op. cit.*; Carpizo, *op. cit.*, Fix-Fierro, “Los juristas académicos del Instituto...”, *cit.*

⁴⁸ Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM-Marcial Pons, 2014.

⁴⁹ “Juristas académicos” es un término utilizado por Fix-Fierro, “Los juristas académicos del Instituto...”, *cit.*

⁵⁰ Salazar, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente. Algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, en Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 257-280.

En México, el proceso de cambio en las ideas jurídicas fue gradual y paulatino, como la transición política. El punto de partida son los cambios políticos, que comenzaron en el país con la reforma de 1977, que abrió las puertas a la oposición a la Cámara de Diputados y generó transformaciones en muchos aspectos de la vida institucional del país. El derecho enfrentó el reto de una realidad jurídica y política distinta, que requería nuevos enfoques sobre los problemas políticos y económicos. Un ejemplo de los cambios institucionales fue que la Constitución de 1917, en un periodo de 1921 a julio de 2015, tuvo 642 cambios a través de 225 decretos de reforma constitucional. El 66.9% de las reformas constitucionales ocurrieron después de 1982.⁵¹

En esta transición jurídica y política existieron cambios en el constitucionalismo mexicano. El primero de ellos fue colocar a la Constitución como norma jurídica y corazón del ordenamiento jurídico.⁵² La Constitución del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial es un documento jurídico, escrito y rígido que está en la cabeza del ordenamiento jurídico y que establece la validez de la creación normativa.⁵³ Este modelo constitucional sostiene que el núcleo de la Constitución son los derechos humanos que limitan al poder político.

Los cambios que comenzaron en Europa y Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, y que son aglutinados bajo las categorías de neoconstitucionalismo⁵⁴ y garantismo,⁵⁵ gradualmente aterrizaron en

⁵¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁵² Cárdenas, J., “Las transformaciones en la cultura mexicana”, en Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 323-340.

⁵³ Salazar, P., *op. cit.*

⁵⁴ El neoconstitucionalismo es “una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela de Génova” (Salazar, 2011: 261). Susanna Pozzolo define al neoconstitucionalismo por ser constitucionalista (centrada en el control del poder político) y antipositivista, porque critica el positivismo jurídico, por no poder dar cuenta de los problemas jurídicos después de la Segunda Guerra Mundial. El neoconstitucionalismo está en contra del positivismo metodológico (Comanducci, 2005; Pozzolo, 2005), que entiende el derecho desde una perspectiva neutral, “es el derecho que es y no el que debería ser”, y que se aleja de elementos finalistas (Kelsen, 2013; Hart, 1958). Los autores neoconstitucionalistas critican la idea de la pureza en la teoría desarrollada por Kelsen, de que el derecho y la ciencia jurídica deben concentrarse en buscar “qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse” (Kelsen, 2013:41). En el neoconstitucionalismo la

América Latina y en México. Una parte de la literatura ha explorado las disputas y las tensiones entre dos tradiciones: por un lado, el positivismo-formalismo jurídico como la tradición que domina el estudio y comprensión del derecho entre los abogados latinoamericanos, frente a una nueva cultura jurídica (neoconstitucionalismo-garantismo), que asume un nuevo papel para el juez y sitúa en el centro del debate los derechos humanos.⁵⁶

Una de las condiciones que se estaban debatiendo en la teoría jurídica de la posguerra sobre la importancia de colocar a la Constitución como norma jurídica, escrita y rígida aparece en el ambiente jurídico de México a finales de los años ochenta y principios de los noventa. Fue Fix-Zamudio en 1987 en el contexto de las reformas al Poder Judicial quien difundió entre el medio académico y político la idea central del constitucionalismo: la Constitución es una norma jurídica.

Después de que Fix-Zamudio extendió la idea sobre la Constitución, comienza en el medio académico a propagarse la importancia y la necesidad de entender la Constitución como norma jurídica antes que como un documento político. Por ejemplo, en 1990, Carpizo y Madrazo, en su libro *Derecho constitucional*, sostienen:

...tenemos una Constitución nominal, ya que no existe concordancia absoluta entre realidad del proceso político y las normas constitucionales a causa de una serie de factores sociales, económicos, y políticos; pero hay la esperanza de que tarde o temprano podamos alcanzar dicha concordancia y lograr una Constitución normativa.⁵⁷

literatura aglutina a autores como Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky y Robert Alexy, y en América Latina a Carlos Nino y Miguel Carbonell.

⁵⁵ El garantismo es una teoría del derecho y una teoría política que aborda el poder político (Salazar, 2011; Gascón, 2009). La teoría garantista del derecho aparece en 1989 con el libro de Luigi Ferrajoli *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Como teoría del derecho, uno de los pilares conceptuales sobre los que se sostiene la teoría del garantismo jurídico es el de derechos fundamentales, y su apego al positivismo metodológico al asumir y defender la distinción necesaria entre derecho y moral, entre el ser y el deber ser (Salazar, 2011; Pozzolo, 2005; Gascón, 2009; Prieto-Sanchís, 2009).

⁵⁶ Cortez, Josafat, "El regreso del derecho a los debates sobre conducta judicial. Un diálogo entre derecho y ciencia política", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas*, México, 2018, pp. 323-336.

⁵⁷ Carpizo, J. y Madrazo, J., *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1990, p. 12.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 835-861.

Carpizo y Madrazo veían como una esperanza que la Constitución de 1917 fuera una norma jurídica, pero la idea comenzó a tener más fuerza en la década de los noventa; por ejemplo, Miguel Carbonell, investigador del IJ-UNAM, en 1998, en su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid y publicada por el IJ-UNAM, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, en la nota preliminar, anota:

La teoría del derecho constitucional (y en general, del derecho público) en México, como consecuencia inevitable del mismo carácter autoritario y cerrado del régimen político y salvo algunas notables excepciones, es un buen compendio de lo que significa y representan el “pensamiento único” aplicado a la teoría constitucional... En el trabajo se exploran algunas cuestiones que, partiendo del concepto de la Constitución como norma, deberá ir solucionando el constitucionalismo en los próximos años.⁵⁸

Dejar de leer la Constitución como documento político y comenzar a entenderla como norma jurídica fue uno de los primeros pasos en el cambio y la difusión de ideas jurídicas. La Constitución como norma jurídica es parte central del neoconstitucionalismo y del garantismo, y va a permear en el ambiente jurídico y político nacional desde el IJ-UNAM.

VI. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La segunda de las ideas centrales en el cambio de las ideas jurídicas y del control constitucional fue la importancia del control de convencionalidad y su discusión en la SCJN con el caso *Radilla*, 912/2010.

El control de convencionalidad surgió de los votos particulares del juez Sergio García Ramírez en la Corte Interamericana en los casos *Mack Chang vs. Guatemala* en 2003; *Tibi vs. Ecuador* de 2004; *López Álvarez vs. Honduras*, de 2006; *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú (Aguado Alfaro y otros)* 2006; *Vargas Areco vs. Paraguay* de 2006.⁵⁹ Después de sus votos particula-

⁵⁸ Carbonell, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 12.

⁵⁹ Castilla, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, 2011, pp. 123-164; García Ramírez, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, núm. 28, 2011, pp. 123-159, y Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*

res, la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* hizo suyo el control de convencionalidad.⁶⁰

Sergio García Ramírez es otro jurista formado en la UNAM con gran peso en la formación y difusión de ideas jurídicas. Se tituló de la Facultad de Derecho de la UNAM en 1962 con la tesis *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, y obtuvo el doctorado en derecho en 1970 con la tesis *El individuo ante la ejecución penitenciaria* (1970) bajo la dirección de Niceto Alcalá Zamora. La carrera académica de Sergio García Ramírez estuvo vinculada al poder político y al Partido Revolucionario Institucional. Durante gran parte de su carrera fue funcionario del gobierno federal.

La importancia de Sergio García Ramírez en la difusión y generación de ideas jurídicas en México se relaciona con su paso como juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* en 2003 en su voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez sostiene:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto, y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.⁶¹

El control de convencionalidad va a ser uno de los temas que marcan el debate en México a partir del caso *Radilla* en posteriores conflictos y tensiones sobre el papel de los tratados internacionales y la jurisdicción de la Corte IDH.

En este tema también se deja sentir la influencia de Héctor Fix-Zamudio, quien también fue juez de la Corte IDH de 1986 a 1997 y presidente de la misma durante dos periodos, que abarcan los años 1990-1997. Su

⁶⁰ García Ramírez, *op. cit.*

⁶¹ Ferrer Mac-Gregor, *Homenaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al juez...*, *cit.*, p. 673

peso se plasmó en la sentencia *Velásquez Rodríguez* sobre desaparición forzada resuelta en 1988;⁶² Fix-Zamudio fue quien tuvo mucha influencia para que el ex presidente Ernesto Zedillo reconociera la jurisdicción de la Corte Interamericana.⁶³

VII. DIFUSIÓN DE IDEAS JURÍDICAS

En el proceso de cambio de ideas jurídicas es necesario tener labores de difusión de las nuevas corrientes del derecho constitucional, de los debates contemporáneos sobre la Constitución y los derechos humanos. Una tarea importante en la propagación de nuevas ideas jurídicas es la traducción de textos y artículos importantes en la discusión teórica del derecho. En México, el trabajo de traducción y difusión de nuevas obras o de clásicos del pensamiento jurídico la ha realizado el IJJ-UNAM.

Después de la Segunda Guerra Mundial, con el exilio español en México y la formación del Fondo de Cultura Económica, se inició una tradición de traducción de textos actuales y clásicos.

La traducción de textos jurídicos fue fundamental en la segunda mitad del siglo XX en México, porque permitió la divulgación de muchas obras jurídicas importantes. En México, los filósofos del derecho tradujeron textos claves en los debates del derecho. Por ejemplo, Eduardo García Máynez colaboró con la traducción de *Economía y sociedad*, de Max Weber en la parte de sociología del derecho.

Hans Kelsen, uno de los autores más importantes del siglo XX, fue traducido al español por muchos abogados mexicanos vinculados con la UNAM: Eduardo García Máynez tradujo al español la *Teoría general del derecho y del Estado*, en 1949; Emilio O. Rabasa tradujo en 1960 la *Introducción a la teoría pura del derecho*, editada por la UNAM y la Facultad de Derecho.⁶⁴ Ulises Schmill, quien también fue investigador del IJJ-UNAM antes de ser nombrado ministro de la Suprema Corte de Justicia (1982-1985), tradujo artículos de Kelsen, como “Derecho y lógica”, en 1978 y “Qué es un acto jurídico” en 1996.⁶⁵

⁶² *Idem*.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Flores, Imer B., “Una visita a Hans Kelsen en México”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, 2014, pp. 53-94.

⁶⁵ *Idem*.

Rolando Tamayo y Salmorán, quien fue investigador del IJ-UNAM y actualmente es profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la UNAM, tradujo obras fundamentales para la teoría del derecho. Tres son muy importantes: *El concepto de sistema jurídico*, de Joseph Raz, traducido en 1986; *El Post scriptum al concepto de derecho de Hart*, en 2000, y *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, de Kelsen, traducido en 2001. Las tres obras fueron editadas por el IJ-UNAM.

Esta labor de traducir obras jurídicas de importancia en el debate jurídico es clave en la difusión de ideas jurídicas. En el lapso de 1945 a 2014 el IJ-UNAM, de acuerdo con su fondo editorial, ha realizado y editado veintidós traducciones, entre las que destacan obras de Ferrajoli, Guastini, Kelsen, Joseph Raz y Peter Härberle. La generación de filósofos analíticos, como Tamayo y Salmorán y Ulises Schmill, tradujeron textos clásicos de Kelsen siguiendo su forma de entender el derecho. Posteriormente, llega una nueva generación de abogados al IJ-UNAM que retomó la tradición de traducir.

En el caso de los juristas del Instituto, el estudio de posgrado en el extranjero fue un primer factor para cambiar la perspectiva del derecho. La nueva generación de investigadores del IJ-UNAM estudiaron el posgrado fuera de México. Por mencionar algunos: Miguel Carbonell estudió su doctorado en España con Pedro de Vega; Pedro Salazar y Lorenzo Córdova, en Turín, bajo la tutoría de Michelangelo Bovero; Edgar Corzo, en Navarra; Eduardo Ferrer, en Navarra; César Astudillo, en Madrid; Imer Flores realizó la maestría en Harvard; Francisco Tortolero, en la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne); Cecilia Mora-Donatto, en España, con Manuel Aragón; Héctor Fix-Fierro, en Alemania.

Una parte de esta generación de investigadores va a divulgar las obras claves del neoconstitucionalismo y del garantismo jurídico, principalmente en México y en América Latina, a través de la traducción de obras importantes del debate contemporáneo de teoría del derecho. Una pregunta fundamental en los estudios sobre derecho y cultura jurídica es cómo llegan estas ideas a América Latina y a México. Los estudios en el extranjero y el entrar en contacto con otras tradiciones jurídicas es una de las explicaciones en los estudios de cultura jurídica y conducta judicial. Adicionalmente a esta condición, es necesaria una labor de difusión en las instituciones de educación superior y en el medio político para entender

la instalación de estas ideas en la región latinoamericana y el surgimiento de nuevas audiencias atentas al trabajo de la SCJN.

Un caso emblemático de las labores de traducción, como difusión de ideas jurídicas, es Miguel Carbonell, licenciado en derecho por la UNAM, quien cumplió el ciclo tradicional del IJ-UNAM: se incorporó como becario meritorio en 1993 cuando era estudiante de derecho; luego fue becario, técnico académico, y posteriormente becario internacional de la UNAM, con el apoyo del Instituto.⁶⁶ Después de sus estudios regresó al país y se incorporó al Instituto como investigador.⁶⁷

En esta labor de traducción de autores que están en el canon del nuevo constitucionalismo, que oscilan entre el neoconstitucionalismo y el garantismo, los juristas del IJ han sido grandes difusores y pedagogos.⁶⁸

⁶⁶ Carbonell, M., “Así entré al Instituto”, en Bernal, B. *et al.*, *Testimonios y remembranzas acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas: 75 Aniversario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 295-298.

⁶⁷ Carbonell ha traducido diversos artículos de Riccardo Guastini en materia de interpretación constitucional; también ha traducido trabajos de Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo, Gustavo Zagrebelsky y Ronald Dworkin. Muchas de estas traducciones fueron publicadas en las revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y posteriormente reproducidas en otras revistas y libros. Por ejemplo, el artículo de Luigi Ferrajoli “Sobre los derechos fundamentales” de 2006, que apareció en *Cuestiones Constitucionales* del IJ, UNAM. Para la Editorial Trotta, Carbonell ha sido cotraductor del libro *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, de Riccardo Guastini; de Gustavo Zagrebelsky y María Martini, *La exigencia de justicia*, en 2006; de Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, en 2005. Fue cotraductor del libro de Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* en 2001. Carbonell no sólo ha traducido, sino que ha coordinado textos claves para la comprensión del neoconstitucionalismo y del garantismo jurídico en español y en América Latina. En este sentido, destaca la edición del libro *Neoconstitucionalismo(s)* editado por Trotta en 2003; la edición del libro *Democracia y garantismo*, de Ferrajoli, editado por Trotta en 2008, en el que se seleccionaron artículos que guían la obra del jurista italiano; la edición en Trotta, junto con Pedro Salazar, en 2005, de *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, y también *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, en 2007. Además, fue editor (junto con García Jaramillo) *Del canon neoconstitucional*, para Trotta, en 2010.

⁶⁸ También Pedro Salazar cotradujo *Defenderse del poder. Poder, una resistencia constitucional* de Ermanno Vitale, en 2012, y Lorenzo Córdova tradujo, de Michelangelo Bovero, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, en 2002, ambos editados por Trotta.

Fix-Fierro ha tenido también un papel importante como difusor de ideas jurídicas con la traducción de textos como los Peter Häberle, *El Estado constitucional*, en 2003, editado por el IJ-UNAM; *De la soberanía del derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo y latinoamericano*, de Peter Häberle y Markus Kotzur en 2003, y el texto *Primera lección de sociología del derecho*, de Vincenzo Ferrari.

Una condición necesaria para dar cuenta de los cambios jurídicos es difundir la obra de nuevos juristas y el debate contemporáneo del derecho. La difusión a través de la traducción y la edición forma parte de la columna vertebral del cambio de ideas jurídicas en el país. Las nuevas ideas jurídicas llegaron al país con estudiantes formados en el extranjero, que traducen, editan y enseñan los debates contemporáneos del derecho constitucional.

En la tarea de difusión, el IJJ le ha otorgado el premio Héctor Fix-Zamudio a representantes de la nueva forma de entender el derecho, como Joseph Raz, en 2005; Ronald Dworkin, en 2006, y a Luigi Ferrajoli en 2007.

Los premiados dieron conferencias en el Instituto y participaron en seminarios. Estos premios fueron otorgados en el contexto en el que la SCJN estaba centrada en actuar como árbitro entre poderes antes que una garante de los derechos humanos, y paulatinamente comenzaba a tomar decisiones en derechos humanos. Desde el IJJ-UNAM se premiaba a representantes del nuevo canon constitucional, que apelaban en su obra jurídica a colocar la Constitución como norma jurídica, y los derechos humanos como el centro de la Constitución.

Otras obras importantes sobre el derecho constitucional también aparecieron publicadas por el IJJ-UNAM. Por ejemplo, Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2003; Atienza y Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, 2005; Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, 2006.

VIII. FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS

En el proceso de difusión de las ideas jurídicas y del contexto jurídico, la formación de recursos humanos es una etapa fundamental. Formar estudiantes, conducirlos en sus procesos cognitivos por los problemas jurídicos es parte de cambios y renovaciones en las ideas jurídicas.

El IJJ-UNAM también ha desempeñado un rol fundamental para la formación de recursos humanos. Desde su origen, el Instituto fue un polo de atracción de los estudiantes de derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM y de las distintas universidades estatales. El ciclo que los estudiantes cumplían era incorporarse como becarios de un investigador, estudiar

posgrados fuera del país y, en algunos casos, regresar al Instituto como investigadores.

Las actividades académicas de difusión y eventos con distintos académicos permiten a los estudiantes y becarios, conocer a diversos investigadores de otras tradiciones. En la formación de recursos humanos, Fix-Zamudio tiene un papel relevante. En primer lugar, es trascendente su influencia en dos jueces constitucionales que han sido claves en decisiones en materia de derechos humanos: José Ramón Cossío y Arturo Zaldívar.

José Ramón Cossío afirma que ha tenido dos influencias en su visión del derecho: Ulises Schmill y Héctor Fix-Zamudio. El ministro llegó al IJJ-UNAM en 1985 como asistente de investigación de Fix-Zamudio, y fue un momento importante:

Yo fui a España y trabajé con Manuel Aragón, trabajé con Pedro de Vega, ellos me dirigieron la tesis, son personas muy buenas, etc.; pero no son una influencia para mí. Yo tuve dos cosas: conocí al maestro Fix antes de irme a España, trabajé muchos casos con él después de estudiar y fue quien me ayudó a organizar mi pensamiento con una teoría del derecho.⁶⁹

También, para el ministro Zaldívar, la influencia de Fix-Zamudio es importante. En su discurso cuando se incorporó a la SCJN, reconoció a Fix-Zamudio como su “gran maestro de siempre y de todo...”, y al IJJ-UNAM, como “centro de saber que siempre he considerado mi casa, y en donde tengo muchos y muy buenos amigos”.⁷⁰ En las obras de homenaje a Fix-Zamudio, el ministro Arturo Zaldívar narra su vínculo con su maestro:

Lo conocí hace más de dos décadas, siendo yo estudiante del doctorado en la UNAM. Recuerdo que mi decisión de estudiar el posgrado en la Universidad Nacional fue motivada, en gran medida, por la posibilidad de ser su alumno en la materia de Poder Judicial. Me presenté un día, sin más, en su oficina, y lo primero que me sorprendió fue su sencillez y generosidad. Me dedicó su tiempo para conversar conmigo sobre cualquier tema por el que tuviera inquietudes. No sólo eso, sino que aceptaba ir a comer conmigo y pasar horas

⁶⁹ Entrevista en la Ciudad de México, 6 de mayo de 2016.

⁷⁰ Zaldívar, 2010: 1000.

enteras de plática, para mí de lo más enriquecedoras... De manera especial, se entrega desinteresadamente a cualquier estudiante que se acerque en busca de consejo u orientación. Soy un beneficiario de esa práctica.⁷¹

Fix-Zamudio fue quien le dirigió la tesis de doctorado en la UNAM a Arturo Zaldívar, titulada *La nueva Ley de Amparo* en 2002, y posteriormente publicada por el IJ-UNAM con una presentación de Fix-Zamudio.

No sólo jueces constitucionales han sido formados por Fix-Zamudio, sino que también podemos ubicar su influencia en los secretarios de estudio y cuenta que han pasado por la Suprema Corte de Justicia: Edgar Corzo (secretario de estudio y cuenta del ministro en retiro Genaro Góngora Pimentel), y Karla Quintana (ex secretaria de estudio y cuenta de Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena). Ambos fueron sus asistentes de investigación en el IJ-UNAM.

También Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte Interamericana, se reconoce como uno de los discípulos de Héctor Fix-Zamudio, y ha seguido sus ideas en el derecho procesal constitucional. Fue secretario de estudio y cuenta del ministro Salvador Aguirre, y posteriormente ocupó cargos administrativos como presidente del Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta, director general de Relaciones Internacionales de la SCJN. El eje que aglutina su influencia entre los jueces y discípulos es el desarrollo del derecho procesal constitucional en México.⁷²

Héctor Fix-Zamudio es el único jurista vivo al que el pleno de la Suprema Corte de Justicia le ha rendido un homenaje. Fue el 2 de septiembre de 2014. Dos intervenciones dejaron ver la postura de José Ramón Cossío y Arturo Zaldívar. Los dos le atribuyen su fuerte peso en impulsar la justicia constitucional. Arturo Zaldívar anota: “Fue quien primero vislumbró y descubrió lo que debería ser el rol de la justicia constitucional en nuestra democracia y, por otro lado, porque activamente buscó impulsar los cambios y reformas indispensables para lograr ese ideal”. José Ramón Cossío apunta: “Fix Zamudio... nos fue convenciendo, poco a poco, a muchos constitucionalistas que la Constitución no sólo eran decisiones polí-

⁷¹ Zaldívar Lelo de Larrea, A., “Epistolario”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Silvero Salgueiro, J., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo 1. Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Marcial Pons, 2010, pp. 205 y 206.

⁷² Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*

ticas fundamentales, no sólo era una retórica constitucional, sino que era una auténtica norma jurídica, que tenía que ser salvaguardada por este Tribunal Constitucional”.⁷³

Otro de los investigadores que también tuvo peso más sutil en uno de los jueces constitucionales es Rolando Tamayo y Salmorán, quien es uno de los filósofos del derecho más importantes del país. Fue investigador del IJJ-UNAM, y actualmente es profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. Fue director de la tesis de licenciatura del juez Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena, y lo acercó a la filosofía analítica del derecho, sobre todo inglesa, y la visión de Hart y Dworkin sobre los problemas jurídicos.⁷⁴

Los tres jueces (José Ramón Cossío, Arturo Zaldívar, Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena), que con su visión del derecho constitucional han impulsado un cambio en la SCJN, reconocen que sus profesores y maestros que les configuraron su visión del derecho y los problemas jurídicos están o estuvieron en el IJJ-UNAM.

IX. CONCLUSIONES

Las ideas jurídicas en México han cambiado en los últimos veinte años. Uno de los motores en el cambio jurídico es el IJJ-UNAM; sin embargo, poca atención ha recibido por parte de los especialistas. Uno de los aportes de este artículo es caracterizar a los investigadores del IJJ como difusores de las nuevas corrientes del derecho constitucional y la filosofía del derecho, y generadores de nuevas ideas jurídicas sobre el constitucionalismo, y también cumplen con un papel de formadores de recursos humanos. Esas tareas gradualmente motivan cambios en las ideas jurídicas en el campo del constitucionalismo mexicano. Una nueva audiencia académica que discute los cambios en las ideas jurídicas, y que está al pendiente de las decisiones judiciales, genera nuevas condiciones culturales en el derecho mexicano. Es necesario colocar atención al papel de los investigadores en la renovación de los debates constitucionales y en el peso de las instituciones académicas.

⁷³ Comunicado 131/2014, Dirección General de Comunicación y Vinculación Social, 2 de septiembre.

⁷⁴ Entrevista en la Ciudad de México, 13 de octubre 2016.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., “Inventario y balance del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* durante sus dieciocho años de vida”, en *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.
- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., “Inventario y balance del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* durante sus dieciocho años de vida”, en *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.
- ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “La «escuela» mexicana de historiadores del derecho”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVIII, 2006.
- ARMENDÁRIZ, A., “Mexicanos del derecho”, *Estudio de derecho público contemporáneo*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1972.
- CARBONELL, M., “Así entré al Instituto”, en BERNAL, B. et al., *Testimonios y memorias acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas: 75 Aniversario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- CÁRDENAS, J., “Las transformaciones en la cultura mexicana”, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- CARPISO, J., “Al maestro Héctor Fix-Zamudio, en su aniversario de oro como investigador”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 124, 2009.
- CASTILLA, Karlos, “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México”, *Estudios Constitucionales*, 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- CORTEZ, Josafat, “El regreso del derecho a los debates sobre conducta judicial. Un diálogo entre derecho y ciencia política”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas*, México, 2018.
- COSSÍO, J. R., *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998.
- COSSÍO, J. R., “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *Política y Gobierno*, vol. VIII(1), 2001.

- COSSÍO, J. R. y SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, J., “Presentación”, en *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- DEZALAY, Y. y GARTH, B., “De élite divide a profesión cosmopolita: los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en FIX-FIERRO, Héctor, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- ELOLA FERNÁNDEZ, J., “Veinticinco años del «Instituto de Derecho Comparado de México»”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.
- FERRER MAC-GREGOR, E., “Homenaje de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al juez Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus 90 años de vida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, E., *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM-Marcial Pons, 2014.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción jurídica de las nuevas instituciones democráticas”, en CRUZ BARNEY, O. y FIX-FIERRO, Héctor, *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM-IIIH-IJJ, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, H., “Cursos y conferencias organizados por el Instituto de Derecho Comparado de México durante sus veinticinco años de existencia (1940- 1965)”, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965): historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.
- FIX-ZAMUDIO, H., “Mi ingreso y permanencia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM”, en BERNAL, B. *et al.*, *Testimonios y memorias acerca del Instituto de Investigaciones Jurídicas: 75 Aniversario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- FLORES, I., “Niceto Alcalá Zamora y Castillo (1906-1985): estampas del derecho en broma y en serio”, en SERRANO MIGALLÓN, F., *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2003.

- FLORES, Imer B., “Una visita a Hans Kelsen en México”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, 2014.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, *Ius*, núm. 28, 2011.
- HALE, Charles, *Emilio Rabasa y la supervivencia del liberalismo porfiriano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y FIX-FIERRO, Héctor, “«Tan cerca, tan lejos». Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, enero-abril de 2000.
- MEJÍA, Raúl, “Jorge Carpizo: un constitucionalista entre dos generaciones”, en COSSÍO, José Ramón y SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús, (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, L., *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1975.
- ROLDÁN, José, “Ignacio Burgoa: una radiografía intelectual”, en COSSÍO, José Ramón y SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús (coords.), *Lecturas de la Constitución. El constitucionalismo mexicano frente a la Constitución de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- SALAZAR, P., “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente. Algunas propuestas para esquivar confusiones recurrentes”, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Prólogo”, en *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., “Epistolario”, en FERRER MAC-GREGOR, E. y SILVERO SALGUEIRO, J., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. 1. Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, UNAM-IJJ-Marcial Pons, 2010.

CORRESPONSALES DE GUERRA EN MÉXICO: ENTRE LA INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA Y EL NECROPODER*

WAR CORRESPONDENTS IN MEXICO: IN BETWEEN INVESTIGATIVE JOURNALISM AND NECROPOWER

Marión ESTÉVEZ**

Ariadna ESTÉVEZ***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las guerras necropolíticas*. III. *Los periodistas y las guerras necropolíticas*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el expresidente Felipe Calderón lanzara la llamada “guerra contra el narcotráfico” en 2006, las organizaciones de derechos humanos, la prensa y la academia han registrado 234,996 asesinatos (Hernández Borbolla, 2017), y la desaparición forzada de 34,656 personas (25,682 hombres y 8,974 mujeres). En cuanto a la violencia contra las mujeres, ha habido 23,800 feminicidios (Reina, 2018); el 41.3 por ciento del total de 46.501,740 mujeres en el país (19,216, 151) han sufrido violencia sexual, y el 66.1 por ciento (30,700,000) han sido víctimas de la violencia en general (Amnistía Internacional, 2018, INEGI, 2017). Podría decirse que México está inmerso en una ola de violencia sin precedentes, en la

* Artículo recibido el 31 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2018.

** ORCID: 0000-0001-6916-4554. Doctora en clínica psicoanalítica/psicoanalista APM y docente en el Colegio Internacional de Educación Superior. Correo electrónico: marionnest@gmail.com.

*** ORCID: 0000-0002-5861-3956. Doctora en relaciones internacionales e investigadora de tiempo completo en el Centro de Investigaciones sobre América del Norte (CISAN) UNAM. Correo electrónico: aestevez@unam.mx. Correspondencia: Torre II de Humanidades, piso 10, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, Ciudad de México.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 863-878.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

que los cárteles de la droga y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley a veces trabajan juntos en casos de desaparición forzada, secuestro, ejecución, tortura, persecución, feminicidio, violación y masacres. Si bien el gobierno afirma que las bandas criminales son las únicas responsables de estas brutalidades, e invierte importantes recursos en seguridad y en reformas constitucionales y judiciales, entre otros cambios normativos, no ha logrado combatir la impunidad y la corrupción, y aunque el gobierno mexicano afirma haber tomando medidas contra estos crímenes, siguen gozando de impunidad.

Como podemos ver, las cifras indican que las mujeres sufren tanto como los hombres en la guerra contra las drogas, pero la violencia sexual es de alguna manera invisible, y, en su mayoría, ignorada en las interpretaciones políticas del conflicto. La hipótesis es que este es el caso, porque la violencia criminal se atribuye únicamente a una guerra con una dinámica político-estatal, cuando en realidad estamos hablando de dos guerras, que no necesariamente implican control político. La interpretación propuesta aquí es que estamos viendo dos guerras, dos guerras necropolíticas. Este artículo desarrolla la idea de la guerra necropolítica como un tipo de conflicto que simultáneamente explica la violencia criminal y sexual como parte de un continuo de violencia colonial y racializada para la seguridad de los mercados criminales y la mercantilización de los cuerpos de las mujeres.¹

Lo que mejor da cuenta de las guerras necropolíticas a nivel empírico no son las cifras, sino los reportajes a profundidad y el periodismo de investigación. Estas investigaciones nos demuestran que la explotación y el aniquilamiento del cuerpo de las mujeres es parte de la misma dinámica económica y de muerte que aniquila a los hombres. Peor aún, son esos mismos hombres los que matan tanto a mujeres como a hombres. Para dar cuenta de esto, se desarrollará primero la idea de las guerras necropolíticas, y después se describirán por lo menos quince libros de investigación periodística en los que se narra cómo ocurre cada una de estas guerras, y se distinguirá a qué lógica pertenece cada uno de los temas allí abordados.

¹ Esta discusión analítica ha sido publicada en Estévez, Ariadna (2018), *Guerras necropolíticas y biopolítica de asilo en América del Norte*, CISAN-UNAM, 200 pp.

II. LAS GUERRAS NECROPOLÍTICAS

En México se viven dos guerras por la conquista de territorio. Una es la guerra contra el narco, en la que los cárteles y sus aliados políticos se disputan plazas y rutas, el control sobre mercados ilegales, y la hegemonía sobre la fuerza. En medio de la corrupción e impunidad generalizadas, la guerra contra el narcotráfico ha originado en México la mutación del poder político en un necropoder, o sea, el poder de administrar muerte en función de asegurar la economía criminal, un hecho que ha desencadenado la crisis de derechos humanos más grave de la historia nacional, y en la que es imposible determinar si el agente violador es un criminal o un miembro de las fuerzas del orden.

La otra es la guerra que se lleva a cabo sobre los cuerpos de las mujeres y se disputa la desposesión de cuerpos femeninos para dominación y cosificación sexual. Si bien en un principio la guerra contra el narco era una guerra fundamentalmente masculina —entre hombres por el poder territorial y el control del mercado de la droga—, los objetivos económicos de ésta se desviaron a mercados y mercancías con igual valor comercial que la droga, pero sin el creciente costo en riesgo y seguridad. Esta mercancía resultó ser el cuerpo de las mujeres. La cosificación de las mujeres exacerbó la misoginia y el resentimiento por la lógica posfordista del trabajo, en la que miles de varones están desempleados y ven en las mujeres una competencia que amenaza su masculinidad.

La mercantilización de los cuerpos femeninos, la exacerbación de la misoginia, la impunidad sistémica y los riesgos crecientes en el comercio de drogas han colocado a las mujeres como adversarias en otra guerra, una que es paralela a la narcoguerra, y que protagonizan los mismos hombres involucrados en ella, pero también muchos de los hombres que han sido o pueden ser objeto de la narcoviolenencia. Es una guerra en la que la víctima de la guerra contra el narco también es potencialmente víctima, porque lo que está en juego no es territorio ni poder ni control sobre el mercado de drogas ilícitas, sino la desposesión de los cuerpos de las mujeres para dominarlos y lucrar con ellos sexualmente.

Aquí se utiliza el marco de la necropolítica,² y en particular el del capitalismo *gore*,³ para estudiar la política de muerte en México, y se sugie-

² Mbembe sostiene que la biopolítica no es suficiente para entender cómo la vida se subordina al poder de la muerte en África. Afirma que la proliferación de armas y la

re la categoría de guerras necropolíticas para conceptualizar la violencia legal, paralegal y suprallegal, que sistemáticamente victimiza a mujeres y hombres en México. En términos generales, la necropolítica es la política de muerte ejecutada por el Estado para administrar la muerte a poblaciones precarizadas y racializadas, con el fin de garantizar el funcionamiento del neoliberalismo y el capitalismo, que lucra con los cuerpos a través de secuestros, desapariciones forzadas, masacres, tráfico de órganos y trata sexual. La ejecuta a través de agentes privados y estatales o una combinación de éstos.

Las guerras necropolíticas son las que ocurren al interior del Estado, en vez de entre Estados, y como resultado del desmantelamiento neoliberal de éstos, pues se dan en situaciones en las que el ingreso del Estado disminuye por un debilitamiento de la economía y la propagación de la criminalidad, la corrupción y la ineficiencia. La violencia se privatiza

existencia de mundos de la muerte —lugares donde la gente se encuentra tan marginada que en realidad viven como muertos vivientes— son un indicador de que existe una política de la muerte (necropolítica), en lugar de una política de la vida (biopolítica) como la entiende Foucault. Examina cómo el derecho soberano de matar se reformula en las sociedades donde el estado de excepción es permanente. Según Mbembe, en un estado sistemático de emergencia el poder se refiere y apela constantemente a la excepción y a una idea ficticia del enemigo. Afirma que las operaciones militares y el derecho de matar no son ya prerrogativas exclusivas del Estado gubernamentalizado, y que el ejército regular no es ya el único medio para ejecutar el derecho de matar. Las milicias urbanas, los ejércitos privados y las policías de seguridad privada tienen también acceso a las técnicas y prácticas de muerte. La proliferación de entidades necroempoderadas, junto con el acceso generalizado a tecnologías sofisticadas de destrucción y las consecuencias de las políticas socioeconómicas neoliberales, hace que los campos de concentración, los guetos y las plantaciones se conviertan en aparatos disciplinarios innecesarios, porque son fácilmente sustituidos por la masacre, una tecnología necropolítica que puede ejecutarse en cualquier lugar en cualquier momento (Mbembe 2011).

³ La filósofa tijuanaense Sayak Valencia mexicana la necropolítica, y dice que en las sociedades hiperconsumistas los cuerpos se convierten en una mercancía, y su cuidado, conservación, libertad e integridad son productos relacionados (Valencia, 2010). Para ella, los cárteles ejercen un poder de opresión análogo al del Estado, y se han convertido en un Estado paralelo que reconfigura la biopolítica y utiliza técnicas que Valencia denomina “necroprácticas” —acciones radicales dirigidas a infringir dolor, sufrimiento y muerte—. Al igual que el Estado legítimo, su contraparte criminal pretende tener el control sobre el territorio, la seguridad y la población; es decir, de gobernar a través de la explotación de los recursos nacionales, la venta de seguridad privada, y las personas. Controlan los cuerpos de hombres y mujeres, haciéndolos mercancías de intercambio o consumidores de los bienes ofertados en el narcomercado (Valencia 2010).

como resultado del crecimiento del crimen organizado, la emergencia de grupos paramilitares, y la pérdida de legitimidad política. El Estado pierde control sobre partes de su territorio a manos de los grupos criminales. Las nuevas guerras ocurren, pues, en la lucha por el necropoder. Estas guerras tienen su expresión específica en el tercer mundo, donde el necropoder gira no sólo en torno a la delincuencia, el paramilitarismo y los mercenarios, sino en el control del capital criminal. Se caracterizaron por lo menos dos tipos de guerras necropolíticas según su objetivo: 1) las guerras por alianzas políticas claves en la reproducción del capital criminal en general, que se llamó las “guerras por la gubernamentalización necropolítica del Estado”, y 2) las guerras que se emprenden en contra de las mujeres para desposeerlas de sus cuerpos para el dominio sexista privado y la explotación sexual en el capitalismo gore, que se denomina las “guerras por la desposesión de cuerpos femeninos”.

III. LOS PERIODISTAS Y LAS GUERRAS NECROPOLÍTICAS

La población civil —asalariados, amas de casa, estudiantes, estilistas... periodistas— está en medio de estas guerras intentando llevar un vida normal; el periodista no sólo es sujeto informador de su ambiente caótico y peligroso, sino también es objeto de estudio de sus investigaciones por la verdad y la justicia, dentro de una realidad que avasalla con las cotidianas desapariciones, decapitaciones, violaciones y muertes reportadas en sus notas, artículos, reportajes, ensayos, y que lo ponen como blanco perfecto del ejercicio criminal del Estado en contubernio con el narco y otras modalidades de crimen organizado cobijadas por el necropoder.

En un afán de ir más allá del cumplimiento de su deber, reporteros y periodistas informan y documentan hechos, pero sobre todo develan la perversidad humana a la que estamos expuestos, con la posibilidad de pasar de víctimas a victimarios, ya sea en defensa propia, de manera circunstancial o por venganza, aprovechando los ríos revueltos y la laxitud de las autoridades. En este contexto, sus plumas y cámaras los han llevado a formar parte de la estadística que cada año *Reporteros sin Fronteras* actualiza desde 2000, con un panorama mundial de 1,035 periodistas profesionales asesinados de 2003 a 2017, siendo 2006, 2007 y 2012 los años más letales, con 85, 88 y 87, respectivamente. México figura a partir de 2004

en un listado —por orden alfabético— de países de distintas partes del orbe —considerado como uno de los países más peligrosos para ejercer el periodismo— con una tendencia constante, alcanzando su máximo en 2016, con diez periodistas asesinados, 2017 con doce y seis en lo que va de 2018 (*Reporteros sin Fronteras* 2018). Por otra parte, la cifra que manejan diversos medios del país, en el periodo que va de 2000 a 20017 oscila entre 109 y 136, y entre 34 y 41 los que van en el sexenio de Enrique Peña Nieto, sin contar los 1,330 ataques a periodistas y medios de 2015 a 2017 (Ureste 2018).

Por tanto, el periodismo independiente se convierte en una actividad de alto riesgo; no obstante, comunicadores, reporteros y periodistas continúan llevando a cabo sus pesquisas sin garantías ni seguridad alguna ante los intereses de quienes —corporaciones, funcionarios, cárteles— están detrás tanto de la gubernamentalización necropolítica como de la desposesión de cuerpos; guerras que le siguen costado vidas de hombres, mujeres y niños al país; inmersos en éstas, se arriesgan a escribir contenidos de actualidad que lleguen al lector mexicano, cada vez más ávido de información fidedigna para saber dónde está parado.

1. *El periodismo de la guerra por la gubernamentalización del Estado*

En lo que respecta a la gubernamentalización necropolítica, podríamos comenzar con Javier Valdez Cárdenas; nacido en Culiacán, Sinaloa en 1967, fue corresponsal del periódico *La Jornada*, fundador del semanario *Ríodoce* y ganador del Premio Internacional a la Libertad de Prensa 2011, entre otros; quien habría firmado su sentencia de muerte (15 de mayo de 2017, Culiacán) al denunciar sistemáticamente la complicidad de políticos con el narco; entre sus obras destaca *Narcoperiodismo* (2016), ya que cuenta a través de la propia y de otras voces, cómo se ejerce el periodismo libre y crítico en México, cómo la línea editorial la aprueba o castiga el narco, y también autoriza qué se dice, en qué tono y cuándo. Entrevista a colegas de diversos medios del territorio nacional que denuncian a gobernadores, como Javier Duarte, quien abiertamente amenazó, persiguió y seguramente mandó asesinar a periodistas que investigaban y denunciaban las maneras ilícitas de investir su cargo; asimismo, exhibe los presuntos descubrimientos de periodistas veracruzanos, tamaulipecos,

guerrerenses, asesinados en su autoexilio en el anterior Distrito Federal y otras entidades. Es un sucesivo cuestionario a periodistas, aún vivos, sobre lo que significa ejercer y hasta cuándo; qué medidas deben tomar, y si vale la pena jugarse la vida en ello.

Por otra parte, *Tamaulipas. La casta de los narcogobernadores: un eastern mexicano* (Padgett 2016), es un recorrido por la historia reciente de Tamaulipas, estado en que la muerte es el medio para limpiar el camino del trasiego, en la llamada “frontera chica”, auspiciado por los gobernadores que durante el siglo XX no tuvieron empacho en eliminar a sus oponentes con tal de garantizarse un lugar en el negocio del narcotráfico, de los cuales tanto Tomás Yarrington Ruvalcaba como Eugenio Hernández Torres son los mejores ejemplos, y cuyo chofer en tiempos electorales fue Enrique Peña Nieto.

La cotidianidad de Tamaulipas transcurre de las andanzas del cártel de Atlacomulco a las del cártel del Golfo; de las matanzas de los Zetas en San Fernando al lavado de dinero con Monex; de muertes, levantones, plomo y cinismo en un *eastern* mexicano, como refiere el autor, tras una extraordinaria investigación, que arroja nombres, fechas y lugares de hechos que edifican la cuna de narcogobernadores, que es, ha sido y, tal parece que, seguirá siendo el estado de Tamaulipas.

