

ENFOQUES JURÍDICOS

REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS



NÚMERO 03 - ENERO JUNIO 2021
UNIVERSIDAD VERACRUZANA

ENFOQUES JURÍDICOS

ISSN-e 2683-2070

Año 2 Número 03 enero-junio 2021

XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD



UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Dra. Sara D. Ladrón de Guevara González

Rectora

Dra. María Magdalena Hernández Alarcón

Secretaria Académica

Mtro. Salvador F. Tapia Spinoso

Secretario de Administración y Finanzas

Dr. Ángel R. Trigos Landa

Director General de Investigaciones

Dra. Ana Gamboa de Trejo

Coordinadora

Centro de Estudios sobre Derecho,

Globalización y Seguridad

ENFOQUES JURÍDICOS

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ

DIRECTORA

CONSEJO EDITORIAL

Ana Gamboa de Trejo (México)

Jaqueline Jongitud Zamora (México)

Jorge Witker Velázquez (México)

Marta S. Moreno Luce (México)

Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

José Luis Cascajo Castro (España)

COMITÉ EDITORIAL

Josefa Montalvo Romero (México)

José Antonio Márquez González (México)

Ángela Figueruelo Burrieza (España)

Julia Roper Carrasco (España)

Rosanna Pane (Italia)

ENFOQUES JURÍDICOS



UNIVERSIDAD VERACRUZANA



Enfoques Jurídicos ISSN 2683-2070
Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización
y Seguridad de la Universidad Veracruzana
Xalapa, Veracruz, México

Núm. 3 (enero-junio 2021)
Correo-e:
enfoquesjuridicos@uv.mx
Teléfono: 2288 41 37 98

Enfoques Jurídicos es una publicación semestral, digital, arbitrada y de acceso gratuito, publicada por la Universidad Veracruzana a través del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad (CEDEGS); es un espacio libre para la divulgación de investigaciones científicas relacionadas con la ciencia jurídica con perspectiva multidisciplinar.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

CONTENIDO

ARTÍCULOS

Páginas

Neutralizar y castigar: una reflexión sobre el *Ethos* de
la prisión contemporánea

Carlos Fernández Abad.....9-21

Los Derechos humanos en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza

José Alfredo Gómez Reyes.....23-34

Gobierno Abierto municipal, la experiencia de Xalapa

Leda Coral Castro.....35-48

La cláusula de apertura constitucional y su evolución en México

Lilián Galván Bautista.....49-64

El problema de la relación entre derecho y moral

José Luis López Fuentes.....65-80

RESEÑA

Litigación climática

María del Rosario Huerta Lara.....83-90

COMENTARIO LEGISLATIVO

“La función tutelar del tributo en el medio ambiente”. Comentario jurisprudencial

En torno a la sentencia recaída al Amparo en Revisión 888/2018 de la SCJN

Geovanni de Jesús Durán Muñoz.....93-100

ENFOQUES JURÍDICOS

03 enero-junio 2021

ARTÍCULOS

Neutralizar y castigar: una reflexión sobre el *Ethos* de la prisión contemporánea

Recibido 27 julio 2020-Aceptado 19 agosto 2020.

Carlos Fernández Abad*

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, España
carlos.abad@urjc.es

RESUMEN: *Partiendo de las coordenadas teóricas expuestas por Foucault (1992) en Vigilar y Castigar, este trabajo analiza cómo ha evolucionado la naturaleza de la prisión desde sus orígenes hasta la actualidad. En este sentido, se argumenta que, desde comienzos de los años setenta del siglo pasado, se han sucedido toda una serie de profundas transformaciones económicas que han supuesto la paulatina superación de la «sociedad disciplinaria», lo que habría provocado que la prisión experimente todo un proceso de resignificación y adquiera una nueva funcionalidad que, en síntesis, estaría fundamentalmente orientada a neutralizar e invisibilizar a los sectores más desprotegidos del orden social.*

ABSTRACT: *Starting from the theoretical foundations exposed by Foucault (1992) in Discipline and Punish, this work analyses how the nature of the prison has evolved from its origins to the present day. In this sense, it is argued that, since the beginning of the seventies of the last century, a whole series of economic changes have taken place that have led to the gradual overcoming of the «disciplinary society», which would have caused the prison to experience a whole process of resignification and acquire a new functionality that, in short, would be fundamentally oriented to neutralize and make invisible the most unprotected sectors of the social order.*

* Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos y Doctor en Sociología por la Universidade do Minho. Su tesis titulada "El sistema penitenciario en España: análisis y revisión crítica de las políticas de reinserción social", obtuvo sobresaliente cum laude por unanimidad con Mención Internacional.

Palabras clave: *Prisión; Foucault; «sociedad disciplinaria»; rehabilitación; trabajo; «sociedad excluyente».*

Keywords: *Prison; Foucault; «disciplinary society»; rehabilitation; work; «non-inclusive society».*

SUMARIO: Introducción; 1. La prisión desde la perspectiva foucaultiana; 2. ¿Vigencia de la «sociedad disciplinaria»?; Aproximación a la crisis del ideal rehabilitador desde una lógica estructural; 3. Neutralizar y castigar: sobre el *ethos* de la prisión contemporánea y las funciones que esta desempeña; Conclusiones; Fuentes de consulta.