Luego, *En manos del narco* (Ravelo 2016) es una radiografía de la metástasis del narco en México; de la colusión del gobierno con los cárteles; de los capos protegidos por el gobernante en turno; de los favores a cambio de capturar, encerrar, dejar escapar, etcétera, a personajes de peso según las circunstancias políticas del país, que abarca desde Tamaulipas hasta Veracruz, sin dejar de lado Guerrero, Jalisco, Michoacán, Sinaloa, etcétera. Reúne una antología de los movimientos del narco entre la llamada “guerra fallida” de Felipe Calderón Hinojosa y la administración de Enrique Peña Nieto, que incluye datos interesantes sobre El Azul, El Chapo, La Tuta, El Mayo, El Señor de los Cielos, Benjamín Arellano Félix, los Beltrán Leyva, el Güero Palma y los Zetas, entre otros.

También *El infierno de Javier Duarte* (Zavaleta 2016) narra la vida en el estado de Veracruz a expensas de la muerte, que llegó para quedarse de la mano de los Zetas, quienes operan cómodamente con el permiso y la procuración de todos los niveles de gobierno. Asimismo, presenta la semejanza de un joven ambicioso dispuesto a todo para llegar a la cima del poder; de los favores que hizo y cobró para convertirse en Javier Duarte

—un híbrido entre el típico priísta déspota, cínico y ratero y el narco de medio pelo, cruel, salvaje y asesino—, que se caracterizó por amenazar a quienes lo exhibían o denunciaban, como los periodistas. Se trata de una investigación bien documentada, que retrata de pies a cabeza y de adentro hacia fuera a Javier Duarte de Ochoa, que pasará a la historia como el mandatario más cuestionado por sus escándalos, el asesinato por lo menos de quince reporteros que trabajaban en la entidad, la expansión del crimen organizado y su infiltración en los cuerpos policiacos, el incremento de la deuda pública y las grandes fallas de su gabinete.

En *Narco América* (Dromómanos 2015), tres periodistas —entre ellos una mexicana—, después de publicar varios artículos en el diario mexicano *El Universal*, realizan una travesía por América siguiendo el rastro de la cocaína; de Nueva York a Río de Janeiro descubren el poder económico del narcotráfico, el doble discurso de Estados Unidos sobre el tema y los estragos físicos y psíquicos que ocasiona a quien la consume. Describen escenas que pese a parecer salidas del cine *gore* o zombie, son de la vida real; individuos entregados a la adicción, perdiendo tanto el cuerpo como la dignidad; siendo el *crack* la droga más barata y dañina, destinada a los estratos marginados —como para que mueran de a poco—, la mariguana, la carta fuerte de México en el mercado global, la heroína, la de moda y de mayor demanda en Nueva York. Entrevistan a diversos actores del fenómeno, quienes sin dudarle y con cierto recelo señalan lo irónico que resulta que la frontera más vigilada del mundo sea tan porosa, que forzosamente alguien del otro lado permite la entrada de toneladas de diferentes sustancias, que nadie está dispuesto a renunciar a las cuantiosas ganancias y al poder político y social que conlleva este negocio. Por si se pensaba que sólo en México se cuecen habas, este libro dirige la luz hacia una América lacerada por la pobreza, que impone las condiciones para proveer la oferta que el mayor consumidor del mundo demanda a cualquier precio.

Los 43 de Iguala (González Rodríguez 2015) es una investigación documental que muestra información vertida en la prensa escrita, informes policiacos y militares, así como la expresada por testigos, la *vox populi*, pero sobre todo una historia que hace décadas ya alertaba sobre el funesto desenlace de la conocida Noche de Iguala. Mezcla de reportaje y crónica, que cuenta la tragedia, narra los antecedentes de los presuntos responsables y describe las intrincadas relaciones entre el gobierno, el narco y la policía, de cómo unos trabajan para otros y sacrifican, como siempre, a

los más pobres, cuyos sueños descansan en la posibilidad, en el caso de Guerrero, de convertirse en profesores rurales.

Ni vivos ni muertos (Mastrogiovanni 2014) habla de que la desaparición forzada se ha vuelto una especialidad más en el México descompuesto, manejado por unos cuantos en detrimento de la calidad de vida de la mayoría, en donde el ciudadano actual teme por su vida, día tras día, al ir a trabajar, a la escuela, al mercado, a la fiesta, a la parada del camión, o simplemente al parque para no entumirse entre las cuatro paredes de su prisión forzada antes hogar. Refiere diversos casos de desaparecidos (hombres, mujeres, jóvenes) en cualquiera de las circunstancias mencionadas; explicados con asombro y temor por testigos que presenciaron el “levantón”, bajo la autoría, ya sea de sicarios, de la policía, o de otros, que aprovechan la ausencia de gobierno a nivel municipal, estatal y federal.

La desaparición forzada es una estrategia de terror, orquestada tanto por el Estado como por los poderes fácticos, para impedir que el pueblo se pronuncie, se queje, se manifieste; para quitarlo de su camino mandando un mensaje claro y contundente, provocando incertidumbre, pero sobre todo mucho dolor y desasosiego en los familiares, que esperan, esperan y esperan desesperadamente el regreso de su padre, madre, hermanos, hijos, amigos, novios, migrantes..., ya sea vivos o muertos, para poder continuar su vida en paz; asimismo, ha tornado todo un tema de movilización social en localidades como Ciudad Juárez, Estado de México, Guerrero, Sinaloa, Veracruz, donde a propósito del nulo interés de las autoridades por encontrarlos o porque saben dónde están, los familiares buscan con sus propios recursos, que comúnmente no alcanzan, provocando más desamparo en dichas familias. Dejan así en evidencia la colusión de las policías, el ejército y los gobiernos con el narco y otros actores económicos y políticos nacionales y transnacionales.

Mirreynato. La otra desigualdad (Raphael 2014) es un texto que destaca la participación de los anteriores *juniors*, hoy *mirreyes*; hijos de empresarios y políticos que utilizan las llamadas redes sociales para hacer ostentación de un poder, ni siquiera heredado —ya que se instalan en puestos bien pagadas sin esfuerzo alguno—, más bien asumido por ósmosis de sus padres; “niños bien” que se juntan o asocian con otros niños bien del narco —hijos de capos, que a diferencia de éstos estudian en escuelas privadas, carreras que les permitan administrar el negocio o empresa, como ellos le

llaman—; asimismo, hace mención de otro tipo de desigualdad, en la que el ciudadano común parece de otro mundo, de otra realidad.

Es un buen libro que lleva de la mano a tratar de comprender la nueva realidad sociopolítica de México, cuya desigualdad descansa no sólo en las estadísticas de la pobreza extrema, sino en manos de quienes la ejercen y se sirven de ella, donde unos de la exigua clase media luchan por sobrevivir con salarios de cinco mil pesos, viendo a otros, que pueden vivir más cómodamente con sesenta mil pesos al mes; toca el tema del “elevador”, ascensor social, que explica el fenómeno que va desde las “lobukis” (amante o amiguita en turno del “mirrey”) hasta la Primera Dama (actriz de quinta), pasando por la, cada vez más escasa, hija de familia que estudia mientras se casa con un buen partido.

Narcomex (Ravelo 2013) aborda la “guerra contra el narco” —desatada por Felipe Calderón en diciembre de 2006 al iniciar su gestión— con una postura crítica, que toma forma mediante la investigación de hechos y declaraciones de personajes afectados, ciudadanos, testigos, exnarcos, víctimas, abogados y periodistas dan cuenta de una guerra declarada sin conocimiento, sin estrategia y, mucho menos, sin sentido común, contra grupos criminales bien organizados, capacitados y armados —sin más que perder, salvo la vida— con el abolengo de quienes empiezan desde abajo y respetan el negocio, capos que procuraban a su gente, y tras caer dejaron un vacío de poder, provocando la división entre células, que en la pelea por los territorios se imponen de manera primitiva y sanguinaria, descuartizando, “cocinando” y decapitando a miembros de otras células.

Ravelo hace un recuento de los cárteles más importantes, sus integrantes y su desenlace en esta guerra, que para el 31 de julio de 2010 había dejado más de veinte mil homicidios a manos de los cárteles de los Beltrán Leyva (Héctor y Arturo Beltrán; “El Grande”; “La Barbie”); de los Arellano Félix (Francisco, Ramón, Javier y Benjamín Arellano Félix); de Juárez (Amado Carrillo Fuentes, “El Señor de los Cielos”; Vicente Carrillo Fuentes, “El Viceroy”); del Golfo (Juan García Ábrego; Osiel Cárdenas Guillén; “El Coss”; “Tony Tormenta”); de Sinaloa (“El Güero Palma”; “El Chapo”; “El Mayo”; “El Azul”); de Los Zetas (Heriberto Lazcano Lazcano). Obra importante para conocer lo que fueron los cárteles mexicanos en un principio, su devenir en dicha guerra, su transformación después de ésta, y entender de qué manera el gobierno siempre se ha servido de ellos.

En *Los muchachos perdidos. Retratos e historias de una generación entregada al crimen* (Loza y Padgett 2012), durante más de dos años de entrevistas y visitas a las principales correccionales de México, los autores retratan con imágenes y palabras la vida dentro de estos lugares sobrepoblados por individuos de una generación perdida en el crimen a falta de oportunidades económicas, escolares y laborales. Los periodistas presentan las narraciones de jóvenes criminales, de sus andanzas y asesinatos, cuya paga destinan para satisfacer necesidades o deseos de una infancia que les fue robada por diversas circunstancias. Se trata de una investigación seria sobre la juventud vulnerable en el país, con estadísticas que cobran vida a través de sus relatos, personajes cuyo apodo remite a su personalidad, pasado o especialidad criminal. Un texto para reflexionar sobre lo que el país está haciendo, o, mejor dicho, dejando de hacer, para prevenir más pérdidas de almas con necesidad de atención, anhelo de vivir y posibilidad de rescatar una sociedad también perdida.

La guerra de los Zetas (Osorno 2012), como indica la portada, es un “viaje por la frontera de la necropolítica”, que inicia en Tamaulipas y termina dejando al lector con la sensación de vacío, de que el pueblo sólo sirve para pagar impuestos al gobierno, y que está a merced del narco, quien lo ignora si el gobierno hace lo que necesita a cambio de la nómina que le paga, pero lo acribilla si es necesario hacer presión. Es un recorrido por la historia reciente del cártel de Golfo; la inclusión en sus filas de un brazo armado, que posteriormente se independizó como Los Zetas, y comenzó la guerra por los territorios fronterizos del trasiego hacia el principal mercado, Estados Unidos; dejando en evidencia la aparatosa diferencia entre ambos lados de la frontera; asimismo, cuenta cómo dicha organización, nacida del ejército mexicano para proteger al país, se ha vuelto una letal enfermedad. Narra detalladamente de manera geográfica y cronológica los avances de esta organización, que rompe con los usos y costumbres del narco antiguo, recurriendo a modos más sanguinarios para imponerse a falta de abolengo y necesidad de imponerse en el negocio.

Sin duda, una obra obligada si se desea saber qué sucede en la llamada “frontera chica” del país, por qué y quiénes son los protagonistas.

País de muertos (2011), también de Diego Enrique Osorno, reúne, bajo diferentes firmas, una serie de relatos, que dejan al descubierto que la sociedad civil está atrapada entre el nulo interés de las autoridades del Estado y la violencia desatada por los poderes facticos, que desde hace

varios años dictan el rumbo del país. Desde accidentes derivados de la negligencia y el desfalco de Pemex y las mineras, hasta la libre acción del narco en bares y centros nocturnos, queda el país en el desamparo de la impunidad y rodeado de muertos, sin poder reclamarle a alguien que investigue, encuentre y castigue a los autores de tanta ausencia. El libro es una compilación de escritos que giran en torno a la impunidad en todas sus expresiones, en un país donde pasa de todo y nunca se busca al responsable, quien comúnmente está bajo la protección que el dinero o el Estado o el narco le pueda dar.

El cártel de Sinaloa (Osorno 2009) podría considerarse una radiografía del estado de Sinaloa de ayer y hoy, que describe las bondades del llamado “Triángulo Dorado”, donde convergen Sinaloa, Durango y Chihuahua, y se da la mejor marihuana y una de las mejores amapolas del mundo; da cuenta de la precariedad que se vive en muchos de sus municipios, entre ellos La Tuna, lugar que vio nacer a Joaquín Archivaldo Guzmán Loera, mejor conocido como El Chapo, y nos hace partícipes de las desgracias que viven los sinaloenses, desde la guerra contra el narco de Felipe Calderón, al meternos en su cotidianidad entre balazos y narcomensajes, que rebasada por la impunidad se convierte en un gran cenotafio adornado de rosas rojas, como testigos de la sangre que ahí corrió, dejando el sentimiento de un pueblo a merced del narco dada la falta total de cualquier nivel de gobierno. Una muestra de que geografía es destino, ante el cual a Sinaloa no le quedó mucho por hacer; expone una realidad que no se debe ignorar si se quiere conocer el origen de sus problemas actuales, ya sea con El Chapo libre, encerrado o fugado.

2. *Periodismo en la guerra por la desposesión de cuerpos de las mujeres*

Por otro lado, la desposesión de cuerpos de mujeres —así como de niños y niñas— también ha sido analizada, criticada y denunciada por profesionales que han experimentado en carne propia el rigor de leyes que sirven a poderes corrompidos y perversos. Tal es el caso de Lydia Cacho Ribeiro —nacida en la Ciudad de México el 12 abril de 1963—, detenida, incomunicada y torturada por ejercer su derecho a la libertad de expresión, presuntamente a manos del entonces gobernador de Puebla, Mario Marín, el 16 de diciembre de 2005, a lo que la Suprema Corte de Justicia

de la Nación resolvió en 2007 que no existieron evidencias suficientes para sostener la participación de éste en la violación (considerada no grave) a las garantías de la periodista.

Pese al ambiente adverso, hostil y peligroso, continúa luchando por lograr que se mire hacia las víctimas, que se lean sus historias y que se escuchen sus voces ante las injusticias —por decir lo menos— que el sistema económico, político y social les tiene reservadas.

En *Esclavas del poder* (Cacho 2010), de manera encubierta en diferentes países del mundo, Lidya Cacho entrevista a taxistas, ex prostitutas dueñas de agencias de “scorts”, víctimas de trata y otros personajes clave, para llevar a cabo un recorrido dentro de las mafias locales dedicadas al tráfico de mujeres y niñas para la explotación sexual, así como para conocer el entramado del lavado de dinero que estas —y otras actividades ilícitas— conllevan. De las famosas *geishas* en Japón —ataviadas de glamur oriental— a las niñas vendidas por sus padres —a causa de diversos tipos de pobreza extrema— en Camboya, hasta los gustos de ingleses, suecos, neozelandeses o australianos por niños y niñas —principalmente latinos— y los paraísos “off shore” —en países del “primer mundo”— donde no importa quién abra la cuenta siempre y cuando sea con el mínimo requerido —que supera los miles de euros—; las autoridades responsables de perseguir y castigar estos crímenes están coludidas tanto con la policía y los taxistas —quienes hacen el trabajo de calle ignorando dichos giros y fungiendo como halcones, respectivamente— como con quienes hacen el trabajo de escritorio expidiendo documentos falsos y permitiendo la salida y entrada de personas, cuyo código de barras está inscrito en su marginalidad y vulnerabilidad. La renombrada periodista hace un análisis de un mercado global, en el que nadie se salva de la inhumanidad de hombres y mujeres de diversos ámbitos, tanto en países ricos donde impera la grotesca demanda como en países pobres donde lastimosamente la oferta es el individuo mismo.

Las muertas del Estado (Padgett y Loza 2014) es un trabajo periodístico de alta escuela que mezcla crónica, reportaje y entrevista, basado en la investigación de los feminicidios acaecidos e ignorados durante el gobierno de Enrique Peña Nieto en el estado de México, donde tal parece que la frase “Enrique... bombón... te quiero en mi colchón”, emblema de su campaña rumbo a la presidencia, quería tapar la cruda y triste realidad expuesta en este libro, donde madres, padres, hermanos, hijos, hablan y

lloran, pero sobre todo exigen una justicia que a nadie le interesa. El libro exhibe las pruebas de la indolencia de las autoridades caso por caso con nombre y apellido, de mujeres víctimas de la violencia masculina en las colonias más pobres del país; parejas, esposas o amantes de albañiles, choferes, exconvictos, taxistas y policías, que andan como si nada por las calles y avenidas de Ciudad Nezahualcóyotl, Chimalhuacán y el bordo de Xochiaca.

Se trata de homicidios dolosos cuya averiguación previa es inconsistente o encubre descaradamente al culpable; de expedientes sin vida, como sus protagonistas, estáticos en un escritorio, empolvándose, necrosando el alma de madres y padres, que no se cansan de señalar al asesino de su hija, y tienen que investigar con sus propios recursos o exigir una atención sistemáticamente negada o ver con frustración las fotos alteradas de una escena del crimen donde no hay rastro del presunto feminicida, pero sí del sufrimiento de la víctima.

Huesos en el desierto (González Rodríguez 2002) es una extraordinaria investigación —acerca del fenómeno social internacionalmente conocido como *Las muertas de Juárez*— que rastrea las denuncias de desaparición y revela la impunidad que impera en dicha zona fronteriza de trasiego de drogas, armas y personas; se adentra en el sufrimiento de las familias de adolescentes, obreras, madres, que sólo por vivir en Ciudad Juárez están en peligro latente y constante; describe la vida en colonias marginadas, colindantes con el extenso desierto, sin vigilancia, y propicio para el anonimato, donde aparecen cuerpos semidesnudos, golpeados, ultrajados, cercenados, ensangrentados, de mujeres que algún día iban a la escuela o al trabajo, y expone los intentos infructuosos de diversas organizaciones por seguir nuevas líneas de investigación que se topan una y otra vez con el rechazo, ya sea estatal o federal. Sin duda, una obra de gran valor periodístico, por sus pesquisas y por la narración en crónica, que no deja cabos sueltos, para que el lector se haga una idea de lo que ahí sucede.

En *Por la mano del padre* (Moreno 2017), mediante un caso paradigmático del estado de México, tras una seria y comprometida investigación, el autor expone, explica y analiza las razones que llevaron a dicho hombre a matar a sus tres hijos. Desde el ensayo introductorio de Vicente Leñero, se avistan las entrañas de una violencia característica de Ciudad Nezahualcóyotl, donde priva la falta de oportunidades educativas y laborales, las adicciones, el desamparo y desamor dentro de familias, no sólo disfuncio-

nales, sino frecuentemente con un integrante en la cárcel; prosigue con el relato previo al día aciago, en que tres menores de edad mueren a manos de su propio padre para vengarse de su madre, quien supuestamente le era infiel.

El libro da una semblanza de ambos padres, narra su historia de amor, y cómo un individuo huérfano de madre, expuesto a la violencia de otros y sin empleo, guarda un resentimiento que brota cuando su pareja, también madre, deja de quererlo a causa de sus adicciones y la precariedad con que debe criar a sus hijos. Finalmente, presenta el proceso judicial, donde el desahogo de pruebas exhibe a un filicida sin culpa ni resentimiento, ya que por experiencia personal el amor incondicional no existe, y así como él no fue querido por su madre alcohólica —cuya muerte temprana lo dejó desamparado— tampoco cree que dicho sentimiento exista, y mucho menos que pueda darlo. Este texto presenta y analiza una tragedia, que bien podría repetirse exponencialmente, dada la descomposición social de Neza y el país entero.

Huérfanos del narco (Valdez Cárdenas 2015) es una mirada a través de la vida o las vivencias de quienes pierden a uno o ambos padres en la llamada “guerra contra el narco”, que ha arrasado no sólo con sicarios y capos, sino con hombres y mujeres ajenos al negocio, que mueren al hacer su vida cotidiana, dejando desamparada a su prole, que se ve obligada a llevar su duelo en el olvido y desatención de las autoridades, y, muchas veces, también de la sociedad. Es una serie de entrevistas a huérfanos, que se quedan con su incomprensible y profundo dolor, al perder todo en un instante; testimonios que estallan ante miradas que no quieren ver que las víctimas del narco también son niños, adultos, ancianos, mujeres, profesionistas, inocentes, que de repente se topan con un tiroteo o se encuentran con una bala perdida mientras lo único que quieren es vivir, trabajar y proteger a su familia, como cualquier persona, aunque en México eso signifique estar constantemente en el lugar equivocado en el momento equivocado.

IV. CONCLUSIONES

En estos tiempos violentos, en los que hacer trabajo de campo académico es cada vez más peligroso, el trabajo de los corresponsales de las guerras

necropolíticas ha sido fundamental para conocer, a nivel empírico y cotidiano, cómo operan las distintas fuerzas del necropoder mexicano para lucrar con la vida y la muerte de mujeres, niñas, niños y hombres. Esta revisión de la literatura periodística que narra las guerras necropolíticas evidencia cómo el periodismo es una labor tan peligrosa como necesaria (¿necesitada?) en nuestro país.

ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS: ¿ESQUEMA DE CONSERVACIÓN INTEGRAL EN EL RLGE EPA-ANP?*

PROTECTED NATURAL AREAS: COMPREHENSIVE CONSERVATION SCHEME IN THE RLGE EPA-ANPS

Juan Antonio HERRERA IZAGUIRRE**

Daniel CRUZ RODRÍGUEZ***

Demetrio REYES MONSIVÁIS****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estructura del RLGE EPA-ANP*. III. *Administración de las ANP*. IV. *Establecimiento de las ANP*. V. *Manejo de las ANP*. VI. *Conclusiones y propuestas*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

México es un país megadiverso, lo que significa que dentro de su extensión territorial se encuentran una gran diversidad de especies de plantas, animales, y de ecosistemas.¹ Lo anterior ubica a México como el cuarto país

* Artículo recibido el 5 de septiembre de 2017 y aceptado para su publicación el 2 de abril de 2018.

** ORCID: 0000-0002-4088-7772. Coordinador de la Clínica de Derecho Ambiental de la Facultad de Comercio, Administración y Ciencias Sociales (FCyCS) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Correo electrónico: derechointernacional@hotmail.com

*** ORCID: 0000-0002-6090-5341. Funcionario de la Dirección de Medio Ambiente y Cambio Climático de Nuevo Laredo, Tamaulipas

**** ORCID: 0000-0003-1921-9486. Catedrático de la Universidad Lasalle, campus Victoria, Tamaulipas.

¹ Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio), *¿Qué es la biodiversidad?*, disponible en: http://www.biodiversidad.gob.mx/biodiversidad/que_es.html (consultado septiembre 11, 2018). Agradecemos el apoyo de la doctora Frida Caballero, de la Dirección de Investigación de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, y de la maestra Claudia Perales, de la Casa de la Cultura Jurídica de Nuevo Laredo, por las facilidades en la búsqueda de información.

con mayor diversidad biológica a nivel global.² Estas condiciones obligan al Estado mexicano a crear e implementar herramientas jurídicas que tengan como objeto la protección de los recursos presentes en el país. Los avances en la materia han permitido la inclusión del tema ambiental en la ley fundamental, a través de distintos preceptos constitucionales, donde destaca el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano, el principio de sustentabilidad y la facultad de legislar para establecer la concurrencia entre los distintos órdenes de gobierno en la materia.³

El elevar este derecho a nivel constitucional, como un derecho fundamental para la sociedad, implica desarrollar legislación y política ambiental que dé operatividad a dicho precepto.⁴ Lo anterior, para que se genere un panorama legal que transforme letras en realidades. Una de las estrategias seguidas por el gobierno federal es la creación de áreas naturales protegidas (ANP), herramienta que se utiliza para conservar la naturaleza y servicios que ésta provee a la sociedad. Esta figura es definida en la legislación mexicana como “...las zonas del territorio nacional y aquéllas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, en donde los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del ser humano o que requieren ser preservadas y restauradas”.⁵ La importancia de las ANP a nivel global es palpable; por lo pronto, organizaciones internacionales se han ocupado de emitir programas de manejo. Un ejemplo de estos esfuerzos es la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN),⁶ que emite el Programa Mundial de

² Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio), ¿*Qué es un país megadiverso?*, disponible en: <http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/quees.html> (consultado septiembre 11, 2018)

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm> (consultado septiembre 11, 2018), artículo 4o., párrafo 2o.

⁴ Cabe señalar que la reforma en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* en junio de 2011, modifica, además de otros preceptos, el artículo primero constitucional, e impone que todas las autoridades en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

⁵ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), *Diario Oficial de la Federación (DOF)* 28 de enero de 1988, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf> (consultado en septiembre 11, 2018), artículo 3o., fracción II.

⁶ Es una organización internacional dedicada a la conservación de los recursos naturales. Fue fundada en octubre de 1948, en el marco de una conferencia internacional

Áreas Naturales Protegidas. La finalidad de este programa global es brindar asesoría técnica y normativa en la materia a las Naciones.⁷

Por otra parte, a nivel nacional, el marco jurídico regulatorio de las ANP está constituido por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), del 28 de enero de 1988, y el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Áreas Naturales Protegidas (RLGEEPA-ANP), del 30 de noviembre de 2000. Por una parte, la LGEEPA regula las ANP en el título II, rotulado “biodiversidad”, el cual abarca de los artículos 44 al 87 bis 2. En estos artículos, la LGEEPA regula de manera general aspectos como características de las ANP, declaratorias para el establecimiento y administración de las ANP, sistema nacional de ANP y zonas de restauración de flora y fauna.⁸ Es de suma importancia la labor del RLGEEPA-ANP, puesto que mientras que en las leyes se sientan las bases generales, en los reglamentos se detallan, complementan o pormenorizan los postulados generales, dotando así de dinamismo a la legislación. Así, se afirma la importancia de la reglamentación en la materia, de la cual depende en gran medida la eficacia de la legislación. Por tal motivo, el RLGEEPA-ANP será analizado en detalle en el apartado 2 de “estructura”.

Según la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), gran parte de la riqueza en biodiversidad que posee México se encuentra amenazada y deteriorada por actividades antropogénicas.⁹ Lo anterior arroja una interrogante sobre la efectividad de la legislación, instituciones y sistemas de información ambiental. El objeto de este estudio es analizar el RLGEEPA-ANP para verificar su eficacia en la conserva-

celebrada en Fontainebleau, Francia. Tiene su sede en Gland, Suiza. Según esta organización, los gobiernos nacionales han dedicado importantes esfuerzos al establecimiento de más de 120,000 áreas protegidas en todo el mundo, que cubren cerca del 14% de la superficie terrestre del planeta.

⁷ Para mayor información sobre el Programa Mundial de Áreas Naturales Protegidas, disponible en: http://www.iucn.org/es/sobre/trabajo/programas/areas_protegidas/_copy_of_a_propos_des_aires_protegees_13012012_1126/ (consultado septiembre 11, 2018).

⁸ LGEEPA, nota 5, artículos 44-87 bis 2.

⁹ Semarnat-SNIARN, *Base de datos estadísticos*, consulta temática, disponible en: http://dgeiawf.semarnat.gob.mx:8080/ibi_apps/WFServlet?IBIF_ex=D3_INT_BIODIV&IBIC_user=dgeia_mce&IBIC_pass=dgeia_mce (consultado en septiembre 11, 2018).

ción de la diversidad biológica en México y su contribución al medio ambiente en general. Esta investigación se organiza de la siguiente manera: la sección II contempla la Estructura del Reglamento; la III se enfoca a la administración de las ANP; la parte IV se centra en el establecimiento de las mismas; la V estudia el manejo de ellas y, por último, la sección VI aporta las conclusiones y propuestas.

II. ESTRUCTURA DEL RLGEIPA-ANP

EL RLGEIPA-ANP tiene por objeto hacer efectiva la reglamentación de la LGEEPA en lo relativo al establecimiento, administración y manejo de las áreas naturales protegidas de competencia federal. Está compuesto por ocho títulos, en los cuales se dividen veintisiete capítulos, a su vez 144 artículos distribuidos en todos ellos y cinco artículos transitorios.¹⁰ Este Reglamento está diseñado para aplicar la LGEEPA de manera que permita el establecimiento, administración y manejo de las ANP; además, crea la Dirección de las ANP y el Consejo Nacional de las ANP, entre otras.¹¹ Es un reglamento con una organización y lenguaje claros.

El título primero es el de las disposiciones generales, y cuenta con un solo capítulo sobre el objeto del reglamento. Por otro lado, el título segundo es el de la administración de las ANP; se divide en cinco capítulos, de los cuales podemos destacar el de la Dirección de las ANP y el del Consejo Nacional de ANP.¹² El título tercero tiene dos capítulos, que

¹⁰ Reglamento de LGEEPA en materia de Áreas Naturales Protegidas (RLGEIPA-ANP), *DOF* 30-11-2000, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGEEPA_ANP.pdf (consultado 24 de noviembre del 2017).

¹¹ *Idem*. Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Áreas Naturales Protegidas, publicado en el *DOF* el 30 de noviembre de 2000. De conformidad con el artículo 8o., la administración y manejo de cada una de las áreas naturales protegidas se efectuará a través de un director, que para su nombramiento se deberá someter a una serie de bases que en el mismo artículo se enumeran. Por otro lado, el artículo 56 bis de la LGEEPA es la fuente de este consejo, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 del RLGEIPA-ANP, éste estará integrado por un presidente, un secretario técnico y representantes de diversas instituciones e invitados.

¹² Los capítulos que integran el título segundo son: capítulo 1: “Disposiciones generales”; capítulo 2: “Dirección de las Áreas Naturales Protegidas”; capítulo 3: “Del Consejo

regulan el sistema nacional de las ANP¹³ y el establecimiento del Registro Nacional de ANP.¹⁴ Por otro lado, el título cuarto está conformado por cuatro capítulos, los cuales en conjunto regulan el establecimiento de ANP, y el título quinto, por otro lado, dispone de tres capítulos, y se encarga de la formulación, contenido y modificación de los programas de manejo.¹⁵

El título sexto está integrado por seis capítulos, referentes a los usos, aprovechamientos y autorizaciones que se lleven a cabo dentro de las ANP. El título séptimo está compuesto por dos capítulos, que son: capítulo I: “De las ANP establecidas a propuesta de los particulares”, y capítulo II: “Del reconocimiento de áreas productivas dedicadas a una función de interés público”. Por último, el octavo título cuenta con capítulos, y éstos contemplan la etapa de medidas de control y seguridad, así como sus respectivas sanciones. También emplea el uso de la herramienta de la denuncia popular en el artículo 144.¹⁶

A simple vista, el RLGEIPA-ANP exhibe los principios de subordinación jerárquica, al encontrar su justificación y medida en los artículos de la LGEEPA. Su estructura es nutrida, y establece figuras que de ser implementadas adecuadamente tienen el potencial de proteger la flora, fauna y diversidad biológica en general. Idealmente, una legislación efectiva cambia conductas, y en el caso de la LGEEPA y el RLGEIPA-ANP, esto se traduciría en ANP administradas sustentablemente, en monitoreo en todas las ANP, en ausencia de especies invasoras en las mismas y en

Nacional de Áreas Naturales Protegidas”, capítulo 4: “De los consejos asesores”, y el capítulo 5 es de los “Instrumentos de coordinación y concertación”.

¹³ El artículo 76 de la LGEEPA contempla la creación del Sistema Nacional de ANP, que tiene el propósito de incluir en el mismo las áreas que por su biodiversidad y características ecológicas sean consideradas de especial relevancia en el país.

¹⁴ El Registro Nacional de ANP estará a cargo de la Semarnat.

¹⁵ De conformidad con lo que dispone el artículo 65 de la LGEEPA, le corresponderá a la Semarnat la creación del programa de manejo del ANP de que se trate.

¹⁶ *Ibidem* artículo 144, RLGEIPA-ANP. Define a la denuncia popular como “Toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades podrán denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales existentes en las áreas naturales protegidas, o contravengan las disposiciones legales y reglamentarias en esta materia, y se relacionen con las acciones o actividades mencionadas en el presente reglamento...”.

una participación pública fortalecida y encaminada a la protección de las ANP. Toda vez que el involucramiento de grupos puede facilitar labores del funcionamiento en estas áreas, con la realización de acciones de vigilancia, apoyo en la prevención en contingencias, participación en situaciones de riesgo, administración y gestión de dichas áreas.

III. ADMINISTRACIÓN DE LAS ANP

Dentro de los temas más importantes que aborda este Reglamento está lo referente a la administración de las ANP, establecido en el título segundo del documento llamado “De la administración de las áreas naturales protegidas”. Esta administración podrá variar de acuerdo con la clasificación que le fue otorgada al momento de su creación de acuerdo con la LGEEPA, con el Reglamento de la LGEEPA en materia de ANP, con su decreto de creación, con normas oficiales mexicanas y demás disposiciones legales aplicables. Las clasificaciones que podrán adoptar estas zonas protegidas son reserva de la biosfera, parques nacionales, monumentos naturales, áreas de protección de recursos naturales, áreas de protección de flora y fauna, santuarios, parques y reservas estatales, así como las demás categorías que establezcan las legislaciones locales.¹⁷ Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente establece que en el caso de los estados sus legislaturas establecerán las categorías aplicables en el ámbito local y municipal (artículo 46, párrafos 3 y 4).

TABLA.1 CLASIFICACIÓN DE LAS ANP A NIVEL FEDERAL Y ESTATAL
SEGÚN LA LGEEPA Y EL CÓDIGO DE DESARROLLO
SUSTENTABLE DE TAMAULIPAS

<i>Clasificación</i>	<i>Competencia</i>
Reservas de la biosfera	Federal (artículo 46, LGEEPA)
Parques nacionales	Federal (artículo 46, LGEEPA)
Monumentos naturales	Federal (artículo 46, LGEEPA)
Áreas de protección de recursos naturales	Federal (artículo 46, LGEEPA)

¹⁷ LGEEPA, *cit.*, nota 5, artículo 46.

<i>Clasificación</i>	<i>Competencia</i>
Áreas de protección de flora y fauna	Federal (artículo 46, LGEEPA)
Santuarios	Federal (artículo 46, LGEEPA)
Áreas destinadas voluntariamente a la conservación	Federal (artículo 46, LGEEPA)
Parques y reservas estatales	Estatal
Áreas ecológicas protegidas	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)
Parques estatales	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)
Zonas especiales sujetas a conservación ecológica	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)
Zonas de restauración	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)
Paisajes naturales	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)
Reservas naturales comunitarias o privadas	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)
Santuarios del agua	Estatal (Tamaulipas) (artículo 181, CDSET)

FUENTE: Elaboración propia.

La administración de estas áreas resulta relevante; por ello, en el Reglamento de la Ley se ha diseñado una regulación que define quién puede ser el administrador de dichas áreas, los perfiles que debe tener, así como las funciones administrativas que debe desempeñar para conseguir los fines de conservación y aprovechamiento que en cada área se determine. Dicha administración implica realizar labores de planeación, organización, dirección y control, cuyos alcances son delineados en el Reglamento en estudio. Para ejecutar de manera efectiva la administración, deberán ser adoptados lineamientos, mecanismos institucionales, programas, políticas y acciones, con el objetivo de conservar, proteger y restaurar los ecosistemas naturales que se encuentren en peligro de ser alterados. Además, estas acciones deben estar encaminadas para la mejor utilización y aprovechamiento de los recursos naturales existentes en la zona de manera sustentable.¹⁸ Por otra parte, deben tomarse en cuenta lineamientos en lo referente al financiamiento de las acciones anteriormente mencionadas; asimismo, instrumentos para promover la coordinación entre los distintos niveles de gobierno y la concertación de acciones con los sectores público, social y privado. Por último, lo relacionado con la capacitación y forma-

¹⁸ RLGEPA-ANP, nota 10.

ción de personal técnico y de apoyo que ejecutará estas disposiciones en las diferentes zonas protegidas.¹⁹

La administración de las áreas naturales está a cargo de la Semarnat, que puede contar con la ayuda de diferentes instituciones académicas, científicas o empresariales. En el caso de los parques nacionales establecidos en zonas marinas mexicanas, la Semarnat se coordinará con la Secretaría de Marina (artículo 51, párrafo 4). Las personas físicas o morales también pueden ser capaces de administrar una ANP,²⁰ siempre que demuestren que cuentan con la capacidad técnica, financiera o de gestión, y que presenten un programa de trabajo, que deberá contener los objetivos y metas que se pretenden alcanzar. Aunado a lo anterior, se debe indicar también el periodo durante el cual se pretende administrar el ANP, origen y destino de los recursos financieros, materiales y humanos que se pretenden utilizar, y los mecanismos propuestos para obtener el financiamiento del área natural protegida durante el periodo pretendido de administración.²¹

La administración es ejercida por un director nombrado por la Semarnat. Esto, mediante una convocatoria a través de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Conanp), que será publicada en los diarios de mayor circulación del estado donde se ubica la ANP. Los interesados deberán contar con requisitos básicos, como experiencia en trabajo de campo relacionado con el manejo y conservación de recursos naturales en áreas naturales protegidas, por lo menos durante dos años, capacidad de coordinación y organización de grupos de trabajo, conocimientos de la región, conocimientos de la legislación ambiental, y conocimiento en actividades económicamente productivas que se relacionen con el uso y aprovechamiento de recursos naturales en el área natural protegida de que se trate. Las propuestas recibidas serán presentadas al Consejo para que éste, a su vez, seleccione a tres de los candidatos. La terna será sometida a la consideración del titular de la Semarnat, quien elegirá al candidato que ocupará el cargo, incluso puede ser nombrado director de uno o más ANP si es considerado necesario. La Secretaría, asimismo, una vez que cuente con el programa de manejo respectivo, puede otorgar la administración a los gobiernos de los estados, del Distrito Federal y de los municipios mediante acuerdos de coordinación. También se pueden

¹⁹ *Ibidem*, artículo 5o.

²⁰ *Ibidem*, artículo 6o.

²¹ *Ibidem*, artículo 7o.

celebrar acuerdos de concertación con los sectores social, privado, ejidal, e inclusive académico.²²

Como se puede apreciar, la administración de un área natural protegida es una tarea compleja, que puede ser encomendada a personas físicas o morales de los distintos sectores sociales, siempre y cuando muestren idoneidad profesional y económica. Para otorgar a dichas áreas en administración, se deben mediar instrumentos directores de la administración, ya sea los programas de manejo o los acuerdos de coordinación o concertación, los cuales, a su vez, serán vigilados y controlados por la autoridad a través de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa). Es decir, el área de gestión ambiental o de administración es la que se otorga a los distintos sectores; empero, por lo que hace a la inspección y vigilancia, la conserva el Estado.

1. *El Consejo*

El Reglamento de la LGEEPA en la materia establece los mecanismos y principios que rigen el marco de actuación el Consejo; además, desarrolla sus atribuciones y la forma para convocar y guiar sus sesiones. Por otra parte, determina su integración. El Consejo estará integrado por un presidente electo por la misma Semarnat, además de un secretario técnico y un representante de instituciones como la Secretaría de la Marina, el Instituto Nacional de Ecología, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, y la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, siempre y cuando sean nombrados por su respectiva institución. De igual manera, podrán integrarse a esta Comisión, por medio de una invitación de la misma, a miembros de instituciones académicas y centros de investigación relacionados con la materia de áreas naturales protegidas, organizaciones no gubernamentales con reconocida experiencia en las tareas de protección y conservación de áreas naturales protegidas, y organizaciones de carácter social y privado vinculadas con el manejo de recursos naturales, así como agrupaciones de productores y empresarios, según lo establecido en el artículo décimo del Reglamento de la LGEEPA en materia de ANP.²³

²² *Ibidem*, artículos 8o. y 67.

²³ *Ibidem*, artículo 10.

Este Consejo sesionará dos veces al año de manera ordinaria, siempre que se cuente con la presencia de la mitad de sus miembros más uno; toma decisiones por mayoría de votos de los integrantes presentes; el presidente tiene voto de calidad en caso de empate. Este consejo podrá realizar recomendaciones a la Semarnat en cualquier asunto referente al establecimiento, manejo y vigilancia de las áreas naturales protegidas de su competencia, así como dar opinión al nombramiento de la administración de alguna ANP; proponer criterios para la formalización, seguimiento y evaluación de la política del gobierno federal para la creación, administración, descentralización, manejo y vigilancia de las áreas naturales protegidas, entre otras más listadas en el artículo 16 del RLGEPA-ANP y el 56 bis de la LGEEPA.

2. *Consejos asesores*

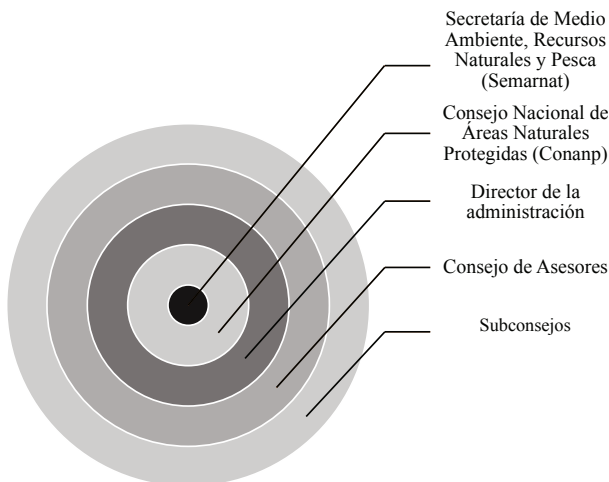
El Consejo de Asesores es una figura creada vía reglamentaria. En el Reglamento se establecen sus fines y atribuciones; además, se detalla su integración, facultad para emitir su reglamentación interna y la logística que dirigirá sus sesiones. Además, se describe la existencia de subconsejos. Con el objetivo de cumplir las metas establecidas en cada una de las zonas protegidas, la Secretaría tiene la facultad de crear consejos asesores, que apoyarán y asesorarán a los respectivos directores de las ANP. Éstos tendrán como principales funciones a su cargo el participar en la elaboración del programa de manejo del área natural protegida, y en la evaluación de su aplicación, promover la participación social en las actividades de conservación y restauración del área y sus zonas de influencia, en coordinación con la dirección de la misma ANP, coadyuvar con el director del área en la solución o control de cualquier problema o emergencia ecológica en el área natural protegida y su zona de influencia que pudiera afectar la integridad de los recursos y la salud de los pobladores locales, y participar en la elaboración de diagnósticos o de investigaciones vinculados con las necesidades de conservación del área natural protegida.²⁴

Este Consejo asesor está integrado por un presidente, que será del nivel de gobernador del estado o la persona que él designe; además de un presidente ejecutivo, que será electo por el mismo consejo, un secretario

²⁴ *Ibidem*, artículo 18.

técnico, que es el director de la respectiva ANP, y el presidente municipal de donde se encuentre la zona protegida, y representantes de centros de investigación, organizaciones sociales, instituciones académicas y demás personas vinculadas con el uso, aprovechamiento o conservación de los recursos naturales del área natural protegida. Este consejo no podrá exceder de veintiún integrantes.²⁵ De igual manera, podrá constituirse un consejo asesor por cada municipio, que abarque la zona protegida, los mismos que deberán reunirse por lo menos una vez al año. No obstante el número de consejos creados por la creación de una zona protegida, estos mismos pueden crear subconsejos, según las necesidades del área a su cargo. Según el texto del Reglamento en materia de ANP, se sugiere la formación de subconsejos sectoriales o regionales compuestos por el sector privado; también se propone el subconsejo científico-académico, que realizará opiniones a discreción del consejo en temas de su especialidad, y, por último, el subconsejo de desarrollo social y concertación.