Introducción

Los años setenta del siglo pasado son generalmente señalados por la literatura especializada como un punto de inflexión en el desarrollo de la institución carcelaria (Feeley y Simon, 1992; Wacquant, 2004; Brandariz, 2007). Si, durante las décadas inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el ideal rehabilitador se había constituido como el axioma central de la política penal y penitenciaria (Garland, 2005), el último tercio del siglo XX se corresponde con su progresivo desplazamiento y sustitución por otras finalidades de la pena, entre las que destacan la retribución del hecho delictivo y la neutralización del delincuente (Wacquant, 2010). Por otra parte, desde entonces y hasta aproximadamente el inicio de la crisis económica del año 2008 (Brandariz, 2014), la mayor parte de los países han experimentado un crecimiento sustancial en sus respectivos índices de encarcelamiento (Walmsley, 2016), inaugurándose una etapa que ha sido comúnmente denominada como la era del «encarcelamiento masivo» (Garland, 2001). En este sentido, el ejemplo paradigmático sería el caso de Estados Unidos: mientras que, en 1975, sus cárceles albergaban a menos de 380.000 internos, esta cifra se situó en 2.173.800 personas durante el año 2015 (Kaeble y Glaze, 2016: 4). Todo ello, unido al hecho indiscutible de que la inmensa mayoría de los reclusos provienen de sectores de población sometidos a intensos procesos de exclusión social (De Giorgi, 2005), habrían configurado una prisión contemporánea muy determinada que, en términos provocativos, ha sido descrita por Wacquant como un gran contenedor judicial donde son arrojados los desechos de la sociedad de mercado (2010: 25).

El objetivo fundamental de este artículo, precisamente, estriba en examinar cómo ha evolucionado el *ethos* de la prisión contemporánea desde su origen hasta la actualidad. Ahora bien, a diferencia de aquellos estudios que concentran exclusivamente su interés en la prisión y sus contornos más inmediatos -como sería, por ejemplo, el campo jurídico- (Mir Puig, 1989; García-Pablos de Molina, 2010; Ríos, 2017), este trabajo busca desplazar la atención hacia el tipo de sociedad en la que la prisión contemporánea se encuentra inmersa. En este sentido, se argumenta que, desde comienzos de los años setenta del siglo pasado, la situación material que propició y fundamentó el origen de la institución carcelaria -y, por extensión, también de la pretensión rehabilitadora- se encuentra severamente

atenuada, lo que ha propiciado que esta experimente todo un proceso de resignificación y adquiera una nueva funcionalidad que, en síntesis, estaría orientada a invisibilizar y neutralizar a los sectores más precarios del orden social.

Para enarbolar esta argumentación, en primer lugar, la prisión es sometida a todo un proceso de desnaturalización que, estando fundamentalmente inspirado en las coordenadas expuestas por Foucault (1992) en *Vigilar y Castigar*, permite vislumbrar las conexiones existentes entre esta pena y la «sociedad disciplinaria» en la que surge y se desarrolla. Posteriormente, tomando en consideración las profundas transformaciones acaecidas durante el último tercio del siglo XX, se cuestiona si la estructura social contemporánea sigue reproduciendo el modelo de la «sociedad disciplinaria». Una vez descartada esta posibilidad, el tercer apartado aborda las implicaciones de esta transición sobre la prisión y las funciones que esta desempeña. Por último, se exponen una serie de conclusiones en las que se enfatiza que, cualquier intento que aspire a transformar radicalmente la prisión contemporánea, debe pasar necesariamente por modificar la estructura excluyente en la que esta se encuentra inmersa.

1. La prisión desde la perspectiva foucaultiana

En la actualidad, la pena de prisión ocupa una posición de centralidad absoluta en los sistemas penales contemporáneos (Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón, 2015: 31). En este sentido, sirva como ejemplo que, en el caso español, esta pena está presente, ya sea de uno u otro modo, en el 73,39% de los preceptos del Código Penal (Barquín Sanz y Luna del Castillo, 2012). Ahora bien, esta hegemonía no ha sido ni mucho menos constante a lo largo de la historia puesto, hasta finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, la prisión se constituyó únicamente como un mero establecimiento de custodia donde los delincuentes esperaban a ser juzgados o sometidos a una pena de diferente naturaleza (Sanz Mulas, 2000: 179). En estos términos, durante el Antiguo Régimen, las penas más frecuentes eran las de tipo corporal, pecuniarias e infamantes, siendo la privación de libertad una opción absolutamente marginal (Ignatieff, 1978). Este hecho, por su parte, no resulta especialmente llamativo si se toma en consideración que, a diferencia de la libertad (Pavarini, 2002: 36), el cuerpo, las posesiones materiales y el honor eran los bienes más valorados por la sociedad del momento (Melossi y Pavarini, 1987: 17). Además, la penología quedaba conectada a toda una serie de características del proceso, especialmente en lo que se refiere al carácter oculto del mismo y la ejecución pública de la pena (Tamarit Sumalla *et al.*, 2005: 31).

Sin embargo, según advierte Foucault (1992: 15 y ss.), a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, comienza a sucederse un doble proceso que supone una transformación radical de los métodos punitivos: mientras que, de un lado, la acción penal deja de focalizarse sobre el cuerpo del delincuente para concentrarse ahora sobre su alma -siendo entendida esta

como el conjunto de hábitos y comportamientos-, el espectáculo punitivo, del otro, comienza a desaparecer de forma paulatina, relegándose la ejecución del castigo a la parte oculta del proceso. Precisamente, en este punto, se situaría el origen y el desarrollo de la pena de prisión, así como los de la pretensión de transformar al delincuente. Pero, ¿cuáles son las causas que explican esta transformación punitiva? Para una parte muy importante de la doctrina jurídico penal (García Valdés, 1982; Garrido Guzmán, 1983; Neuman, 1984), este proceso estaría íntimamente relacionado con la irrupción de la ideología humanitaria derivada del movimiento ilustrado. En este sentido, desde esta posición -que, siguiendo la terminología empleada por Baratta (2004), podría denominarse como «paradigma ideológico»-, la crítica efectuada por los Reformadores -entre otros muchos, Beccaria (2000), Howard (2000) o Bentham (1979)- se constituiría como la fuerza motriz de un proceso donde los métodos punitivos transitan desde la barbarie más absoluta hacia su progresiva humanización, siendo la prisión el resultado final de esta evolución.

Ahora bien, para otra parte importante de la literatura especializada (Rusche y Kirchheimer, 1984; Melossi y Pavarini, 1987; Foucault, 1992), esta explicación sobre el origen y el desarrollo de la pena de prisión resulta totalmente insuficiente. Como señala Foucault, "quizás se atribuyó demasiado fácilmente y con demasiado énfasis a una «humanización» que autorizaba a no analizarla" (1992: 15). En este sentido, para la «economía política de la pena», las causas que explican esta gran transformación punitiva que acontece a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX deben buscarse en las relaciones de producción dominantes y las formas hegemónicas de organización del trabajo (De Giorgi, 2006: 57). En otras palabras, en las condiciones materiales que conforman la estructura social (Fernández Abad, 2020). Dentro de esta línea de pensamiento, la teorización esbozada por Foucault resulta especialmente sugerente. Para el autor francés, la forma-prisión no es un invento del siglo XVIII sino que, más bien, su origen debe ser situado en el exterior del aparato judicial cuando, a lo largo de la «época clásica» -es decir, los siglos XVI, XVII y XVIII-, se desarrollaron toda una serie de instrumentos para obtener de los individuos el máximo de su tiempo y de sus fuerzas (1992: 233). Estos mecanismos orientados a imponer relaciones de docilidad utilidad, por su parte, serían las disciplinas, dando lugar con su generalización a lo que Foucault denomina como «sociedad disciplinaria». Pero, ¿cuáles son las causas que explican la emergencia de este tipo de sociedad?

En su explicación sobre el origen de la «sociedad disciplinaria», Foucault relaciona la emergencia de este modelo social con la presencia de un contexto histórico muy determinado: la génesis y el desarrollo del capitalismo industrial (1979: 149). En este sentido, el filósofo francés argumenta que, durante este periodo, se hizo palpable la exigencia de ajustar la correlación entre el crecimiento de los aparatos de producción y el aumento demográfico (1992: 221). A diferencia de las tecnologías de poder precedentes donde la coerción impuesta era débil y poco constante, las disciplinas, por el contrario,

permitían solucionar todo un conjunto de problemáticas asociadas a las multiplicidades humanas, convirtiendo el número en una ventaja en sí misma. De este modo, lo que subyace en este proceso no es sino la necesidad de que, bajo una subjetividad determinada que posibilite la máxima extracción de plusvalor, los individuos sean irremediabilmente vinculados al aparato de producción como trabajadores. Sobre esta cuestión, es importante advertir que, tal y como se entiende en la actualidad, el trabajo es un invento de la modernidad (Gorz, 2008: 101). Es decir, en una dimensión tradicionalista, además de ser entendido como una actividad excluyente (Gorz, 1995: 26), este era concebido como un simple medio para satisfacer las necesidades vitales (Bauman, 2000: 18), no teniendo los trabajadores interiorizada la noción del «trabajo a destajo» (Weber, 2009: 70).