FIGURA 1. PERSONAS E INSTITUCIONES QUE PARTICIPAN EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE UNA ANP



FUENTE: Elaboración propia.

²⁵ *Ibidem*, artículo 20.

3. *El Sistema Nacional y registro de ANP*

Otro tema de interés es lo referente al Registro Nacional de Áreas Naturales Protegidas, que estará a cargo de la Semarnat. Este registro es de orden público, y en él quedarán asentados todos los decretos de creación de las ANP de competencia federal, los instrumentos que modifiquen los decretos ya mencionados. También estará a cargo de los documentos en los que consten los resúmenes de los programas de manejo; los acuerdos de coordinación que se celebren; las concesiones que otorgue la Secretaría, dentro de las áreas naturales protegidas; los planos de localización de las áreas, al igual que los demás actos y documentos que disponga la LGEEPA, el Reglamento de esta ley en materia de áreas naturales protegidas y demás ordenamientos jurídicos.²⁶

Para llevar a cabo el registro de una zona natural,²⁷ para su especial cuidado deberán atender características significativas, como una riqueza total de especies, presencia de endemismos, de especies de distribución restringida, de especies en riesgo, diferencia de especies con respecto a otras áreas protegidas previamente incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Sinanp), diversidad de ecosistemas presentes, presencia de ecosistemas relictuales, presencia de ecosistemas de distribución restringida, presencia de fenómenos naturales importantes o frágiles, integridad funcional de los ecosistemas, importancia de los servicios ambientales generados, y viabilidad social para su preservación.²⁸

En la tabla 2 observamos las áreas naturales protegidas de competencia federal y estatal que existen en Tamaulipas. Se indica la categoría de área natural protegida, la denominación, la fecha de publicación y el medio de difusión, la superficie, la ubicación, los municipios que comprende.

²⁶ Como lo menciona el artículo 39 del Reglamento de la LGEEPA en materia de ANP, la Secretaría integrará al Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales los datos registrales y planos disponibles, así como la lista de instalaciones con las que se cuente dentro de las áreas naturales protegidas.

²⁷ El artículo 76 de la LGEEPA menciona que la Secretaría integrará el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, con el propósito de incluir en el mismo las áreas que por su biodiversidad y características ecológicas sean consideradas de especial relevancia en el país. La integración de áreas naturales protegidas de competencia federal al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, por parte de la Secretaría, requerirá la previa opinión favorable del Consejo Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

²⁸ RLGEEPA-ANP, nota 10, artículo 37.

TABLA 2. ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS DENTRO DEL SINAP

<i>Núm.</i>	<i>Categoría</i>	<i>ANP</i>	<i>Fecha de publicación</i>	<i>Superficie</i>	<i>Ubicación</i>	<i>Municipios que comprende</i>	<i>Declaratoria</i>
1	Área de protección de recursos naturales santuario	“Rancho Nuevo”	29 de octubre de 1986 Gobierno federal (DOF) 16 de julio de 2002	17.6 km de longitud de playa	Tamaulipas	Aldama	Declaratoria
2	Área de protección de flora y fauna	“Laguna Madre y Delta del Río Bravo”	14 de abril de 2005 Gobierno federal (DOF)	572,808-60-94.22 has	Tamaulipas	Matamoros San Fernando Soto la Marina	Declaratoria
3	Zona especial sujeta a conservación ecológica	“Laguna la Vega Escindida”	12 de septiembre de 2003 Gobierno municipal (Periódico Oficial Gobierno del Estado de Tamaulipas)	2,217.00 has	Tamaulipas	Tampico	Declaratoria
4	Reserva de la biosfera	“El Cielo”	13 de julio de 1985 (Periódico Oficial Gobierno del Estado de Tamaulipas)	144,530.51 has	Tamaulipas	Gómez Farias Llera Ocampo Jaumave	Declaratoria
5	Zona especial sujeta a conservación	“Área Natural Protegida Altas Cumbres”	19 de noviembre de 1997 (Periódico Oficial Gobierno del Estado de Tamaulipas)	30,327.85 has	Tamaulipas	Victoria Jaumave	Declaratoria
6	Área protegida ecológica	“Colonia Parras de la Fuente”	8 de julio de 1992 (Periódico Oficial Gobierno del Estado de Tamaulipas)	21,948.69	Tamaulipas	Reynosa	Declaratoria
7	Parque urbano	“Laguna La Escondida”	31 de mayo de 1997 (Periódico Oficial Gobierno del Estado de Tamaulipas)	320.37	Tamaulipas	Reynosa	Declaratoria
8	Monumento natural	“Bernal de Horcasitas”	30 de agosto de 1997 (Periódico Oficial Gobierno del Estado de Tamaulipas)	18,204.51 has	Tamaulipas	González	Declaratoria

FUENTE: Elaboración propia.

El Sinanp, mediante proyecto de financiamiento, durante tres años estuvo funcionando con personal dedicado a su actualización. Sin embargo, actualmente no existe una oficina dentro de la Conanp dedicada al mantenimiento de este sistema de información.²⁹ Lo anterior va en detrimento de la conservación ambiental, debido a la importancia de un sistema nacional de información en la toma de decisiones y la creación de nuevas ANP en México. Asimismo, un sistema con información errónea puede afectar la imagen de México a nivel internacional, toda vez que este país rinde informes y reportes debido a sus compromisos internacionales, particularmente aquellos derivados del artículo 8o. (a) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que dispone que los Estados partes “Establecerán un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica”.³⁰ Podemos concluir que el Sinanp es de vital importancia tanto para la administración de las ANP como para la conservación ambiental, el establecimiento de planes estratégicos de ANP y para el cumplimiento de compromisos internacionales de México. Por tal motivo, es deseable que se fortalezca este sistema de información y que se mantenga actualizado y confiable.

IV. ESTABLECIMIENTO DE LAS ANP

Una parte importante en la creación de las ANP es identificar las características del área que se desea crear, para así encuadrarla con algunas de las categorías e información proporcionada en la legislación ambiental. Es de suma importancia establecer definiciones claras sobre cada una de las categorías contempladas en la legislación ambiental. Lo anterior, para lograr una constitución efectiva y uniforme en la creación de las ANP. A nivel internacional; por ejemplo, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (IUCN por sus siglas en inglés) establece un modelo para la creación y demarcación de ANP. Esta organización tiene seis tipos de estas áreas, y en cada una de sus categorías establece la siguiente información: definición, objetivos primarios, objetivos secundarios, características

²⁹ Entrevista telefónica con personal de la Conanp (abril, 28, 2015).

³⁰ Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, 1760 UNTS 79; 31 ILM 818 (1992).

distintivas del área en cuestión, papel del área en la conservación y aspectos a considerar.³¹

A nivel federal, en México, la LGEEPA contempla siete categorías de ANP de competencia federal: 1) la reserva de la biosfera,³² 2) los parques nacionales,³³ 3) los monumentos naturales,³⁴ 4) las áreas de protección de recursos naturales,³⁵ 5) las áreas de protección de flora y fauna, 6) los santuarios,³⁶ y 7) áreas destinadas voluntariamente a la conservación.³⁷ Es importante observar que la LGEEPA y su Reglamento no definen una de las categorías que éstos mismos establecen, particularmente las áreas de protección de flora y fauna.

A nivel estatal, el Código para el Desarrollo Sustentable del Estado de Tamaulipas (CDSET) establece ocho categorías de ANP: 1) las áreas ecológicas protegidas; 2) los parques estatales; 3) las zonas especiales sujetas a conservación ecológica; 4) las zonas de restauración; 5) los paisajes naturales; 6) las reservas naturales comunitarias o privadas; 7) los santuarios del agua, y 8) las áreas destinadas voluntariamente a la conservación.³⁸ El CDSET sólo establece un concepto elaborado de las zonas especiales sujetas a conservación ecológica.³⁹ Por otra parte, el CDSET establece las categorías de competencia municipal: 1) los parques urbanos; 2) los jardines naturales, y 3) las zonas de conservación ecológica. Es importante mencionar que el Código constituye una breve conceptualización para guiar a municipios de dos categorías, específicamente

³¹ Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Programa Global de las Áreas Naturales Protegidas, Categorías de Áreas Naturales Protegidas, disponible en: http://www.iucn.org/about/work/programmes/gpap_home/gpap_quality/gpap_pacategories/gpap_pacategory2/ (consultado septiembre 14, 2018).

³² LGEEPA, nota 5, artículo 48. Son aquellas que se constituirán en áreas biogeográficas relevantes a nivel nacional, representativas de uno o más ecosistemas no alterados significativamente por la acción del ser humano o que requieren ser preservados y restaurados, en los cuales habiten especies representativas de la biodiversidad nacional, incluyendo a las consideradas endémicas, amenazadas o en peligro de extinción.

³³ *Ibidem*, artículo 50.

³⁴ *Ibidem*, artículo 52.

³⁵ *Ibidem*, artículo 53.

³⁶ *Ibidem*, artículo 55.

³⁷ *Ibidem*, artículo 55 bis.

³⁸ Código para el Desarrollo Sustentable del Estado de Tamaulipas, *Periódico Oficial del Estado*, 05-06-2008, artículo 181.

³⁹ *Ibidem*, artículo 188.

parques urbanos⁴⁰ y jardines naturales.⁴¹ Estas categorías de ANP son reguladas adicionalmente por los municipios en Tamaulipas. En Nuevo Laredo, por ejemplo, el Reglamento para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sustentable (RPADS) es el instrumento rector en materia ambiental. Dicho instrumento incorpora las tres categorías establecidas en el CDSET, mas no puntualiza alguna definición respecto de ellas.⁴²

TABLA 3. ESTABLECE LOS ASPECTOS PROPUESTOS POR LA IUCN CON LOS QUE DEBE CUMPLIR EL ESTABLECIMIENTO DE UNA ANP EN COMPARATIVA CON LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE CARÁCTER FEDERAL DEFINIDAS POR LA LGEEPA

Simbología:

✓: cumple con el requisito.

≈: aproximadamente igual, similar o parecido, no está del todo claro el requisito a tratar.

X: no cumple con el requisito.

Competencia federal						
Clasificación de ANP	Art. LGEEPA	Definición y aspectos propuestos con los que cumple la ANP				
		Objetivos primarios	Objetivos secundarios	Características del área	Papel del área (importancia, relevancia)	Otros aspectos
Reserva de La biosfera	48	✓	≈	✓	✓	≈
		Las reservas de la biosfera se constituirán en áreas biogeográficas relevantes a nivel nacional, representativas de uno o más ecosistemas no alterados significativamente por la acción del ser humano o que requieran ser preservados y restaurados, en los cuales habiten especies representativas de la biodiversidad nacional, incluyendo a las consideradas endémicas, amenazadas o en peligro de extinción.				
Parques nacionales	50	✓	≈	✓	≈	X
		Los parques nacionales se constituirán, tratándose de representaciones biogeográficas, a nivel nacional, de uno o más ecosistemas que se signifiquen por su belleza escénica, su valor científico,				

⁴⁰ *Ibidem*, artículo 193.

⁴¹ *Ibidem*, artículo 194.

⁴² Reglamento para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sustentable de Nuevo Laredo, *Periódico Oficial del Estado*, 09-08-2009, artículo 181.

ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS: ¿ESQUEMA DE CONSERVACIÓN... 895

		educativo, de recreo, su valor histórico, por la existencia de flora y fauna, por su aptitud para el desarrollo del turismo, o bien por otras razones análogas de interés general.					
Monumentos naturales	52	<table border="1"> <tr> <td>≈</td> <td>X</td> <td>✓</td> <td>≈</td> <td>X</td> </tr> </table> <p>Los monumentos naturales se establecerán en áreas que contengan uno o varios elementos naturales, consistentes en lugares u objetos naturales, que por su carácter único o excepcional, interés estético, valor histórico o científico, se resuelva incorporar a un régimen de protección absoluta. Tales monumentos no tienen la variedad de ecosistemas ni la superficie necesaria para ser incluidos en otras categorías de manejo.</p>	≈	X	✓	≈	X
		≈	X	✓	≈	X	
<table border="1"> <tr> <td>✓</td> <td>X</td> <td>✓</td> <td>X</td> <td>≈</td> </tr> </table> <p>Las áreas de protección de recursos naturales son aquellas destinadas a la preservación y protección del suelo, las cuencas hidrográficas, las aguas, y en general los recursos naturales localizados en terrenos forestales de aptitud preferentemente forestal, siempre que dichas áreas no queden comprendidas en otra de las categorías previstas en el artículo 46 de esta Ley.</p>	✓	X	✓	X	≈		
✓	X	✓	X	≈			
Áreas de protección de recursos naturales	53	<table border="1"> <tr> <td>X</td> <td>X</td> <td>≈</td> <td>≈</td> <td>≈</td> </tr> </table> <p>Las áreas de protección de la flora y la fauna se constituirán de conformidad con las disposiciones de esta Ley, de la Ley General de Vida Silvestre, la Ley de Pesca y demás aplicables, en los lugares que contienen los hábitat de cuyo equilibrio y preservación dependen la existencia, transformación y desarrollo de las especies de flora y fauna silvestres.</p>	X	X	≈	≈	≈
		X	X	≈	≈	≈	
<table border="1"> <tr> <td>≈</td> <td>≈</td> <td>✓</td> <td>X</td> <td>X</td> </tr> </table> <p>Los santuarios son aquellas áreas que se establecen en zonas caracterizadas por una considerable riqueza de flora o fauna, o por la presencia de especies, subespecies o hábitat de distribución restringida. Dichas áreas abarcarán cañadas, vegas, relictos, grutas, cavernas, cenotes, caletas, u otras unidades topográficas o geográficas que requieran ser preservadas o protegidas.</p>	≈	≈	✓	X	X		
≈	≈	✓	X	X			
Áreas de protección de flora y fauna	54	<table border="1"> <tr> <td>≈</td> <td>X</td> <td>≈</td> <td>≈</td> <td>≈</td> </tr> </table> <p>Las áreas destinadas voluntariamente a la conservación son aquellas que pueden presentar cualquiera de las características y elementos biológicos señalados en los artículos 48 al 55 de la presente Ley; proveer servicios ambientales o que por su ubicación favorezcan el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 45 de esta Ley. Para tal efecto, la Secretaría emitirá un certificado, en los términos de lo previsto por la sección V del presente capítulo.</p>	≈	X	≈	≈	≈
		≈	X	≈	≈	≈	
<table border="1"> <tr> <td>≈</td> <td>X</td> <td>≈</td> <td>≈</td> <td>≈</td> </tr> </table> <p>Las áreas destinadas voluntariamente a la conservación son aquellas que pueden presentar cualquiera de las características y elementos biológicos señalados en los artículos 48 al 55 de la presente Ley; proveer servicios ambientales o que por su ubicación favorezcan el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 45 de esta Ley. Para tal efecto, la Secretaría emitirá un certificado, en los términos de lo previsto por la sección V del presente capítulo.</p>	≈	X	≈	≈	≈		
≈	X	≈	≈	≈			
Santuarios	55						
Áreas destinadas voluntariamente a la conservación	55 bis						

En este orden de ideas, el RLGEPPA-ANP, como cuerpo normativo en especificador de la LGEEPPA, no posee una clara visión definitoria

sobre los diversos tipos de ANP previstos en la legislación genérica. Esta cuestión trae como consecuencias la falta de certeza jurídica en el conocimiento descriptivo para el establecimiento, así como del objetivo y las características propias de las ANP con las que debe contar para su posterior inclusión al SINANP.

Asimismo, el artículo 45 del Reglamento menciona que se tendrá que declarar la ANP que se pretenda establecer tomando en cuenta los aspectos sociales de las poblaciones donde ésta estará. Además, debe fundamentarse en las características biológicas de la zona y en la vocación de uso de suelo que se le procure a la misma. La Semarnat, previo al establecimiento de las áreas, deberá elaborar un estudio que justifique su expedición.⁴³ Esto nos hace pensar que es algo riguroso el proceso para el establecimiento de una ANP, y al menos la elaboración del estudio lo es.⁴⁴ El artículo 46 señala lo que debe contener éste. La siguiente tabla ilustra los requisitos del estudio previo justificado.

⁴³ Se le denomina a éstos “estudios previos justificados”, y son complejos en cuanto a su elaboración, además de abarcar una gran cantidad de datos importantes. Aparte, podemos mencionar también que la Semarnat es la encargada de proponer al Ejecutivo Federal el establecimiento de ANP, y promover, para su administración y vigilancia, la participación de autoridades federales o locales, y de universidades, centros de investigación y particulares, y organizar y administrar ANP y supervisar las labores de conservación, protección y vigilancia de dichas áreas cuando su administración recaiga en los gobiernos estatales y municipales o en personas físicas o morales; esto, de conformidad con las fracciones VI y VII del artículo 32 bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153.pdf>.

⁴⁴ Al ser algo complejo el establecimiento de las ANP, la Semarnat puede auxiliarse con otras dependencias del Ejecutivo Federal, así como de organizaciones públicas o privadas, universidades, instituciones de investigación o cualquier persona física o moral con experiencia y capacidad técnica en la materia.

TABLA 4. LA TABLA MUESTRA LOS REQUISITOS QUE DEBE CONTENER EL ESTUDIO PREVIO JUSTIFICADO ELABORADO POR LA SEMARNAT PARA LA EXPEDICIÓN DE UNA DECLARATORIA DE ESTABLECIMIENTO DE UNA ANP. LA REALIZACIÓN DE ESTA ILUSTRACIÓN FUE TOMADA DEL ARTÍCULO 46 DEL RLGEEPA-ANP

<i>Información general del ANP</i>	<i>Evaluación ambiental del lugar de establecimiento</i>	<i>Diagnóstico del lugar donde se pretende establecer el ANP</i>	<i>Propuesta de manejo administrativo del ANP</i>
Nombre del área propuesta	Descripción de los ecosistemas, especies o fenómenos naturales que se pretende proteger	Características históricas y culturales	Zonificación y su subzonificación basada en las características y estado de conservación de los ecosistemas, especies o fenómenos naturales que se pretende proteger
Entidad federativa y municipios en donde se localiza el área	Razones que justifiquen el régimen de protección	Aspectos socioeconómicos relevantes desde el punto de vista ambiental	Tipo o categoría de manejo, tomando en consideración los estudios que justifiquen su establecimiento
Superficie	Estado de conservación de los ecosistemas, especies o fenómenos naturales	Usos y aprovechamientos, actuales y potenciales de los recursos naturales	Administración
Vías de acceso	Relevancia, a nivel regional y nacional, de los ecosistemas representados en el área propuesta	Situación jurídica de la tenencia de la tierra	Operación
Mapa que contenga la descripción limítrofe a escala 1 a 50,000	Antecedentes de protección del área	Proyectos de investigación que se hayan realizado o que se pretendan realizar	Financiamiento
Nombre de las organizaciones, instituciones, organismos gubernamentales o asociaciones civiles participantes en la elaboración del estudio	Ubicación respecto a las regiones prioritarias para la conservación	Problemática específica que deba tomarse en cuenta	

FUENTE: Elaboración propia.

Ante el establecimiento de un área de esta naturaleza es necesario que se realicen estos estudios previos justificados. Además, analizamos los requisitos que el Reglamento señala para que la Semarnat elabore estos estudios. Dentro del establecimiento de las ANP, un tema de gran relevancia es el de las mencionadas declaratorias.⁴⁵ Cabe destacar que el Reglamento, aun cuando cuenta con un capítulo completo de las declaratorias, no contiene los requisitos o aspectos que éstas deben poseer, sino que nos remite al artículo 60 de la LGEEPA, que en seis fracciones destaca el contenido de la delimitación precisa del área, las modalidades de uso y aprovechamiento de recursos naturales, así como los sujetos a protección, la descripción de actividades que pueden llevarse a cabo, la causa de utilidad pública, los lineamientos generales de administración, la creación de fondos, fideicomisos, elaboración de programas de manejo del área y los lineamientos para realizar acciones de preservación, restauración y aprovechamiento sustentable de recursos naturales. Estas declaratorias se constituyen como instrumentos jurídicos que idealmente deben dar certeza legal a las relaciones que se entablen dentro de las áreas que delimitan, además de contribuir al aprovechamiento sustentable de recursos naturales y a la conservación de ecosistemas. Así, viene a constituir un instrumento que reconcilia los aspectos de tenencia de la tierra, con las estructuras naturales y actividades económicas de una región, guiando las actividades humanas, a la vez de generar esquemas que alienten la participación corresponsable de los distintos extractos sociales y niveles de gobierno.

Las declaratorias son susceptibles de modificarse; para esto, la Secretaría podrá proponer al presidente de la República, en aquellas ANP federales, la modificación de éstas cuando hayan variado las condiciones que dieron origen a su establecimiento a consecuencia del desplazamiento de las poblaciones de vida silvestre que se encuentren bajo un régimen de protección, así como de contingencias ambientales que puedan alterar o modificar los ecosistemas existentes en el área o por

⁴⁵ “Las declaratorias deberán publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* y se notificarán previamente a los propietarios o poseedores de los predios afectados, en forma personal cuando se conocieren sus domicilios; en caso contrario se hará una segunda publicación, la que surtirá efectos de notificación. Las declaratorias se inscribirán en él o los registros públicos de la propiedad que correspondan...”.

cualquier otra situación que imposibilite el objetivo por el cual dicha área se estableció.⁴⁶

V. MANEJO DE LAS ANP

De los pilares básicos que contempla el Reglamento, el último que queda por abordar es el del manejo de las ANP. El RLGEIPA-ANP dedica un título completo para la regulación sobre esta temática, de los artículos 72 al 79. La LGEEPA crea los programas de manejo y sienta las bases para su contenido. Asimismo, el artículo 72 del del RLGEIPA-ANP menciona que las ANP deberán contar con un programa de manejo, pero no especifica los requerimientos, sino reenvía al artículo 66 de la LGEEPA. Dichos programas deberán promover la participación de los habitantes, propietarios y poseedores de los predios que conforman el área respectiva.⁴⁷ No obstante lo anterior, la reglamentación es omisa al no señalar la forma y los mecanismos bajo los cuales operará la participación de estos sectores, lo cual debe regularse sobre todo por el hecho de que al no llevarse a la práctica no habrá consenso en la realización de actividades, y, por tanto, los programas no serán obedecidos. Estos programas resultan fundamentales para la debida protección y conservación de las áreas, y sobre todo para encauzar las actividades productivas permitidas bajo un contexto de prohibiciones y condiciones. El programa de manejo debe contener, entre otras cosas, según el artículo 66 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la referencia de las normas oficiales mexicanas aplicables a todas y a cada una de las actividades permitidas en el área, además de las reglas de carácter administrativo a que se sujetarán éstas. Por lo anterior, dicho programa se constituye en un instrumento que identifica toda la normati-

⁴⁶ RLGEIPA-ANP, *supra* nota 6, artículo 62. Cuando se modifique una declaratoria de una ANP, deberá sustentarse en estudios previos justificativos, que se realizarán de la misma manera que ya observamos.

⁴⁷ RLGEIPA-ANP, artículo 73. Así también promover la participación de dependencias de la administración pública federal que por su competencia pudieran aportar elementos al programa, como también de los gobiernos estatales, municipales y del Distrito Federal, en su caso, y de las organizaciones sociales, públicas o privadas, y demás personas interesadas. Es importante mencionar que la Semarnat deberá publicar en el *Diario Oficial de la Federación* un resumen del programa de manejo respectivo y el plano de localización del área.

dad aplicable en el área y permite hacer una interacción entre actividad y normas aplicables, visible para toda persona con interés en el área. Desde el punto de vista legal, destacamos las reglas administrativas, ya que son de observancia general.

Al igual que las declaratorias, los programas de manejo son susceptibles de modificarse. Para su modificación, es necesario que la secretaría los revise por lo menos cada cinco años, para que de esta manera se evalúe su efectividad, y determinar si son necesarias modificaciones. El consejo asesor juega un papel primordial en este proceso de modificación, ya que la Semarnat deberá pedir su opinión al mismo. Dichas modificaciones, de conformidad con el Reglamento, podrán ser totales o parciales.⁴⁸ Pero antes de pedir la opinión al consejo, se podrán modificar cuando sobrevenga cualquiera de los siguientes motivos:

I. Las condiciones naturales y originales del área hayan cambiado debido a la presencia de fenómenos naturales y se requiera el planteamiento de estrategias y acciones distintas a las establecidas en el programa vigente;

II. Técnicamente se demuestre que no pueden cumplirse estrategias o acciones establecidas en el programa vigente, o

III. Técnicamente se demuestre la necesidad de adecuar la delimitación, extensión o ubicación de las subzonas señaladas en la declaratoria correspondiente.⁴⁹

Por último, las modificaciones que resulten al programa de manejo deberán ser publicadas en el *DOF* y en la *Gaceta Ecológica*.⁵⁰

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En conclusión, una vez analizados el RLGEIPA-ANP y las disposiciones de LGEEPA referentes a las ANP, podemos destacar que aunque se han realizado significativas modificaciones al Reglamento, aún existen diversas oportunidades de mejora. Esto se traduce en lagunas jurídicas que impiden su implementación en diversos aspectos. Una de ellas es la inactividad del SINANP. La precaria actualización causa un detrimento en la conserva-

⁴⁸ *Ibidem*, RLGEIPA-ANP, artículo 77.

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 78.

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 79.

ción ambiental otorgando información errónea, que perjudica no sólo a la conservación de recursos naturales en las ANP, sino también la imagen de las instituciones ambientales mexicanas a nivel internacional. Además, la inexactitud de la conceptualización por parte de la legislación en cuanto a la definición y categorías de las ANP repercute en la creación de las mismas. Lo anterior también ocasiona la falta de certeza jurídica del objetivo y características de estas áreas, así como la carencia de requisitos específicos que las declaratorias deben contener para su correcta elaboración. Por último, otra laguna jurídica que puede ser subsanada se encuentra en el manejo de las ANP. En la legislación no se establecen los mecanismos bajo los cuales operarán los diversos sectores participantes; como consecuencia, los programas no funcionan de manera adecuada, al no poder llevarse a la práctica. Por lo anterior, se propone que las autoridades competentes realicen arduos trabajos de mejora legislativa para subsanar las deficiencias contenidas en la legislación. Los autores proponen las siguientes recomendaciones:

- Crear mecanismos para la actualización periódica del SINANP.
- Incluir definiciones de las ANP en la legislación.
- Establecer los requisitos específicos para uniformar la elaboración de las declaratorias de las ANP.
- Aumentar la coordinación al interior de los estados entre la dependencia ambiental estatal y los municipios.
- Capacitación de personal en materia de ANP por cada consejo asesor.
- Crear mecanismos que implementen la cooperación de los sectores públicos y privados en el manejo de las ANP.

VII. REFERENCIAS

- Código para el Desarrollo Sustentable del Estado de Tamaulipas, *Periódico Oficial del Estado*, 5 de junio de 2008.
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD (Conabio), ¿Qué es la biodiversidad?, disponible en: http://www.biodiversidad.gob.mx/biodiversidad/que_es.html (consultado en septiembre 11, 2018).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 879-902.

- COMISIÓN NACIONAL PARA EL CONOCIMIENTO Y USO DE LA BIODIVERSIDAD (Conabio), *¿Qué es un país megadiverso?* disponible en: <http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/quees.html> (consultado en septiembre 11, 2018)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/5.htm> (consultado en septiembre 11, 2018), artículo 4o., párrafo segundo.
- Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, 1760 UNTS 79; 31 ILM 818 (1992).
- LEY General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), *Diario Oficial de la Federación*, 28-01-1988, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf> (consultado en septiembre 11 de 2018).
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/153.pdf>.
- Programa Mundial de Áreas Naturales Protegidas, disponible en: http://www.iucn.org/es/sobre/trabajo/programas/areas_protegidas/_copy_of_a_propos_des_aires_protegees_13012012_1126/ (consultado el septiembre 11, 2018).
- Reglamento de LGEEPA en Materia de Areas Naturales Protegidas (RLGEEPA-ANP) *DOF* 30-11-2000, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGEEPA_ANP.pdf (consultado el 24 de noviembre de 2017).
- Reglamento para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sustentable de Nuevo Laredo, *Periódico Oficial del Estado*, 9 de agosto de 2009.
- SEMARNAT, SNIARN, *Base de datos estadísticos*, disponible en: http://dgeiawf.semarnat.gob.mx:8080/ibi_apps/WFServlet?IBIF_ex=D3_INT_BIODIV&IBIC_user=dgeia_mce&IBIC_pass=dgeia_mce (consultado en septiembre 11, 2018).
- UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA CONSERVACIÓN DE LA NATURALEZA, Programa Global de las Áreas Naturales Protegidas, Categorías de Áreas Naturales Protegidas, disponible en: http://www.iucn.org/about/work/programmes/gpap_home/gpap_quality/gpap_pacategories/gpap_pacategory2/ (consultado en septiembre 14, 2018).

EL AMPARO CONTRA LA OMISIÓN DE DESIGNAR MAGISTRADOS ANTICORRUPCIÓN: ENTRE LA DOCTRINA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS, EL INTERÉS LEGÍTIMO Y LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVOS DERECHOS*

*THE AMPARO LAWSUIT AGAINST THE OMISSION OF APPOINTING
ANTI-CORRUPTION MAGISTRATES: BETWEEN THE POLITICAL
QUESTIONS DOCTRINE, A BROADER STANDING TO SUE,
AND THE CONSTRUCTION OF NEW RIGHTS*

Juan Jesús GARZA ONOFRE**

Javier MARTÍN REYES***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La (im)procedencia del amparo contra actos soberanos y discrecionales de los poderes legislativos*. III. *La improcedencia del amparo*

* Artículo recibido el 11 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2018.

Agradecemos a Elizabeth V. Leyva por su extraordinaria labor como asistente de investigación. En este trabajo profundizamos las ideas que previamente expusimos en Garza Onofre, Juan Jesús y Martín Reyes, Javier, “Magistrados anticorrupción: una sentencia retórica y de meros buenos deseos”, *El Juego de la Corte, Nexos*, 7 de agosto de 2018, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=8820>. En la medida de lo posible, hemos tratado de incorporar los comentarios y sugerencias que recibimos, así como de dar respuesta a algunas críticas puntuales. Por supuesto, cualquier error u omisión es de nuestra exclusiva responsabilidad.

** ORCID: 0000-0002-3011-1014. Profesor de planta de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey e investigador del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD). Correspondencia: Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Avenida Morones Prieto, 1000 Poniente, Loma Blanca, 66119 Santa Catarina, N. L. Correo electrónico: juan.garza@fdm.edu.mx.

*** ORCID: 0000-0001-9764-4117. Profesor asociado de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Correspondencia: Centro de Investigación y Docencia Económicas. División de Estudios Jurídicos. Carretera México-Toluca 3655, Colonia Altavista, 01210, Álvaro Obregón, Ciudad de México. Correo electrónico: javier.martin@cide.edu.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 903-929.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

por falta de interés jurídico o legítimo. IV. La construcción del derecho fundamental a “un ambiente libre de corrupción”. V. Las paradojas del análisis de fondo y los efectos de la sentencia. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los postulados del iuspositivismo teórico,¹ que entendían, por un lado, al legislador como un operador jurídico dotado de encarecidas competencias (tanto materiales como formales) para cristalizar las aspiraciones populares, y, por el otro, al juez como una figura mecánica, controlada y disminuida en sus funciones, al día de hoy resultan insuficientes para dar cuenta de las transformaciones que la “constitucionalización” de nuestros derechos ha provocado en el ordenamiento jurídico y en la vida social.

El entendimiento de la división de poderes y el papel de la judicatura son dos de los componentes que están cambiando con mayor rapidez en México.² Con el paso del tiempo se ha comenzado a abandonar una visión estática del sistema jurídico-político, en la que difícilmente podían existir dinámicas contramayoritarias que rompieran con una noción rígida de la división de poderes. La dinámica constitucional actual refleja un Estado estructurado a partir de un creciente número de funciones, distribuidas entre un heterogéneo grupo de actores que, no obstante, han de articularse para alcanzar fines comunes.³

¹ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, prólogo de Luigi Ferrajoli, trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2015, p. 107.

² Como apunta Ferrajoli, tradicionalmente, “la función principal de la división de poderes era la de diferenciar a los poderes del Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro; en particular, se trataba de garantizar la separación e independencia del poder monárquico de otra forma absoluto, de la función legislativa y de la función judicial”. Véase Ferrajoli, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 6, núm. 1, 2008, p. 339. Sobre la forma en que evolucionó la doctrina de la separación de poderes a partir de la revolución estadounidense, véase Manin, Bernard, “Checks, Balances and Boundaries: the Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787”, *The Invention of the Modern Republic*, Nueva York, Cambridge University Press, Biancamaria Fontana (ed.), 1994, pp. 26-63.

³ No por nada Pound afirmaba que “legislación, administración y jurisdicción no pueden estar rígidamente separadas, ni adjudicadas cada una a un órgano independiente que las tenga como exclusiva competencia suya. Existe más bien una división del trabajo

Un reciente litigio relacionado con el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) es un buen ejemplo de esta nueva dinámica. Se trata del amparo indirecto 589/2018, resuelto el 31 de julio de 2018 por el juez octavo de distrito en materia administrativa en la Ciudad de México, Fernando Silva García. El juicio fue promovido por los integrantes del Comité de Participación Ciudadana (CPC) del SNA,⁴ a fin de controvertir la “omisión en el cumplimiento de ratificar, o en su caso, rechazar, a los magistrados anticorrupción nombrados por el Ejecutivo Federal mediante oficio fechado el 24 de abril de 2017 atribuido a la Cámara de Senadores y la Comisión Permanente de la LXIII Legislatura”.

No es difícil advertir por qué se trata de un asunto de la mayor relevancia política y social. El SNA es la apuesta más ambiciosa del Estado para atender uno de los más graves problemas de la democracia mexicana. Y la falta del nombramiento de una de las piezas clave del sistema —los magistrados anticorrupción—; se trata de una clara omisión legislativa que impide su adecuado funcionamiento.

Son aún más relevantes los dilemas jurídicos que se ven reflejados en la forma en que fue resuelto el caso. La sentencia dictada es una muestra de las transformaciones del derecho y los derechos en el ordenamiento mexicano. En ella es posible encontrar, entre otras cuestiones, un replanteamiento de la doctrina de las cuestiones políticas, un particular entendimiento de la relación entre interés jurídico e interés legítimo, así como una construcción jurisprudencial del derecho fundamental a vivir en un “ambiente libre de corrupción”.

Asimismo, los efectos de la sentencia resultan por demás significativos. Baste con decir que, entre otras cosas, el juez de distrito ordenó al presidente de la República “transparent[ar] la designación de los Magistrados Anticorrupción”, y también ordenó que el Senado (o la Comisión Permanente) “decida inmediatamente sobre la ratificación o no” de dichos magistrados.

Sucede, sin embargo, que esta sentencia también es una muestra de los riesgos que implica la nueva dinámica constitucional. Durante la ins-

en cuanto a los casos típicos y una distribución práctica e histórica de todo lo demás”. Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922, p. 50. Todas las traducciones son propias.

⁴ Mari Claire Acosta Urquidí, José Octavio López Presa, Luis Manuel Pérez de Acha, Alfonso Hernández Valdez e Irene Levy Mustri.

trucción del juicio, se solicitó a los integrantes del CPC que “precisara[n] en específico lo que reclamaban de las autoridades responsables”. Y, a través de una particular lectura de la demanda y del escrito aclaratorio, la sentencia redefinió los actos impugnados y las autoridades responsables, modificó los conceptos de violación, resolvió una *litis* a modo y fijó efectos incompatibles con la naturaleza del proceso de designación.⁵ Todo ello, con una argumentación que presenta serias deficiencias. Se trata, para decirlo pronto, de un fallido caso de activismo judicial.

En las siguientes líneas ofrecemos una reconstrucción crítica de algunos de los aspectos más cuestionables de la sentencia, a la luz de la legislación pertinente, y tomando en consideración sus múltiples implicaciones. Lo hacemos bajo el presupuesto de que el renovado papel de la judicatura implica que desde la academia se haga un esfuerzo serio —pero crítico— a fin de dar cuenta y evaluar el desempeño no sólo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), sino de todo el aparato jurisdiccional en su conjunto.

Desde la reforma en materia de derechos humanos de 2011 se ha insistido en que todos los jueces son auténticos jueces constitucionales. Quizá la afirmación sea un tanto hiperbólica. Pero, al día de hoy, es indiscutible que incluso los juzgadores de primera instancia pueden dictar sentencias con repercusiones a escala nacional. El presente amparo indirecto, que aquí analizamos, es una prueba de ello.

A continuación, se explica la estructura que sigue este análisis. En el siguiente apartado (II) se analiza la forma en que la sentencia estudió lo que quizá era el principal obstáculo procesal que enfrentaban los integrantes del CPC: la existencia de la causal de improcedencia contra actos soberanos y discrecionales del Poder Legislativo. Acto seguido (apartado III), se aborda la particular manera en que la sentencia justificó tanto el interés jurídico como el interés legítimo de los quejosos. Después (apartado IV) diseccionamos la estrategia argumentativa seguida por el juez Silva para sostener la existencia de un derecho fundamental a vivir en un “ambiente libre de corrupción”, enfatizando su falta de adecuación con el resto de la sentencia. Posteriormente (apartado V), reseñamos brevemente

⁵ En la sentencia, el juez de distrito redefinió los actos impugnados, de tal forma que derivó dos omisiones particulares: 1) la omisión del Senado y la Comisión Permanente de ratificar o rechazar a los magistrados designados por el presidente, y 2) la omisión del presidente de sujetar los nombramientos a los principios de “idoneidad” y “transparencia”.

la manera en que se resolvió el fondo de la controversia, así como los paradójicos efectos fijados. Finalmente, en el último apartado (VI) reflexionamos sobre las implicaciones del caso.

II. LA (IM)PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA ACTOS SOBERANOS Y DISCRECIONALES DE LOS PODERES LEGISLATIVOS

1. *El artículo 61, fracción VII, de la Ley de Amparo y su interpretación en sede jurisdiccional*

El primer obstáculo procesal que debían vencer lo integrantes del CPC es la causal de improcedencia contemplada en el artículo 61, fracción VII, de la Ley de Amparo vigente. Dicha fracción establece literalmente lo siguiente:

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente... VII. Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en declaración de procedencia y en juicio político, así como en elección, suspensión o remoción de funcionarios en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente.

Se trata de una causal de improcedencia de larga data⁶ que ha sido comentada por la doctrina jurídica⁷ y motivo de pronunciamiento por

⁶ Baste con decir que dicha causal de improcedencia estaba contemplada el artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo de 1936.

⁷ Véase, por ejemplo: Rodríguez Manzo, Graciela y Cano López, Luis Miguel, “Las estrategias de litigio en el combate a la criminalización de los migrantes en la frontera sur de México”, *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 148; Herrera García, Alfonso, “La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial”, *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 51-55; Guzmán Palma, David Ulises, “La incompetencia de origen, una opción contra el paquete de impunidad en Quintana Roo, México”, *Multidisciplina*, México, núm. 25, septiembre-diciembre de 2016, p. 55; y Herrera García, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2010”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 15, 2011, p. 525.

parte de la justicia mexicana. Por lo general, se ha entendido que esta causal de improcedencia refleja, al menos parcialmente, la doctrina de las cuestiones políticas (*political questions doctrine*), creada originalmente en el contexto estadounidense, pero eventualmente incorporada a nuestro sistema. En términos generales, esta doctrina sostiene que hay un cierto tipo de controversias cuya resolución está reservada a los poderes Legislativo y Ejecutivo, y que, por ende, no resultan justiciables.⁸

Parte de la doctrina ha señalado que la existencia (y conveniencia) de esta causal de improcedencia resulta algo tan necesario como evidente. Se ha mencionado, por ejemplo, que la *ratio legis* de esta causal de improcedencia es clara, pues “*debe haber actos que por su trascendencia no admiten impugnación*”.⁹ En cambio, hay autores para quienes la existencia de esta causal de improcedencia resulta injustificada.¹⁰ Las críticas han sido tales que incluso hay quien afirma que la existencia de este tipo de causas de improcedencia impiden que la SCJN se convierta en un auténtico tribunal constitucional.¹¹

⁸ Sobre la forma en que fue adoptada la doctrina de las cuestiones políticas en México, véase Zavala Arredondo, Marco Antonio, “El control (y descontrol) de la constitucionalidad electoral en México. La (im)procedencia del amparo en materia electoral”, *Temas de derecho procesal electoral*, México, 2011, vol. II, pp. 107-161. Y, en general, sobre la *political questions doctrine*, véanse Barkow, Rachel E. “More Supreme than the Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy”, *Columbia Law Review*, núm. 2, 2002, y Chemerinsky, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 7a. ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.

⁹ Minutti Zanatta, Rubén, “Transparencia y jurisprudencia. ¿Qué han dicho los tribunales?”, *Derecho Comparado de la Información*, México, enero-junio de 2011, p. 204. Aunque este autor también reconoce que “la «soberanía» y «discrecionalidad» de las legislaturas es cada vez menos común en su forma pura, por lo menos para efectos procesales”. Todos los énfasis son añadidos.

¹⁰ Criterios recientes señalan que esta causa de improcedencia “confirma que sigue vigente la añeja idea de que las cuestiones políticas no pueden someterse a la potestad del juicio de garantías. Este argumento en la actualidad está fuera del contexto de la modernidad, pero quizá más importante de la lógica jurídica, debido a que si partimos del hecho de que todas las decisiones asumidas por los legisladores son en realidad políticas y la mayoría de ellas son objeto de control de la constitucionalidad, existen razones suficientes para que pudiera reconsiderarse sobre la pertinencia de que los tribunales de amparo intervengan, por medio del juicio de amparo, para revisar si el servidor público es responsable de la conducta que se le reprocha”. Carranzo Zúñiga, Joel, *Juicio de amparo. Procedencia y sobreesimiento*, México, Porrúa, 2015, p. 113.

¹¹ Jaime Cárdenas, por ejemplo, sostiene que entre los “argumentos que se pueden esgrimir para no considerar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal

Pero más allá del debate doctrinal, lo cierto es que en la práctica jurisprudencial la tendencia ha sido a incrementar los alcances de la causal y a hacer improcedentes las impugnaciones de un importante número de actos y resoluciones que, en principio, no estarían comprendidos en el texto expreso de la ley. Por ejemplo, dicha causal ha sido interpretada en el sentido de que no sólo comprende los actos de elección, suspensión o remoción de funcionarios, sino también de *cualquier* otro acto preliminar que forme parte este tipo de procedimientos.¹² Asimismo, se ha entendido que la causal no se refiere exclusivamente a actos realizados

Constitucional” se encuentra el hecho de que “[l]os tribunales constitucionales tienen por propósito la constitucionalización del derecho, darle a la Constitución plena fuerza normativa y, hasta el momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no lo ha hecho, los tribunales federales, por ejemplo, declaran improcedentes amparos respecto de decisiones soberanas del Congreso federal o de los congresos locales, ningún Tribunal Constitucional haría eso”. Cárdenas Gracia, Jaime, “Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XI, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 316 y 317.