Ahora bien, ante el surgimiento del capitalismo, esta noción tradicionalista del trabajo se convirtió en un pesado lastre para su despegue definitivo puesto que los ex campesinos, una vez expulsados del campo y privados de sus medios de producción a través del proceso que Marx denomina como «acumulación originaria» (2007: 199), rara vez se ofrecían de forma voluntaria a participar en un régimen que les resultaba profundamente violento e incomprensible (Bauman, 2000: 26). Ante esa tesitura, fue necesario desarrollar toda una serie de estrategias que, abarcando ámbitos muy diversos -entre ellos, la política criminal-, tuvieron por finalidad vencer esta resistencia y convertir el trabajo -entendido en una dimensión reduccionista, es decir, como trabajo asalariado- en el fin que debe guiar toda existencia humana. En palabras de Foucault, "para que la esencia del hombre pueda representarse como trabajo se necesita la operación o la síntesis operada por un poder político" (1996: 138).

Precisamente, en este punto, Foucault llega al proyecto panóptico descrito por Bentham, que no solo se materializa en la prisión, sino también en toda una serie de instituciones que, guardando una elevada semejanza entre ellas, operan en su exterior, como sería el caso del cuartel, la fábrica o la escuela. Al fin y al cabo, tales instituciones cumplirían esencialmente dos funciones: mientras que, de un lado, estas acaparan el «tiempo de vida» y lo convierten en «tiempo de trabajo», del otro, la «fuerza de trabajo» es convertida al nivel de los cuerpos en «fuerza de trabajo productiva» (1996: 129). Partiendo de estas coordenadas, no resulta sorprendente que, desde sus orígenes, la pretensión rehabilitadora haya guardado una estrecha semejanza con los postulados definidos por la ética del trabajo. Es decir, el tratamiento en prisión se considera exitoso siempre y cuando, al alcanzar la libertad, la persona abandona toda pretensión delictiva y abraza el trabajo asalariado como la única forma de vida posible (Fernández Abad, 2018: 12).

En definitiva, desde esta perspectiva, el origen y el desarrollo de la prisión, así como los de la pretensión rehabilitadora, más que a la presencia de una ideología humanitaria, vendrían sobre todo determinados por la existencia de un sistema económico cuyo

crecimiento -y, por tanto, la consiguiente acumulación de capital- requiere que los cuerpos sean disciplinados. O, en otras palabras, que las personas sean convertidas irremediabilmente en trabajadores, con todo lo que ello implica. Ahora bien, ¿es posible seguir detectando este requerimiento en la sociedad contemporánea?

2. ¿Vigencia de la «sociedad disciplinaria»? Aproximación a la crisis del ideal rehabilitador desde una lógica estructural

Según lo expuesto anteriormente, no resulta sorprendente que, durante las décadas inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el ideal rehabilitador alcanzase su máximo apogeo bajo el modelo que Garland (2005) denomina como «welfarismo penal». Al fin y al cabo, este periodo no haría sino remitir a un momento histórico -comúnmente denominado como los «años dorados» del capitalismo (Hobsbawm, 1998) - donde es perfectamente identificable la base material que sustentó el origen y el desarrollo de la «sociedad disciplinaria» (Fernández Abad, 2017). Mientras que, de un lado, se puede detectar fácilmente la presencia de un sistema económico cuyo crecimiento exige que la práctica totalidad de sus miembros se conviertan en trabajadores -hasta el punto de que, si el crecimiento económico es un objetivo político de primer orden, la consecución del pleno empleo también lo es necesariamente (Bauman, 2000: 262)-, del otro, también es claramente apreciable la necesidad de (re)producir una subjetividad proletaria. Al fin y al cabo, esta etapa no haría sino remitir a una «sociedad incluyente» (Young, 2003) en la que, fundamentalmente a partir del trabajo (Zubero, 2002: 111), las personas son objeto de una asimilación continua. De este modo, resulta preciso enfatizar que la centralidad que se atribuye a la finalidad rehabilitadora es plenamente coherente con la estructura social en la que toma forma y se desarrolla.

Ahora bien, desde comienzos de los años setenta del siglo pasado, se han sucedido toda una serie de profundas transformaciones económicas que, pudiendo ser entendidas como una consecuencia directa del proyecto neoliberal (Wacquant, 2010), han alterado radicalmente la situación material descrita en el párrafo inmediatamente anterior, dando lugar a la configuración de una «sociedad excluyente» en la que, a diferencia de su predecesora, una parte de la población se ha tornado sencillamente superflua (Fernández Abad, 2020). Por una parte, debido a la concurrencia de fenómenos como la «revolución tecnológica», la internacionalización de la economía o su creciente financiarización, la vinculación entre crecimiento económico y generación de empleo se ha roto (Hobsbawm, 1998: 413). En otras palabras, el pleno empleo ya no sería una condición necesaria para sustentar la acumulación de capital (Jiménez Franco, 2013). Por otra parte, en un modelo de producción «postfordista» (De Giorgi, 2006), el mundo del empleo también ha experimentado severas transformaciones cualitativas que han cuestionado si, para la supervivencia del capital, sigue siendo pertinente la (re)producción de una subjetividad

proletaria. Si, de un lado, la conversión de la flexibilidad y la precariedad en los mandatos centrales de la política económica ha supuesto que ya no se demande tanto una sujeción total al aparato productivo como una de tipo parcial (Fernández Abad, 2020), la emergencia de una «sociedad de consumidores» ha propiciado que, más que trabajadores, lo que se requiera ahora para la supervivencia del capital sea sobre todo la producción de consumidores (Bauman, 2000).