¹² Véase la tesis aislada I.4o.A.404 A, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la cual se analizó la posibilidad de impugnar la convocatoria para presentar a consejeros ciudadanos y miembros del Consejo de Información Pública del Distrito Federal. En ese sentido, el tribunal razonó que aunque dicha convocatoria “no es una de las resoluciones a las que se refiere” la causal de improcedencia” (en ese momento contemplada en el artículo 73, fracción VIII), lo cierto es que “se trata de un acto preliminar que es parte del procedimiento para llevar a cabo la elección o designación de estos funcionarios”. En razón de lo anterior, concluyó que “el juicio de garantías en contra... de cualquier otro acto conducente a la elección, suspensión o remoción de funcionarios es también improcedente conforme a la disposición de la Ley de Amparo referida, pues si el legislador, por razones de orden público o político, decidió que no fueran impugnables dichos actos finales, tampoco lo pueden ser, por mayoría de razón, los actos preliminares. Considerar lo contrario sería oponerse a la ratio legis del legislador, que es retirar del ámbito judicial esas decisiones para reservarlas al Legislativo”. Tesis aislada I.4o.A.404 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 919. Véase, en igual sentido, la jurisprudencia 2a./J. 71/2010 de la Segunda Sala de la SCJN, en la cual se razona que el amparo será improcedente contra cualquier acto o resolución relacionado con la elección o ratificación del presidente del Instituto de Transparencia e Información Pública del Estado de Jalisco, lo cual es competencia del Congreso local. En dicha tesis se sostiene que la improcedencia debe “extendiéndose a cualquier otro acto emitido por el propio Congreso, dentro del procedimiento instaurado para la designación o ratificación mencionados, pues si la acción constitucional no procede contra el último acto pronunciado en el procedimiento de designación o ratificación, que son los únicos que en todo caso podrían irrogar perjuicio a determinada persona, menos procederá la acción de amparo contra cualquier otro acto intermedio”. Jurisprudencia

por autoridades legislativas, sino que también incluye cierto tipo de actos formalmente jurisdiccionales.¹³

La jurisprudencia de la SCJN, en cambio, no ha sido constante en torno a si la existencia de determinados parámetros que regulan dichos procedimientos puede afectar o no su naturaleza discrecional o soberana. Una primera línea jurisprudencial ha sido enfática al señalar que cierto tipo de parámetros reglados —por ejemplo, la existencia de una votación mínima o la necesidad de realizar consultas— no eliminan el carácter discrecional o soberano de procedimientos para la elección de autoridades como las de transparencia en las entidades federativas.¹⁴ Y algo similar se ha sostenido respecto a la posibilidad de controvertir, vía amparo, cualquier acto relacionado con el procedimiento de elección o ratificación de la persona titular de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).¹⁵

2a./J. 71/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 833.

¹³ Un ejemplo de ello es la jurisprudencia 1a./J. 37/2010, de la Primera Sala de la SCJN. En ella se sostiene que “[l]a resolución que emita el *tribunal superior de justicia* de un estado actuando como órgano de sentencia dentro de un juicio político es de naturaleza política ya que se encuentra inscrita en un procedimiento que en su totalidad participa de las características de un sistema de control político: a) responden a un criterio de oportunidad política, b) se controlan actos y personas, no normas o productos normativos, c) el parámetro de control es político o surge de la misma voluntad política del órgano que controla, y finalmente d) el resultado es una sanción de carácter político: destitución o inhabilitación en el cargo”. Jurisprudencia 1a./J. 37/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, junio de 2010, p. 94.

¹⁴ Véase la jurisprudencia 2a./J. 71/2010 de la Segunda Sala de la SCJN, en la cual se sostiene que el amparo es improcedente contra actos o resoluciones relacionados con la designación del presidente del Instituto de Transparencia e Información Pública del Estado de Jalisco, sin que sea obstáculo para lo anterior el hecho de que la constitución y legislación local “establezca[n] diversos requisitos que debe cumplir la Legislatura para la elección o ratificación correspondientes, como son que se alcance una votación de las dos terceras partes de los diputados presentes y la consulta ciudadana, pues ello no menoscaba la soberanía de la facultad del órgano legislativo, al no condicionar su fallo a la aprobación, sanción o ratificación de persona, asociación u organismo alguno, ya que no atribuye fuerza vinculatoria a la opinión vertida por los sectores consultados”. Jurisprudencia 2a./J. 71/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 833.

¹⁵ Véase la tesis aislada 2a. LXXXIX/2006, en la cual la segunda Sala de la SCJN sostuvo el criterio consistente en que “la circunstancia de que los artículos tercero transitorio del decreto [que reformó el artículo 102 de la Constitución publicado en el *Diario*

Pero también se ha desarrollado una segunda línea jurisprudencial, completamente distinta, tratándose de la designación de juzgadores locales. Ahí, la SCJN ha enfatizado que, en virtud de las garantías de independencia judicial establecidas en el artículo 116, fracción III, de la Constitución —carrera judicial, requisitos para ocupar el cargo, seguridad económica, estabilidad— es posible concluir que los procedimientos de elección, ratificación y cese de juzgadores locales *no* son ni soberanos ni discrecionales, en la medida en que existen parámetros a los que deben ajustarse los congresos locales a fin de contar con una debida fundamentación y motivación.¹⁶

Oficial de la Federación del 13 de septiembre de 1999] y 10 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos establezcan que la comisión correspondiente del Senado debe realizar una auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad y entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos, así como que con base en su resultado dicho órgano podrá proponer al Senado la ratificación del titular para un segundo periodo o una terna de candidatos de la cual se elegirá a quien ocupe el cargo, no menoscaba la soberanía de la facultad del órgano legislativo, dado que no condiciona su fallo a la aprobación, sanción o ratificación de persona, asociación u organismo alguno, pues no atribuye fuerza vinculatoria a la opinión vertida por los sectores consultados”. Tesis aislada 2a. LXXXIX/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 230.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la jurisprudencia 2a./J. 136/2009, de la Segunda Sala de la SCJN, en la cual se aborda el caso de la legislación de Jalisco. En dicha tesis, la Sala sostuvo el criterio consistente en que en la medida en que la facultad del congreso local para “elegir, ratificar o cesar” a los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia local está sujeta a “ciertas causas” y al “cumplimiento de determinados requisitos esenciales” por parte de la legislatura local, entonces “no puede considerarse soberana y discrecional, porque esto debe entenderse como el poder, atribución o derecho otorgado a la autoridad por una norma de derecho positivo vigente, para decidir acerca de algo sin sujetarse a reglas específicas”. Asimismo, la tesis abunda en el sentido de que “las decisiones del Congreso local relacionadas con los procesos referidos no pueden considerarse discrecionales y soberanas, porque no pueden tomarse sin una debida fundamentación y motivación”. Jurisprudencia 2a./J. 136/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 616. Véase, asimismo, la jurisprudencia P./J. 117/2009, donde el Pleno analizó la validez de la constitución local de Baja California, misma que el congreso local tenía la facultad de resolver “soberana y discrecionalmente” sobre el nombramiento, ratificación o no ratificación de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de dicho estado. De acuerdo con el Pleno, “la expresión «soberana y discrecionalmente»... origina un estado de inseguridad jurídica al establecer que las decisiones del Congreso Local tendrán ese carácter, cuando constitucionalmente es sabido que no pueden tomarse sin una debida fundamentación y motivación; por ello, el tipo de decisión que se llegare a tomar

Conviene enfatizar que la lógica de esta segunda línea jurisprudencial *no* ha sido trasladada al ámbito federal. De hecho, ha sido abiertamente rechazada por la propia SCJN. Quizá sea el mejor y más reciente ejemplo de ello sea el amparo presentado a fin de impugnar la designación del ahora ministro Eduardo Medina Mora.¹⁷ Al resolver un recurso de queja en contra del desechamiento de la plano de la demanda, la Segunda Sala sostuvo que la Constitución otorga al Senado la facultad exclusiva para designar a los integrantes de la SCJN, por lo que se trata de una decisión tanto “soberana” como “discrecional”, y que, en consecuencia, se actualiza la causal de improcedencia contenida en artículo 61, fracción VII, de la Ley de Amparo.¹⁸

Para la Segunda Sala, la naturaleza soberana y discrecional del nombramiento no se afecta por el hecho de que la Constitución sí fije ciertas reglas para realizar la designación —requisitos para ser ministro, un procedimiento de elección con etapas y temporalidades—,¹⁹ ni por el destaca-

colisionaría con la naturaleza misma del proceso de nombramiento y ratificación de los Magistrados”. La Constitución de Baja California, de acuerdo con la tesis, “contradice frontalmente el contenido del artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que ese tipo de procesos decisorios deben ceñirse a las exigencias constitucionales de motivación y fundamentación, incluso de manera reforzada, es decir, que de ellas se advierta que realmente existe una consideración sustantiva, objetiva y razonable y no meramente formal de la normativa aplicable”. Jurisprudencia P./J. 117/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1251.

¹⁷ Para una explicación de los antecedentes del litigio, véase Martín Reyes, Javier, “¿Es posible impugnar la designación del ministro Medina Mora?”, *El juego de la Suprema Corte, Nexos*, México, 19 de octubre de 2015, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5026>.

¹⁸ *Recurso de queja 108/2016*, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas, aprobado por unanimidad de cuatro votos, 25 de noviembre de 2015. La conclusión de la SCJN es tajante: “la elección de un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como facultad exclusiva del Senado de la República se traduce en una decisión soberana y discrecional contra la cual no procede medio de control constitucional alguno, en específico, el juicio de amparo, es decir, se constituye como una causa notoria y manifiesta de improcedencia”.

¹⁹ De acuerdo con el razonamiento de la Segunda Sala, dichos parámetros hacen que la designación no sea *arbitraria*, pero en forma alguna eliminan la naturaleza *discrecional* del procedimiento: “la discrecionalidad de la decisión del Senado no radica en la posibilidad de emitir o no un acto determinado, sino en que, dentro de la atribución exclusiva que le otorga el Constituyente en el artículo 76, fracción VIII, de la Constitución Política de los

do rol que juega el presidente de la República en la designación,²⁰ ni por las tesis y jurisprudencias de la SCJN que así admiten la procedencia del amparo en contra de designaciones judiciales en el ámbito local.²¹

2. *La aplicación de la causal de improcedencia en el caso de los magistrados anticorrupción*

A la luz del contexto normativo y jurisprudencial que se ha desarrollado en el apartado precedente, no es difícil ver por qué resultaba particularmente compleja la procedencia del amparo presentado por los integrantes del CPC en contra de la omisión de designar a los magistrados anticorrupción federales. Como se ha visto, con la notable excepción de las judicaturas locales, la línea jurisprudencial de la SCJN se ha decantado por considerar que este tipo de designaciones se encuentran comprendidas dentro de la causal de improcedencia contemplada en el artículo 61, fracción VII, de la Ley de Amparo.

Estados Unidos Mexicanos, puede decidir cuál, dentro de los candidatos propuestos por el Presidente, a su juicio, reúne la idoneidad requerida para desempeñarse como Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin que dicha discrecionalidad sea arbitraria, en tanto que es la propia Carta Magna la que establece parámetros de decisión (requisitos para ser Ministro, procedimiento de elección, etapas o temporalidad de la elección, etc.) que la aludida Cámara del Congreso debe ponderar, en un ejercicio democrático, para elegir a la persona que desempeñará el cargo de Ministro en el Máximo Tribunal de nuestro país”.

²⁰ Ello es evidente en el razonamiento de la Segunda Sala: “dentro de la designación de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto el Ejecutivo Federal como el Legislativo, por medio de la Cámara de Senadores, ejercen atribuciones propias y autónomas entre sí, que si bien concurren en el procedimiento, no demeritan la «soberanía» o «discrecionalidad» de cada facultad ni decisión adoptada”.

²¹ El razonamiento de la Segunda Sala fue en el sentido de que las jurisprudencias 2a./J. 136/2009 y P./J. 117/2009 “derivan de un análisis de normas secundarias a la luz de la libertad configurativa y principios que establece el artículo 116 de la Constitución Federal, normas que precisamente por su naturaleza secundaria pueden ser estudiadas a la luz de la normatividad local así como de la propia Constitución Federal”. En cambio, sigue la Segunda Sala, en el caso de “la designación de un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por parte del ejercicio de la facultad exclusiva del Senado, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la única que sirve de base, sustento y justificación para determinar si la decisión derivada de la atribución de la Cámara de Senadores se constituye como soberana y discrecional”.

Por eso es interesante la forma en que se abordó el estudio de esta causal de improcedencia en el amparo indirecto 589/2018. Recordemos, de entrada, que el juez de distrito redefinió los actos impugnados, de tal forma que derivó dos omisiones particulares: i) la omisión del Senado y la Comisión Permanente de ratificar o rechazar a los magistrados designados por el presidente, y ii) la omisión del presidente de sujetar los nombramientos a los principios de “idoneidad” y “transparencia”.

En ese sentido, la argumentación de la sentencia parte de una distinción fundamental. De acuerdo con el fallo, en los actos de elección de funcionarios pueden existir tanto “elementos discrecionales/soberanos de carácter político” (en los que aplica la causal) como “elementos reglados” (en los que no aplica).

Con base en esta distinción, la sentencia concluyó que la causal no se actualiza respecto de la omisión del Senado de pronunciarse sobre la ratificación de los magistrados, pues el “plazo” para dicha ratificación sí es un elemento reglado, de conformidad con el régimen transitorio de las leyes anticorrupción.²² La lógica subyacente es simple, aunque ciertamente entra en clara tensión con los precedentes de la SCJN que se han reseñado en el apartado anterior: no se está frente a una facultad soberana o discrecional del legislador federal en la medida en que existe un plazo para realizar la designación.

Respecto a las omisiones del presidente —relativas a sujetar los nombramientos a los principios de transparencia e idoneidad—, la sentencia realiza un análisis separado de ambos principios. Por una parte, se estimó que la causal de improcedencia sí se actualizaba respecto del principio de idoneidad (subjetiva), ya que el presidente sí cuenta con discrecionalidad para considerar el “perfil, méritos y trayectoria” de los magistrados propuestos. En un primer momento, la sentencia es contundente en este sentido:

²² De conformidad con el artículo quinto transitorio del decreto de las leyes anticorrupción, “[a] partir de la entrada en vigor de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, el Tribunal contará con cinco Salas Especializadas en materia de Responsabilidades Administrativas, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y hasta en tanto, al menos, el Pleno ejercita la facultad a que se refiere a la fracción XI del artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa que se expide por virtud del presente Decreto”. Dicha ley entró en vigor el 19 de julio de 2017.

...el Poder Judicial de la Federación está impedido para reemplazar [a través del juicio de amparo] los aspectos discrecionales y exclusivos de las decisiones constitucionalmente atribuidas a las mencionadas ramas representativas del Estado, en función del principio de división de poderes y los fines que éste persigue...

Hasta aquí, tenemos un razonamiento que es particularmente deferente con el presidente, y que resulta coincidente con la línea jurisprudencial de la SCJN.

Por otra parte, la sentencia llega a una conclusión distinta respecto del principio de transparencia. Para ello, la argumentación está basada en una aparente interpretación “teleológica y sistemática” de la Constitución, que en los hechos se limitó a la mera referencia de cuatro artículos constitucionales²³ —que ni se transcriben ni se interpretan— y en la reproducción de una parte de la controversia constitucional 4/2005, en la cual la SCJN señaló que en la designación de juzgadores *locales* debe abrirse

...un expediente en el que consten los antecedentes *curriculares* que justifiquen atributos e, inclusive, someterse a la opinión pública la proposición relativa para corroborar la *buena fama* en el concepto público de la persona que se propone para ocupar el cargo.

Así, sin mayor explicación, el juez de distrito concluyó que “el deber de transparentar las designaciones de los Magistrados Anticorrupción es un elemento reglado y normativo”.

Conviene enfatizar algunos problemas relacionados con esta argumentación. Lo primero es que no queda claro cómo es que la lectura “teleológica y sistemática” del texto constitucional permite llegar a la conclusión de que, en términos del principio de transparencia, la Constitución establece un procedimiento de designación reglado. Lo segundo es que la sentencia tampoco explica cómo es que un precedente que se refiere a designaciones locales es trasladable, sin mayor problema, al ámbito federal —tomando en consideración, sobre todo, que esta posibilidad ha sido rechazada abiertamente por la propia SCJN—.

²³ Esto es, los artículos “6, 73, fracción XXIX-H, 109 y 113 de la Constitución”, según se lee textualmente en la sentencia.

Un tercer problema es que la sentencia no explica cuáles son las normas específicas que hacen que en materia de transparencia estemos frente a un procedimiento reglado, y no frente a uno discrecional. ¿Basta con que el presidente abra y haga público un expediente en el que se señalen los antecedentes curriculares de los juzgadores propuestos —tal como sugiere el texto de la controversia constitucional citada—? ¿O existen deberes adicionales a cargo del titular del Ejecutivo? Esta parte de la sentencia no brinda una respuesta clara a estas cuestiones.

Más allá de lo anterior, lo que queremos enfatizar es que gracias a esta peculiar interpretación del principio de transparencia la sentencia abrió la puerta para analizar, en sede judicial, un procedimiento de designación que antes se había calificado como discrecional —por lo menos en lo que hace a la idoneidad de los candidatos—, y que difícilmente podría considerarse como justiciable, de acuerdo con la línea jurisprudencial construida por la SCJN.

III. LA IMPROCEDENCIA DEL AMPARO POR FALTA DE INTERÉS JURÍDICO O LEGÍTIMO

Un segundo obstáculo que tenía que vencer el amparo de los integrantes del CPC era la causal de improcedencia contemplada en el artículo 61, fracción XII, la Ley de Amparo, que establece, en lo que interesa, que el juicio será improcedente “[c]ontra actos que no afecten los intereses *jurídicos o legítimos* del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley”.²⁴ Los promoventes del amparo tenían, en consecuencia, que mostrar un interés jurídico, o bien un interés legítimo.

²⁴ Los dos primeros párrafos de la fracción I del artículo 5o. establecen, por un lado, que es parte del juicio de amparo “[e]l quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un *derecho subjetivo* o de un *interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una *afectación real y actual a su esfera jurídica*, ya sea de *manera directa* o en virtud de su *especial situación frente al orden jurídico*”; y, por el otro, que “[e]l interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo”. Por su parte, el artículo 1o., fracción I, señala que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite “[p]or normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Antes de analizar la forma en que esta cuestión se resuelve en la sentencia, es importante mencionar que desde hace ya varios años, pero sobre todo a partir de su constitucionalización,²⁵ el interés legítimo ha generado un vigoroso debate en la academia y la judicatura.²⁶ Y si bien no son pocos los dilemas normativos y prácticos que plantea la figura, lo cierto es que la SCJN ha fijado varios criterios, que paulatinamente han ido definiendo su naturaleza y contornos.

De manera relevante, la jurisprudencia de la SCJN ha señalado que el interés legítimo se encuentra ubicado entre el interés simple y el interés jurídico. Dicho de otra forma, la Corte ha entendido que existe una gradación entre los tres tipos de interés, que atiende al “nivel de afectación o intensidad de relación con la esfera jurídica de la persona”.²⁷ El interés jurídico implica un mayor nivel de afectación que el interés legítimo, y este último, a su vez, exige una afectación mayor que el interés simple.²⁸

²⁵ A partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de junio de 2011, el artículo 107, fracción I, de la Constitución señala que tendrá el carácter de parte agraviada en el juicio de amparo “quien aduce ser titular de un *derecho* o de un *interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su *esfera jurídica*, ya sea de *manera directa* o en virtud de su *especial situación frente al orden jurídico*”.

²⁶ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Alterio, Ana Micaela, “La Suprema Corte mexicana y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 20, 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/ajc.20.01>; Cruz Parcero, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, México, núm. 39, octubre de 2013; Montoya Camarena, Ramsés Samael, “Interés legítimo en amparo. Un instrumento procesal «comunitarista»”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 30, enero-junio 2014; Pérez López, Miguel, “El arribo del interés legítimo al juicio de amparo”, *Alegatos*, México, núm. 82, 2012; Schmill Ordóñez, Ulises y Silva Nava, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, México, núm. 38, abril 2013; Tron Petit, Jean Claude, “¿Qué hay del interés legítimo?”, 28 de enero de 2012, disponible en: <http://jeanclaude.mx/index.php/2012/01/28/que-hay-del-interes-legitimo/>; y Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.

²⁷ Véase la p. 34 y siguientes de la resolución dictada en la contradicción de tesis 111/2013 por el Pleno de la SCJN el 5 de junio de 2014, aprobada por unanimidad de votos, y en la que fue ponente el ministro Zaldívar.

²⁸ El interés legítimo, de acuerdo con la propia SCJN, “se trata de una legitimación intermedia entre el interés jurídico y el interés simple, ya que no se exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo, pero tampoco implica que cualquier persona pueda promover la acción” (p. 37 de la CT 111/2013).

Así, en el presente caso era necesario determinar el nivel de afectación generado por las omisiones controvertidas para determinar qué tipo de interés tenían los integrantes del CPC. La respuesta que da la sentencia es un tanto sorpresiva, pues en ella se desarrolla una argumentación tendiente a mostrar que los integrantes del CPC cuentan tanto con un interés jurídico como con un interés legítimo para presentar el amparo.

El argumento empleado en la sentencia para justificar la existencia de un interés jurídico es relativamente directo. El juez de distrito enfatizó tres cuestiones. Primero, señaló que los quejosos promovieron la demanda en su carácter de integrantes del CPC. Segundo, enfatizó que el artículo 113 constitucional establece que el CPC es una “institución de la sociedad civil”.²⁹ Y, tercero, destacó que la legislación secundaria señala que entre las atribuciones del CPC se encuentra la de “[d]ar seguimiento al funcionamiento del Sistema Nacional”. A partir de lo anterior, la sentencia concluyó que

...existe un *interés jurídico* de los miembros del Comité de Participación Ciudadana para promover el presente juicio de amparo porque el artículo 21, fracción XVII de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción otorga una facultad legal para dar seguimiento al Sistema Nacional Anticorrupción, por lo que existe un *derecho objetivo* en favor de dichos miembros para activar todas las acciones necesarias para que tenga plena operatividad del [sic] sistema anticorrupción.

Dejamos a un lado el tipo de derecho que la sentencia identifica para justificar el interés jurídico,³⁰ y nos concentramos en el resto de la argu-

²⁹ En realidad, la Constitución no establece directamente esta naturaleza, sino que se limita a señalar que el CPC estará integrado por ciudadanos. El artículo 113, fracción II, de la Constitución, señala textualmente lo siguiente: “El Comité de Participación Ciudadana del Sistema deberá integrarse por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, rendición de cuentas o el combate a la corrupción...”. Por cuestiones de espacio no entraremos a la discusión sobre la naturaleza del CPC o de sus integrantes. Pero sí conviene dejar apuntado que la estrategia argumentativa de la sentencia es cuestionable. De manera particular, no queda del todo claro que la naturaleza del Comité como “institución de la sociedad civil” se pueda derivar —directa y exclusivamente— de la fracción citada.

³⁰ No deja de ser paradójico que para justificar el interés *jurídico* del CPC la sentencia sostiene que existe un derecho *objetivo*, y no de uno subjetivo, como habría de esperarse. Como ha señalado la propia SCJN, para acreditar un interés *legítimo* “debe existir un

mentación. Lo que queremos destacar es que, después de llegar a la conclusión de que los integrantes del CPC sí tenían interés jurídico, el fallo intenta demostrar que también tenían un interés legítimo.

La argumentación empleada para tal efecto es por demás extensa. En ella abundan las citas de disposiciones convencionales, la mención de precedentes de la SCJN, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y de tribunales colegiados, así como la referencia a los procesos legislativos de las reformas de amparo y anticorrupción. Nos enfocamos en el punto medular de la argumentación, en la que el juez de distrito sostiene lo siguiente:

...este juzgador advierte un *interés legítimo* de los miembros del Comité de Participación Ciudadana porque éstos se encuentran en una *especial posición* derivada del ordenamiento jurídico en que resienten una afectación en sentido amplio pues la ley les encomienda la función de ser garantes del Sistema Nacional Anticorrupción en beneficio de la sociedad mexicana.

El problema que queremos enfatizar radica en que el argumento sobre el interés legítimo resulta un tanto intrascendente para la resolución del amparo. Como se ha apuntado, la jurisprudencia de la SCJN ha sido clara al señalar que existe un continuo que va del interés simple (afectación menor) al interés jurídico (afectación mayor), y que pasa por el interés legítimo (afectación intermedia). Por ende, es evidente que si se reconocía interés jurídico a los integrantes CPC, por mayoría de razón, debía reconocérseles también interés legítimo. Y, para efectos de la procedencia del amparo, bastaba con reconocer que los quejosos contaban con un interés jurídico.³¹

vínculo con una norma jurídica, pero basta que la misma establezca un derecho *objetivo*, por lo que no se exige acreditar la afectación a un derecho subjetivo”. Véase la p. 44 de la citada CT 111/2013.

³¹ A menos que se pretenda sostener, por ejemplo, que el reconocimiento del interés legítimo era *indispensable* para sortear otras causales de improcedencia, tales como la posible violación al principio de relatividad. Ciertamente, en este tema la argumentación de la sentencia se construye a partir de dos precedentes de la SCJN en los que se reconoció interés legítimo a dos asociaciones civiles: Artículo 19 (*Amparo en revisión 1359/2015*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobada por mayoría de votos, 15 de noviembre de 2017) y Mexicanos Primero (*Amparo en revisión 323/2014*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, aprobada por unanimidad de

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A “UN AMBIENTE LIBRE DE CORRUPCIÓN”

Otro punto que conviene destacar es la forma en que, de manera previa al estudio de fondo, la sentencia del juez de distrito sostiene la existencia de un derecho fundamental a vivir en un “ambiente libre de corrupción”. De nueva cuenta, lo que nos interesa destacar es cómo, en términos argumentativos, se construye este (nuevo) derecho fundamental.

En un primer momento, la sentencia señala que

[d]e conformidad con lo previsto en los artículos 6o., 16, 108, 109, 113 y 134 y con la reforma que creó el Sistema Nacional Anticorrupción, puede concluirse válidamente que la Constitución reconoce los derechos fundamentales a la *transparencia, honradez y rendición de cuentas* respecto del uso de los recursos públicos ya que establece un régimen de actuación y comportamiento Estatal, así como de responsabilidades administrativas.

Dicho sistema, de acuerdo con la sentencia, persigue dos finalidades: i) “[t]utelar el *correcto, cabal, ético y lícito* desarrollo de la función administrativa”, y ii) “[e]stablecer principios rectores de la función pública que se traducen en una garantía a su favor para que los mencionados servidores públicos... se conduzcan con apego a la legalidad y a los principios constitucionales de *honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia* en el servicio público”.

De acuerdo con la sentencia, lo anterior se acredita por el artículo 134 de la Constitución, que señala que los recursos públicos que dispongan todas las autoridades deberán ser administrados con “*imparcialidad, eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez*”. También —continúa la argumentación— se permite concluir que las autoridades deberán cumplir sus funciones “no solo con *eficacia y diligencia*, sino con *honradez y transparencia —rendición de cuentas—*, sobre todo, en los temas relacionados con los recursos

votos, 11 de marzo de 2015). A partir de ello, alegó que la relatividad no se viola cuando “indirectamente y de forma eventual” se beneficia a terceros (caso artículo 19) ni cuando “se actualiza un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo” (caso Mexicanos Primero). Por cuestiones de espacio no entramos a discutir esta cuestión, pero baste con decir que desde nuestro punto de vista sería absurdo alegar que la redefinición del principio de relatividad que se realiza en la argumentación de ambas sentencias sólo es aplicable cuando se está frente a una afectación intermedia (interés legítimo), pero no así frente a una afectación de mayor gravedad (interés jurídico).

públicos que tienen a su cargo y que se han obtenido de la contribución al gasto público que han hecho *todos* los mexicanos —*cultura de la legalidad*—.

Y es así como, a partir de esta combinación de principios —algunos contemplados expresamente en la Constitución y otros derivados por la propia sentencia—, el juez de distrito sostiene la existencia de ese derecho fundamental:

De lo anterior, este juzgador —como lo señaló en el juicio de amparo 1311/2016— desprende que existe un derecho fundamental a favor de los ciudadanos de vivir en un *ambiente libre de corrupción* en el que todos los funcionarios públicos desempeñen su labor con *honradez, honestidad ética y transparencia*.

La sentencia nada dice sobre los hechos y consideraciones del amparo 1311/2016, por lo que resulta imposible saber si se trata de un precedente relevante, o bien si en dicho amparo existe una construcción más clara sobre el derecho a vivir en un “ambiente libre de corrupción”. Asimismo, es importante notar que la sentencia del juez de distrito tampoco abunda en la particular metodología que emplea; esto es, derivar la existencia de auténticos derechos fundamentales a partir de la mera cita de principios constitucionales que rigen la actuación de autoridades.

Pero quizá lo más paradójico es que a final de cuentas la construcción de este nuevo derecho fundamental resulta irrelevante para la resolución del caso. Pasado el apartado de la “cuestión previa”, el derecho fundamental “a vivir en un medio ambiente libre de corrupción” no vuelve a mencionarse en la sentencia, ni resulta relevante para resolución de la litis del amparo.

V. LAS PARADOJAS DEL ANÁLISIS DE FONDO Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

1. *El análisis de fondo: la transparencia como puerta para revisar la idoneidad*

Pasemos al análisis de uno de los dos problemas jurídicos a resolver, según fueron redefinidos por la sentencia.³² Nos referimos, por supuesto, a la

³² Recordemos que el juez de distrito redefinió la litis a partir de una particular lectura de la demanda y del escrito aclaratorio. Así, la primera cuestión de fondo a resolver fue “si en la designación de los Magistrados Anticorrupción por parte del Presidente de la

“inconstitucionalidad de la omisión de transparentar y justificar la *idoneidad* de los Magistrados Anticorrupción nombrados por el presidente de la República”.³³

Como se mencionó, en el apartado de procedencia, el juez de distrito fue claro al señalar que el presidente cuenta con discrecionalidad para evaluar la idoneidad de los magistrados anticorrupción. No obstante, en el estudio de fondo se da un giro argumentativo, y lo discrecional termina por no serlo tanto. Nos explicamos. En un primer momento, la sentencia sostiene, de una manera un tanto dogmática, que

...por causa de las funciones que los Magistrados Anticorrupción están llamados cumplir, existe un *deber reforzado* a cargo del Presidente y del Senado de la República (o Comisión Permanente en su caso) de transparentar el procedimiento de nombramiento, derivado de una interpretación teológica y sistemática de los artículos 6o., 73, fracción XXIX-S, 109, 113 y 134 de la Constitución Federal.

De nueva cuenta, la sentencia no desarrolla la interpretación “teleológica y sistemática” referida, ni mucho menos especifica los fines relevantes de los artículos constitucionales citados, como tampoco explica de qué forma la lectura armónica de los mismos permite derivar un deber reforzado. Pero más allá de estos problemas argumentativos, ¿en qué consiste el mencionado deber reforzado?

Tengamos presente, primero, que el artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) señala con claridad que, tratándose de la designación de magistrados,

República se cumplió o no con el principio de transparencia exigido por la Constitución Federal como en la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa”. La segunda cuestión fue “si existe o no incumplimiento del Senado de la República y de la Comisión Permanente a la obligación constitucional de decidir sobre la ratificación o no de los Magistrados Anticorrupción nombrados por el Ejecutivo Federal”.

³³ La forma en que se resuelve la segunda cuestión, relativa al incumplimiento del Senado y de la Comisión Permanente de ratificar o rechazar las propuestas de magistrados anticorrupción, es bastante menos problemática. Baste con decir que el régimen transitorio de las leyes anticorrupción señala que el TFJA debía contar con cinco salas especializadas a la entrada en vigor de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, lo cual sucedió el 19 de julio de 2017. Sin embargo, el Senado y la Comisión Permanente aún no se han pronunciado al respecto a la fecha en que se dictó la sentencia del juez de distrito (el 31 de julio de 2018).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 903-929.

...el titular del Ejecutivo Federal acompañará una *justificación de la idoneidad* de las propuestas, para lo cual hará constar la *trayectoria profesional y académica* de la persona propuesta, a efecto de que sea valorada dentro del procedimiento de ratificación por parte del Senado...

Recordemos, además, que en buena medida eso fue lo que hizo el presidente de la República al enviar las propuestas de magistrados anticorrupción: justificó su idoneidad, precisamente, haciendo constar su trayectoria profesional y académica.³⁴

Pues bien, la sentencia sostiene que lo anterior fue insuficiente. Ello, ya que

...a fin de cumplir con el principio de *transparencia* no basta con transcribir el currículum vitae o la experiencia profesional de las personas, sino que es necesario que se transparente y justifique su idoneidad, para lo cual es necesario *detallar pormenorizadamente* por qué dichas personas tienen los *méritos* suficientes, la *calidad profesional* y ética para acceder al cargo sobre la materia específica en que versa su propuesta.

Una vez precisado esto, el juez de distrito concluye insistiendo en que con su sentencia “no está calificando la idoneidad de los Magistrados Anticorrupción que han sido nombrados por el Ejecutivo, sino que solamente está declarando la inconstitucionalidad de la omisión de transparentar y justificar el *perfil profesional y ético* de los magistrados”.

Sin embargo, lo cierto es que la sentencia sí hace a una revisión —por lo menos parcial— de la forma en que el presidente evaluó la idoneidad de las personas propuestas para el cargo de magistrados anticorrupción. Tan es así, que el juez llegó a la conclusión de que la forma en que el presidente expuso la trayectoria profesional y académica de los magistrados no fue suficiente para alcanzar el estándar fijado en la sentencia.

Conviene subrayar que el estándar empleado va más allá de los parámetros que están expresamente contemplados en la ley. Además de exigir méritos *profesionales* —a los que sí hace referencia la ley—, se exige que también justifiquen los méritos éticos, que son introducidos de manera

³⁴ La propia sentencia reproduce la justificación que el presidente hizo de la idoneidad de tres propuestas. Véanse, en particular, las pp. 57-60.

francamente arbitraria en la sentencia, en la medida en que nunca se explica de dónde se deriva tal exigencia.³⁵

2. La fijación de efectos de cumplimiento independiente en un proceso complejo

Anotamos un último aspecto de la sentencia. Después de concluir que tanto el presidente como el Legislativo federal incumplieron con sus deberes, se precisan los efectos correspondientes. Por una parte, el presidente de la República —dice la sentencia— en “forma inmediata” deberá transparentar la designación de los magistrados anticorrupción, para lo cual deberá

...justificar la idoneidad de las personas designadas como Magistrados Anticorrupción, para lo cual deberá señalar en un apartado específico de manera pormenorizada e individualizada a través de una motivación reforzada por qué las personas resultan idóneas para ocupar los cargos, detallando los méritos, calidad ética y profesional que cada uno tenga en las materias específicas...

Por otra parte —continúa la sentencia—, el Senado o, en su caso, la Comisión Permanente, “*con independencia* del cumplimiento de [la] sentencia por parte del Ejecutivo”, deberán decidir “inmediatamente sobre la ratificación o no de los Magistrados Anticorrupción”, para lo cual

...deberán realizar una motivación reforzada en que expresen los razonamientos que detallen sustantivamente de manera objetiva y razonable, por qué las personas resultan idóneas para ocupar el cargo, detallando los méritos, la calidad ética y profesional que cada uno tenga en las materias específicas...

Es de notar que —en el apartado de efectos y sin mayor argumentación— el deber de realizar una motivación reforzada se extiende también a la segunda etapa del procedimiento de designación. Pero es aún más llamativo que la sentencia estima que las obligaciones del presidente y de

³⁵ Los méritos *académicos*, también mencionados en la legislación secundaria, no formaron parte de la argumentación empleada por el juez de distrito para resolver el fondo del asunto.

los legisladores son *independientes*, como si la designación de magistrados anticorrupción no fuera un proceso complejo, constituido por una serie de pasos concatenados.

No es difícil ver cómo esta última cuestión es particularmente problemática. ¿Qué sucedería, por ejemplo, si el Senado —de manera inmediata— cumple con su deber de designar a los magistrados, pero el presidente incumple su deber de “transparentar” la designación? ¿Estaríamos frente a nombramientos válidos? De nueva cuenta, la sentencia no brinda una respuesta clara a este problema.

VI. CONCLUSIÓN

Como apuntó Pedro Salazar Ugarte hace ya algunos años, la denominada “tentación contramayoritaria” hasta hace poco era de una inquietud “exclusivamente académica. Pero, debido al desplazamiento parcial en el eje de decisión desde los legisladores hacia los jueces, cada vez más, es un tema de relevancia política y práctica”.³⁶ Una clara muestra de ello es la sentencia que aquí se ha analizado. No es poca cosa que un juez de primera instancia admita un amparo en contra el presidente de la República y del Senado; les fije, además, estándares de actuación a partir de la interpretación de principios constitucionales; y, al final, les ordene concluir un procedimiento de designación marcadamente político.

El problema no está, *per se*, en lo que el juez de distrito resolvió, sino en la argumentación que empleó para ello. Ciertamente, el litigio presentaba retos normativos e interpretativos nada despreciables. Había que definir la naturaleza del CPC como un ente ciudadano, pero con funciones de autoridad en un complejo sistema nacional; determinar si, en el caso concreto, resultaban distinguibles los precedentes de la SCJN que caracterizan a este tipo de designaciones como cuestiones no justiciables; clarificar el tipo de interés que tenían los quejosos, y, en su caso, dictar una sentencia de fondo sólida y con efectos razonables.

Las respuestas a estas cuestiones, por desgracia, fueron poco satisfactorias. La sentencia dictada por el juez de distrito optó por redefinir los actos impugnados, las autoridades responsables y los conceptos de viola-

³⁶ Salazar Ugarte, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, *Garantismo espurio*, Madrid-México, Fontamara, 2011, p. 20.

ción; trazó una distinción entre actos reglados y discrecionales, que no se compadece con las normas constitucionales y legales relevantes; hizo una extraña mezcla conceptual entre el interés jurídico y el interés legítimo de los quejosos; afirmó la existencia de un nuevo derecho fundamental, a pesar de que no resultó relevante para la resolución de la litis; extendió hasta niveles insospechados el principio de transparencia a fin de revisar veladamente la forma en que se justificó la idoneidad de las propuestas; y, finalmente, fijó efectos que no resultan acordes con la naturaleza compleja del procedimiento de designación de magistrado anticorrupción.

Los esfuerzos desde sede judicial son indispensables para combatir la corrupción. La nueva dinámica constitucional requiere que los jueces funjan como catalizadores de importantes transformaciones jurídicas, políticas y sociales. Sin embargo, la medida, la racionalidad y la sensatez son condiciones igualmente indispensables para construir, en el largo plazo, un sistema de justicia que funcione. Con todo ello, la sentencia que aquí se ha analizado, por desgracia, está más cerca del activismo malentendido que del ejercicio responsable de la función judicial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERIO, Ana Micaela, “La Suprema Corte mexicana y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 20, 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.01>.
- BARKOW, Rachel E, “More Supreme than the Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy”, *Columbia Law Review*, núm. 2, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, prólogo de Luigi Ferrajoli; trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2015.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XI, núm. 119, mayo-agosto de 2007.
- CARRANZO ZÚÑIGA, Joel, *Juicio de amparo. Procedencia y sobreseimiento*, México, Porrúa, 2015.

- CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 7a. ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, México, núm. 39, octubre de 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 6, núm. 1, 2008.
- GARZA ONOFRE, Juan Jesús y MARTÍN REYES, Javier, “Magistrados anti-corrupción: una sentencia retórica y de meros buenos deseos”, *El juego de la Corte, Nexos*, 7 de agosto de 2018, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=8820>.
- GUZMÁN PALMA, David Ulises, “La incompetencia de origen, una opción contra el paquete de impunidad en Quintana Roo, México”, *Multidisciplina*, México, núm. 25, septiembre-diciembre de 2016.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2010”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 15, 2011.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, “La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial”, *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- MANIN, Bernard, “Checks, Balances and Boundaries: the Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787”, *The Invention of the Modern Republic*, Biancamaria Fontana (ed.), Nueva York, Cambridge University Press, 1994.
- MARTÍN REYES, Javier, “¿Es posible impugnar la designación del ministro Medina Mora?”, *El Juego de la Suprema Corte, Nexos*, México, 19 de octubre de 2015, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=5026>.
- MINUTTI ZANATTA, Rubén, “Transparencia y jurisprudencia. ¿Qué han dicho los tribunales?”, *Derecho Comparado de la Información*, México, enero-junio de 2011.
- MONTOYA CAMARENA, Ramsés Samael, “Interés legítimo en amparo. Un instrumento procesal ‘comunitarista’”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 30, enero-junio de 2014.

- PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “El arribo del interés legítimo al juicio de amparo”, *Alegatos*, México, núm. 82, 2012.
- POUND, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela y CANO LÓPEZ, Luis Miguel, “Las estrategias de litigio en el combate a la criminalización de los migrantes en la Frontera Sur de México”, *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, *Garantismo espurio*, Madrid-México, Fontamara, 2011.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises y SILVA NAVA, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, México, núm. 38, abril de 2013.
- TRON PETIT, Jean Claude, “¿Qué hay del interés legítimo?”, 28 de enero de 2012, disponible en: <http://jeanclaude.mx/index.php/2012/01/28/que-hay-del-interes-legitimo/>.
- VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, Francisco, “El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.
- ZAVALA ARREDONDO, Marco Antonio “El control (y descontrol) de la constitucionalidad electoral en México. La (im)procedencia del amparo en materia electoral”, *Temas de Derecho Procesal Electoral*, México, 2011, vol. II.

Sentencias

- Amparo indirecto 1311/2016*, juez octavo de distrito en materia administrativa en la Ciudad de México, juez: Fernando Silva García, 2 de octubre de 2017.
- Amparo indirecto 589/2018*, juez octavo de distrito en materia administrativa en la Ciudad de México, juez: Fernando Silva García, 31 de julio de 2018.

Amparo en revisión 1359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por mayoría de votos, 15 de noviembre de 2017.

Amparo en revisión 323/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, aprobado por unanimidad de votos, 11 de marzo de 2015.

Contradicción de tesis 111/2013, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz, aprobada por unanimidad de votos, 5 de junio de 2014.

Controversia constitucional 4/2005, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz, aprobada por unanimidad de votos, 13 de octubre de 2005.

Recurso de queja 108/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas, aprobado por unanimidad de cuatro votos, 25 de noviembre de 2015.

Tesis y jurisprudencias

Jurisprudencia 1a./J. 37/2010, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, junio de 2010, p. 94.

Jurisprudencia 2a./J. 136/2009, Segunda Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 616.

Jurisprudencia 2a./J. 71/2010, Segunda Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 833.

Jurisprudencia P./J. 117/2009, Pleno de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1251.

Tesis 2a. LXXXIX/2006, Segunda Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 230.

Tesis I.4o.A.404 A, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 919.

PSICOPATOLOGÍA FORENSE Y NEUROCIENCIAS: APORTACIONES AL SISTEMA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES*

FORENSIC PSYCHOPATHOLOGY AND NEUROSCIENCES: CONTRIBUTIONS TO THE JUSTICE SYSTEM FOR ADOLESCENTS

Ezequiel MERCURIO**

Eric GARCÍA-LÓPEZ***

Luz Anyela MORALES QUINTERO****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Cerebro y adolescencia*. III. *Edad de responsabilidad penal y psicopatología forense*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Definir y delimitar la franja etaria en la que transcurre la adolescencia no resulta una tarea sencilla, teniendo en cuenta que diferentes habilidades cognitivas y el desarrollo de distintas regiones del cerebro no se realizan en forma uniforme y simultánea. Además, este complejo proceso de desa-

* Artículo recibido el 14 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2018.

** ORCID: 0000-0002-0521-6981. Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forense de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Correspondencia: Av. Alvear 1711 3o. Piso (C1014AAE), Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: ezequielmercurio@gmail.com. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=0PwpNNAAAAAAJ&hl=es>.

Researchgate: https://www.researchgate.net/profile/Ezequiel_Mercurio.

*** ORCID: 0000-0002-0732-8266. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Correspondencia: Magisterio Nacional 113, Tlalpan Centro I, 14000 Ciudad de México, CDMX. Correo electrónico: garcialopez@gmx.com. Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=LkXJ2eMAAAAAJ&hl=es>. Researchgate: https://www.researchgate.net/profile/Eric_Garcia-Lopez4.

**** ORCID: 0000-0002-6615-362X. Facultad de Derecho, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Correspondencia: Av San Claudio, Coronel Miguel Auza, 72570 Puebla, Puebla. Correo electrónico: luzanyela.morales@correo.buap.mx. Researchgate: https://www.researchgate.net/profile/Luz_Morales2.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 931-971.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

rollo cerebral y cognitivo se encuentra íntimamente influenciado por la cultura y el ambiente. Así, en los estudios relacionados con el desarrollo humano suele afirmarse que la adolescencia es una etapa de transición compleja entre la infancia y la adultez.

Por otra parte, el derecho también ha mostrado los efectos de estas dificultades; en tal sentido, diferentes legislaciones prevén distintas edades mínimas para la realización de actividades (que podrían tener consecuencias civiles y penales) en la vida adulta.

La complejidad para definir la adolescencia ha sido puesta de manifiesto recientemente por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su observación 20.¹ Es por ello que dicha observación se centró en el concepto temporal de la infancia, que abarca el periodo comprendido hasta los dieciocho años de edad, con el objetivo de unificar la recolección de datos relacionados con la “efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”.² Asimismo, puso de relieve que la complejidad de tal definición radica, entre otras causas, en la dificultad de marcar un punto exacto y específico desde el punto de vista biológico. Particularmente, en el citado documento se señaló que las “diversas funciones del cerebro se desarrollan en diferentes momentos”.³

En esta misma línea argumental, puede observarse un intenso interés en el conocimiento sobre el desarrollo del cerebro adolescente, que se encuentra expuesto en diferentes documentos especializados en adolescencia y derechos humanos. Tal es el caso del reciente informe realizado por la UNICEF sobre la adolescencia en la Argentina,⁴ y del informe sobre baja de imputabilidad en Uruguay.⁵

¹ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016.

² Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párrafo 5.

³ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párrafo 5.

⁴ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef, Para cada adolescente una oportunidad. Posicionamiento sobre Adolescencia, Unicef Argentina, 2017, pp. 3-6.

⁵ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef, Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad, Montevideo, 2014, pp. 28-30.

Este interés (sobre cómo se desarrolla, crece y madura el cerebro adolescente) ha encontrado una interesante ruta de investigación; por ejemplo, en el *Adolescent Brain Cognitive Development*,⁶ cuyos resultados conoceremos dentro de poco. Este proyecto investigará de manera integral el desarrollo adolescente, estudiando a diez mil niños de entre nueve y diez años a lo largo de una década, a través de estudios de neuroimagen, evaluaciones neuropsicológicas y estudios de salud general.

El desarrollo de modernas técnicas de neuroimagen ha comenzado a influir los diferentes sistemas judiciales y, particularmente en el sistema anglosajón; esto se ha puesto de relieve a partir del aporte y la discusión de argumentos neurocientíficos en diferentes casos penales de la última década.⁷

Específicamente, el mayor conocimiento sobre cómo crece, madura y se desarrolla el cerebro durante la adolescencia y su relación con la conducta también ha comenzado a influenciar al derecho.⁸ Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha utilizado argumentos basados en neurociencias al momento de tomar decisiones sobre casos penales en los que se encontraban involucrados adolescentes.⁹

En este contexto, el objetivo del presente artículo es analizar los aportes de las neurociencias sobre el desarrollo del cerebro adolescente y aportar información basada en evidencia para la discusión sobre la edad mínima de responsabilidad penal.

II. CEREBRO Y ADOLESCENCIA

Resulta evidente que los jóvenes y adolescentes muestran una conducta y un comportamiento distintos a los adultos. A partir de modernas investigaciones en neurociencias es posible conocer, en términos neurobiológicos, el porqué de dichas diferencias.

El crecimiento y desarrollo del cerebro se encuentra influenciado y determinado por la interacción entre la genética y el medio ambiente (*na-*

⁶ Para mayor información véase <http://abcdstudy.org>.

⁷ Farahany, Nita A., "Neuroscience and Behavioral Genetics in US Criminal Law: an Empirical Analysis", *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 2, núm. 3, 2016, pp. 485-509.

⁸ Mercurio, Ezequiel, *Cerebro y adolescencia: implicancias jurídico penales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012.

⁹ *Roper v. Simmons*, 2005, 543 U.S. 551; *Graham v. Florida*, Nro. 08-7412; *Miller v. Alabama*, 2012, 567 U.S. 460 y *Jackson v. Hobbs*, núm. 10-9647.

ture y nurture). Dicha interacción —y el balance entre estos— dependerá de la etapa evolutiva de las personas. Mientras en la etapa prenatal los genes resultan determinantes para la formación de los diferentes circuitos cerebrales, en las etapas posteriores al nacimiento, las experiencias y la interacción con el medio ambiente influyen en la modificación de dichos circuitos.¹⁰

Las demandas complejas del medio ambiente durante el desarrollo requieren la modificación de las conexiones cerebrales. Al respecto, Churchland¹¹ señala que los seres humanos nacen con cerebros inmaduros, y esto se presenta como una ventaja evolutiva, a partir de la cual es posible obtener mayor beneficio de las interacciones con el ambiente y adecuarse a la complejidad del mundo físico y social. Por ejemplo, las conexiones sinápticas (sinaptogénesis) se modifican según las diferentes etapas evolutivas. Alcanzan su máxima expansión entre los dos y los siete años de edad (según la región cerebral), y luego de ello se aprecia un proceso de eliminación de conexiones, que en la región prefrontal (región anterior del cerebro) llega hasta el final de la adolescencia (poda sináptica).

Es decir, se produce un proceso de expansión durante la niñez, una disminución y eliminación de conexiones durante la adolescencia, para luego estabilizarse durante la adultez.¹² La hipótesis actual sobre dicho proceso es que la gran expansión neuronal de las conexiones durante la infancia le permite al niño una amplia conexión con su entorno físico, cultural y social. Luego, las conexiones más solicitadas y fortalecidas por la experiencia serán las que prevalecerán, eliminándose aquellas menos requeridas.¹³

Como hemos señalado, el proceso de crecimiento y maduración del cerebro, desde el nacimiento hasta el final de la adolescencia, se encuentra influenciado por las interacciones con el medio, motivo por el cual se pre-

¹⁰ Pascual Urzúa, Rodrigo, “Evolución filogenética y desarrollo ontogenético de las funciones cognitivas”, en Redolar Ripoll, Diego (comp.), *Neurociencia cognitiva*, Madrid, Panamericana, 2014.

¹¹ Churchland, Patricia S., *El cerebro moral*, Barcelona, Paidós, 2012.

¹² Pascual Urzúa, Rodrigo, *op. cit.*; Gogtay, Nitin *et al.*, “Dynamic Mapping of Human Cortical Development During Childhood through Early Adulthood”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 101, núm. 21, 2004, pp. 8174-8179; Giedd, Jay N. *et al.*, “Brain Development During Childhood and Adolescence: a Longitudinal MRI Study”, *Nat. Neurosci.*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 861-863.

¹³ Pascual Urzúa, Rodrigo, *op. cit.*

senta como una ventana de grandes oportunidades, pero también de gran vulnerabilidad. Vale la pena reiterar que la adolescencia es una etapa evolutiva muy compleja, en la cual confluyen e interactúan factores sociales, culturales, biológicos con cambios hormonales y psicológicos (identidad, por citar sólo uno de ellos, para dar muestra de su complejidad).

El proceso de madurez (estructural y funcional) no es homogéneo, y varía de acuerdo con las diferentes regiones cerebrales, que se encuentran íntimamente relacionadas con diferentes funciones cognitivas. Por ejemplo, las regiones relacionadas con las funciones sensoriales y motrices presentan una madurez más temprana que las regiones relacionadas con funciones más complejas y refinadas, como las funciones ejecutivas (aquellas que Luria llamó “las funciones más humanas del hombre”) o aquellas relacionadas con el procesamiento socioemocional.

Las funciones sensoriales (visión y audición) tienen periodos críticos —con tiempos claves de *apertura* y *cierre*— donde se requiere la estimulación ambiental para su desarrollo adecuado,¹⁴ y funciones más complejas, donde se habla de periodos sensibles, tal como sucede con las funciones ejecutivas, mismas que tienen una evolución más amplia y prolongada, con gran sensibilidad y desarrollo durante la adolescencia. En este sentido, en los últimos años se ha presentado una robusta evidencia científica, que relaciona la exposición a diferentes condiciones de vulnerabilidad (como la pobreza o situaciones traumáticas) con el desarrollo cerebral y cognitivo.¹⁵

¹⁴ Véanse los trabajos de David Hunter Hubel, Torsten Nils Wiesel y Roger Wolcott Sperry, ganadores del Premio Nobel de Medicina de 1981.

¹⁵ Lipina, Sebastián J. y Segretin, María Soledad, “6000 días más: evidencia neurocientífica acerca del impacto de la pobreza infantil”, *Psicología Educativa*, vol. 21, núm. 2, 2015, pp. 107-116.

Johnson, Sara B. *et al.*, “State of the Art Review: Poverty and the Developing Brain”, *Pediatrics*, vol. 137, núm. 4, 2016, pp. 1-12.

Kuperman, Joshua N. *et al.*, “Family Income, Parental Education and Brain Structure in Children and Adolescents”, *Nature Neuroscience*, vol. 18, núm. 5, 2015, pp. 773-778.

Liu, Jianghong y Lewis, Gary, “Environmental Toxicity and Poor Cognitive Outcomes in Children and Adults”, *Journal of Environmental Health*, vol. 76, núm 6, 2014, pp. 130-138.

Lozoff, Betsy *et al.*, “Functional significance of Early-Life Iron Deficiency: Outcomes at 25 Years”, *The Journal of Pediatrics*, vol. 163, núm. 5, 2013, pp. 1260-1266.

McEwen, Bruce S. y Tucker, Pamela, “Critical Biological Pathways for Chronic Psychosocial Stress and Research Opportunities to Advance the Consideration of Stress in Chemical Risk Assessment”, *American Journal of Public Health*, vol. 101, núm. S1, 2011, pp. 131-139.

Se ha encontrado, por ejemplo, que las relaciones afectivas satisfactorias promueven la generación de dopamina, y ésta a su vez contribuye al desarrollo de la corteza prefrontal.¹⁶ Los entornos enriquecidos con actividades estimulantes y afecto parental promueven la producción de este neurotransmisor, con lo cual se favorece el desarrollo prefrontal del cerebro. Los estilos parentales afectuosos y las experiencias emocionales placenteras con los padres (o cuidadores) contribuyen al desarrollo de capacidades cognitivas y de comportamiento más adecuado. También existe evidencia de que la actividad física y deportiva incrementa la liberación de dopamina, y la participación en estas actividades contribuye a reducir el consumo de sustancias.¹⁷

Por el contrario, la privación afectiva y el déficit en vínculos emocionales y afectivos durante la adolescencia pueden impedir el sano desarrollo del cerebro, alterando así la expresión del comportamiento y la conducta. Además, las situaciones de tensión pueden contribuir a la hiperexcitabilidad del sistema mesolímbico, de tal forma que los altos niveles de estrés en la adolescencia, aunados al todavía limitado desarrollo de la corteza prefrontal, pueden generar una sobreexcitación de las estructuras subcorticales, que incrementan el comportamiento impulsivo.¹⁸

Los adolescentes suelen ser más impulsivos que los adultos; son buscadores de nuevas sensaciones¹⁹ y toman decisiones de forma diferente a las personas maduras.²⁰ Sobrevaloran los beneficios a corto plazo por sobre las consecuencias a largo plazo de sus acciones²¹ lo que los predispone

¹⁶ Van Leijenhorst, Linda *et al.*, “Adolescent Risky Decision-Making: Neurocognitive Development of Reward and Control Regions”, *NeuroImage*, vol. 51, núm. 1, 2010, pp. 345-355.

¹⁷ Eisler, Riane y Levine, Daniel S., “Nurture, Nature, and Caring: we Are not Prisoners of Our Genes”, *Brain and Mind*, vol. 3, núm.1, 2002, pp. 9-52.

¹⁸ Romeo, Russell D. y McEwen, Bruce S., “Stress and the Adolescent Brain”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1094, núm. 1, 2006, pp. 202-204.

¹⁹ Kelley, Ann E. *et al.*, “Risk Taking and Novelty Seeking in Adolescence: Introduction to Part I”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1021, núm. 1, 2004, pp. 27-32.

²⁰ Kambam, Praveen y Thompson, Christopher, “The Development of Decision Making Capacities in Children and Adolescents: Psychological and Neurological Perspectives and their Implications for Juvenile Defendants”, *Behavioral Sciences & the Law*, vol. 27, núm. 2, marzo 2009, pp. 173-190.

²¹ Cauffman, Elizabeth y Steinberg, Laurence, “(Im)maturity of Judgment in Adolescence: why Adolescents May be Less Culpable than Adults”, *Behavioral Sciences & the Law*, vol. 18, núm. 6, 2000, pp. 741-760.

o hace vulnerables a conductas de riesgo;²² por ejemplo, la experimentación con drogas y alcohol, las relaciones sexuales sin protección, conducir automóviles y motocicletas bajo los efectos del alcohol o en forma temeraria,²³ entre otras conductas disociales.

Durante esta etapa, en comparación con la niñez y la adultez, existe un importante incremento de las conductas que transgreden tanto las normas como los convencionalismos sociales, con un pico entre los diecisiete y diecinueve años.²⁴ Sin embargo, debe destacarse que sólo un porcentaje reducido de los jóvenes infractores continúan en el delito durante los años de la edad adulta.²⁵

Aunado a lo anterior, conviene recordar que la criminología del desarrollo propone que básicamente existen dos tipos de carreras delictivas, que se pueden distinguir por la manera en que se presenta el inicio, el mantenimiento y el desistimiento de las conductas antisociales: el que se presenta solo en el transcurso de la adolescencia, y el menos frecuente,

Cauffman, Elizabeth *et al.*, "Age Differences in Affective Decision Making as Indexed by Performance on the Iowa Gambling Task", *Developmental Psychology*, vol. 46, núm. 1, 2010, pp. 193-207.

²² Barbalat G. *et al.*, "Risk-Taking in Adolescence: A Neuroeconomics Approach", *L'Encephale*, vol. 36, núm. 2, 2010, pp. 147-154.

Gardner, Margo y Steinberg, Laurence, "Peer Influence on Risk Taking, Risk Preference, and Risky Decision Making in Adolescence and Adulthood: an Experimental Study", *Developmental Psychology*, vol. 41, núm. 4, 2005, pp. 625-635.

Pfeifer Jennifer H. *et al.*, "Entering Adolescence: Resistance to Peer Influence, Risky Behavior, and Neural Changes in Emotion Reactivity", *Neuron.*, vol. 69, núm. 5, 2011, pp. 1029-1036.

Steinberg, Laurence, "Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why?", *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1021, núm. 1, 2004, pp. 51-58.

²³ En Estados Unidos el 72% de las muertes de los niños y jóvenes entre diez y veinticuatro años se debe a cuatro causas: accidentes de tránsito (33%), otras causas no intencionales (15%), homicidio (15%), y suicidio (12%). CDC, NCHS. Public use data file and documentation: multiple cause of death for ICD-10 2005 data en: Danice K. Eaton. Youth Risk Behavior Surveillance — United States, 2007 Surveillance Summaries, June 6, 2008 / 57(SS04), pp. 1-131.

²⁴ Loeber, Rolf *et al.*, "La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta", *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 1, núm. 9, 2011, pp. 1-41.

Federal Bureau of Investigation, US Dept of Justice, & United States of America. Age-specific arrest rates and race-specific arrest rates for selected offenses, 2003, pp. 1-81.

²⁵ Loeber, Rolf *et al.*, *op. cit.*

que se caracteriza por un patrón de delincuencia persistente, que se inicia en edades tempranas, y que se extiende hasta la adultez.²⁶

Los jóvenes que delinquen de manera persistente en diferentes etapas de la vida se diferencian de quienes sólo lo hacen en la adolescencia, tanto en sus déficits neuropsicológicos —en especial en las habilidades verbales y en las funciones ejecutivas— como en factores de personalidad y en el tipo de oportunidades disponibles en el ambiente en que se desenvuelven.²⁷

Tal como se ha afirmado líneas más arriba, en la delincuencia persistente sólo se compromete un pequeño grupo de personas (alrededor del 5% de la población de jóvenes), en quienes confluyen varios factores, como las disfunciones neurológicas graves y los rasgos de personalidad difíciles, que unidos a contextos sociales adversos promueven una importante vulnerabilidad para el desarrollo del comportamiento antisocial.²⁸

En el mismo sentido, en el estudio longitudinal de Farrington (llevado a cabo desde Cambridge, Inglaterra) se encontró que la mayor parte de las actividades delictivas fueron cometidas por jóvenes de diecisiete años, aunque la frecuencia de comisión de delitos se redujo en las edades subsecuentes. La edad media de quienes dijeron haber cometido delitos fue de veintiún años, mientras que la media de inicio fue de catorce, y la de culminación, de veintitrés años.

Estos rangos de edad están relacionados con la etapa evolutiva de la adolescencia, en la que alrededor de los catorce años los jóvenes viven una transición entre la influencia de los padres y la posterior importancia de los amigos (o pares); mientras en edades cercanas a los veintitrés —re-

²⁶ Loeber, Rolf *et al.*, “Serious and Violent Juvenile Offenders”, en Loeber, Rolf y Farrington, David P. (eds.), *Serious and Violent Juvenile Offenders: Risk Factors and Successful Interventions*, Thousand Oaks, California, Sage, 1998, pp. 13-29.

Moffitt, Terrie E., “Adolescent-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior. A Developmental Taxonomy”, *Psychological Review*, vol. 100, núm. 4, 1993, pp. 674-701.

²⁷ Moffitt, Terrie E., “A Review of Research on the Taxonomy of Life-Course Persistent versus Adolescent-Limited Antisocial Behavior”, en Cullen, Francis T., Wright, John P. y Blevins, Kristie R. (eds.), *Taking stock: The Status of Criminological Theory*, New Brunswick, New Jersey, vol. 15, Transaction, 2006, pp. 277-311.

Raskin, White H. *et al.*, “Adolescence-Limited versus Persistent Delinquency: Extending Moffitt’s Hypothesis into Adulthood”, *Journal of Abnormal Psychology*, vol. 110, núm. 4, 2001, pp. 600-609.

²⁸ Moffitt, Terrie E., “Adolescent-Limited and Life-Course-Persistent...”, *cit.*

Raskin, White H. *et al.*, *op. cit.*, pp. 600-609.

lacionadas con la culminación de la carrera delictiva— se identifica una transición diferente: entre la influencia de los amigos y la cercanía con la pareja.²⁹

Los jóvenes que presentan un patrón delictivo limitado a la adolescencia muestran menor incidencia de rasgos antisociales que los persistentes. La delincuencia se explica como una manifestación normal en esta etapa del desarrollo, asociada con una importante dependencia del grupo de amigos (pares) y de su entorno social.

Durante la adolescencia, la presión de los pares suele cobrar una gran importancia en este tipo de conductas y la forma en que éstas se presentan.³⁰ Diferentes estudios han señalado la importancia de los pares³¹ y los grupos de pertenencia en el inicio del consumo de alcohol y drogas.³² Asimismo, en la búsqueda de la aceptación de su grupo de pertenencia, son más susceptibles a la presión de sus pares, son más sensibles al estrés, su afectividad es más inestable, presentan baja tolerancia a la frustración, y una importante reactividad emocional, con disminución de la capacidad de regulación. Estas características permiten afirmar que los adolescentes no presentan el mismo grado de madurez emocional, cognitiva o conductual que un adulto.

²⁹ Farrington, David P., “Key Results from the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development”, en Thornberry, Terence P. y Krohn, Marvin D. (eds.), *Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies*, Nueva York, Kluwer/Plenum, 2003, pp. 137-183.

³⁰ Currie, Candace *et al.* (eds.), “Young People’s Health in Context: International Report from the HBSC 2001/02 Survey”, *Health Policy for Children and Adolescents*, núm. 4, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2004.

Prinstein, Mitchell J. *et al.*, “Susceptibility to Peer Influence: Using a Performance-Based Measure to Identify Adolescent Males at Heightened Risk for Deviant Peer Socialization”, *Developmental Psychology*, vol. 47, núm.4, 2011, pp. 1167-1172.

³¹ Spear, Linda P., “The Adolescent Brain and Age-Related Behavioral Manifestations”, *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, vol. 24, núm 4, 2000, pp. 417-463.

³² Chambers, R. Andrew *et al.*, “Developmental Neurocircuitry of Motivation in Adolescence: A Critical Period of Addiction Vulnerability”, *American Journal of Psychiatry*, vol. 160, núm. 6, 2003, pp. 1041-1052.

Dishion, Thomas J. y Tipsord, Jessica M., “Peer Contagion in Child and Adolescent Social and Emotional Development”, *Annu. Rev. Psycho.*, vol. 62, 2011, pp. 189-214.

Trucco, Elisa M. *et al.*, “Vulnerability to Peer Influence: a Moderated Mediation Study of Early Adolescent Alcohol Use Initiation”, *Addictive Behaviors*, vol. 36, núm. 7, 2011, pp. 729-736.

Debe tenerse presente que la definición del concepto de madurez desde el punto de vista neurobiológico puede resultar complejo y esquivo, ya que, como se ha señalado, el proceso de desarrollo temporal del cerebro no es uniforme en todo el encéfalo. Las regiones relacionadas con los sentidos y las actividades motoras presentan un patrón diferente a las regiones relacionadas con funciones cognitivas y afectivas complejas, como las funciones ejecutivas o la empatía. En tal sentido, estudios recientes señalan, de manera particular, que la región anterior del cerebro (lóbulo frontal) finaliza su maduración cerca de los treinta años y en forma posterior a otras regiones.³³

Dahl³⁴ señala que existe una paradoja en la salud de los adolescentes, ya que al mismo tiempo que se observa un mayor crecimiento físico, mayor fortaleza en el sistema inmune y, en general, mejores habilidades cognitivas, la morbimortalidad, al ser comparada con el periodo de la infancia, se incrementa un 200% en un mismo intervalo de tiempo. Asimismo, la tasa de muerte y discapacidad se duplica durante la adolescencia. Ello se relaciona con las dificultades que presentan los adolescentes para controlar su conducta y gestionar sus emociones. Así, presentan mayores tasas de accidentes, suicidio, depresión, una conducta temeraria y riesgosa, consumo de alcohol, drogas, violencia, trastornos en la conducta alimentaria, y conductas sexuales de riesgo.³⁵

Aun a riesgo de resultar reiterativos, conviene subrayar que estos problemas de salud de los adolescentes se encuentran fuertemente asociados a las características conductuales, cognitivas y emocionales de dicha eta-

³³ Tammes, Christian K. *et al.*, “Brain Maturation in Adolescence and Young Adulthood: Regional Age-Related Changes in Cortical Thickness and White Matter Volume and Microstructure”, *Cerebral Cortex*, vol. 20, núm. 3, 2010, pp. 534-548.

³⁴ Ostby, Ylba *et al.*, “Heterogeneity in Subcortical Brain Development: a Structural Magnetic Resonance Imaging Study of Brain Maturation from 8 to 30 Years”, *Journal of Neuroscience*, vol. 29, núm. 38, 2009, pp. 11772-11782.

³⁵ Dahl, Roland E., “Adolescent Brain Development: a Period of Vulnerabilities and Opportunities. Keynote Address”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1021, núm. 1, 2002, pp. 1-22.

³⁶ Eaton, Danice K. *et al.*, “Youth Risk Behavior Surveillance—United States, 2007”, *Morbidity and Mortality Weekly Report. Surveillance summaries (Washington, DC: 2002)*, vol. 57, núm. 4, 2008, pp. 1-131.

Cauffman, Elizabeth *et al.*, “Age Differences in Affective Decisión...”, *cit.*, p. 193.

Dahl, Roland E., *op. cit.*, pp. 1-22.

pa. Tal como se ha señalado, los adolescentes son buscadores de nuevas sensaciones, se exponen a conductas de riesgo y acciones temerarias, son más impulsivos, con mayor reactividad emocional, son también más sensibles al estrés y a la presión de sus pares. ¿Por qué ocurre esto? En la actualidad, existe una importante evidencia científica que señala que regiones frontales del cerebro relacionadas con la organización, la planificación y el control inhibitorio no se encuentran completamente desarrolladas hasta el final de la adolescencia (tercera década). En tanto que las regiones relacionadas con las emociones y la sensibilidad a la recompensa se encuentran más activas,³⁶ con mayor reactividad emocional.³⁷

De acuerdo con esta evidencia, las conductas de riesgo de los adolescentes —dentro de las que se encuentran las conductas antisociales— son el producto de la interacción de dos sistemas neurobiológicos que maduran de manera diferenciada: el sistema socioemocional (sistema límbico y paralímbico) y el sistema cognitivo (lóbulo frontal) y la interacción entre ambos. Mientras el sistema socioemocional se encuentra más activo, con mayor sensibilidad a la recompensa por el rápido crecimiento de los receptores dopaminérgicos, el sistema cognitivo —encargado de autocontrol— y la interacción entre ambos sistemas, no se encuentra completamente maduro hasta el final de la adolescencia.

Como ha podido observarse, esta distancia temporal entre la maduración de ambos sistemas y su comunicación genera un periodo de alta vulnerabilidad a las conductas de riesgo.³⁸

³⁶ Toga, Arthur W. *et al.*, “Mapping Brain Maturation”, *Focus*, vol. 29, núm. 3, 2006, pp. 148-159.

Giedd, Jay N., “The Teen Brain: Insights from Neuroimaging”, *Journal of Adolescent Health*, vol. 42, núm. 4, 2008, pp. 335-343.

Sowell, Elizabeth R. *et al.*, “Longitudinal Mapping of Cortical Thickness and Brain Growth in Normal Children”, *The Journal of Neuroscience: the Official Journal of the Society for Neuroscience*, vol. 24, núm. 38, pp. 8223-8231.

Sowell, Elizabeth R. *et al.*, “Mapping Cortical Change Across the Human Life Span”, *Nature Neuroscience*, vol. 6, núm. 3, pp. 309-315.

Spear, Linda P., “The Adolescent Brain...”, *cit.*, pp. 417-463.

Hartley, Catherin A. y Somerville, Leah H., “The Neuroscience of Adolescent Decision-Making”, *Current Opinion in Behavioral Sciences*, vol. 5, 2015, pp. 108-115.

³⁷ Guyer, Amanda E. *et al.*, “The Neurobiology of the Emotional Adolescent: From the Inside Out”, *Neuroscience Biobehavioral Reviews*, vol. 70, 2016, pp. 74-85.

³⁸ Steinberg, Laurence, “Adolescent Development and Juvenile Justice”, *Annual Review of Clinical Psychology*, vol. 5, 2009, pp. 459-485.

La región prefrontal del cerebro, relacionada con la organización, planificación, inhibición y el control atencional, sería una de las últimas regiones en madurar.³⁹ Sin embargo, las regiones relacionadas con la recompensa se encontrarían más activas durante la adolescencia.⁴⁰ Esta mayor actividad se encontraría relacionada con una sensibilidad más dispuesta para focalizarse en las posibles ganancias a corto plazo, a pesar de las consecuencias negativas que ello implicaría en el futuro.⁴¹ Es decir, se prefiere lo inmediato frente a la consecución de objetivos a largo plazo. La exposición a conductas de riesgo (como las relaciones sexuales sin protección, o el consumo de sustancias tóxicas y, en general, las conductas antisociales que se dan con particular intensidad en la adolescencia), ponen de manifiesto una menor capacidad conductual para evitar los daños. Todo ello a pesar de que presentan buenas habilidades cognitivas. ¿Cómo es esto posible? ¿Pueden conocer el contenido teórico de las consecuencias de sus acciones, pero no logran una inhibición efectiva? La respuesta se encuentra relacionada con la interacción entre diversos factores ambientales, la inmadurez cerebral y una notable menor actividad de las regiones prefrontales y sus conexiones neuronales, así como una menor respuesta ante los estímulos aversivos y una mayor actividad en regiones relacionadas con el circuito de recompensa y la reactividad emocional. Es por ello que los adolescentes pueden parecer (y de hecho son) tan inteligentes o más que un adulto, pero sólo desde el punto de vista de algunas funciones cognitivas, ya que la capacidad para gestionar su comportamiento aún se encuentra inmadura, motivo por el cual el control de sus impulsos es mucho más limitado.⁴² Esta mayor sensibilidad a la recompensa podría fomentar la exposición a nuevas sensaciones, cada más riesgosas, parti-

³⁹ Tamnes, Christian K. *et al.*, *op. cit.*, pp. 534-548.

Østby, Ylba *et al.*, *op. cit.*, pp. 11772-11782.

Spear, Linda P., "Adolescent Neurodevelopment", *Journal of Adolescent Health*, vol. 52, núm. 2, 2013, pp. S7-S13.

⁴⁰ Galvan, Adriana *et al.*, "Earlier Development of the Accumbens Relative to Orbitofrontal Cortex Might Underlie Risk-Taking Behavior in Adolescents", *Journal of Neuroscience*, vol. 26, núm. 25, 2006, pp. 6885-6892.

Spear, Linda P., "Adolescent..." *cit.*, pp. S7-S13.

Hartley, Catherin A. y Somerville, Leah H., *op. cit.*, pp. 108-115.

⁴¹ Cauffman, Elizabeth *et al.*, "Age Differences in Affective Decisión..." *cit.*, p. 193.

⁴² Steinberg, Laurence, "Adolescent Development..." *cit.*, pp. 459-485.

cularmente cuando éstas resultaron previamente gratificantes sin consecuencias negativas.⁴³ Es decir, la respuesta ante los estímulos negativos maduraría más tarde que la respuesta positiva.⁴⁴

La literatura científica ha señalado esta discrepancia entre las habilidades cognitivas y afectivas-emocionales, como la clave para comprender el comportamiento de los adolescentes.

La maduración de las áreas relacionadas con el autocontrol —lóbulo frontal— juegan un rol principal en la disminución de conductas de riesgo entre la adolescencia y la adultez.⁴⁵ Por un lado, los jóvenes mayores de dieciséis años presentan habilidades y rendimientos cognitivos similares o superiores al de los adultos (por ejemplo, en tareas de memoria de trabajo bajo determinadas circunstancias). Sin embargo, tal como se ha mostrado, se exponen a situaciones de riesgo, son impulsivos, su conducta es temeraria y son más susceptibles a la presión de sus pares. En tal sentido, estudios recientes señalan que la cognición social presenta un desarrollo y maduración diferente a través de la niñez, la adolescencia y la adultez. Particularmente la empatía afectiva se encuentra inmadura durante la adolescencia, en comparación con otros aspectos cognitivos de la Teoría de la Mente (*Theory of Mind*), y ello expresa la inmadurez de los circuitos cerebrales relacionados.⁴⁶ Esta diferencia de maduración entre los aspectos cognitivos y afectivos de la cognición se encuentra apoyada a partir diferentes investigaciones: mientras que los primeros aspectos cognitivos de la Teoría de la Mente comienzan a madurar entre los seis y siete años,⁴⁷ los aspectos afectivos comienzan a hacerlo entre los siete y nueve años de edad, aproximadamente.⁴⁸

⁴³ Spear, Linda P., “Adolescent...”, *cit.*, pp. S7-S13.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Steinberg, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking”, *Developmental Review*, vol. 28, núm. 1, pp. 78-106.

⁴⁶ Sebastian, Catherin L. *et al.*, “Neural Processing Associated with Cognitive and Affective Theory of Mind in Adolescents and Adults”, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 53-63.

⁴⁷ Perner, Josef y Wimmer, Heinz, “«John Thinks that Mary Thinks that...» Attribution of Second-Order Beliefs by 5- to 10-Year-Old Children”, *Journal of Experimental Child Psychology*, vol. 39, núm. 3, pp. 437-71.

⁴⁸ Baron-Cohen, Simon *et al.*, “Recognition of Faux Pas by Normally Developing Children and Children with Asperger Syndrome or High-Functioning Autism”, *Journal of Autism and Developmental Disorders*, vol. 29, núm. 5, 1999, pp. 407-418.

Las modificaciones estructurales y funcionales en la región prefrontal no sólo mejoran el autocontrol, sino también las conexiones con las áreas relacionadas con las emociones —sistema límbico—, lo que permite una mejor interacción entre la cognición y las emociones.⁴⁹

Esta coordinación efectiva entre regiones corticales y subcorticales y la interfase cognición-emoción promueve la modulación de las activaciones desencadenadas a través de los estímulos sociales y afectivos, con un razonamiento deliberativo. Asimismo, ocurre de manera bidireccional: modulando la toma de decisiones *excesivamente deliberativa* con la información social y emocional.⁵⁰ Tal como lo señala Steinberg, estas modificaciones permiten poner en marcha un freno a la búsqueda impulsiva de sensaciones y una mayor resistencia a la influencia de los pares, que en conjunto deberían disminuir la toma de riesgos,⁵¹ lo cual suele ocurrir en la adultez.

III. EDAD DE RESPONSABILIDAD PENAL Y PSICOPATOLOGÍA FORENSE

Las condiciones descritas, propias del desarrollo en la adolescencia, han sido reconocidas en el marco normativo internacional a través de diferentes documentos jurídicos. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño⁵² estipula que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y diferentes a los de los adultos; textualmente señala que “...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales...”, y promulga la importancia de contribuir a que sean cumplidos su derecho de supervivencia y de sano desarrollo.

Por otro lado, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño⁵³ establece: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y

⁴⁹ Steinberg, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective...”, *cit.*, pp. 78-106.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención Internacional de los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1989.

⁵³ Organización de las Naciones Unidas, Declaración de los Derechos del Niño, 1959.

dignidad”. En el mismo sentido, el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁴ dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Asimismo ocurre con las observaciones generales que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁵⁵ ha emitido, y con las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁶

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que éste requiere “cuidados especiales”, y en el artículo 19 de la Convención Americana se señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En el caso de niños o niñas responsables de la ejecución de un delito, el sistema universal de derechos humanos desarrolló las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como las Reglas de Beijing),⁵⁷ las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)⁵⁸ y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad;⁵⁹ en todos estos casos se resalta la necesidad de que se adopten medidas o cuidados específicos para menores, tomando en cuenta su condición vulnerable, explicada por su inmadurez y su inexperiencia, en razón de encontrarse en desarrollo.

Sin embargo, desde el punto de vista legal, no existe pleno acuerdo respecto a la edad en la que el concepto de niño-niña es aplicable; por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 1o. es-

⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 5. Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17.

⁵⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 28 de noviembre de 1985, resolución 40/33.

⁵⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Resolución 45/112.

⁵⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención Internacional de los Derechos del Niño, Adoptada el 20 de noviembre de 1989.

tablece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, *salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*” (el resaltado es nuestro). En este sentido, la normativa internacional establece la importancia de un trato diferente para los niños y niñas con respecto a los adultos, sugiriendo como edad de corte los dieciocho años, pero ofrece flexibilidad respecto al establecimiento de la mayoría de edad con fundamento en las leyes de cada país. Así, existe un acuerdo general respecto a la diferencia de niños y adultos, pero no con relación al rango de edad que distingue a unos de otros. En el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención se dispone que los Estados partes deberán tratar de promover, entre otras cosas, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; pero no menciona una edad mínima concreta a ese respecto.

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general 10, respecto a “Los derechos del niño en la justicia de menores”, hace la recomendación en su inciso C, numeral 38:⁶⁰

...a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción.

Esta discusión sobre la edad en que una persona puede tener responsabilidad penal por la comisión de hechos antisociales se vincula con otras circunstancias, en las que, aun estando en esta etapa de desarrollo, a aquella se le atribuyen derechos relacionados con sus procesos de toma de decisión y autonomía, como son la edad para votar, para comprar cigarrillos, para consumir alcohol, para consentir un procedimiento médico o para acceder a métodos anticonceptivos. Es como si, por un lado, se reconocie-

⁶⁰ Comité de los Derechos del niño, Observación General 10. Los derechos del niño en la justicia de menores.

ra su capacidad para decidir y hacerse responsables de sus acciones, y por otro, cuando fuera conveniente, esta misma les fuera negada.

Esto se hace evidente en la aplicación en políticas públicas, donde, por ejemplo, la prohibición de la venta de cigarrillos y alcohol se establece para los menores de dieciocho años, y el acceso a los métodos anticonceptivos se permite desde los catorce años. En este sentido, países como Estados Unidos fijan una edad alta para el consumo de alcohol: veintiún años, mientras (tal como se aprecia en un reciente informe realizado por la Academia Americana de Pediatría) se recomienda que el rango de edad mínima para la venta de cigarrillos esté entre los dieciocho a veintiún años. Estas diferencias también se observan en varios países de América Latina, tal como se muestra en la tabla 1.

TABLA 1. EDADES PARA EJERCER ALGUNOS DERECHOS O PARA SER SUJETO DE PROHIBICIONES

<i>País</i>	<i>Edad penal (rango en años)</i>	<i>Edad civil (y derecho a voto)</i>	<i>Edad permitida para consumo de alcohol</i>	<i>Edad permitida para consumo de tabaco</i>
Argentina	16-18	18 años Se puede votar desde los 16 años	18 años	18 años
Belice			18 años	18 años
Bolivia	14-18	18 años	18 años	18 años
Brasil	12-18	18 años Se puede votar desde los 16 años	18 años	18 años
Chile	14-18	18 años	18 años	18 años
Colombia	14-18	18 años	18 años	18 años
Costa Rica	12-18	18 años	18 años	18 años
Cuba	16-18	16 años		
Ecuador	12-18	18 años Se puede votar desde los 16 años	18 años	18 años
El Salvador	12-18	18 años	18 años	18 años

<i>País</i>	<i>Edad penal (rango en años)</i>	<i>Edad civil (y derecho a voto)</i>	<i>Edad permitida para consumo de alcohol</i>	<i>Edad permitida para consumo de tabaco</i>
Guatemala	13-18	18 años	18 años	18 años
Honduras	12-18	21 años	18 años	21 años
México	12-18	18 años	18 años	18 años
Nicaragua	13-18	18 años Se puede votar desde los 16 años	18 años	18 años
Panamá	12-18	18 años	18 años	18 años
Paraguay	14-18	18 años	18 años	18 años
Perú	14-18	18 años	18 años	18 años
República Dominicana	13-18	18 años	18 años	18 años
Uruguay	13-18	18 años	18 años	18 años
Venezuela	14-18	18 años	18 años	

FUENTE: Elaboración propia con base en los datos contenidos en Sedletzki, Vanessa (2016). Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe. UNICEF, pp. 53-56. Respecto a los datos de la mayoría de edad y edad para votar, se han revisado los códigos civiles vigentes de cada país. Para los datos de edad mínima para el consumo de alcohol se ha consultado ICAP (2012). Edad mínima legal para adquirir y consumir alcohol en el mundo. International Center for Alcohol Policies. Para el consumo de tabaco se revisaron las normativas específicas para cada país.

Esta situación (a la cual se refiere el informe de la Academia Americana de Pediatría) tiene especial relevancia para la problemática analizada en este artículo. De acuerdo con la evidencia científica, el consumo temprano de sustancias (como alcohol, tabaco y otras drogas) lleva a una mayor probabilidad de desencadenar adicciones a lo largo de la vida.⁶¹ El cerebro

⁶¹ Ramage, Amy E. et al., “Resting-State Regional Cerebral Blood Flow During Adolescence: Associations with Initiation of Substance Use and Prediction of Future Use Disorders”, *Drug and Alcohol Dependence*, vol. 149, 2015, pp. 40-48.

Bergen-Cico, Dessa K. y Lape, Megan E., “Age of First Use as a Predictor of Current Alcohol and Marijuana Use among College-Bound Emerging Adults”, *Journal of Child & Adolescent Substance Abuse*, vol. 22, núm. 3, 2013, pp. 235-253.

adolescente es más vulnerable a los efectos de las sustancias adictivas que el cerebro de los adultos, lo cual puede ser explicado por el efecto placentero del consumo de sustancias, que es mayor en la adolescencia debido a la hiperexcitabilidad del sistema de recompensas,⁶² explicado en el apartado anterior. Este consumo temprano y persistente se ha asociado con déficit en las funciones ejecutivas y con diferentes trastornos psicopatológicos, como la ansiedad y la depresión, poniéndoles así en situaciones de mayor vulnerabilidad,⁶³ con lo cual puede explicarse la importancia de prevenir el consumo de cualquier tipo de sustancias tóxicas en estas etapas.