De este modo, como se puede apreciar, la situación material que sustentó la emergencia de la «sociedad disciplinaria» y, por consiguiente, de las instituciones panópticas -esto es, la necesidad de ajustar la correlación entre el crecimiento demográfico y el aumento de los aparatos de producción-, se encuentra severamente atenuada desde comienzos de los años setenta del siglo pasado. De hecho, el propio Foucault (2006), ya en sus últimos escritos, esbozó en cierta manera el agotamiento de este tipo de sociedad (Deleuze, 1995). Por el contrario, lo que se aprecia ahora es la paulatina configuración de una «sociedad excluyente» en la que, una vez que el principal elemento de inclusión social -es decir, el trabajo- es cada vez más escaso y restringido (De Giorgi, 2006), una parte importante de la población se ha tornado sencillamente superflua. En estos términos, mientras que, anteriormente, existía un interés por incluir, este ahora habría sido sustituido por las lógicas basadas en la exclusión y la expulsión. Precisamente, en este contexto y no tanto ante las problemáticas que conciernen directamente a la institución carcelaria y sus proximidades más inmediatas, deben ser leídas las profundas transformaciones que ha experimentado la prisión durante el último tercio del siglo XX (Fernández Abad, 2020).

3. Neutralizar y castigar: sobre el *ethos* de la prisión contemporánea y las funciones que esta desempeña

Por tanto, tal y como se ha argumentado en el apartado inmediatamente anterior, actualmente ya no se puede detectar la existencia de la situación material que, según el análisis esbozado por Foucault (1992), propició la emergencia de la «sociedad disciplinaria» y la consiguiente funcionalidad de las instituciones panópticas. Ahora bien, este hecho, por su parte, no ha supuesto ni mucho menos la desaparición de la prisión, sino que, más bien, esta habría experimentado todo un proceso de resignificación que, reforzando su hegemonía, ha derivado en la adquisición de una nueva funcionalidad. En este sentido, en el contexto definido por la «sociedad excluyente», la prisión ya no estaría orientada a disciplinar los cuerpos y (re)producir trabajadores, sino sobre todo a invisibilizar y neutralizar a aquellas personas que, debido a su posición en el tejido productivo, se han tornado totalmente prescindibles. En otras palabras, más que *Vigilar y Castigar*, ahora el *ethos* de la prisión contemporánea se podría resumir en *Neutralizar y Castigar*. En estos términos, no debe resultar especialmente sorprendente ni que, desde comienzos de los años setenta del siglo pasado, el ideal rehabilitador haya entrado en una profunda crisis ni

que la hipertrofia de la población penitenciaria -y, en una dimensión más amplia, del sistema penal- haya estado presente en la mayor parte de los países de corte neoliberal (Cavadino y Dignan, 2006).

En este contexto, una vez experimentado tal proceso de resignificación, la prisión contemporánea se habría constituido como un dispositivo central para gobernar la exclusión social, no ya con la finalidad de propiciar la progresiva inclusión de estas personas sino sobre todo de asegurar su separación definitiva de la sociedad. Para ello, esta desplegaría toda una serie de funciones materiales y simbólicas que resultan cruciales para el mantenimiento y la (re)producción de la «sociedad excluyente» (Fernández Abad, 2017: 256 y ss.): en relación con las primeras, ante todo, esta institución se erigiría como un medio óptimo para invisibilizar los problemas sociales y, en su caso, neutralizar a los sectores más disruptivos del orden social. En este sentido, esta realidad queda evidenciada en el perfil sociodemográfico que comparten la inmensa mayoría de los presos. Según advierte Wacquant (2010b) sobre el caso de Estados Unidos, el hiperencarcelamiento se habría nutrido fundamentalmente de personas pobres, afroamericanas y provenientes del gueto. En los países europeos, por su parte, este habría afectado principalmente a personas de clase social baja e inmigrantes (De Giorgi, 2005). Por otra parte, Wacquant también señala que, si se toma en consideración la contracción que ha experimentado el ala social del Estado, la prisión habría actuado también como un mecanismo orientado a imponer el trabajo desocializado a los sectores más desprotegidos, de modo que, ante la ausencia de cualquier otra forma de supervivencia, la única forma de evitar ser encarcelado pasaría por aceptar cualquier trabajo, independientemente de lo precario que este sea (2010: 163).

Por otra parte, en relación con las funciones simbólicas de la prisión, es importante tomar en consideración que otra de las modificaciones más importantes que han experimentado las sociedades contemporáneas durante el último tercio del siglo XX se refiere a la pérdida de soberanía que han sufrido los Estados en materia económica como consecuencia de la globalización (Bauman, 2002). Este hecho, por su parte, ha motivado que los Estados tengan que demostrar su poderío en otras áreas, siendo la delincuencia -fundamentalmente la callejera- un ámbito especialmente apropiado para ello (Cheliotis, 2014). En este sentido, el uso expansivo de la prisión habría servido para aplacar la inseguridad que experimenta la población, aunque el origen de la misma provenga más de factores relacionados con la desregulación económica que con el fenómeno criminal (Wacquant, 2010). En otras palabras, a través de la identificación de toda una serie de «enemigos cómodos» (Christie, 1986), la prisión permitía desplazar las verdaderas causas de ansiedad hacia otras en la que el Estado tiene una mayor capacidad -o, más bien, voluntad- de actuación.