El acceso a métodos anticonceptivos también encuentra sustento en los intereses de protección a la infancia y la adolescencia. La Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce que las relaciones sexuales tempranas aumentan el riesgo de padecer enfermedades de transmisión sexual, y que los embarazos tempranos son un problema de salud pública, dado que "...el embarazo en la adolescencia sigue siendo uno de los principales factores que contribuyen a la mortalidad materna e infantil y al círculo de enfermedad y pobreza".⁶⁴ Además, la maternidad y la paternidad tempranas aumentan las probabilidades de maltrato infantil y negligencia en las pautas de crianza, con lo cual se pueden perpetuar prácticas que contribuyen al fenómeno de la violencia.⁶⁵ De acuerdo con

⁶² Clark, Duncan B. *et al.*, "Alcohol, Psychological Dysregulation, and Adolescent Brain Development", *Alcoholism: Clinical & Experimental Research*, vol. 32, núm. 3, 2008, pp. 375-385.

⁶³ Allen, Stefan *et al.*, "Examining the Relationship Between Traumatic Brain Injury and Substance Use Outcomes in the Canadian Population", *Substance Use & Misuse*, vol. 51, núm. 12, 2016, pp. 1577-1586.

Silveri, Marisa M. *et al.*, "Neurobiological Signatures Associated with Alcohol and Drug Use in the Human Adolescent Brain", *Neuroscience and Biobehavioral Reviews*, vol. 70, 2016, pp. 244-259.

Jacobsen, Leslie K., *et al.*, "Effects of Smoking and Smoking Abstinence on Cognition in Adolescent Tobacco Smokers", *Biological Psychiatry*, vol. 57, núm. 1, 2005, pp. 56-66.

Squeglia, L. M. *et al.*, "The Influence of Substance Use on Adolescent Brain Development", *Clinical EEG and Neuroscience*, vol. 40, núm. 1, 2009, pp. 31-38.

Meruelo, A. D. *et al.*, "Cannabis and Alcohol Use, and the Developing Brain", *Behavioural Brain Research*, vol. 325, núm. 15, 2017, pp. 44-50.

⁶⁴ Dukewich, Tammy L. *et al.*, "Adolescent Mothers and Child Abuse Potential: an Evaluation of Risk Factors", *Child Abuse & Neglect*, vol. 20, núm. 11, 1996, pp. 1031-1047.

⁶⁵ Organización Mundial de la Salud, "Embarazo en adolescentes: un problema culturalmente complejo", *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, vol. 87, 2009, pp. 405-484.

la Estrategia Mundial para la Salud de la Mujer, el Niño y el Adolescente (2016-2030),⁶⁶ deben emplearse todos los esfuerzos posibles para reducir las muertes y enfermedades prevenibles, con lo cual la prevención de embarazos en esta etapa resulta prioritaria. De allí la importancia de acceso a métodos anticonceptivos en edades tempranas.

Esto ha sido tenido en cuenta también por los legisladores, quienes en el Código Civil y Comercial (CCyC) de la República Argentina han incluido la noción de menores para aquellos que no han cumplido los dieciocho años, adolescentes, así como el concepto de “capacidades progresivas”.

En esta línea de ideas, en la legislación actual se considera adolescente a partir de los trece años y hasta los dieciocho (artículo 25 del CCyC). En las decisiones relacionadas con la salud, señala que entre los trece y los dieciséis años pueden decidir por sí mismos respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida (artículo 26, CCyC). En tanto que, a partir de los dieciséis años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (artículo 26, CCyC). A partir de los trece años puede iniciar un juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso el adolescente con asistencia letrada (artículo 678, CCyC); asimismo, puede reconocer hijos (artículo 680, CCyC).

El CCyC establece entre los adolescentes una interesante distinción, en la que considera el tipo de decisión a tomar. Tal como lo señalan distintas publicaciones, igual edad no significa necesariamente igual capacidad para realizar todos los actos de vida ciudadana. Las capacidades

Liu, Jianghon, “Early Health Risk Factors for Violence: Conceptualization, Evidence, and Implications”, *Aggression and Violent Behavior*, vol. 16, núm. 1, 2011, pp. 63-73.

Pogarsky, Greg *et al.*, “The Delinquency of Children Born to Young Mothers: Results from the Rochester Youth Development Study”, *Criminology*, vol. 41, núm. 4, 2003, pp. 1249-1286.

⁶⁶ Organización Mundial de la Salud, “Plan operacional para llevar adelante la Estrategia Mundial para la Salud de la Mujer, el Niño y el Adolescente”, Consejo Ejecutivo, 138ª Reunión, Punto 7.3 del orden del día provisional, 2016, EV138/15, disponible en: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB138/B138_15-sp.pdf.

Todas las mujeres Todos los niños, “La Estrategia Mundial para la Salud de la Mujer, el Niño y el Adolescente (2016-2030)”, 2016. Disponible en: http://www.everywomaneverychild.org/wp-content/uploads/2016/12/EWEC_Global_Strategy_ES_inside_LogoOK_web.pdf.

progresivas señalan que mientras un adolescente de catorce años cuenta con la competencia como para solicitar un método anticonceptivo, no la presenta para consentir —por sí— una intervención quirúrgica.⁶⁷ En esta misma línea se encuentra el derecho al voto a partir de los dieciséis años,⁶⁸ la prohibición de venta de alcohol y cigarrillos a los menores de dieciocho años, o las diferencias en la edad mínima para conducir motocicletas, autos, y transportes públicos (dieciséis, diecisiete y veintiuno, respectivamente).

Ahora bien ¿cómo es posible compatibilizar que los adolescentes cuenten con madurez suficiente, por ejemplo, para solicitar un método anticonceptivo cuando tienen menos de dieciséis años, o para consentir una cirugía y votar a los dieciséis, pero no puedan consumir tabaco hasta los dieciocho años, o —ya en el ámbito penal— no puedan ser penados antes de los dieciséis años de edad?

A este respecto, el conocimiento derivado de las neurociencias apunta a que el proceso de toma de decisiones depende del tipo de decisión, del entorno y del contexto en el que se encuentran los adolescentes. En otras palabras, se puede sostener la madurez de los adolescentes para determinadas decisiones y en determinadas circunstancias, y la inmadurez para otras.

Esta discusión se presentó en Estados Unidos a partir de dos casos que llegaron ante la Corte Suprema, que tuvieron como eje central los informes realizados por la Asociación Americana de Psicología (APA, de sus siglas en inglés: American Psychological Association).⁶⁹ En el primer caso, *Hodgson v. Minnesota* (1990), donde se discutía el derecho de acceder a la interrupción del embarazo en una adolescente sin previa notificación a ambos padres, la APA sostuvo que teniendo en cuenta la evidencia científica disponible, los adolescentes entre catorce y quince años no presentaban diferencias, ni cualitativa ni cuantitativas, en comparación con los adultos en el razonamiento lógico, en la comprensión de decisio-

⁶⁷ Caramelo, G., Picasso, S., Herrera, M. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015.

⁶⁸ Ley 26.774. Ley de Ciudadanía Argentina, promulgada el 31.10.2012, sancionada el 1.11.2012.

⁶⁹ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA «Flip-Flop»”, *American Psychologist*, vol. 64, núm. 7, p. 583.

nes médicamente informadas.⁷⁰ Es decir, mantuvo el criterio de la madurez de los adolescentes para tomar decisiones médicamente informadas.

En tanto que en el caso *Roper v. Simmons* (2005), que abolió la pena de muerte para los adolescentes, la APA sostuvo que la inmadurez que conlleva a la menor culpabilidad de los adolescentes se fundamenta en tres aspectos:

- a) la falta de desarrollo del sentido de la responsabilidad, caracterizada por la dificultad en controlar sus impulsos;
- b) la elevada vulnerabilidad a la presión de sus pares;
- c) el carácter de los adolescentes no se encuentra completamente formado, sus rasgos de personalidad son más transitorios, menos fijos.⁷¹

En este caso, la APA sostuvo el criterio de la inmadurez de los adolescentes para ser condenados de la misma manera que un adulto.

Esta aparente contradicción fue resaltada en el caso *Roper*, a la cual la APA respondió señalando que ambos casos trataban sobre temáticas bien diferenciadas. El primero sobre la competencia para consentir tratamientos médicamente informados, y el segundo sobre la culpabilidad de los adolescentes en el ámbito penal, y si éstos pueden ser condenados de la misma manera que un adulto.

Tal como se ha mencionado en párrafos previos, en los últimos años se han incrementado las evidencias sobre las diferentes edades en las que se desarrollan y maduran las capacidades cognitivas y psicosociales en los adolescentes. Dichas capacidades evolucionan y maduran de manera diferenciada. Es decir, existe un *gap* temporal entre el desarrollo de las habilidades cognitivas para el procesamiento de la información —corteza prefrontal— que se encontraría en gran parte madura a los dieciséis años y el desarrollo de las habilidades que se requieren para la coordinación entre el afecto y la cognición —conexiones cortico-subcorticales— cuya maduración finalizaría en forma posterior.⁷²

⁷⁰ American Psychological Association, “Amicus curiae brief Filed in the US Court of Appeals for the Eighth Circuit in *Hodgson v. Minnesota*, 497 US 417 (1990)”, *Retrieved February*, vol. 11, 1987, p. 2009.

⁷¹ American Psychological Association, “Amicus curiae Brief filed in US Supreme Court in *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005)”, *Retrieved February*, vol. 11, 2004, p. 2009.

⁷² Steinberg, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective...”, *cit.*, pp. 78-106.

Así, el rendimiento en habilidades intelectuales/cognitivas no presentan mejoras significativas más allá de los dieciséis años.⁷³ En tanto que la madurez psicosocial, relacionada con la impulsividad, la percepción del riesgo, la búsqueda de sensaciones, la orientación hacia el futuro y la resistencia a la presión de los pares, requiere una efectiva coordinación entre las emociones y la cognición y ello se alcanza más allá de los veinte años.⁷⁴ En términos neurobiológicos, tareas cognitivas complejas que requieren una adecuada interacción y coordinación entre múltiples regiones del cerebro alcanzan su desarrollo y madurez después de los dieciséis años.⁷⁵

Tal como se ha señalado, la mejora en la conectividad entre las áreas corticales y subcorticales se encuentra relacionada con la modificación de la susceptibilidad a la presión de los pares, lo que también incide en la toma de riesgos.⁷⁶ Los adolescentes presentan una activación de la red socioemocional cuando se encuentran en la presencia de sus pares. Esta activación trae como consecuencia una menor regulación de autocontrol y una mayor exposición a conductas de riesgo. Este mecanismo a partir del cual la presión de los pares opera sobre la mayor exposición a conductas de riesgo se encuentra presente entre los diecinueve y veinte años.⁷⁷

Así, el comportamiento de los adolescentes no será igual si se encuentran solos o en compañía de pares, o cuando se encuentran excitados emocionalmente. En la adolescencia temprana, si el circuito socioemocional no se encuentra activado; por ejemplo, cuando los adolescentes se encuentran solos o en compañía de un adulto, es factible un mayor control cognitivo, motivo por el cual no se exponen a situaciones de riesgo.

En un estudio realizado a partir del análisis de la forma de conducción de autos en forma virtual, se halló que mientras los adolescentes se encontraban solos, es decir, sin pares, no había diferencias en la toma de riesgo entre adolescentes de catorce años y adultos de treintaicuatro años.⁷⁸

⁷³ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature than...”, *cit.*, p. 583.

⁷⁴ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature than...”, *cit.*, p. 583; Steinberg, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective...”, *cit.*, pp. 78-106.

⁷⁵ Steinberg, Laurence, “Adolescent Development...”, *cit.*, pp. 459-485.

⁷⁶ Steinberg, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective...”, *cit.*, pp. 78-106.

⁷⁷ Steinberg, Laurence y Monahan, Kathryn C., “Age Differences in Resistance to Peer Influence”, *Developmental Psychology*, vol. 43, núm. 6, 2007, p. 1531.

⁷⁸ Gardner, Margo y Steinberg, Laurence, *op. cit.*, pp. 625-635.

En tanto que ante la presencia de pares o ciertas condiciones (como la activación emocional), el circuito socioemocional se encuentra activado, lo que disminuye la efectividad regulatoria del control cognitivo. Durante la adolescencia estos circuitos de control cognitivo maduran de forma tal que, en la adultez, aun bajo condiciones de alta activación socioemocional, las inclinaciones hacia la toma de riesgo pueden modularse.⁷⁹

En otras palabras, particularmente en el caso de adolescentes, el tipo de decisión y las circunstancias y contextos en los que éstos se presentan también son factores determinantes, ya que la madurez cognitiva y psicosocial no se alcanza en forma simultánea a la misma edad. En este orden de ideas, en aquellos contextos donde los adolescentes no se encuentran activados emocionalmente, con tiempo para tomar la decisión; es decir, “fríos”, el control cognitivo, que aún se encuentra en desarrollo, es suficiente para controlar los impulsos y promover acciones más deliberativas.⁸⁰ Dentro de estos contextos se encuentran, como se ha señalado en párrafos previos, las decisiones médicamente informadas, o votar. En la toma de decisiones relacionadas con la salud, es posible consultar no sólo con varios médicos, sino también con los padres u otros referentes. En general, hay tiempo para tomar una decisión médica. Éstos han sido los argumentos expuestos por la APA, en el caso *Hodgson*; cuando una adolescente contempla la opción de la interrupción de un embarazo, delibera con tiempo antes de tomar su decisión. Durante ese tiempo puede consultar a personas de su confianza o a diferentes profesionales.⁸¹

En general, los adolescentes tienen mayor probabilidad que los adultos de tomar decisiones riesgosas en contextos emocionalmente “calientes”. Es decir, en tareas *frías* (que no implican evaluación emocional) la toma de riesgo es similar en adolescentes y adultos, pero en contextos *calientes* los adolescentes asumen las situaciones de mayor riesgo, con mayor frecuencia que los adultos.⁸²

⁷⁹ Steinberg, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective...”, *cit.*, pp. 78-106.

⁸⁰ Botdorf, Morgan *et al.*, “Adolescent Risk-Taking is Predicted by Individual Differences in Cognitive Control over Emotional, but not Non-Emotional, Response Conflict”, *Cognition and Emotion*, vol. 31, núm. 5, 2017, pp. 972-979.

⁸¹ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature than...”, *cit.*, p. 583.

⁸² Burnett, Stephanie *et al.*, “Adolescents’ Heightened Risk-Seeking in a Probabilistic Gambling Task”, *Cognitive Development*, vol. 25, núm. 2, 2010, pp. 183-196.

Paulsen, David J. *et al.*, “Decision-Making Under Risk in Children, Adolescents, and Young Adults”, *Frontiers in Psychology*, vol. 2, 2011, p. 72.

Algunos autores extienden estos argumentos hacia otros contextos judiciales; por ejemplo, la capacidad para estar en juicio.⁸³ Señalan que las habilidades que se requieren para ser sometido a un proceso judicial son entender las diferentes etapas del proceso, los roles de cada uno de los actores, poder conocer las imputaciones en su contra y poder razonar dicha información. Grisso y colaboradores hallaron diferencias significativas en estas habilidades, específicamente entre los adultos y los adolescentes de quince años o menos, pero no en comparación con los de dieciséis años.⁸⁴

Otro punto de interés son las decisiones morales, que implican una importante conexión entre cognición y emoción. Dadas las características de desarrollo del cerebro en la adolescencia explicadas antes (que implican desconexión entre estos dos tipos de procesos), se han encontrado diferencias significativas entre adultos y jóvenes. Los adolescentes tienen mayor dificultad que los adultos para considerar las situaciones y consecuencias de sus decisiones en términos morales. La sensibilidad social, la empatía, la toma de perspectiva, la intencionalidad y las emociones sociales (como la culpa o la vergüenza) implican una conexión compleja entre la corteza fronto-temporal y parieto-occipital, y el sistema límbico, que se encuentra en desarrollo durante la adolescencia. En la medida en que el cerebro madura, la adaptación social mejora. En este sentido, las decisiones morales y la adaptación social están limitadas en la adolescencia, y no se dan de la misma forma que en la adultez.⁸⁵

Por otra parte, en contextos “calientes”, donde los adolescentes se encuentren bajo la presión de sus pares, en situaciones de activación emocional, con poco tiempo para decidir, bajo estrés, y sin supervisión de

⁸³ Grisso, Thomas *et al.*, “Juveniles’ Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents’ and Adults’ Capacities as Trial Defendants”, *Law and Human Behavior*, vol. 27, núm. 4, 2003, pp. 333-363.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Eslinger, Paul J. *et al.*, “Developmental Frontal Lobe Imaging in Moral Judgment: Arthur Benton’s Enduring Influence 60 Years Later”, *Journal of Clinical and Experimental Neuropsychology*, vol. 31, núm. 2, 2009, pp. 158-169.

Moll, Jorge, *et al.*, “The Self as Moral Agent: Linking the Neural Bases of Social Agency and Moral Sensitivity”, *Social Neuroscience*, vol. 2, núm. 3-4, 2007, pp. 336-352.

Kramers-Olen, Anne L., “Neuroscience, Moral Development, Criminal Capacity, and the Child Justice Act: Justice or Injustice?”, *South African Journal of Psychology*, vol. 45, núm. 4, 2015, pp. 466-479.

un adulto, sus decisiones y conductas son riesgosas y temerarias.⁸⁶ En estos contextos, se encuentran menos influenciados por sus conocimientos teóricos sobre probabilidades potenciales de resultados negativos, y en contraposición a ello se encuentran más dispuestos a tomar riesgos para obtener recompensas potenciales a corto plazo.⁸⁷ Como se ha mostrado, cuando los adolescentes se encuentran con sus pares su conducta se torna más impulsiva y sus decisiones son más arriesgadas.⁸⁸

A lo anterior vale la pena agregar el análisis de estudios recientes, cuyos resultados señalan una importante influencia de la privación social temprana en la toma de decisión moral,⁸⁹ variable a considerar dadas las historias difíciles, generalmente presentes en los jóvenes que se vinculan con el sistema de justicia por la comisión de delitos.

Todo lo anterior tiene repercusiones aplicadas en el sistema de justicia para adolescentes; una de ellas está relacionada con la evaluación de estos jóvenes en el contexto citado. Veamos brevemente a qué se refiere el concepto de psicopatología forense:

Tal como hemos venido diciendo, la psicopatología forense es quizá uno de los árboles más conocidos del bosque que implican [las relaciones entre derecho y comportamiento], entendiendo a esta relación como “el estudio científico del comportamiento humano en todos los ámbitos jurídicos, así como a la disciplina que estudia, investiga y analiza el comportamiento humano, con relación al derecho y la justicia”.

Por su parte, la psicopatología forense puede implicar “el estudio y la evaluación de los trastornos mentales, los problemas emocionales y las conductas *desadaptativas* de personas vinculadas a procesos legales... con el fin directo... de presentar dicha información ante las fiscalías y tribunales de justicia”.⁹⁰

Resulta pertinente considerar que el estudio del comportamiento adolescente (a través de las neurociencias) tiene importantes repercusiones

⁸⁶ Botdorf, Morgan *et al.*, *op. cit.*, pp. 972-979.

⁸⁷ Hartley, Catherin A. y Somerville, Leah H., *op. cit.*, pp. 108-115.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

forenses. Tanto peritos como fiscales, defensores y jueces deben conocer y comprender la relevancia de los avances en las neurociencias para disponer de elementos que les permitan plantear soluciones verdaderamente justas. Además, conviene mencionar que las repercusiones forenses no son las únicas relevantes, ya que puede añadirse aquí la trascendencia de contar con estos conocimientos en aspectos tan oportunos como lo es el concepto de justicia restaurativa.

En la estructura conceptual y aplicada de ideas como la justicia restaurativa, la mediación o la justicia terapéutica, hay de fondo un enlace directo hacia el estudio de las emociones y las cogniciones, y no hay mejor sitio para estudiar y tratar de comprender las emociones y las cogniciones que el encéfalo. En cuanto al análisis jurídico, una ruta excelente es el texto “Tres ordenamientos del «nuevo sistema penal». Mecanismos alternativos, ejecución de penas y justicia para adolescentes”,⁹¹ escrito por uno de los juristas que mejor conoce y ha abordado esta problemática, tanto desde el ámbito académico como del servicio público.

Este primer acercamiento (la edad penal) entre los juristas y los neurocientíficos, en realidad dispone de una ruta de trabajo que puede ser muy productiva en los próximos años, en especial para los países de nuestra región, donde son tan necesarios estos nexos de colaboración multidisciplinar, y que van más allá de las repercusiones forenses, que pretenden analizar y contribuir al desarrollo de las soluciones que inveteradamente ha buscado el derecho.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En las décadas recientes (1984-2017), el interés sobre las neurociencias aplicadas al derecho, y particularmente al penal, se ha ido incrementado notablemente (en especial a partir de 2007).⁹²

En forma reciente, en el ámbito del derecho penal juvenil, las investigaciones sobre cómo madura, crece y se desarrolla el cerebro adolescente

⁹¹ García Ramírez, Sergio. “Tres ordenamientos del «nuevo sistema penal». Mecanismos alternativos, ejecución de penas y justicia para adolescentes”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, núm. 149, mayo-agosto de 2017 pp. 1023-1043.

⁹² Farahany, Nita A., *op. cit.*, pp. 485-509.

han influenciado importantes decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos.⁹³

La maduración del cerebro durante la adolescencia se encuentra influenciada por diferentes factores, tanto genéticos como ambientales.

Existe una robusta evidencia científica que señala que las características propias (tanto de expresión de la personalidad como cognitivas y conductuales) de los adolescentes se fundamentan en la inmadurez de su cerebro. La interacción entre las diferentes funciones cognitivas, aún en desarrollo, las demandas ambientales y el contexto donde éstas se presentan es fundamental para comprender el comportamiento adolescente. En tal sentido, el cerebro durante este periodo no madura en forma homogénea y lineal. Ello explicaría por qué los jóvenes pueden presentar buenas habilidades en un escenario y contexto determinado, pero no en otro. Esto es así porque los adolescentes maduran en forma diferenciada sus habilidades cognitivas y psicosociales.

En contextos y escenarios donde las tareas son principalmente cognitivas —hay tiempo para tomar una decisión, es posible consultar a un adulto, evaluar intelectualmente las diferentes opciones y alternativas, y bajo nivel de estrés—, los adolescentes, ya a los dieciséis años muestran niveles de competencia similar a la de los adultos (madurez cognitiva).⁹⁴ En contextos más complejos —con alto estrés y activación emocional, bajo la presión de los pares, con escaso tiempo—, se requiere una coordinación entre el afecto y la cognición, cuyas conexiones cerebrales se encuentran inmaduras a los dieciséis años. Es por ello que el rendimiento en estos contextos continúa mejorando hasta la adultez (madurez psicosocial).

Esta brecha temporal entre la madurez de las diferentes habilidades puede generar discusiones legales, pero fundan las diferentes capacidades progresivas de los adolescentes que son recogidas por la legislación. En tal sentido, estas diferentes capacidades establecen el porqué un adolescente

⁹³ Escobar, María Josefina *et al.*, “Brain Signatures of Moral Sensitivity in Adolescents with Early Social Deprivation”, *Scientific Reports*, vol. 4, 2014, pp. 53 y 54.

Graham v. Florida, núm. 08-7412; *Miller v. Alabama*, 2012, 567 U.S. 460; *Jackson v. Hobbs*, núm. 10-9647; Mercurio, Ezequiel, *Cerebro y adolescencia...*, *cit.*

Mercurio, Ezequiel, “Influencia de los avances en neurociencias en las decisiones judiciales en el derecho penal juvenil”, *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil V*, Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, pp. 115-137

⁹⁴ Steinberg, Laurence, “Adolescent Development...”, *cit.*, pp. 459-485.

puede tomar decisiones sanitarias y votar a los dieciséis años, pero no puede comprar cigarrillos y alcohol.

Tal como lo señala Steinberg,⁹⁵ la madurez cognitiva que se encuentra involucrada en la toma de decisiones requiere del razonamiento lógico y de la capacidad para comprender y procesar la información relevante. En esta línea, se observa una madurez en ciertos aspectos del juicio entre los once y los dieciséis años, a partir de una mejora en la abstracción, en la deliberación y la inducción de hipótesis. Estas habilidades cognitivas, que van madurando entre el final de la infancia y la mitad de la adolescencia, alcanza una meseta a partir de los dieciséis años. Es decir, en contextos “fríos”, la capacidad para comprender y razonar la información para tomar decisiones no difiere mucho en la adolescencia media a la de los adultos. Tal como se ha señalado, este sería el fundamento a favor de la competencia para tomar decisiones médicas a los dieciséis años.

Sin embargo, debe resaltarse que sólo ciertos aspectos de juicio maduran alrededor de los dieciséis años, en tanto que otros aspectos cognitivos-intelectuales se encuentran influenciados por la esfera afectiva, la valoración de la inmediatez, frente a la postergación de los satisfactores. En tal sentido, las conexiones entre las áreas del cerebro que integran la cognición-emoción se encuentran aún inmaduras durante la adolescencia media (dieciséis años). Ello fundamenta por qué los adolescentes presentan menos habilidades para ejercer un juicio efectivo en contextos donde se encuentran influenciados por variables emocionales y sociales, a pesar de sus capacidades cognitivas (esto es, a lo que llamamos “inmadurez psicosocial”). En síntesis, los adolescentes son impulsivos, son buscadores de nuevas sensaciones, son más susceptibles a la presión de sus pares, tienen mayor sensibilidad a la recompensa inmediata y se encuentran menos orientados hacia el futuro. Ello se funda en su inmadurez psicosocial,⁹⁶ cuyo proceso de desarrollo es más lento que el desarrollo cognitivo.

La mayor parte de las conductas antisociales de los adolescentes se realizan con el grupo de pares,⁹⁷ siendo generalmente conductas impulsivas, no premeditadas. Cuando los adolescentes se encuentran en grupo,

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature Than...”, *cit.*, p. 583.

⁹⁷ Piquero, Alex R. *et al.*, “The Criminal Career Paradigm”, *Crime and Justice*, vol. 30, 2003, pp. 359-506.

sin supervisión por parte de un adulto, activados emocionalmente, focalizan con mayor sensibilidad las ganancias a corto plazo, por encima de las consecuencias negativas, lo que debilita la competencia para tomar decisiones razonadas.⁹⁸ Así, la influencia de la presión de los pares es más intensa durante la adolescencia que durante la adultez.⁹⁹

Estas características propias de inmadurez de los adolescentes deben y son tenidas en cuenta para la construcción de políticas públicas; por ejemplo, la edad legal para el consumo de alcohol y tabaco, la conducción de vehículos y conductas relacionadas con la salud. En estos casos particulares existen regulaciones especiales en la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas y tabaco, la edad permitida para la conducción y asegurar el acceso a métodos anticonceptivos.¹⁰⁰ Estas políticas pueden ser mejoradas a la luz de la evidencia científica. Recientemente se recomendó elevar la edad de prohibición para la venta de tabaco;¹⁰¹ otras medidas podrían estar relacionadas con restringir la conducción de menores de dieciocho años con otros pares o en determinados días y horarios.¹⁰²

Cuando el contexto permite tener tiempo para decidir, realizar consultas, obtener información objetiva sobre los riesgos, beneficios, opciones alternativas, donde la influencia emocional y de los pares puede ser minimizada, es probable que los adolescentes a partir de los dieciséis años sean tan capaces de tomar decisiones deliberadas y razonadas como los adultos.¹⁰³ Este tipo de contexto de decisión puede encontrarse en diferentes áreas: la toma de decisiones médicas, el consentimiento informado para participar de un proyecto de investigación, el voto, tomar algunas decisiones con repercusiones jurídicas.¹⁰⁴ En estos contextos, tal como se

⁹⁸ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature than...”, *cit.*, p. 583.

⁹⁹ Gardner, Margo y Steinberg, Laurence, *op. cit.*, p. 635.

¹⁰⁰ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents Less Mature than...”, *cit.*, p. 583.

¹⁰¹ Farber, Harold J. *et al.*, “Public Policy to Protect Children from Tobacco, Nicotine, and Tobacco Smoke”, *Pediatrics*, vol. 136, núm. 5, 2015, pp. 998-1007.

¹⁰² Un estudio publicado en 2000 recomendó la restricción de llevar pasajeros cuando los conductores eran menores de dieciocho años. Ello fundando en que en el caso de los conductores de dieciséis y dieciocho años, el riesgo de sufrir accidentes fatales se incrementa cuando éstos viajan con otros pasajeros. Chen, Li-Hui *et al.*, “Carrying Passengers as a Risk Factor for Crashes Fatal to 16-and 17-Year-Old Drivers”, *Jama*, vol. 283, núm. 12, 2000, pp. 1578-1582.

¹⁰³ Steinberg, Laurence *et al.*, “Are Adolescents less Mature than...”, *cit.*, p. 583.

¹⁰⁴ *Idem.*

ha descrito a lo largo de este artículo, se requieren habilidades cognitivas (madurez cognitiva), que se alcanzan alrededor de los dieciséis años. En tanto que la madurez psicosocial continúa desarrollándose y madurando más allá de los dieciséis años.¹⁰⁵

Teniendo en cuenta la atenuada respuesta de los adolescentes ante los estímulos aversivos, deberían desarrollarse políticas públicas de contención que actúen sobre aquellos adolescentes que experimentan el riesgo en situaciones negativas, dado que es menos probable que éstos atribuyan resultados negativos a sus conductas.¹⁰⁶

La transición desde la adolescencia hacia la adultez es un proceso complejo que involucra la maduración y el desarrollo de diferentes áreas del cerebro, que se encuentran interconectadas entre sí. Este proceso continúa más allá de la segunda década de la vida.

Las evidencias científicas señalan que, en general, a los dieciséis años los jóvenes presentan resultados similares al de los adultos en test que analizan las habilidades cognitivas básicas. Sin embargo, no presentan los mismos niveles de madurez social y emocional sino hasta el final de la adolescencia y la adultez temprana.¹⁰⁷

Estas diferencias entre la adultez y la adolescencia también encuentran sus raíces en el proceso de maduración y desarrollo cerebral, cognitivo y psicosocial, y brindan nuevos argumentos para discutir un trato penal diferenciado, con menor culpabilidad de los adolescentes en razón de su inmadurez.

Entendemos que existen diferentes aspectos que no han sido lo suficientemente explorados en nuestro medio. Uno de ellos son las habilidades cognitivas para ser sometido a un proceso criminal, y cómo éstas se modifican a través las diferentes edades.¹⁰⁸ Desde el punto de vista legal, y fundado en las capacidades progresivas de los adolescentes, a partir de los dieciséis años los adolescentes pueden tomar decisiones sobre su salud al igual que un adulto; en este contexto ¿podría un joven declararse culpable

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ Reyna, Valerie F, y Farley, Frank, "Risk and Rationality in Adolescent Decision Making: Implications for Theory, Practice, and Public Policy", *Psychological Science in the Public Interest*, vol. 7, núm. 1, 2006, pp. 1-44.

¹⁰⁷ Steinberg, Laurence, "Adolescent Development...", *cit.*, pp. 459-485.

¹⁰⁸ Kivisto, Aaron J. *et al.*, "Future Orientation and Competence to Stand Trial: the Fragility of Competence", *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 39, núm. 3, 2011, p. 316.

ante un juez a los doce o catorce años? Estudios sobre la capacidad para estar en juicio en adolescentes muestran que gran parte de los menores de dieciséis años pueden presentar dificultades en tareas específicas de razonamiento legal,¹⁰⁹ en comprender en forma acabada sus derechos y cómo aplicarlos. Asimismo, sus capacidades se encuentran influenciadas por el estrés, por su sugestionabilidad, y también por su nivel intelectual.¹¹⁰ En esta línea de ideas, existe una robusta evidencia que señala que los jóvenes de doce años o menos presentan menos habilidades para comprender y razonar la información jurídica en comparación los adolescentes mayores de dieciséis años, así como los adultos sin alteraciones psíquicas.¹¹¹ Un estudio halló que el 20% de los adolescentes, entre catorce y quince años, presentaban capacidades deficitarias comparables con las de adultos que no tenían capacidad para estar en juicio, por cuestiones de salud mental.¹¹²

Otro aspecto que requiere ser explorado y ser tenido en cuenta cuando se analiza el desarrollo y maduración de los adolescentes es la interacción entre los aspectos biológicos y ambientales, como el impacto de diferentes factores, como la pobreza, las situaciones de estrés y traumáticas durante esta etapa.¹¹³ Recordemos las investigaciones recientes citadas anteriormente, que muestran el impacto de la pobreza y el estrés en las diferentes habilidades cognitivas.¹¹⁴

¹⁰⁹ Ficke, Susan L. *et al.*, “The Performance of Incarcerated Juveniles on the MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication (MacCAT-CA)”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 34, núm. 3, 2005, pp. 360-373.

¹¹⁰ Kassir, Saul M., “The Psychology of Confessions”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 4, 2008, pp. 193-217.

¹¹¹ Ficke, Susan L. *et al.*, *op. cit.*, pp. 360-373.

¹¹² Grisso, Thomas *et al.*, *op. cit.*, p. 333.

¹¹³ Auyero, Javier y Berti, María Fernanda, *La violencia en los márgenes. Una maestra y un sociólogo en el conurbado bonaerense*, Buenos Aires, Katz, 2013.

¹¹⁴ Evans, Gary W. *et al.*, “Stressing out the poor: Chronic Physiological Stress and the Income-Achievement Gap”, *Pathways*, 2011, pp. 22-27.

Hair, Nicole L. *et al.*, “Association of Child Poverty, brain Development, and Academic Achievement”, *JAMA Pediatrics*, vol. 169, núm. 9, 2015, pp. 822-829.

Hanson, Jamie L. *et al.*, “Family Poverty Affects the Rate of Human Infant Brain Growth”, *PLoS One*, vol. 8, núm. 12, 2013, p. e80954.

Johnson, Sara B. *et al.*, *op. cit.*, pp. 1-12.

Lipina, S. *et al.*, “Pobreza y desarrollo cognitiva. Consideraciones para el diseño de estrategias de intervención orientadas a su optimización”, en Tuñón, I., *Desafíos del desarrollo humano en la primera infancia*, Buenos Aires, Biblios, 2015.

Desde el punto de vista científico, las investigaciones sobre el desarrollo del cerebro adolescente no permiten dar respuesta sobre qué edad específica se requiere para los diferentes propósitos jurídicos, pero sí permiten reflexionar sobre qué se conoce sobre el crecimiento y la maduración de los adolescentes y sus implicaciones para considerarlos responsables en el ámbito penal, o para exigir un sistema de mayor protección que favorezca su sano desarrollo integral. En todo caso, pese a no establecer de momento una edad detallada, de ninguna manera podría ser tendiente a una reducción de la edad penal, antes bien, al contrario.

Por último, cabe subrayar la relevancia de tender puentes de comunicación efectivos entre el estudio científico del comportamiento humano, el derecho y los sistemas de justicia; en este caso entre las neurociencias y el sistema de justicia para adolescentes. No es posible que sigamos andando por caminos paralelos, cuando son convergentes las problemáticas —y los propios caminos— que exigen soluciones.

Consideramos necesario que los análisis neurocientíficos sean tomados en consideración también por los juristas, que incluyan en sus respectivos estudios los avances de otras disciplinas, y que, al paso del tiempo, sean cada vez más frecuentes (a grado de ser indispensables) las colaboraciones multidisciplinarias, que conduzcan a planteamientos legislativos basados en la evidencia, a políticas públicas con indicadores mensurables (por ejemplo, a través de neuroimagen); en suma: al tránsito cotidiano entre los avances neurocientíficos y las posibles respuestas a las distintas problemáticas sociales que han tratado de resolverse a través del derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Stefan *et. al.*, “Examining the Relationship between Traumatic Brain Injury and Substance use Outcomes in the Canadian Population”, *Substance Use & Misuse*, vol. 51, núm. 12, 2016.
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, “Amicus curiae Brief Filed in the US Court of Appeals for the Eighth Circuit in *Hodgson v. Minnesota*, 497 US 417 (1990)”, *Retrieved February*, vol. 11, 1987.
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, “Amicus curiae Brief Filed in US Supreme Court in *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005)”, *Retrieved February*, vol. 11, 2004.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 153, pp. 931-971.

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), Resolución 45/112.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), 28 de noviembre de 1985, resolución 40/33.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989.
- AUYERO, Javier y BERTI, María Fernanda, *La violencia en los márgenes. Una maestra y un sociólogo en el conurbado bonaerense*, Buenos Aires, Katz, 2013.
- BARBALAT G. *et al.*, “Risk-Taking in Adolescence: A Neuroeconomics Approach”, *L’Encephale*, vol. 36, núm. 2, 2010.
- BARON-COHEN, Simon *et al.*, “Recognition of Faux Pas by Normally Developing Children and Children with Asperger Syndrome or High-Functioning Autism”, *Journal of Autism and Developmental Disorders*, vol. 29, núm. 5, 1999.
- BERGEN-CICO, Dessa K. y LAPE, Megan E., “Age of First Use as a Predictor of Current Alcohol and Marijuana Use Among College-Bound Emerging Adults”, *Journal of Child & Adolescent Substance Abuse*, vol. 22, núm. 3, 2013.
- BOTDORF, Morgan *et al.*, “Adolescent Risk-taking is predicted by individual differences in cognitive control over emotional, but not non-emotional, response conflict”, *Cognition and Emotion*, vol. 31, núm. 5, 2017.
- BURNETT, Stephanie *et al.*, “Adolescents’ Heightened Risk-Seeking in a Probabilistic Gambling Task”, *Cognitive Development*, vol. 25, núm. 2, 2010.
- CARAMELO, G. *et al.*, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015.
- CAUFFMAN, Elizabeth y STEINBERG, Laurence, “(Im)maturity of Judgment in Adolescence: why Adolescents may be Less Culpable than Adults”, *Behavioral Sciences & the Law*, vol. 18, núm. 6, 2000.
- CHAMBERS, R. Andrew *et al.*, “Developmental Neurocircuitry of Motivation in Adolescence: A Critical Period of Addiction Vulnerability”, *American Journal of Psychiatry*, vol. 160, núm. 6, 2003.

- CHEN, Li-Hui *et al.*, “Carrying Passengers as a Risk Factor for Crashes Fatal to 16-and 17-Year-Old Drivers”, *Jama*, vol. 283, núm. 12, 2000.
- CHURCHLAND, Patricia S., *El cerebro moral*, Barcelona, Paidós, 2012.
- CLARK, Duncan B. *et al.*, “Alcohol, Psychological Dysregulation, and Adolescent Brain Development”, *Alcoholism: Clinimal & Experimental Research*, vol. 32, núm. 3, 2008.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general núm. 5, Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17.
- CURRIE, Candace *et al.* (eds.), “Young People’s Health in Context: International Report from the HBSC 2001/02 Survey”, *Health Policy for Children and Adolescents*, núm. 4, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2004.
- DAHL, Roland E., “Adolescent Brain Development: a Period of Vulnerabilities and Opportunities. Keynote Address”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1021, núm. 1, 2002.
- DISHION, Thomas J. y TIPSORD, Jessica M., “Peer Contagion in Child and Adolescent Social and Emotional Development”, *Annu. Rev. Psycho.*, vol. 62, 2011.
- DUKEWICH, Tammy L. *et al.*, “Adolescent Mothers and Child Abuse Potential: an Evaluation of Risk Factors”, *Child Abuse & Neglect*, vol. 20, núm. 11, 1996.
- EATON, Danice K. *et al.*, “Youth Risk Behavior Surveillance-United States, 2007”, *Morbidity and Mortality Weekly Report*. Surveillance summaries (Washington, DC: 2002), vol. 57, núm. 4, 2008.
- EISLER, Riane y LEVINE, Daniel S., “Nurture, Nature, and Caring: we Are, not Prisoners of Our Genes”, *Brain and Mind*, vol. 3, núm.1, 2002.
- CDC, NCHS, “Public use data file and documentation: multiple cause of death for ICD-10 2005 data”, en DANICE, K. Eaton, “Youth Risk Beha-

- rior Surveillance — United States”, 2007 *Surveillance Summaries*, June 6, 2008 / 57(SS04).
- ESCOBAR, María Josefina *et al.*, “Brain Signatures of Moral Sensitivity in Adolescents with Early Social Deprivation”, *Scientific Reports*, vol. 4, 2014.
- ESLINGER, Paul J. *et al.*, “Developmental Frontal Lobe Imaging in Moral Judgment: Arthur Benton’s Enduring Influence 60 Years Later”, *Journal of Clinical and Experimental Neuropsychology*, vol. 31, núm. 2, 2009.
- EVANS, Gary W. *et al.*, “Stressing Out the Poor: Chronic Physiological Stress and the Income-Achievement Gap”, *Pathways*, 2011.
- FARAHANY, Nita A., “Neuroscience and Behavioral Genetics in US Criminal Law: an Empirical Analysis”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 2, núm. 3, 2016.
- FARRINGTON, David P., “Key Results From the First Forty Years of the Cambridge Study in Delinquent Development”, en THORBERRY, Terence P. y KROHN, Marvin D. (eds.), *Taking Stock of Delinquency: An Overview of Findings from Contemporary Longitudinal Studies*, Nueva York, Kluwer/Plenum, 2003.
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION, US Dept of Justice, & United States of America. Age-specific arrest rates and race-specific arrest rates for selected offenses, 2003.
- FICKE, Susan L. *et al.*, “The Performance of Incarcerated Juveniles on the MacArthur Competence Assessment Tool-Criminal Adjudication (MacCAT-CA)”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, vol. 34, núm. 3, 2005.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, Unicef, *Aportes para la cobertura periodística sobre la rebaja de la edad de imputabilidad*, Montevideo, 2014.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, Unicef, *Para cada adolescente una oportunidad. Posicionamiento sobre Adolescencia*, Unicef Argentina, 2017.
- GALVÁN, Adriana *et al.*, “Earlier Development of the Accumbens Relative to Orbitofrontal Cortex Might Underlie Risk-Taking Behavior in Adolescents”, *Journal of Neuroscience*, vol. 26, núm. 25, 2006.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Tres ordenamientos del «nuevo sistema penal». Mecanismos alternativos, ejecución de penas y justicia para adolescentes”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, núm. 149, mayo-agosto de 2017.
- GARDNER, Margo y STEINBERG, Laurence, “Peer Influence on Risk Taking, Risk Preference, and Risky Decision Making in Adolescence and Adulthood: an Experimental Study”, *Developmental Psychology*, vol. 41, núm. 4, 2005.
- GIEDD, Jay N. *et al.*, “Brain Development During Childhood and Adolescence: a Longitudinal MRI Study”, *Nat. Neurosci.*, vol. 10, núm. 2, 1999.
- GIEDD, Jay N., “The Teen Brain: Insights from Neuroimaging”, *Journal of Adolescent Health*, vol. 42, núm. 4, 2008.
- GOGTAY, Nitin *et al.*, “Dynamic Mapping of Human Cortical Development During Childhood Through Early Adulthood”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 101, núm. 21, 2004.
- GRISSE, Thomas *et al.*, “Juveniles’ Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents’ and Adults’ Capacities as trial Defendants”, *Law and Human Behavior*, vol. 27, núm. 4, 2003.
- GUYER, Amanda E. *et al.*, “The Neurobiology of the Emotional Adolescent: From the Inside Out”, *Neuroscience Biobehavioral Reviews*, vol. 40, 2016.
- HAIR, Nicole L. *et al.*, “Association of Child Poverty, Brain Development, and Academic Achievement”, *JAMA Pediatrics*, vol. 169, núm. 9, 2015.
- HANSON, Jamie L. *et al.*, “Family Poverty Affects the Rate of Human Infant Brain Growth”, *PLoS One*, vol. 8, núm. 12, 2013.
- HARTLEY, Catherin A. y SOMERVILLE, Leah H., “The Neuroscience of Adolescent Decision-Making”, *Current Opinion in Behavioral Sciences*, vol. 5, 2015.
- JACOBSEN, Leslie K. *et al.*, “Effects of Smoking and Smoking Abstinence on Cognition in Adolescent Tobacco Smokers”, *Biological Psychiatry*, vol. 57, núm. 1, 2005.
- JOHNSON, Sara B. *et al.*, “State of the Art Review: Poverty and the Developing Brain”, *Pediatrics*, vol. 137, núm. 4, 2016.
- KAMBAM, Praveen y THOMPSON, Christopher, “The Development of Decision Making Capacities in Children and Adolescents: Psychological

- and Neurological Perspectives and their Implications for Juvenile Defendants”, *Behavioral Sciences & the Law*, vol. 27, núm. 2, marzo 2009.
- KELLEY, Ann E. *et al.*, “Risk Taking and Novelty Seeking in Adolescence: Introduction to Part I”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1021, núm. 1, 2004.
- KIVISTO, Aaron J. *et al.*, “Future Orientation and Competence to Stand Trial: the Fragility of Competence”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online*, vol. 39, núm. 3, 2011.
- KRAMERS-OLEN, Anne L., “Neuroscience, Moral Development, Criminal Capacity, and the Child Justice Act: Justice or Injustice?”, *South African Journal of Psychology*, vol. 45, núm. 4, 2015.
- KUPERMAN, Joshua N. *et al.*, “Family Income, Parental Education and Brain Structure in Children and Adolescents”, *Nature Neuroscience*, vol. 18, núm. 5, 2015.
- LIPINA, Sebastián J. y SEGRETIN, María Soledad, “6000 días más: evidencia neurocientífica acerca del impacto de la pobreza infantil”, *Psicología Educativa*, vol. 21, núm. 2, 2015.
- LIU, Jianghon, “Early Health Risk Factors for Violence: Conceptualization, Evidence, and Implications”, *Aggression and Violent Behavior*, vol. 16, núm. 1, 2011.
- LIU, Jianghong y LEWIS, Gary, “Environmental Toxicity and Poor Cognitive Outcomes in Children and Adults”, *Journal of Environmental Health*, vol. 76, núm 6, 2014.
- LOZOFF, Betsy *et al.*, “Functional Significance of Early-Life Iron Deficiency: Outcomes at 25 Years”, *The Journal of Pediatrics*, vol. 163, núm. 5, 2013.
- MCÉWEN, Bruce S. y TUCKER, Pamela, “Critical Biological Pathways for Chronic Psychosocial Stress and Research Opportunities to Advance the Consideration of Stress in Chemical Risk Assessment”, *American Journal of Public Health*, vol. 101, núm. S1, 2011.
- MERCURIO, Ezequiel, “Influencia de los avances en neurociencias en las decisiones judiciales en el derecho penal juvenil”, *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil V*, Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

- MERCURIO, Ezequiel, *Cerebro y adolescencia: implicancia jurídica penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012.
- MOFFITT, Terrie E., "A Review of Research on the Taxonomy of Life-Course Persistent versus Adolescence-Limited Antisocial Behavior", en Cullen, Francis T., Wright, John P. y Blevins, Kristie R. (eds.), *Taking Stock: The Status of Criminological Theory*, New Brunswick, New Jersey, vol. 15, Transaction, 2006.
- MOFFITT, Terrie E., "Adolescent-Limited and Life-Course-Persistent Antisocial Behavior: A Developmental Taxonomy", *Psychological Review*, vol. 100, núm.4, 1993.
- MOLL, Jorge *et al.*, "The Self as Moral Agent: Linking the Neural Bases of Social Agency and Moral Sensitivity", *Social Neuroscience*, vol. 2, núm. 3-4, 2007.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración de los Derechos del Niño, 1959.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "Embarazo en adolescentes: un problema culturalmente complejo", *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, vol. 87, 2009.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "Plan operacional para llevar adelante la Estrategias Mundial para la Salud de la Mujer, el Niño y el Adolescente", Consejo Ejecutivo, 138ª Reunión, punto 7.3 del orden del día provisional, 2016, EV138/15, disponible en: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB138/B138_15-sp.pdf.
- ØSTBY, Ylba *et al.*, "Heterogeneity in Subcortical Brain Development: a Structural Magnetic Resonance Imaging Study of Brain Maturation From 8 to 30 Years", *Journal of Neuroscience*, vol. 29, núm. 38, 2009.
- PASCUAL URZÚA, Rodrigo, "Evolución filogenética y desarrollo ontogenético de las funciones cognitivas", en REDOLAR RIPOLL, Diego (comp.), *Neurociencia cognitiva*, Madrid, Panamericana, 2014.
- PAULSEN, David J. *et al.*, "Decision-Making under Risk in Children, Adolescents, and Young Adults", *Frontiers in Psychology*, vol. 2, 2011.
- PERNER, Josef y WIMMER, Heinz, "«John thinks that Mary thinks that...», Attribution of Second-Order Beliefs by 5-to 10-Year-Old Children", *Journal of Experimental Child Psychology*, vol. 39, núm. 3.

- PFEIFER Jennifer H. *et al.*, “Entering Adolescence: Resistance to Peer Influence, Risky Behavior, and Neural Changes in Emotion Reactivity”, *Neuron.*, vol. 69, núm. 5, 2011.
- PIQUERO, Alex R. *et al.*, “The Criminal Career Paradigm”, *Crime and Justice*, vol. 30, 2003.
- POGARSKY, Greg *et al.*, “The Delinquency of Children Born to Young Mothers: Results From the Rochester Youth Development Study”, *Criminology*, vol. 41, núm. 4, 2003.
- RAMAGE, Amy E. *et al.*, “Resting-State Regional Cerebral Blood Flow During Adolescence: Associations with Initiation of Substance Use and Prediction of Future Use Disorders”, *Drug and Alcohol Dependence*, vol. 149, 2015.
- RASKIN, White H. *et al.*, “Adolescence-Limited versus Persistent Delinquency: Extending Moffitt’s Hypothesis into Adulthood”, *Journal of Abnormal Psychology*, vol. 110, núm. 4, 2001.
- REYNA, Valerie F., y FARLEY, Frank, “Risk and Rationality in Adolescent Decision Making: Implications for Theory, Practice, and Public Policy”, *Psychological Science in the Public Interest*, vol. 7, núm. 1, 2006.
- ROMEO, Russell D. y MCEWEN, Bruce S., “Stress and the Adolescent Brain”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1094, núm. 1, 2006.
- SEBASTIAN, Catherin L. *et al.*, “Neural Processing Associated with Cognitive and Affective Theory of Mind in Adolescents and Adults”, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, vol. 7, núm. 1, 2011.
- SILVERI, Marisa M. *et al.*, “Neurobiological Signatures Associated with Alcohol and Drug Use in the Human Adolescent Brain”, *Neuroscience and Biobehavioral Reviews*, vol. 70, 2016.
- SOWELL, Elizabeth R. *et al.*, “Longitudinal Mapping of Cortical Thickness and Brain Growth in Normal Children”, *The Journal of Neuroscience: the Official Journal of the Society for Neuroscience*, vol. 24, núm. 38.
- SOWELL, Elizabeth R. *et al.*, “Mapping Cortical Change Across the Human Life Span”, *Nature Neuroscience*, vol. 6, núm. 3.
- SPEAR, Linda P., “Adolescent Neurodevelopment”, *Journal of Adolescent Health*, vol. 52, núm. 2, 2013.
- SPEAR, Linda P., “The Adolescent Brain and Age-Related Behavioral Manifestations”, *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, vol. 24, núm 4, 2000.

- SQUEGLIA, L. M. *et al.*, “The Influence of Substance Use on Adolescent Brain Development”, *Clinical EEG and Neuroscience*, vol. 40, núm. 1, 2009.
- STEINBERG, Laurence *et al.*, “Are Adolescents less Mature than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA «Flip-Flop»”, *American Psychologist*, vol. 64, núm. 7.
- STEINBERG, Laurence y MONAHAN, Kathryn C., “Age Differences in Resistance to Peer Influence”, *Developmental Psychology*, vol. 43, núm. 6, 2007.
- STEINBERG, Laurence, “A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking”, *Developmental Review*, vol. 28, núm. 1.
- STEINBERG, Laurence, “Adolescent Development and Juvenile Justice”, *Annual Review of Clinical Psychology*, vol. 5, 2009.
- STEINBERG, Laurence, “Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why?”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1021, núm. 1, 2004.
- TAMNES, Christian K. *et al.*, “Brain Maturation in Adolescence and Young Adulthood: Regional Age-Related Changes in Cortical Thickness and White Matter Volume and Microstructure”, *Cerebral Cortex*, vol. 20, núm. 3, 2010.
- TODAS LAS MUJERES TODOS LOS NIÑOS, “La Estrategia Mundial para la Salud de la Mujer, el niño y el Adolescente (2016-2030)”, 2016, disponible en: http://www.everywomaneverychild.org/wp-content/uploads/2016/12/EWEC_Global_Strategy_ES_inside_LogoOK_web.pdf.
- TOGA, Arthur W. *et al.*, “Mapping Brain Maturation”, *Focus*, vol. 29, núm. 3, 2006.
- TRUCCO, Elisa M. *et al.*, “Vulnerability to Peer Influence: a Moderated Mediation Study of Early Adolescent Alcohol Use Initiation”, *Addictive Behaviors*, vol. 36, núm. 7, 2011.
- VAN LEIJENHORST, Linda *et al.*, “Adolescent Risky Decision-Making: Neurocognitive Development of Reward and Control Regions”, *NeuroImage*, vol. 51, núm. 1, 2010.

PATRIMONIO CULTURAL Y BIODIVERSIDAD; EL CASO DEL JAGUAR MEXICANO*

CULTURAL HERITAGE AND BIODIVERSITY; THE CASE OF THE MEXICAN JAGUAR

PATRIMOINE CULTUREL ET BIODIVERSITÉ; LE CAS DU JAGUAR MEXICAIN

Angel Daen MORALES GARCÍA

Jonatan Job MORALES GARCÍA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Importancia del jaguar en las culturas prehispánicas de México*. III. *Prácticas culturales asociadas al jaguar como patrimonio cultural inmaterial de México*. IV. *Derechos culturales y patrimonio cultural inmaterial en México*. V. *Derechos culturales y ambientales asociados al jaguar, un conflicto*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El jaguar es el felino más grande del continente americano; habita una pluralidad de ecosistemas que recorren el territorio mexicano: desde el agreste árido paisaje del norte de Sonora y la desembocadura del río Bravo en Tamaulipas, hasta las inmensas selvas del sur y sureste mexicano a través de la Sierra Madre Oriental y la Sierra Madre Occidental. Pese a su amplia distribución, en la actualidad sus hábitats se encuentran fragmentados, y lo limitan a las áreas más aisladas y de difícil acceso.¹ En estas zonas con alta biodiversidad, el jaguar confluye generalmente con pueblos y comunida-

* Artículo recibido el 21 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2018.

** ORCID: 0000-0001-9683-4074. Biofutura A.C. biofutura@live.com.

¹ Ceballos, Gerardo *et al.*, *The Jaguar in Mexico*, México, UNAM, Instituto de Ecología, Telmex, Conanp, Servicios Ecológicos y Científicos, Alianza Nacional para la Conservación del Jaguar, 2016, p. 15.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año L, núm. 153, septiembre-diciembre de 2018, pp. 973-999.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

des indígenas, quienes generaron un nexo cultural importante, llegando a existir representaciones, cosmogonías y prácticas culturales asociadas a este felino desde tiempos prehispánicos; no obstante, a los procesos históricos que han afectado a la cosmovisión y cosmogonía de los pueblos originarios, resulta fascinante que en nuestra época pervive el jaguar en la memoria colectiva de algunas sociedades, convirtiéndose en prácticas culturales de larga duración, que forman parte de la identidad cultural de México. La importancia del jaguar ha marcado el desarrollo de prácticas específicas sustentadas en las tradiciones locales y extendidas de sociedades, incluso donde no se distribuía, como en la región del altiplano de la zona centro de México. La fascinación por esta especie hizo que los pueblos mesoamericanos la consideraran un elemento importante de la cosmovisión de los pueblos como icono y símbolo cultural en especial de México.² Pese a la riqueza cultural y biológica de este felino, actualmente las condiciones sociales han reducido su espacio simbólico y material. El jaguar, considerado antiguamente como el señor de los animales, ahora es una especie que representa generalmente una amenaza en las zonas rurales debido al desconocimiento de la importancia socioambiental de este animal.

II. IMPORTANCIA DEL JAGUAR EN LAS CULTURAS PREHISPÁNICAS DE MÉXICO

México es un país con una gran diversidad biológica y cultural. El mosaico étnico que en la actualidad subsiste se puede apreciar desde la pluralidad lingüística de los descendientes de los grupos prehispánicos, ya que la gama cultural registra once familias lingüísticas, 68 agrupaciones lingüísticas y 364 variantes lingüísticas.³ De acuerdo con la Encuesta Intercensal 2015, el

² Saunders, Nicholas, *Icons of Power: Feline Symbolism in the Americas*, Londres, Routledge, 1998, pp. 53-70; *idem*, *The Peoples of the Caribbean: An Encyclopedia of Archaeology and Traditional Culture*, California, ABC-Clio, 2005, pp. 96 y 277; *idem*, *People of the Jaguar: the Living Spirit of Ancient America*, Londres, Souvenir Press, 1989; *idem*, "Predators of Culture: Jaguar Symbolism and Mesoamerican Elites", *World Archaeology*, vol. 26, núm. 1, 1994, pp. 104-117; González, Yolotl, *Animales y plantas en la cosmovisión mesoamericana*, México, Plaza y Valdés, 2001, pp. 123-144; Valverde, María del Carmen, *Balam. El jaguar a través de los tiempos y los espacios del universo maya*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2004, p. 12.

³ Zolla, Carlos y Zolla, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, México, UNAM, 2004.

21.5% de la población en México se considera indígena de acuerdo con su cultura, historia y tradiciones; 1.6% se considera parte indígena, y 74.7% no se reconoce como indígena; sin embargo, sólo 6.5% de la población de tres años y más habla alguna lengua indígena.⁴ Los grupos étnicos comúnmente se encuentran asentados en zonas con alta biodiversidad, emparentándose con la distribución del jaguar (imagen 1), lo que ha tenido como resultado una relación única y milenaria con esta especie.

IMAGEN 1. MAPA DE LA DISTRIBUCIÓN HISTÓRICA DEL JAGUAR, SUS REGISTROS ACTUALES Y LAS REGIONES INDÍGENAS DE MÉXICO⁵



La presencia de este felino en un sinnúmero de manifestaciones culturales en México nos resulta evidente desde su primera representación

⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, INEGI, *Encuesta Intercensal 2015*.

⁵ Ceballos, Gerardo *et al.*, *The Jaguar...*, *cit.*, pp. 9 y 15; Serrano, Enrique (coord.), *Regiones indígenas de México*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006.

artística prehistórica en la cueva de los Machines del Corredor de cuevas prehistóricas de Yagul y Mitla, en el estado de Oaxaca, declaradas patrimonio mundial por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en 2010, como paisaje cultural; posteriormente, un punto cúlpe de las representaciones asociadas a este felino son las expresiones culturales realizadas en piedra por los olmecas, considerados como el pueblo jaguar.⁶ Fue precisamente en las manifestaciones de esta civilización donde el jaguar es incorporado al mundo mítico y mágico de Mesoamérica.⁷ Los olmecas se destacaron por la difusión de un sistema simbólico que contenía la representación de los elementos constitutivos del gran aparato cósmico, y expresaron visualmente concepciones muy anteriores a su época en un magnífico simbolismo, que incluye la sintetización de elementos como el cielo en las encías del jaguar. Distribuyeron por intercambio en un amplio radio de territorio mesoamericano, bienes preciosos, en los que estaban talladas o pintadas, con estilización extraordinaria, manchas, garras, cejas y fauces de jaguar.⁸ Las prácticas culturales de esta sociedad representaban una complejidad asociada al culto del jaguar: animal temido, ancestro totémico y dios de la tierra, este felino se convirtió en el símbolo principal de la religión olmeca.⁹ Dentro del actual territorio mexicano se desarrollaron culturas que fueron base de la ritualización y prácticas culturales asociadas al jaguar en Mesoamérica, ya que todas las sociedades estatales o no de América central y del sur desarrollaron algún tipo de culto o de complejo simbólico específico asociado con esta especie,¹⁰ inspirando a los habitantes de Mesoamérica, quienes realizaron innumerables creaciones iconográficas y míticas en torno a su presencia,¹¹ incluso algunas sobreviven hasta nues-

⁶ Piña, Román y Covarrubias, Luis, *El pueblo del jaguar (los olmecas arqueológicos)*, México, SEP, 1964, pp. 42-48.

⁷ León-Portilla, Miguel, *El jaguar: su ser divino, humano y felino*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, p. 23.

⁸ López, Austin, “El núcleo duro, la cosmovisión y la tradición mesoamericana”, en Broda, Johanna y Báez-Jorge, Félix (coords.), *Cosmovisión, ritual e identidad de los pueblos indígenas de México*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2001, p. 59.

⁹ Piña, Román, *Los olmecas. La cultura madre*, México, Premisa, 1994, pp. 175-181.

¹⁰ Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *El chamán y el jaguar*, México, Siglo XXI, 1978, pp. 52-67.

¹¹ Seler, Eduard, *Las imágenes de animales en los manuscritos mexicanos y mayas*, México, Casa Juan Pablos, 2008, pp. 33-40.

tros tiempos. La presencia constante de este felino sobrepasa su mero ser físico, y para algunos se convierte en un símbolo.¹²

El conjunto de actividades que componen la cultura de los pueblos es un todo relacional, que no podría entenderse sin las imbricaciones sociales. Para dar cuenta de la importancia toral de la figura de este felino en los diferentes grupos asentados en el México prehispánico, basta con hacer un recorrido sobre las expresiones sociales de las mismas; esta multiplicidad de plataformas culturales permite apreciar el enorme valor simbólico que se le atribuía al jaguar, y que se observa en diversas fuentes históricas; por ejemplo, los testimonios documentales establecidos en códigos prehispánicos y coloniales tempranos mexicanos, en crónicas, cantares y poemas donde el jaguar es un ser que se asocia a la cotidianidad en el México prehispánico,¹³ así como en la multiplicidad de monumentos y sitios arqueológicos e históricos donde existen representaciones y simbolismos asociados a este felino a lo largo del territorio nacional, como muestra el sitio arqueológico de Ek Balam en Yucatán o las fuentes iconográficas de la pintura mural del Edificio A, muro norte, de Cacaxtla, Tlaxcala, y los murales coloniales tempranos del templo de Ixmiquilpan, Hidalgo.¹⁴ También podemos encontrar figuras de estos animales, en su totalidad o alguno de sus atributos, en todo tipo de enseres y materiales, con el uso de una gran variedad de técnicas. Es tal la reiteración de sus representaciones, que incluso es obsesiva,¹⁵ lo que otorga una clara omnipresencia remarcable a este felino.¹⁶ Actualmente, algunos pueblos indígenas mantienen una relación de intercambio y comunicación con el jaguar, expresada en prácticas culturales de larga duración resistentes a cambios; un ejemplo es la pelea de tigres o *tecuanís* en el estado de Guerrero, asociado a la petición de las lluvias,¹⁷

¹² León-Portilla, Miguel, *El jaguar: su ser divino...*, cit., p. 20.

¹³ León-Portilla, Miguel, *Trece poetas del mundo azteca*, México, SEP-Setentas, 1972, pp. 49-75; *id.*, *Los antiguos mexicanos a través de sus crónicas y cantares*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

¹⁴ Vergara, Arturo, *Las pinturas del templo de Ixmiquilpan*, Pachuca, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2010, pp. 81-101.

¹⁵ González, Yolotl, *op. cit.*, p. 127.

¹⁶ Olivier, Guilhem, "Tepeyótlotl, «Corazón de la montaña y Señor del eco»: el dios jaguar de los antiguos mexicanos", *Estudios de Cultura Náhuatl*, México, vol. 28, 1998, p. 100.

¹⁷ Díaz, Rosalba, *El ritual de la lluvia en la tierra de los hombres tigres*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Culturas Populares e Indígena, 2003, pp. 89-91.

que tiene como carácter prehispánico la figura del jaguar proveniente de la cultura olmeca.¹⁸

De acuerdo con Valverde,¹⁹ en los antiguos pueblos mayas la fascinación por este felino se vinculaba por su representación en el cosmos. Resulta contundente su relación inmediata con el aspecto oscuro, que abarca al inframundo, la noche y los astros que los rigen. Esta asociación no es fortuita, pues estas puertas al inframundo fueron vistas como demasiado salvajes o inaccesibles para el hombre común, por lo que se consideraron espacios sagrados, donde algo más fuerte que lo humano era lo único que podría traspasarlas. Al jaguar se le ha considerado como el símbolo de las fuerzas misteriosas de los poderes ocultos e incomprensibles, de los lugares y tiempos inaccesibles al hombre común.²⁰

Diversas civilizaciones precolombinas de México asociaban al jaguar con los ciclos de regeneración periódica del cosmos: las flores, las plantas y la agricultura; es decir, la fertilidad, y sus manifestaciones son regidas por este ser.²¹ El jaguar podría ser considerado un animal ctónico, y como tal se asocia a prominentes montañas, ríos y otras imponentes manifestaciones de la naturaleza. En esta concepción, el jaguar y las flores son dos imágenes simbólicas que refuerzan la idea de origen, tierra y fertilidad, como podemos apreciar en las representaciones iconográficas del felino, específicamente en las rosetas de la piel, que también se identifican como una flor; esta asociación simbólica de las flores y el jaguar, de acuerdo con Valverde, aún pervive en algunas comunidades.²²

En los ciclos agrícolas, los olmecas vincularon a este animal con la tierra, la lluvia²³ y la agricultura.²⁴ Para los teotihuacanos, existió un vínculo entre el jaguar y su mezcla con otras formas de vida, como la lluvia con Tláloc,²⁵

¹⁸ Dehouve, Danièle, *Entre el caimán y el jaguar. Los pueblos indios de Guerrero*, México, CIESAS-Instituto Nacional Indigenista, 2002, p. 147.

¹⁹ Valverde, María del Carmen, *Balam. El jaguar...*, cit., pp. 75-86.

²⁰ Garza, Mercedes, *Sueño y alucinación en el mundo náhuatl y maya*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1990, p. 136.

²¹ Garza, Mercedes, *Sueño y éxtasis. Visión chamánica de los nahuas y los mayas*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 89.

²² Valverde, María del Carmen, *Balam. El jaguar...*, cit., p. 133.

²³ Dehouve, Danièle, *op. cit.*

²⁴ Piña, Román y Covarrubias, Luis, *op. cit.*, 45.

²⁵ Kubler, George, "Jaguars in the Valley of Mexico", *The Cult of the Feline. A Conference on Pre-Columbian Iconography*, Washington, D. C., 1972, pp. 19-49.

y de igual forma, con Chaac en el área maya, quienes consagraron en sus códices, tanto prehispánicos como coloniales tempranos, la relación del jaguar con los ciclos agrícolas, que hoy en día siguen vigentes en algunas comunidades mayas contemporáneas. A este felino se le considera el gran progenitor de diversos grupos humanos —en la cultura zapoteca en Oaxaca el jaguar se asociaba con los dioses creadores de humanos y del cosmos,²⁶ incluso en la actualidad la relación humano-jaguar persiste en la cultura zapoteca de la sierra norte de este estado; en el documental *Abuelo jaguar*, los comuneros de Lachixila tienen un encuentro con este felino, que reconocen como el jaguar de la luz que representa a los abuelos jaguares, quienes fundaron el pueblo y le otorgaron su territorio en tiempos ancestrales—²⁷ y como ser vital en el origen y la destrucción de los tiempos, que, según la cosmovisión de grupos prehispánicos del centro de México, el jaguar es parte fundamental de la creación y destrucción de las épocas o soles conforme lo establecido en el Códice Chimalpopoca.²⁸

Dentro de la visión general que los grupos mesoamericanos tienen sobre la ambivalencia del cosmos, al jaguar, por sus hábitos y características, le corresponde originalmente el mundo de abajo, el femenino, el reino de la oscuridad y de la noche; este animal guarda vínculo estrecho con las deidades asociadas al inframundo y a las diversas puertas de entrada a este sector del universo, y es uno de los símbolos más importantes del mundo subterráneo.²⁹ El jaguar ejerce su hegemonía tanto en la tierra como debajo de ella, a la vez que en el cielo durante la noche, siendo el jaguar en la cosmovisión prehispánica, símbolo de la noche y del poder nocturno.³⁰ Vinculado con el sol nocturno o con las estrellas, el jaguar se impone entonces como modelo de transformación de los astros o de algunas constelaciones nocturnas. La luna no escapa a este fenómeno, y las fuentes concuerdan en la proximidad del astro selenita y del felino.³¹

²⁶ Cruz, Víctor de la, *El pensamiento de los binnigula'sa': cosmovisión, religión y calendario con especial referencia a los binnizá*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Publicaciones de la Casa Chata, 2007, pp. 141 y 142.

²⁷ Díaz, T. y Guadarrama, F., *Abuelo jaguar*, video, México, Pueblo Jaguar y Ojo de Agua Comunicación, 2010, disponible en: <http://ojodeaguacomunicacion.org/abuelo-jaguar/>

²⁸ *Códice Chimalpopoca. Anales de Cuauhtitlán y Leyenda de los soles*, trad. de Primo Feliciano Velásquez, México, UNAM, 1945, pp. 119 y 120.

²⁹ Valverde, María del Carmen, *Balam. El jaguar...*, *cit.*, p. 75.

³⁰ González, Yolotl, *op. cit.*, p. 123.

³¹ Olivier, Guilhem, *op. cit.*, p. 106.

Desde la visión ecológica, el jaguar y el humano ocupan el eslabón más elevado de la cadena trófica; esto hizo que se vinculara a esta especie con el poder y el estatus social. En relación con la personificación de los atributos del felino, el jaguar se coligaba con las personalidades más destacadas de la comunidad: chamanes, guerreros y gobernantes, como es el caso del gobernante 8 venado, garra de jaguar asociado a la dinastía de Tezacualco, Zaachila.³² La función depredadora del animal lo vinculó con los más altos grados de órdenes militares; así, existían guerreros jaguar mexicas³³ y mayas; también se le relacionó con los chamanes, principalmente entre los nahuas y los mayas, debido a que este felino era un ser omnipresente en los ritos chamánicos.³⁴ Estas características llevaron a la conclusión a Michael Coe³⁵ de establecer la relación existente entre el jaguar con la soberanía y el poder.

Uno de los vínculos sobre la relación jaguar-humano más impactante es el de los hombres felinizados. Esta práctica consistía en la felinización del soberano; es decir, la evidencia de vestigios arqueológicos y antropológicos significaba transformar físicamente en felino al individuo.³⁶ En relación con el nahualismo y el tonalismo de época prehispánica, la visión de los antiguos pobladores, presente aún en algunas zonas del centro y sur de México, la entidad preferida tanto como coesencia y transformación era el jaguar;³⁷ en algunas comunidades del sur de México, los chamanes más poderosos y los líderes políticos y religiosos de los mayas tzotziles continúan teniendo nahuales o alteregos jaguar-

³² Hermann, Manuel, “Historia y linajes en los códices mixtecos”, en Cervantes, Mayán (coord.), *La escritura en los códices mexicanos*, México, Academia Mexicana de Ciencias Antropológicas, 2011, pp. 65-89.

³³ Bueno, Isabel, “El sacrificio gladiatorio y su vinculación con la guerra en la sociedad mexicana”, *Gladius. Estudios sobre armas antiguas, arte militar y vida cultural en Oriente y Occidente*, vol. 29, 2009, pp. 185-204.

³⁴ Garza, Mercedes, *Sueño y éxtasis...*, cit., pp. 12, 152, 158 y 198.

³⁵ Coe, Michael, “Olmec Jaguars and Olmec Kings”, en Benson, Elizabeth, *The Cult of the Feline: A Conference in Pre-Columbian Iconography*, Washington, D. C., Dumbarton Oaks Research Library and Collections, 1972, pp. 1-17.

³⁶ Valverde, María del Carmen, “Jaguar y chamán entre los mayas”, *Alteridades*, México, vol. 6, núm. 12, 1996, pp. 27-31.

³⁷ Furts, Peter, “The Olmec Were Jaguar Motif in the Light of Ethnographic Reality”, en Benson, Elizabeth, *Dumbarton Oaks Conference on the Olmec*, Washington, D. C., 1968, pp. 143-174.

res;³⁸ en la cultura tzotzil se cree que los jaguares son espíritus compañeros de gente fuerte, por lo que aún en la actualidad existe el vínculo del jaguar con esta cultura.

Una de las prácticas que ha subsistido en nuestros tiempos es la relacionada con ceremonias tradicionales de los lacandones, donde el jaguar parece asociarse frecuentemente con los dioses de la guerra, a quienes antiguamente se ofrendaban los sacrificios humanos.³⁹

El jaguar, como depredador tope, simbólicamente, desempeña también en muchos casos el papel del gran señor de los animales y protector de los montes, descrito así por fray Bernardino de Sahagún, al hablar éste de las propiedades de los animales, y en especial de las bestias fieras. Existe una creencia ampliamente difundida entre los indígenas mexicanos respecto a la igualdad espiritual del humano y el jaguar; partiendo de esa visión del mundo, cada hombre lleva en su interior a un jaguar, y cada jaguar podría ser a su vez un hombre disfrazado.⁴⁰ Algunos de los nombres que este felino recibió entre los diversos pueblos nahuas fue *ocelotl* y *tecuaní*, devorador de personas; entre los mayas se le conocía como *balam*; este vocablo aludía a lo oculto, lo extrahumano y lo sagrado, vocablo que unido con *chilam balam* significaba “el que es boca de lo oculto”, lo que se asociaba con los sacerdotes o profetas jaguares. El jaguar, como ser divino, en la zona centro de México es identificado con unas de las deidades más poderosas: Tezcatlipoca; “Espejo humeante”, con Tepeyollotl; “Corazón de monte” —Tepeyollotl se vincula a su vez con el octavo de los nueve señores de la noche para los nahuas—⁴¹ y con Tonnatiuh; el sol. Al analizar la Piedra del Sol, se ha evidenciado que fue el jaguar Tezcatlipoca la deidad que gobernó durante una edad o sol cos-

³⁸ Bartolomé, Miguel y Barabas Alicia, *Los sueños y los días. Chamanismo y nahualismo en el México actual. IV. Pueblos nahuas y otomíes*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2013, p. 32

³⁹ Valverde, María del Carmen, “Los lenguajes del símbolo: el jaguar y el poder entre los mayas prehispánicos”, en Solares, Blanca (coord.), *Investigaciones de hermenéutica simbólica*, México, Anthropos Editorial, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias UNAM, 2001, p. 204.

⁴⁰ Saunders, Nicholas, “El icono felino en México”, *Arqueología Mexicana*, México, vol. XII, núm. 72, p. 21.

⁴¹ Spranz, Bodo, *Los dioses en los códices mexicanos del grupo borgia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 172-181.

mogónico: *Ocelotonatiuh*; sol del jaguar.⁴² En los *Anales de Cuauhtitlan*,⁴³ en lo que se refiere a la leyenda de los soles, se señala que la primera creación del mundo o el primer sol cosmogónico, cuyo nombre fue 4 Ocelotl, fue hecho por Tezcatlipoca, quien colocó a un gigantesco jaguar y lo ubicó en el firmamento, creando así la vida en el universo, e inaugurando con ello la primera edad Ocelotl Tonatiuh o “Sol de Jaguar”. En el mito del Quinto Sol, el jaguar se arroja al fuego;⁴⁴ debido a ello, este felino está manchado; a nivel mítico, el jaguar es un ser imponente y misterioso asociado a la creación y a la destrucción. Para la zona sur de México, en la cultura zapoteca el jaguar está asociado con el culto al dios padre *Péchetáo* o *Pitao Peeche*, el dios jaguar,⁴⁵ lo que representa una visión integral asociada a este felino, la religión y la cosmovisión indígena en México.

Las evidencias arqueológicas, históricas, antropológicas y etnográficas demuestran la relación que tenía el jaguar como pieza clave del mundo prehispánico y actual en algunos pueblos y comunidades indígenas de nuestro país, llegando a reconocer una igualdad espiritual entre ellos y el felino; es decir, un vínculo humano-jaguar. El simbolismo del jaguar como señor de los animales forma parte de la memoria colectiva y base cultural de los mexicanos, debido a que las culturas populares de México han tenido una construcción social de prácticas y actividades que envuelven un misticismo y simbolismo asociado a este felino. Las culturas prehispánicas tienen parentescos culturales asociados al jaguar, ya que presentan similitudes y paralelismos que parten de una misma tradición cultural, debido a que tienen antecedentes históricos comunes; se desarrollaron en un contexto histórico similar e involucraron a este felino en prácticas económicas, políticas, religiosas y culturales.

Es fascinante la historia compartida de los pueblos prehispánicos de México, que desde épocas muy tempranas desarrollaron una base cultural común enraizada en prácticas culturales asociadas al jaguar, sobre la cual se desplegó una pluralidad cultural en torno a esta especie, que conforma parte del núcleo duro de la tradición mesoamericana.⁴⁶

⁴² Olivier, Guilhem, *op. cit.*, pp. 99-141.

⁴³ *Códice Chimalpopoca, Anales de Cuauhtitlan y Leyenda de los Soles*, trad. de Primo Feliciano Velázquez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1992.

⁴⁴ Taube, Karl, *Mitos aztecas y mayas*, Madrid, Akal, 1996, pp. 45-47.

⁴⁵ Cruz, Víctor de la, *op. cit.*

⁴⁶ López, Austin, *Las razones del mito*, México, Ediciones Era, 2015, p. 12.

III. PRÁCTICAS CULTURALES ASOCIADAS AL JAGUAR COMO PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL DE MÉXICO

Dentro de las expresiones inmateriales que subsisten en la actualidad, y que tienen elementos asociados al jaguar, se encuentran las danzas ancestrales en pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, las cuales son una de las manifestaciones culturales de larga duración con elementos prehispánicos y de mayor vigencia en la actualidad en México. Este tipo de danzas son una expresión que tiene como cimiento primario el sustrato cultural prehispánico, con influencia eclesiástica, debido a los procesos de transculturización por la dominación colonial europea.⁴⁷ Estas danzas representan una visión de culto popular y están constituidas por una carga simbólica que refleja el desarrollo histórico de las comunidades, por lo que la importancia de la danza trasciende a través del tiempo. Las danzas asociadas al jaguar en las tradiciones comunales indígenas que se realizan en la actualidad forman parte de ritos, cultos, festividades eclesiásticas y ceremonias asociadas a los ciclos agrícolas, principalmente con el maíz; son unas de las más populares y representativas de las comunidades rurales, y aún se realizan pese a los procesos de transculturización, e incluso a los factores como prohibiciones eclesiásticas de la época colonial. Los rituales asociados al jaguar en el periodo de la conquista fueron de tal importancia, que las autoridades coloniales prohibieron estas danzas asociadas al tigre (jaguar) en Tabasco en 1631, ya que en caso de realizar esta actividad se castigaba a los habitantes con cien azotes, destierro y excomunión, incluso en Chiapas la danza del calalá, que se asociaba a este felino, tuvo una prohibición de algunos elementos culturales que irritaban a las autoridades religiosas a principios del siglo XVII.⁴⁸

Las danzas con elementos simbólicos asociados al jaguar reflejan el papel central de este felino en las sociedades populares rurales de México; incluso existen variantes significativas entre cada celebración; en algunas se considera a este animal un elemento negativo, que es necesario exterminar⁴⁹ debido al conflicto que existe con la ganadería que inició con la

⁴⁷ Alegre, Lizette, *Viento arremolinado. El toro encalado y la flauta de mirlitón*, México, Instituto Veracruzano de la Cultura, Conaculta, 2012, p. 241.

⁴⁸ Navarrete, Carlos, "Prohibición de la danza del tigre en Tamulte, Tabasco en 1631", *Tlalocan*, México, vol. 4, núm. 4, 1971, pp. 374-376.

⁴⁹ Horcasitas, Fernando, "La danza de los tecuanes", *Estudios de Cultura Náhuatl*, México, vol. 14, 1980, pp. 246, 248, 249, 251 y 254.

época colonial. Estas diferenciaciones y modificaciones son producto del dinamismo cultural, inherente a todo proceso cultural. Estas danzas y ritualizaciones se siguen realizando principalmente en los estados de Morelos, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Veracruz, Hidalgo, Tabasco, Campeche y Chiapas; todos los aspectos culturales que se representan asociados al jaguar, si bien se diferencian y presentan variaciones, tienen una unidad simbólica.

Los elementos culturales materiales e inmateriales asociados al jaguar poseen características supraindividuales dinámicas e identitarias, ya que son una construcción sociocultural colectiva, histórica y simbólica; su creación y recreación se aloja en lo profundo de la memoria colectiva; su importancia social se asocia con la identidad, cohesión y la continuidad del grupo individualizado que la detenta; de ahí la trascendencia fundamental de su recreación en el tiempo. Las prácticas culturales asociadas al jaguar en México tienen elementos tradicionales, contemporáneos y vivientes a un mismo tiempo; contribuyen a la cohesión social, debido a que fomentan un sentimiento de identidad y responsabilidad; asimismo, son representativas, y esta relación florece en las comunidades indígenas del territorio nacional donde se distribuía el jaguar, principalmente en los estados de Morelos, Guerrero, Oaxaca, Puebla, Veracruz, Hidalgo, Tabasco, Campeche, Chiapas, Yucatán y Quintana Roo; además, en sitios del altiplano, como el actual estado de México y la Ciudad de México, a pesar de que la distribución del jaguar no llegaba a todo el centro del país.

Esta relación humano-jaguar de los pueblos indígenas está sustentada en la relación cotidiana y tradicional asociada con la naturaleza. Esta especial relación entre pueblos y biodiversidad forma parte de la memoria biocultural⁵⁰ y del patrimonio biocultural.⁵¹ Referente a la memoria biocultural, el jaguar ha tenido un proceso de coevolución en relación con los pueblos y con los ecosistemas donde cohabitan, relación que está formada por un conjunto de creencias, un sistema de conocimientos y prácticas productivas con las cuales los indígenas y campesinos interpretan y actúan de acuerdo con las circunstancias que la naturaleza les presenta.⁵² Desde

⁵⁰ Toledo, Víctor y Barrera-Bassols, Narciso, *La memoria biocultural*, Barcelona, Icaria, 2008, pp. 15, 16 y 29.

⁵¹ Boege, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, México, INAH-Conaculta-CDI, 2010.

⁵² Toledo, Víctor y Barrera-Bassols, Narciso, *op. cit.*, p. 111.

tiempos prehispánicos y aun en algunas comunidades, los elementos culturales asociados al jaguar tienen una dimensión simbólica y material, y se conforman con un amplio repertorio de conocimientos, que dan sentido a las acciones de la cotidianidad para entender al mundo, por lo que este animal tiene un alto valor simbólico.

La reproducción actual de estas prácticas culturales revaloriza la relación de los sujetos sociales con el bien cultural, ya que al recrearlas en su entorno valoran su protección y conservación. Estas prácticas explican el pasado, reproducen el presente y proyectan el futuro de las culturas populares de México, formando una herencia cultural; por ello, es importante su conservación, pues estas expresiones culturales contienen valores esenciales para los grupos sociales, debido a que son necesarios para la conservación de la identidad cultural y la garantía de los derechos culturales. El jaguar es un ser indispensable en la construcción histórica de México; como elemento cultural inmaterial se encuentra en la dimensión objetiva, principalmente en las danzas, y se internaliza en los ritos y elementos cosmogónicos de las culturas populares. El jaguar, como elemento simbólico, está lleno de redes que entrelazan lo material con lo inmaterial; su representación objetiva es uno de los últimos vestigios de nuestro pasado prehispánico, y sus imbricaciones con la interculturalidad han dado como resultado una comunicación eficiente y una visión colectiva asociada a este felino, sin perder la singularidad cultural.

IV. DERECHOS CULTURALES Y PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN MÉXICO

Por su naturaleza, los derechos culturales son predominantemente colectivos y difusos, forman parte de los derechos humanos de tercera generación,⁵³ y son inherentes a la dignidad de las personas. La especificidad de estos derechos se asocia con su objeto común: la construcción cultural, la libre expresión de las identidades culturales y el acceso a los recursos culturales que las hagan viables. Los derechos culturales tienen un vínculo intrínseco con la identidad colectiva, con la relación individual asociada al proceso de identificación, libertades culturales, recursos culturales, universalidad y

⁵³ Flores, Lucerito, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015, p. 33.

relatividad cultural.⁵⁴ Para Dorantes,⁵⁵ la noción de derecho a la cultura abarca los derechos culturales en su totalidad; es decir, los derechos a la creación, a la protección y difusión de los bienes culturales y al acceso a los bienes y servicios culturales. En cambio, cuando se hace referencia a un derecho cultural, significa la expresión en lo individual de alguno de los derechos mencionados.

Los derechos culturales tienen como antecedentes, disposiciones normativas internacionales que sedimentaron el reconocimiento en el derecho interno mexicano; el germen de los derechos culturales y su vínculo con los derechos humanos tiene como principal sustento el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 1o. y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 3o., 8o., 11 apartado 1, artículo 13 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En un ámbito regional continental, la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece un vínculo con los derechos culturales, principalmente en sus artículos 2o., 17, 19, 30, 47, 48, 50 y 52; la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en los artículos 16 y 26, derechos culturales, y, posteriormente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, constituye en su artículo 14 el derecho a los beneficios de la cultura.

El positivismo mexicano asociado a los derechos culturales se dio en un primer momento en las disposiciones administrativas, y después se estableció como un derecho humano desde una perspectiva constitucionalista. La base constitucional de los derechos culturales como derechos humanos se enmarca de manera directa en el artículo 4o., párrafo duodécimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que fue adicionado el 30 de abril de 2009 mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*). Asimismo,

⁵⁴ Sánchez, Jorge, *El derecho y la cultura*, México, Tirant lo Blanch-El Colegio Nacional, 2016, p. 169.