Además, la prisión también serviría para crear categorías de percepción públicas que, volviéndose reales en sus consecuencias, no solo permiten crear enemigos sobre los cuales

descargar la ansiedad acumulada sino también reforzar las divisiones materiales. Es decir, a partir de la sinergia establecida entre el sistema penal y los medios de comunicación (Soto Navarro, 2005), se asiste a la generación de toda una serie de conceptos y discursos que terminan por atribuir una peligrosidad intrínseca a categorías enteras de individuos y, en consecuencia, legitimar su control y neutralización (Cheliotis, 2014: 92). Este hecho, por ejemplo, puede apreciarse claramente en la relación que, sin ninguna base empírica (González Sánchez, 2016), se ha establecido entre la delincuencia y la raza -o, en el caso europeo, el hecho de ser migrante-, lo que ha contribuido a orientar la política criminal en esta dirección y, en consecuencia, reforzar las divisiones materiales existentes.

En definitiva, debido al carácter excluyente de la estructura social en la que se encuentra inmersa, la prisión habría pasado de ser una institución orientada -al menos teóricamente- a la rehabilitación del delincuente a otra en la que el interés principal reside en su pura invisibilización y neutralización, sufriendo una importante transformación en su *ethos*.

Conclusiones

De este modo, como se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, las profundas transformaciones que ha experimentado la prisión a raíz del último tercio del siglo XX se relacionan con la emergencia de una «sociedad excluyente» en la que, a diferencia de su predecesora, ya no es posible detectar los fundamentos materiales que propiciaron la existencia de la «sociedad disciplinaria». En estos términos, conviene enfatizar que, más que incidir sobre la prisión y sus contornos más inmediatos, cualquier proyecto de reforma que aspire a transformar radicalmente la prisión contemporánea y devolver a una posición de centralidad las lógicas penales basadas en la inclusión debe pasar necesariamente por revertir el carácter excluyente de la estructura social. Para ello, no solo existe la opción de retornar a la centralidad del empleo, sino que también se pueden explorar otras alternativas, como sería, por ejemplo, el caso de la Renta Básica Universal.

Fuentes de consulta

- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Barquín Sanz, J. y Luna del Castillo, J. (2012). "En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el Código y en la justicia penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º. 14 (16), pp. 1-52.
- Bauman, Z. (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.
- Bauman, Z. (2002). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica Argentina.
- Beccaria, C. (2000). *De los delitos y las penas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bentham, J. (1979). *El panóptico*. Madrid: La Piqueta
- Brandariz García, J. A. (2007). *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado social y de crisis del Estado-nación*. Granada: Comares.
- Brandariz García, J. A. (2014). "La evolución de la penalidad en el contexto de la Gran Recesión: la contracción del sistema penitenciario español". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º.12, pp. 309-342.
- Cavadino, M. y Dignan, J. (2006). "Penal Policy and political Economy". *Criminology and Criminal Justice*, vol. 6 (4), pp. 435-456.
- Cheliotis, L. (2014). "Gobernar a través del espejo. Neoliberalismo, gerencialismo y psicopolítica del control de la desviación". *Crítica penal y poder*, n.º. 6, pp. 66-109.
- Christie, N. (1986). "Suitable enemy". En Bianchi, R. y Von Swaaningen, R. (eds.), *Abolitionism: toward a non-repressive approach to crime*. Amsterdam: Free University Press.

- De Giorgi, A. (2005). *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Barcelona: Virus Editorial.
- De Giorgi, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Deleuze, G. (1995). *Conversaciones*. Valencia: Pre-textos.
- Feeley, M. y Simon, J. (1992). "The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications". *Criminology*, vol. 30, n.º. 4, pp. 449-474.
- Fernández Abad, C. (2017). "La resignificación de la pena de prisión y su renovada funcionalidad en el contexto de la «sociedad excluyente»: aproximación crítica al desplazamiento del ideal resocializador desde una lógica estructural". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.18, pp.217-263.
- Fernández Abad, C. (2018). (Re)interpretando la crisis de la resocialización como rasgo definitorio de la prisión contemporánea: una aproximación a sus causas y posibilidades reales". *ENCRUCIJADAS. Revista Críticas de Ciencias Sociales*, vol.16, pp.1-19.
- Fernández Abad, C. (2020). *Transformar la prisión desde la estructura. Una aproximación a las potencialidades de la Renta Básica Universal*. Granada: Comares.
- Foucault, M. (1979). *El ojo del poder*. Madrid: La Piqueta.
- Foucault, M. (1992). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- García-Pablos de Molina, A. (2010). "Sobre la función resocializadora o rehabilitadora de la pena". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º.100, pp. 77-91.
- Garland, D. (2001). *Mass imprisonment: social causes and consequences*. London: Sage.

- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- Garrido Guzmán, L. (1983). *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
- González Sánchez, I. (2016). "La penalización de los migrantes: irregularidad y cárcel en la construcción del estado neoliberal". *Migraciones*, n.º.39, pp.123-147.
- Gorz, A. (1995). *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda de sentido. Crítica de la razón económica*. Madrid: Editorial Sistema.
- Gorz, A. (2008). "La crisis de la idea de trabajo y la izquierda postindustrial". En Valdivielso, J. (ed.) *Antología André Gorz. Crítica de la razón productivista (101-120)*. Madrid: Los Libros de la Cátara.
- Gudín Rodríguez-Magariños y Nistal Burón, J. (2015). *La historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hobsbawm, E. (1998). *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Crítica.
- Howard, J. (2000). *The state of the prisons in England and Wales, with preliminary observations, and an account of some foreign prisons*. Londres: The British Library.
- Ignatieff, M. (1978). *A just measure of pain. The penitentiary in the industrial revolution 1750-1850*. Londres: The Macmillan Press.
- Jiménez Franco, D. (2013). *La burbuja penal. Mercado, estado y cárcel en la democracia española*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho, Zaragoza, Universidad de Zaragoza.
- Kaeble, D. y Glaze, L. (2016). "Correctional populations in the United States, 2015". *Bureau of Justice Statistics*, diciembre, pp. 1-20.
- Marx, K. (2007). *El Capital. Libro I – Tomo III*. Madrid: AKAL.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (1987). *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario*. México: Siglo XXI.

- Mir Puig, S. (1989). ¿Qué queda en pie de la resocialización? *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º.2, pp.35-41.
- Neuman, E. (1984). *Prisión abierta: un estudio preliminar*. Buenos Aires: Depalma.
- Pavarini, M. (2002). *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Ríos Martín, J. C. (2017). *Cuestiones de Política Criminal. Funciones y miserias del sistema penal*. Granada: Comares
- Sanz Mulas, N. (2000). *Alternativas a la pena privativa de libertad (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*. Madrid: Colex.
- Soto Navarro, S. (2005). "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º. 07(09), pp. 1-46.
- Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Argentina.
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.
- Wacquant, L. (2010b). "Estigma racial en la construcción del estado punitivo norteamericano". *Astrolabio*, n.º. 5, pp. 145: 159.
- Walmsley, R. (2016). "World prison population list". *Institute for Criminal Policy Research*, pp. 1-15.
- Weber, M. (2009). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Madrid: Editorial Reus.
- Young, J. (2003). *La sociedad excluyente: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*. Madrid: Marcial Pons.
- Zubero, I. (2002). "Repensar el empleo, repensar la vida". En Reventós, D. (coord.), *Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraternal* (pp. 109- 125). Barcelona: Ariel.

Los Derechos humanos en la legítima defensa y el uso proporcional de la fuerza

Recibido: 14 julio 2020-Aceptado: 14 octubre 2021

José Alfredo Gómez Reyes*

Investigador del Instituto Interdisciplinario de Investigaciones de la Universidad de Xalapa. Xalapa-Equez. Veracruz, México
alfre_8_8@hotmail.com

RESUMEN: El presente artículo aborda un punto de vista teórico-práctico sobre la legítima defensa como causa de justificación de los delitos, así como el uso proporcional de la fuerza en la defensa de bienes jurídicos tutelados encomendados a cuerpos de seguridad pública y a los de seguridad privada. Todo ello, desde la perspectiva de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos; legítima defensa; uso proporcional de la fuerza.

ABSTRACT: This essay addresses a theoretical-practical point of view on legitimate defense as a cause of justification for crimes, as well as the proportional use of force in the defense of protected legal assets encompassed by public security bodies and those of private security. All this, from the perspective of human rights.

Keywords: Human rights; legitimate defense; proportional use of force.

SUMARIO: Introducción, 1.- Los derechos humanos y la seguridad pública. 2.- La legítima defensa. 3.- El uso proporcional de la fuerza en la legítima defensa. 4.- Uso de la fuerza pública y violencia contra la mujer. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

El alto índice delictivo en nuestro país (Observatorio Nacional, 2017) ha traído como consecuencia ineludible ocupar y allegarse de todo tipo de herramientas y mecanismos de seguridad, cámaras de video vigilancia, cerraduras reforzadas, protectores de puertas y

* Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONACYT. Doctor en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

ventanas, posesión de armas de fuego en el domicilio, personal de seguridad privada y una serie de medidas que relucen ante una sensación generalizada de inseguridad.

Por su parte, las instituciones encargadas de velar por la seguridad ciudadana de igual forma se han visto en la necesidad de tomar medidas que conllevan la obligación de analizar si cumplen con los parámetros de necesidad, racionalidad proporcionalidad e idoneidad.