⁵⁵ Dorantes, Francisco, “Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones”, *Alegatos*, México, núm. 85, septiembre-diciembre de 2013, p. 852.

se establecen derechos culturales en los artículos 2o., 3o. y 6o., apartado b, fracción III, del mismo instrumento jurídico. Los antecedentes normativos de los derechos culturales en México tienen como base la Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos Arqueológicos e Históricos, Poblaciones Típicas y Lugares de Belleza Natural, publicada en el *DOF* el 19 de enero de 1933; esta Ley tuvo una vigencia de 38 años; el 6 de mayo de 1972 se publicó en el *DOF* la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas; pero estas disposiciones se enfocaban únicamente en el patrimonio cultural tangible. El 3 de febrero de 1939 se publicó en el *DOF* la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), ordenamiento que menciona de manera indirecta el vínculo con el patrimonio cultural inmaterial en su artículo 2o., donde establece en la fracción II, que el INAH tiene entre sus funciones el efectuar investigaciones científicas que interesen a la arqueología e historia de México, a la antropología y etnografía de la población del país; posteriormente, el 16 de diciembre de 1970 se publicó en el *DOF* la Ley Federal del Patrimonio Cultural de la Nación, la que formuló de manera explícita una noción más plural e integral del patrimonio a proteger. En esta legislación se incluían aspectos físicos, muebles e inmuebles, y otros, que hoy podrían considerarse inmateriales o intangibles.⁵⁶ No fue hasta el 7 de diciembre de 1988 cuando se publicó en el *DOF* el decreto con cuatro artículos donde se crea el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (Conaculta), organismo que se encargaría en sentido amplio de la protección y difusión de la cultura y las artes. El 13 de marzo de 2003 se publicó en el *DOF* la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, que establece en su artículo 1o. que el objeto de la Ley es regular el reconocimiento y protección de los derechos lingüísticos, individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, así como la promoción del uso cotidiano y desarrollo de las lenguas indígenas, bajo un contexto de respeto a sus derechos. Referente al patrimonio cultural material, un año después, el 20 de mayo de 2004, se publicó en el *DOF* la Ley General de Bienes Nacionales, en la que se constituye una protección al patrimonio de dominio público de la Federación.

⁵⁶ Yáñez, Sergio, “Patrimonio inmaterial en México: evolución legal, posibilidades institucionales y retos actuales”, en Morales, Carmen y Wachter, Mette (coords.), *Patrimonio inmaterial. Ámbitos y contradicciones*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2012, pp. 51-66.

En 2003, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México publicó un diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos⁵⁷ en este país, donde en el apartado de la política cultural destacaba ausencias legales, como la desarticulación de los derechos culturales con la CPEUM; sin embargo, debido a las recomendaciones, el 30 de abril de 2009 se publicó en el *DOF* un decreto que reformó y adicionó los numerales 4 y 73 de este ordenamiento; en el apartado dogmático constitucional establece el derecho cultural, y se enfoca en el acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. En el apartado orgánico se dispuso la facultad del Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan en los tres niveles de gobierno la coordinación de sus acciones en materia de cultura, así como establecer mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los derechos culturales constitucionales. Posteriormente, el 8 de octubre de 2010 se publicó en el *DOF* el Manual de Organización General del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, donde la Dirección General de Culturas Populares sería la encargada de promover el estudio, conservación, expresión y difusión de las artes, artesanías, tradiciones, danza, música, vestimenta, arquitectura, costumbres y espectáculos populares, así como formar y controlar los acervos de información de las tradiciones y del arte popular e indígena. El 17 de diciembre de 2015 se reformaron algunos artículos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y otras disposiciones para crear la Secretaría de Cultura, y el 8 de noviembre de 2016 se publicó el Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura, en el que se establece de manera directa la promoción, investigación, conservación y promoción del patrimonio cultural inmaterial; asimismo, los cimientos de la política cultural del patrimonio cultural inmaterial, dando funcionamiento y legalidad a las actuaciones de la Secretaría de Cultura. Una de las adecuaciones al sistema normativo en materia de derechos culturales más reciente es la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, publicada en el *DOF* el 19 de junio de 2017; en 42 artículos se establece la coordinación de los tres niveles de gobierno para

⁵⁷ Kompass, Anders (coord.), *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003.

promover y proteger el ejercicio de los derechos culturales y coordinar el acceso de los bienes y servicios que presta el Estado en materia cultural. En específico, el apartado orgánico dispone la coordinación para que los tres órdenes de gobierno desarrollen acciones para investigar, conservar, proteger, fomentar, formar, enriquecer y difundir el patrimonio cultural inmaterial, además de favorecer la dignificación y respeto de las manifestaciones de las culturas originarias, mediante su investigación, difusión, estudio y conocimiento. Se faculta a las entidades federativas para regular el resguardo del patrimonio cultural inmaterial e incentivar la participación de las organizaciones de la sociedad civil y pueblos originarios. Estos primeros pasos en materia de protección en la legislación local del patrimonio inmaterial son el resultado de los compromisos adquiridos por la adhesión a diversos instrumentos del derecho internacional, principalmente por la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en septiembre de 2003, y está destinada a complementar la Convención del Patrimonio Mundial aprobada en 1972, y cuya finalidad fue proteger el patrimonio material de la humanidad.

Los derechos culturales tienen una intrínseca relación con los elementos del patrimonio cultural material e inmaterial, debido a que el patrimonio cultural es un resultado de los procesos sociales, sin los cuales no se pueden garantizar adecuadamente los derechos culturales, y que al entenderse como un derecho humano es un mandato constitucional vinculante su protección para las autoridades y particulares. El artículo 1o. de la CPEUM establece en su párrafo tercero, que corresponde a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, 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 tiene el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de estos derechos humanos.

Los derechos culturales han tenido incidencia en resoluciones del Poder Judicial de la Federación. De acuerdo con el criterio que se enmarca en la tesis aislada 1a. CCVI/2012 (10a.) emanada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), se establece que el Estado debe garantizar y promover la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, tanto en su aspecto individual como elemento esencial de la persona, como colectivo, en lo social, dentro del cual está la difusión de múltiples valo-

res y manifestaciones del quehacer humano con carácter formativo de la identidad individual, social o nacional. De igual forma, la tesis aislada 1a. CCVII/2012 (10a.) fija la naturaleza del derecho a la cultura como un derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona humana, y establece el vínculo con el artículo 1o. constitucional; la calidad de derecho humano se debe garantizar tanto su acceso como su participación sin discriminación alguna, y respetarse en su máxima expresión tanto en lo individual como en lo colectivo; estos derechos, al igual que otros preceptos dogmáticos, tienen límites de manera externa, que implican su relación con el ejercicio de otros derechos; así, establece que carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, lo cual estará, en su caso, sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.

El sistema normativo mexicano actualmente cuenta con disposiciones legales para dar una protección a los elementos simbólicos relacionados con el jaguar, debido a su importancia social, y el vínculo de los derechos culturales asociados a esta especie, prerrogativas que imponen una obligación al Estado de garantizar su protección y a establecer mecanismos estructurados en políticas públicas para gozar plenamente estos derechos sociales a través de la progresividad.

El ejercicio de estos derechos de tercera generación, relacionados con el simbolismo del jaguar, debe partir desde el actuar constante de la sociedad civil; si bien como derecho cultural el Estado tiene la obligación de velar por la garantía de este derecho en su máxima expresión, es necesario estructurar sinergias entre la sociedad civil y los entes gubernamentales, para que las personas tengan igualdad de circunstancias de ejercer libremente estos derechos, que se asocian con elementos materiales e inmateriales.

V. DERECHOS CULTURALES Y AMBIENTALES ASOCIADOS AL JAGUAR, UN CONFLICTO

El jaguar mexicano se encuentra en peligro de extinción. Las poblaciones de esta especie se han visto afectadas gravemente por actividades antropogénicas, principalmente por la destrucción de los ecosistemas naturales y la

cacería ilegal;⁵⁸ su distribución está muy reducida, y algunas poblaciones han desaparecido por completo.⁵⁹ En la actualidad, el jaguar es una especie conflictual con el humano. Este problema se da principalmente en zonas y poblaciones rurales, que en su mayoría son habitadas por población indígena, lo que genera una conflagración de estas poblaciones con el jaguar, que fue considerado parte esencial de los pueblos y comunidades precolombinos. El incremento del área para actividades pecuarias tiene como consecuencia la reducción de los espacios de distribución de las especies silvestres, lo que fuerza a los grandes carnívoros a vivir cerca de las poblaciones humanas;⁶⁰ debido a los procesos históricos, sociales y al desconocimiento del valor socioambiental de las especies silvestres, se ha instaurado actualmente una relación inarmónica interespecífica negativa por competencia con los medianos y grandes carnívoros, como el jaguar, ya que son considerados una amenaza para la economía rural, por la afectación que se da al ganado —conformado con especies exóticas domésticas ajenas a la tradición prehispánica— a través de la depredación. Esta relación ha dado como resultado un conflicto con estas especies silvestres nativas, que son cazadas y exterminadas.⁶¹ Las especies ganaderas provenientes de Europa con la conquista consolidaron con los siglos una importancia social, ya que son consideradas como expresión de riqueza y fuente de prestigio,⁶² desplazando al poder simbólico del jaguar, al grado de considerarlo una especie conflictual, por depredar a especies ganaderas.

⁵⁸ Chávez, Cuauhtémoc *et al.*, “Panthera onca”, en Ceballos, Gerardo y Oliva, Gisselle (coord.), *Los mamíferos silvestres de México*, México, Conabio-UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 367-370.

⁵⁹ Swank, Wendell y Terr, James, “Status of the Jaguar 87”, *Oryx*, vol. 23, 1989, pp. 14-21; Ceballos, Gerardo *et al.*, “Tamaño poblacional y conservación del jaguar en la reserva de la biosfera de Calakmul, Campeche, México”, en Medellín, Rodrigo *et al.* (comps.), *El jaguar en el nuevo milenio*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM-Wildlife Conservation Society, 2002, pp. 403-418.

⁶⁰ Hoogesteijn, Rafael, *Manual sobre problemas de depredación causados por jaguares y pumas en hatos ganaderos*, Nueva York, Wildlife Conservation Society, 2003; Inskip, C., y Zimmermann, Alexandra, “Human Felid Conflict: A Review of Patterns and Priorities World”, *Oryx*, vol. 43, 2009, pp. 18-34.

⁶¹ Morales, Ángel y Morales, Jonatan, “Bienestar animal y legislación; el reto de los animales destinados al consumo humano en México”, *Derecho animal web*, 2017, p. 5.

⁶² Steinfeld, Henning *et al.*, *La larga sombra del ganado*, Roma, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Iniciativa de Ganadería, Medio Ambiente y Desarrollo, 2009, p. 303.

Cuando se caza a un ejemplar en estas comunidades se realiza un aprovechamiento de las pieles y partes de este felino, que se asocian con algunas prácticas culturales indígenas. Si bien las comunidades indígenas de México cuentan con derechos reconocidos en instrumentos nacionales e internacionales asociados a la cultura, estos derechos se deben posicionar dentro de los límites que impone el respeto de los demás derechos humanos y las libertades fundamentales, a fin de que las prácticas culturales no contradigan semánticamente el concepto de justicia. Las limitantes se enuncian en los instrumentos del derecho internacional; para el caso del Convenio 169 de la OIT en su artículo 8o., partes 2 y 3, se establece la excepción, conforme lo siguiente:

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

De igual forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estipula lo siguiente:

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Por tanto, el jaguar es considerado un animal de gran importancia para los ecosistemas, ya que al encontrarse en la cima de la cadena trófica regula los ecosistemas y da una serie de servicios ambientales que marcan y definen la estabilidad económica, social y ambiental de una determinada sociedad, incluso estos servicios ambientales son una pieza clave de la subsistencia de la vida en la Tierra; sin el jaguar, la especie humana se encuentra en peligro, por lo que la pervivencia de esta especie se asocia

a derechos ambientales, que se consagran tanto en el sistema normativo nacional como en el internacional. Los ritos y costumbres de pueblos y comunidades indígenas que utilizan en sus actos culturales partes de jaguar violentan el derecho humano a un medio ambiente sano, y debido a la presión en que se encuentra esta especie es susceptible que se aplique la excepción establecida en el artículo 8o. de la Convención, y que al igual que todas las personas que se ubican en el territorio mexicano se tutelen los derechos ambientales y asuman las obligaciones correspondientes. Aunado a lo anterior, las prácticas culturales que utilizan partes o derivados del jaguar pueden ser remplazadas por elementos sintéticos, sin afectar la parte sustancial de las prácticas culturales. Así, México, al ser una nación pluricultural, en relación con el jaguar existen etnias que consideran aun a este animal como un ser sagrado; un ejemplo es el “Abuelo jaguar”, en el estado de Oaxaca, por lo que el utilizar y dañar a un jaguar, sus partes o derivados en prácticas culturales, puede causar un conflicto intercultural.

VI. CONCLUSIÓN

En México, las prácticas asociadas al jaguar tienen una similitud profunda intercultural, radicada en un complejo articulado de elementos culturales sumamente resistentes al cambio, que actúan como estructurantes del acervo tradicional. Pese a la riqueza cultural y biológica de este felino, actualmente las condiciones sociales y ambientales han reducido su espacio simbólico, material y ecológico. El misterio y la magia del jaguar, así como su recurrencia en los ciclos vitales de reproducción cultural, seguirán vigentes mientras este imponente animal siga existiendo, ya que las poblaciones de jaguar son de aproximadamente 3,800 ejemplares conforme al censo nacional del jaguar,⁶³ por lo que es necesario realizar acciones para su conservación desde un enfoque integral biocultural de este majestuoso felino en México, y exaltar su importancia histórica y actual en el desarrollo de un sinnúmero de actividades dentro de las diversas culturas que otorgan a México su carácter de multicultural.

El enfoque biocultural para la conservación y el desarrollo sustentable alrededor de los pueblos indígenas es estratégico para países megadiver-

⁶³ Ceballos, Gerardo *et al.*, *El jaguar en México*, México, Telmex-Conanp-UNAM-Instituto de Ecología-Servicios Ecológicos y Científicos, 2011, p. 17.

sos como México;⁶⁴ el conservar esta especie sin tomar medidas enfocadas en el rescate de los elementos culturales asociados a este felino es un error; la política cultural de una sociedad pluricultural no puede ser negligente ante la existencia de una multiplicidad de referentes en materia de identidad, como las prácticas culturales asociadas al jaguar, por lo que es imperante realizar acciones de salvaguardia de las prácticas culturales asociadas a esta especie que sean compatibles con su conservación y se apeguen al marco legal, por lo que es necesario que se consagre como símbolo nacional para la conservación de la biodiversidad en México y que se realice un programa nacional encabezado por la Secretaría de Cultura y la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas —que es la autoridad encargada de especies prioritarias de México— para la salvaguardia de los elementos culturales asociados a esta especie; asimismo, es apremiante que se realicen acciones para que se decreten las prácticas culturales asociadas al jaguar de manera individualizada por cada entidad y a nivel nacional como patrimonio cultural inmaterial de México, y que posteriormente se solicite el reconocimiento ante la UNESCO como patrimonio cultural inmaterial de la humanidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Lizette, *Viento arremolinado. El toro encalado y la flauta de mirlitón*, México, Instituto Veracruzano de la Cultura-Conaculta, 2012.
- BARTOLOMÉ, Miguel y BARABAS, Alicia, *Los sueños y los días. Chamanismo y nahualismo en el México actual. IV. Pueblos nahuas y otomíes*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2013.
- BOEGE, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, México, INAH-Conaculta-CDI, 2010.
- BOEGE, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, México, INAH-CDI, 2008.
- BUENO, Isabel, “El sacrificio gladiatorio y su vinculación con la guerra en la sociedad mexicana”, *Gladius. Estudios sobre armas antiguas, arte militar y vida cultural en Oriente y Occidente*, vol. 29, 2009.

⁶⁴ Boege, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2008, p. 237.

- CEBALLOS, Gerardo *et al.*, “Tamaño poblacional y conservación del jaguar en la reserva de la biosfera de Calakmul, Campeche, México”, en MEDELLÍN, Rodrigo *et al.* (comps.), *El jaguar en el nuevo milenio*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM-Wildlife Conservation Society, 2002.
- CEBALLOS, Gerardo *et al.*, *El jaguar en México*, México, Telmex-Conanp, Instituto de Ecología-UNAM-Servicios Ecológicos y Científicos, 2011.
- CEBALLOS, Gerardo *et al.*, *The Jaguar in Mexico*, México, Telmex-Conanp, Instituto de Ecología-UNAM-Servicios Ecológicos y Científicos-Alianza Nacional para la Conservación del Jaguar, 2016.
- CHÁVEZ, Cuauhtémoc *et al.*, “Panthera onca”, en CEBALLOS, Gerardo y OLIVA, Gisselle (coords.), *Los mamíferos silvestres de México*, México, Conabio-UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Códice Chimalpopoca, Anales de Cuautitlán y Leyenda de los Soles*, trad. de Primo Feliciano Velázquez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1992.
- Códice Chimalpopoca. Anales de Cuauhtitlán y Leyenda de los soles*, trad. de Primo Feliciano Velázquez, México, UNAM, 1945.
- COE, Michael, “Olmec Jaguars and Olmec Kings”, en BENSON, Elizabeth, *The Cult of the Feline: A Conference in Pre-Columbian Iconography*, Washington, D. C., Dumbarton Oaks Research Library and Collections, 1972.
- CRUZ, Víctor de la, *El pensamiento de los binnigula’sa’: cosmovisión, religión y calendario con especial referencia a los binnizá*, México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Publicaciones de la Casa Chata, 2007.
- GARZA, Mercedes de la, *Sueño y alucinación en el mundo náhuatl y maya*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1990.
- GARZA, Mercedes de la, *Sueño y éxtasis. Visión chamánica de los nahuas y los mayas*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- DEHOUE, Danièle, *Entre el caimán y el jaguar. Los pueblos indios de Guerrero*, México, CIESAS-Instituto Nacional Indigenista, 2002.
- DÍAZ, Rosalba, *El ritual de la lluvia en la tierra de los hombres tigres*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Dirección General de Culturas Populares e Indígena, 2003.
- DÍAZ, T. y GUADARRAMA, F., *Abuelo jaguar*, México, Pueblo Jaguar y Ojo de Agua Comunicación, 2010.

- DORANTES, Francisco, “Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones”, *Alegatos*, México, núm. 85, septiembre-diciembre de 2013.
- FLORES, Lucerito, *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015.
- FURTS, Peter, “The Olmec Were Jaguar Motif in the Light of Ethnographic Reality”, en BENSON, Elizabeth, *Dumbarton Oaks Conference on the Olmec*, Washington, D. C., 1968.
- GONZÁLEZ, Yolotl, *Animales y plantas en la cosmovisión mesoamericana*, México, Plaza y Valdés, 2001.
- HERMANN, Manuel, “Historia y linajes en los códices mixtecos”, en CERVANTES, Mayán (coord.), *La escritura en los códices mexicanos*, México, Academia Mexicana de Ciencias Antropológicas, 2011.
- HOGESTEIJN, Rafael, *Manual sobre problemas de depredación causados por jaguares y pumas en hatos ganaderos*, Nueva York, Wildlife Conservation Society, 2003.
- HORCASITAS, Fernando, “La danza de los tecuanes”, *Estudios de Cultura Náhuatl*, México, vol. 14, 1980.
- INSKIP, C. y ZIMMERMANN, Alexandra, “Human Felid Conflict: a Review of Patterns and Priorities World”, *Oryx*, vol. 43, 2009.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, INEGI, *Encuesta Intercensal 2015*.
- KOMPASS, Anders (coord.), *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003.
- KUBLER, George, “Jaguars in the Valley of Mexico”, *The Cult of the Feline. A Conference on Pre-Columbian Iconography*, Washington, D. C., 1972.
- LEÓN-PORTILLA, Miguel, *El jaguar: su ser divino, humano y felino*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.
- LEÓN-PORTILLA, Miguel, *Trece poetas del mundo azteca*, México, SEP-Setentas, 1972.
- LEÓN-PORTILLA, Miguel, *Los antiguos mexicanos a través de sus crónicas y cantares*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1999.
- LÓPEZ, Austin, “El núcleo duro, la cosmovisión y la tradición mesoamericana”, en BRODA, Johanna y BÁEZ-JORGE, Félix (coords.), *Cosmovisión*,

- ritual e identidad de los pueblos indígenas de México*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2001.
- LÓPEZ, Austin, *Las razones del mito*, México, Era, 2015.
- MORALES, Ángel y MORALES, Jonatan, “Bienestar animal y legislación; el reto de los animales destinados al consumo humano en México”, *Derecho animal web*, 2017.
- NAVARRETE, Carlos, “Prohibición de la danza del tigre en Tamulte, Tabasco en 1631”, *Tlalocan*, México, vol. 4, núm. 4, 1971.
- OLIVIER, Guilhem, “Tepeyóllotl, «Corazón de la montaña y Señor del eco»: el dios jaguar de los antiguos mexicanos”, *Estudios de Cultura Náhuatl*, México, vol. 28, 1998.
- PIÑA, Román y COVARRUBIAS, Luis, *El pueblo del jaguar (los olmecas arqueológicos)*, México, SEP, 1964.
- PIÑA, Román, *Los olmecas. La cultura madre*, México, Premisa, 1994.
- REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo, *El chamán y el jaguar*, México, Siglo XXI, 1978.
- SÁNCHEZ, Jorge, *El derecho y la cultura*, México, Tirant lo Blanch-El Colegio Nacional, 2016.
- SAUNDERS, Nicholas, “El icono felino en México”, *Arqueología Mexicana*, México, vol. XII, núm. 72.
- SAUNDERS, Nicholas, “Predators of Culture: Jaguar Symbolism and Mesoamerican Elites”, *World Archaeology*, vol. 26, núm. 1, 1994.
- SAUNDERS, Nicholas, *Icons of Power: Feline Symbolism in the Americas*, Londres, Routledge, 1998.
- SAUNDERS, Nicholas, *People of the Jaguar: The living Spirit of Ancient America*, Londres, Souvenir Press, 1989.
- SAUNDERS, Nicholas, *The Peoples of the Caribbean: An Encyclopedia of Archaeology and Traditional Culture*, California, ABC-CLIO, 2005.
- SELER, Eduard, *Las imágenes de animales en los manuscritos mexicanos y mayas*, México, Casa Juan Pablos, 2008.
- SERRANO, Enrique (coord.), *Regiones indígenas de México*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006.
- SPRANZ, Bodo, *Los dioses en los códices mexicanos del grupo borgia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

- STEINFELD, Henning *et al.*, *La larga sombra del ganado*, Roma, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Iniciativa de Ganadería, Medio Ambiente y Desarrollo, 2009.
- SWANK, Wendell y Terr, James, “Status of the Jaguar 87”, *Oryx*, 23, 1989.
- TAUBE, Karl, *Mitos aztecas y mayas*, Madrid, Akal, 1996.
- TOLEDO, Víctor y BARRERA-BASSOLS, Narciso, *La memoria biocultural*, Barcelona, Icaria editorial, 2008.
- VALVERDE, María del Carmen, “Jaguar y chamán entre los mayas”, *Alteridades*, México, vol. 6, núm. 12, 1996.
- VALVERDE, María del Carmen, “Los lenguajes del símbolo: el jaguar y el poder entre los mayas prehispánicos”, en SOLARES, Blanca (coord.), *Investigaciones de hermenéutica simbólica*, México, Anthropos Editorial, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, UNAM, 2001.
- VALVERDE, María del Carmen, *Balam. El jaguar a través de los tiempos y los espacios del universo maya*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2004.
- VERGARA, Arturo, *Las pinturas del templo de Ixmiquilpan*, Hidalgo, Pachuca, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2010.
- YÁÑEZ, Sergio, “Patrimonio inmaterial en México: evolución legal, posibilidades institucionales y retos actuales”, en MORALES, Carmen y WACHER, Mette (coords.), *Patrimonio inmaterial. Ámbitos y contradicciones*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2012.
- ZOLLA, Carlos y ZOLLA, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*, México, UNAM, 2004.

Otros

- Carta de Organización de los Estados Americanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención del Patrimonio Mundial.
- Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.
- Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 153, pp. 973-999.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.
Ley Federal del Patrimonio Cultural de la Nación, 1970.
Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, 1972.
Ley General de Bienes Nacionales, 2004.
Ley General de Cultura y Derechos Culturales, 2017.
Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, 2003.
Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 1976.
Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1939.
Ley sobre Protección y Conservación de Monumentos Arqueológicos e Históricos, Poblaciones Típicas y Lugares de Belleza Natural, 1934.
Manual de Organización General del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 2010.
Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura, 2016.
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA, Decreto por el que se crea el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública que ejercerá las atribuciones de promoción y difusión de la cultura y las artes, 1988.
Tesis 1a. CCVI/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2012.
Tesis 1a. CCVII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I.

BIBLIOGRAFÍA

ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa, *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), 2017, 151 pp.

El libro elaborado por la doctora Elisa Ortega Velázquez pertenece a la colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia.

Es una publicación editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Comisión Nacional de Derechos Humanos en septiembre de 2017.

El libro tiene una extensión de 151 páginas, y se divide en seis apartados, cuyos rubros son: capítulo I: “Terminología”; capítulo II: “Niñas, niños y adolescentes migrantes como grupo humano vulnerable”; capítulo III: “Quiénes son las niñas, niños y adolescentes migrantes”; capítulo IV: “Estándares internacionales de protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes”; capítulo V: “Desafíos en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes: derechos sociales, detenciones y expulsiones”; capítulo VI: “Buenas prácticas en materia de niñas, niños y adolescentes migrantes”.

En la presentación se plantea que en la actualidad, para la defensa de los derechos humanos no es suficiente con invocar los instrumentos internacionales de derechos humanos de orden convencional, sino que es fundamental considerar los instrumentos de interpretación y jurisprudencia emanados de los organismos internacionales de derechos humanos tanto universales como regionales, y se resalta la importancia de aquellos emanadas del sistema interamericano de derechos humanos.

Igualmente, en la introducción se habla de las condiciones actuales en las que viven y se desarrollan los migrantes; se hace énfasis en que las niñas, los niños y los adolescentes son mayormente vulnerables a los riesgos a los que se enfrentan, en particular a la pobreza, la exclusión social, al reconocimiento, goce y ejercicio real a sus derechos fundamentales y a la protección, que llevan implícitos los principios de prioridad y de interés superior del niño.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLX, núm. 151, enero-abril de 2018, pp. 1003-1007.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

En el capítulo I, de la terminología, se hace hincapié en la importancia que tiene en la situación jurídica de niñas, niños y adolescentes el usar una terminología correcta y adecuada, pues a ello está sujeta la seguridad jurídica y la no discriminación en la aplicación del derecho a este grupo vulnerable.

Se hace toda la justificación respecto a por qué deben usarse los términos “niñas, niños y adolescentes”, y no el término “menores”; ya que esto permite referirse a todos los sujetos migrantes menores de diez y ocho años, mientras que el término “menores” tiene un sentido peyorativo, que refuerza un estereotipo de des-humanidad, de connotaciones negativas, y que además varía de país en país.

Para llegar a esta conclusión se realiza un estudio sobre el término “menor” en el *Diccionario lengua española* y en la teoría regional, que habla de la doctrina de la situación irregular.

En este mismo capítulo, Ortega Velázquez habla sobre las niñas, niños y adolescentes en términos de su situación migratoria y la importancia de usar el término “irregulares” y no el de “ilegales”, con lo que se abordan todas las situaciones de las que pueden surgir las irregularidades de su migración, sean creadas por el migrante o contra el migrante, y omitiendo “ilegales” se evita el uso de un término que igualmente tiene una connotación negativa y normativa, que se relaciona con la idea de delincuencia.

En el capítulo II, sobre niñas, niños y adolescentes migrantes como grupo humano vulnerable, se comienza por definir el concepto de vulnerabilidad, señalar los supuestos de vulnerabilidad y el uso jurídico de “persona” o “grupo en situación de vulnerabilidad”.

Del mismo modo, aborda de forma precisa cómo es que se concibe a las niñas, niños y adolescentes migrantes como grupo humano vulnerable, y las razones que llevan a esta consideración.

En el capítulo III, denominado “¿Quiénes son las niñas, niños y adolescentes migrantes?”, se puede observar que resalta la importancia de comprender que se trata de un grupo variado y vulnerable, en razón de que puede tratarse de niñas, niños y adolescentes no acompañados por un adulto; de niñas, niños y adolescentes separados de sus tutores, pero no necesariamente de otros parientes de los que pueden o no ir acompañados; de niñas, niños y adolescentes nacidos en el país de destino, o bien de niñas, niños y adolescentes retornados, es decir, que regresan al país de origen solos o

acompañados de forma voluntaria o como resultado de un procedimiento migratorio.

Por cuanto hace al capítulo IV, al que se llamó “Estándares internacionales de protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes”, la autora hace un estudio sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos convencionales y no convencionales aplicables a los casos de niñas, niños y adolescentes migrantes.

Comienza por el sistema universal de derechos humanos, y los divide en la “Parte general”, en la que se ven las convenciones y pactos generales de derechos humanos que competen, y en la parte especializada, en la que se reflejan los tratados específicos que en materia migratoria aplican, como lo son la Declaración sobre Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, de 1985; la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1990; así como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo infantil y otros estándares de protección, como la Convención Internacional de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños de 2003.

Continúa con el estudio regional de derechos humanos; es decir, el sistema interamericano de derechos humanos. Comienza por aclarar que en este caso no existe una convención específica para tratar la protección de los derechos humanos de migrantes, y tampoco la de las niñas, niños y adolescentes; pero señala que en apoyo de estos grupos migrantes surge la protección que proporciona tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La autora hace fundamental referencia al artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se establecen los derechos de niñas, niños y adolescentes, y también hace una prelación de los instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano que son relevantes para la protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes, entre los cuales se señalan el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forza-

da de Personas; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará; la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de las Mujeres, Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de las Mujeres, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Internacional sobre Tráfico Internacional de Menores, Convención sobre Asilo Territorial, Convención sobre la Nacionalidad, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, o las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes Migrantes; así como otros instrumentos y acciones del sistema interamericano.

El capítulo V sobre los “Desafíos en materia de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes: derechos sociales, detenciones y expulsiones”, Ortega Velázquez nos habla acerca de la obligación que existe por parte de los Estados parte, de garantizar a todos y todas las niñas, niños y adolescentes, independientemente de cualquier condición o situación migratoria, sus derechos humanos y libertades fundamentales, por su vulnerabilidad, en particular el derecho a la educación, el derecho a la salud, vivienda, y en general con aquellos que garantizan el derecho a una vida digna, sea cual fuere su condición migratoria, así como sobre la interdependencia que existe entre los derechos sociales y las barreras para su reconocimiento; además, señala las problemáticas que implica la restricción, limitación o desconocimiento en su ejercicio.

De la misma forma, la autora nos habla en este capítulo sobre las detenciones de niñas, niños y adolescentes consecuencia de las políticas migratorias para controlar la migración irregular, las que, afirma la autora, carecen de un enfoque compatible con el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de este grupo vulnerable, lo que se observa en las prácticas o procedimientos de detención de los Estados.

Finalmente, en el capítulo VI, sobre las “Buenas prácticas en materia de niñas, niños y adolescentes migrantes”, Ortega Velázquez señala la importancia de que en la política, en los procedimientos y en la legislación migratorios se privilegie la condición de ser niña, niño o adolescente por

encima de la calidad de migrante, dando prioridad al criterio, que tuvo su origen en el estudio realizado por instrucciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre las Mejores Prácticas para la Protección de los Derechos del Niño en el Contexto de la Migración de 2010, que señala que todas las autoridades o instituciones que entren en contacto con niñas, niños y adolescentes migrantes deben actuar sobre los principios de prioridad, del interés superior de la infancia, del de no detención de niñas, niños y adolescentes migrantes, y del de no devolución, así como reconocer y garantizar el ejercicio y goce de su derecho a ser escuchados y a participar en aquellos asuntos que los afecten en sus derechos, a que les sean respetadas las garantías del procedimiento, el derecho a la vida familiar y, en su caso, a poder ser considerarlos como refugiados, dando prioridad a la protección de sus derechos.

En las conclusiones, Ortega Velázquez resalta la preocupación que existe en las agendas de derechos humanos, a pesar de los avances en el reconocimiento de los mismos, respecto al trato y situación que viven ante las políticas migratorias diversas de los Estados las niñas, niños y adolescentes migrantes. Asimismo, afirma la importancia que tiene la incorporación eficaz de la normativa de protección internacional de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en la actualización o creación de las legislaciones y procedimientos migratorios de los Estados en los que este grupo vulnerable se encuentre involucrado.

Nos parece que este libro es una obra de fundamental importancia por cuanto a los aportes que brinda y el estudio profundo que hace sobre la situación que guarda la protección y trato a las niñas, niños y adolescentes migrantes, grupo que, como señala la autora, se encuentra en situación de vulnerabilidad.

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS*

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El derecho internacional ante el conflicto de Colombia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 384 pp.

Los procesos de paz y justicia en Colombia tuvieron su culminación a finales de 2016 en La Habana, y, posteriormente, fuimos testigos del rechazo del pueblo colombiano a los mismos, mediante un referéndum que el presidente de este país llevó a cabo. Para sorpresa de muchos, la decisión histórica y el momento vivido en meses pasados amerita la reflexión y discusión sobre un tema que nuevamente es puesto sobre la mesa de las discusiones y, sobre todo, de la toma de decisiones de los actores involucrados en el conflicto: el papel de las víctimas. Precisamente, me parece que la obra que aquí se comentará auxilia en buena medida para repensar el problema desde la perspectiva histórica, el papel de los derechos humanos de las víctimas en el ámbito internacional y, sobre todo, los retos de la justicia y la paz en aquel país del sur de nuestro continente.

En efecto, el libro del profesor Félix Vacas es un instrumento valioso para realizar este análisis del conflicto colombiano desde una doble perspectiva: el papel del derecho internacional y la garantía de los derechos humanos, conjuntado en un área de estudio que el autor acertadamente refiere: el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH). En mi opinión, el libro del profesor Vacas es valioso desde esa dirección: el estudio de los derechos de las víctimas desde la perspectiva del DIDH y del DIH.

El libro se divide en tres partes. La primera refiere al conflicto de Colombia en perspectiva histórica: de la guerra fría a su adaptación al mundo globalizado. En la segunda parte hace referencia a las consideraciones en torno al *ius ad bellum* y al *ius in bello* y su aplicación al conflicto en este país. Finalmente, la tercera parte hace el estudio de los derechos de las víctimas y la actuación contra la impunidad, por la paz y la reconciliación. En este enlace tripartita, el autor presenta un conflicto de más de cincuenta años en Colombia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Así, la perspectiva histórica permite una contextualización del conflicto armado, considerado como el conflicto más largo de América. Para esto, me parece pertinente la identificación de tres momen-

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLX, núm. 151, enero-abril de 2018, pp. 1009-1013.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

tos claves: el momento de la “violencia” (1948-1957), caracterizado por la confrontación entre liberales y conservadores, que dio cuenta de la muerte de cientos de miles de personas como consecuencia de la violencia política extendida a lo largo y ancho del país. Es un periodo de “exclusión, represión y guerra fratricida”, dice el autor, periodo que puso las bases para el futuro próximo: ausencia de un control por el Estado, e inseguridad por los grupos armados existentes. Un segundo momento clave (1958-1984) del Frente Nacional a los Acuerdos del presidente Uribe, caracterizado por un claro apoyo estadounidense, se da con el movimiento armado en Marquetalia, conocida a la postre como el origen de las FARC, en 1962, surgidas, según el mito fundacional, en una agresión externa.

Y el tercer momento: Unión Patriótica al final de Samper (1984-1998). Se inicia el proceso de negociación de las FARC con el gobierno colombiano. Finalmente, en 1984 se puso alto al fuego, nace la Unión Patriótica, brazo político legalizado de las FARC, que ocupa la izquierda política. Sin embargo, no tuvo el resultado esperado. En el año de su creación, más de trescientos militantes habían sido asesinados. Esto fue el inicio de la persecución y exterminio de los militantes de la Unión Patriótica (UP), y, con ello, el fracaso más serio y factible de concluir el conflicto. Aquí aparece la tragedia de 1986, cuando el candidato a la presidencia por la UP, junto con trece parlamentarios, fueron asesinados en una campaña de exterminio que se extendió a tres mil y cuatro mil miembros de la UP asesinados por paramilitares y fuerzas de seguridad colombiana en esos años. La convivencia de grupos paramilitares, ejército, policía y determinadas élites (naciones y regionales) económicas y políticas del país, terminaron con la oportunidad de concluir el conflicto armado en Colombia. En estas coordenadas, el conflicto arreció con la entrada en los ochenta, de un nuevo factor, como lo fue el narcotráfico. Esto hizo que el conflicto se encaminara a una generalización de la violencia geográfica y social. Sin duda, las claves de la explicación del autor se encuentran en las causas multivariables y en diferentes desarrollos a lo largo de casi seis décadas del conflicto: los factores económicos y sociales, como la pobreza, la desigualdad entre los sectores sociales y la apropiación de recursos económicos del país, principalmente la tierra y la presencia del narcotráfico, en lo económico y el reparto de la tierra.

La segunda parte de la obra del profesor español Félix Vacas analiza los derechos de la guerra y el derecho a la guerra y su aplicación al conflicto

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 1009-1013.

de Colombia, el derecho en los conflictos (*ius ad bellum*) y el derecho humanitario (*ius in bellum*) y sus implicaciones con el derecho internacional de los derechos humanos. Destaca en esta segunda entrega el análisis de los elementos de la justicia de transición aplicados al conflicto colombiano: el acceso a la justicia, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación. La calificación de “armado” que del conflicto hace el autor da la pauta para la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH), como el caso del Protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Para determinar si el conflicto en Colombia es un “conflicto armado” en el sentido jurídico del derecho internacional, de acuerdo con lo establecido en el Protocolo II, Félix recurre a dos fuentes directas: el Protocolo I no es un conflicto internacional, sino un conflicto interno. Y al Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), artículo 8o., en el que se deriva la existencia de violencia prolongada, grupos armados organizados. Por tanto, según la CPI, es la intensidad del enfrentamiento lo que permite distinguir un conflicto armado interno de situación de tensión o disturbios internos que no llegan al nivel de la violencia requerido para ser un “conflicto armado”. Esto se confirma en el Informe de la Fiscalía de la CPI sobre la situación de Colombia, en noviembre de 2012: “crímenes de guerra en Colombia, 1 nov. 2009, ha tenido lugar un conflicto armado de índole no internacional en el territorio de Colombia entre las FARC, ELN y el Gobierno del Colombia”.

Otro elemento interesante en la temática es la concepción de *ius ad bellum*: es decir, la legitimación del uso de la fuerza en el ámbito internacional. Para los conflictos internos, según el artículo 2.4 de la Carta, el derecho internacional entra a regular conflictos internos con relación específicamente al uso de la fuerza armada; esto es, al *ius ad bellum*, tanto respecto del Estado como de los grupos armados en contra del gobierno establecido. Se destacan dos análisis que realiza el autor; en primer término, el uso de la fuerza *ad extra* (fuera de frontera) como *ad intra* (en el interior del Estado) por el propio Estado. En el caso de Colombia, se han dado ambos.

Dos temas más son abordados en esta sección; por un lado, el uso de la fuerza por grupos no estatales o paramilitares. Aquí, el autor pone en debate uno de los problemas del derecho internacional contemporáneo más complejo y de difícil solución: el uso de la fuerza por grupos, pueblos

a los que se les impide el derecho a la libre determinación del que son titulares. En el caso de uso de violencia *ad extra* para las potencias ocupantes o colonizadoras, y *ad intra* para la violencia del pueblo oprimido o subyugado por el gobierno tiránico, se pregunta el autor, entonces, ¿cuál es la diferencia entre un terrorista y un revolucionario? Él expone desde la teoría esta compleja situación, y trata de responder la cuestión de la licitud o ilicitud del uso de la fuerza por los grupos armados no estatales en este conflicto, según el *ius ad bellum* internacional.

La segunda cuestión es el análisis de la protección jurídica internacional de las víctimas en el conflicto de Colombia (capítulo quinto), y el papel de las partes en el conflicto respecto a la obligación de respetar y determinar (para el caso de que no lo hagan) la posible omisión de crímenes internacionales susceptibles de ser perseguidos por la CPI: crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio. El autor presenta las dimensiones reales del conflicto en voz de las víctimas. La investigación realizada por el Grupo de Memoria Histórica (GMH) permite concluir la muerte de más de 220 mil personas entre 1958 y 2012, de las cuales 81.5% eran civiles, y 18.5%, combatientes. Las cifras son escalofriantes: 25,007 desaparecidos, 1,754 víctimas de violencia sexual, 6,421 reclutados, 4,774 desplazados, 27,023 secuestros en el periodo de 1970.2010), y de 1982-2012 más de diez mil víctimas.

Finalmente, en la tercera parte de la obra, en palabras del autor, es muy probable que la relación entre justicia y paz y derechos de las víctimas sea la clave en las negociaciones de paz desarrolladas en La Habana, en cuanto al amparo y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto, que, como hemos presenciado, y como afirma el autor, formó parte esencial de la agenda negociadora. Esta tercera parte se dedica a analizar 1) las complejas relaciones entre justicia y paz y los derechos de las víctimas a través de la protección internacional que brindan; 2) a partir de este análisis se abordan las exigencias de justicia de transición y de los derechos de las víctimas en el conflicto colombiano, y 3) concluye analizando la posibilidad, siempre controvertida, de que la Corte Penal Internacional puede enjuiciar los crímenes cometidos en el conflicto colombiano en lo que fuera competente, sobre todo el establecimiento de la responsabilidad internacional por los crímenes internacionales que no son cuestión interna del Estado, sino que son de interés para la comunidad internacional en su conjunto: personas, paz y seguridad.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 151, pp. 1009-1013.

Las conclusiones son en mi parecer bastante claras a la luz del conflicto analizado por el autor. Por un lado, el papel del DIH, del DIDH y de los actores internacionales más cercanos al conflicto es esencial para facilitar el camino hacia la paz para el pueblo colombiano y la justicia para las víctimas. Por otro lado, destaca el papel de la justicia transicional, al ser Colombia el único país en el mundo que ha adoptado esta justicia cuando el conflicto no ha concluido. Y no menos importante, el papel de los actores jurídicos, los tribunales colombianos, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y la CPI, velan por el cumplimiento de ese marco jurídico tejido en la historia, y que busca ser respetado tanto en los acuerdos derivados de las negociaciones como en su aplicación en cada víctima del conflicto colombiano.

Magda Yadira ROBLES GARZA*

* Investigadora y profesora de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (AIDH), Universidad Autónoma de Coahuila; directora del Centro de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la AIDH; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.