Estas breves líneas hacen referencia precisamente a la legítima defensa en sentido general y el uso proporcional de la fuerza de los cuerpos de seguridad privada; aquella violencia auténtica, justa, legítima en contraposición a la violencia inauténtica, injusta, ilegítima; ello desde el punto de vista pragmático que he tenido a lo largo del ejercicio profesional y la experiencia que ello conlleva.

1. Los Derechos humanos y la seguridad pública

Los Derechos Humanos representan en la sociedad la columna vertebral de un Estado de Derecho, tales aspiraciones representan una serie de acciones gubernamentales materializadas en políticas públicas.

Por su parte, las políticas públicas, vistas como una función inherente a la actividad estatal, son pieza esencial en el correcto desarrollo de los objetivos y finalidades de su propia existencia. El modelo pluralista-racionalista, considera las políticas públicas como una respuesta a las demandas sociales que se generan, y las organizaciones administrativas como instrumentos que reaccionan ante las demandas, a través del suministro de políticas que satisfagan dichas necesidades, las cuales la mayoría de las veces se encuentran íntimamente relacionadas con los Derechos Humanos (Salazar, 2012: 1-10).

En sí, su objetivo principal es proceder a un mejor entendimiento del proceso de adopción de políticas públicas, de forma que permita establecer un diagnóstico más acertado de la situación, y un mejor aprovechamiento de los recursos para la consecución de los fines establecidos.

Por su parte, Brewer y de León (1983) han considerado las políticas públicas como las decisiones más importantes de una sociedad y que constan de un proceso conformado por sistemas y niveles.

En palabras de Luis Aguilar Villanueva, la instrumentación de las políticas públicas debe devolver al Estado a sus funciones originales de garantía, regulación y promoción de las libertades. Asimismo, expresa que debe gobernarse por medio de estas políticas, para gobernar con un sentido público (Rivas, 2007: 5-77). Siendo el gobierno un agente de dirección necesario, pero insuficiente; se puede, mediante la gobernanza, generar un nuevo proceso directivo de la sociedad, valorando las capacidades sociales como condiciones necesarias para dar forma a una dirección eficaz de la sociedad.

Para así, políticas públicas y gobernanza entendida esta última como el proceso mediante el cual gobierno y sociedad deciden los objetivos preferidos de la vida asociada, y las acciones y formas de organización que se consideran idóneas para realizar los objetivos

requeridos, siempre apegada a un Estado de Derecho, puedan significar paz y bienestar a la sociedad (Aguilar, 1993).

Por ello, es importante resaltar que los Derechos Humanos deben ser vistos y entendidos no como resultado de un contrato social –iuspositivismo– evidentemente, ni como inherente al ser humano -iusnaturalismo-, sino como la necesidad de la convivencia (Soberanes, 2009: 123).

En ese sentido, los Derechos Humanos han vivido un desarrollo cultural, pero sobre todo, de posturas encontradas respecto de su fundamentación, y así algunos señalan que los derechos humanos (Rivas, 2013) son anteriores a la ley (*iusnaturalismo* o derecho natural) o que nacen después de la promulgación de ésta (*iuspositivismo* o derecho positivista).

Y así, Derechos Humanos como eje rector y las políticas públicas como herramienta esencial del Estado, deben buscar paz y bienestar social, pues no solo es obligación gubernamental, sino la esencia misma de su existencia; en materia de seguridad, las instituciones, en palabras de Claus Roxin (2002: 47), están obligadas a prevenir el delito antes de perseguir a un delincuente o pretender su reinserción.

Es en el incumplimiento de las obligaciones de prevención del delito por parte del Estado que el ciudadano tiene que hacer valer su derecho de defenderse así mismo, su familia y sus bienes, generando como consecuencia extrema las autodefensas, los linchamientos, es decir una sensación dentro de la población de conseguir una supuesta venganza privada. La falta de plena regulación sobre el tema, es parte del motivo de estas líneas.

2. La legítima defensa

La doctrina ha considerado a la legítima defensa, como causa de exclusión de responsabilidad y/o justificación del delito, protegiendo a las personas de aquellas situaciones cuando se encuentren en una condición de peligro inminente que requiere repeler la misma, de forma proporcional y estrictamente necesaria.

En ese sentido, los elementos que integran la legítima defensa son:

- I. Existencia de una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica que tiende a lesionar o poner en peligro a la persona ya sea por acción u omisión;
- II. Agresión inminente, la cual especifica la necesidad de definir si la agresión es suficientemente próxima a autorizar una respuesta;
- III. Necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, es decir, la proporcionalidad entre la agresión y los medios defensistas (Zaffaroni, 2005: 483 y 474-475).

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación a través de su Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Distrito en el amparo en revisión (350/98), señaló que en aquellos casos

en el que el investigado obre en defensa de su persona, honor o bienes repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, se deberá de tomar en cuenta las siguientes hipótesis de legitimidad:

1. Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.
2. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.
3. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.
4. Que el daño que iba a causar al agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó.

Para evitar que tal causa de justificación no sea tomada en cuenta, se debe evitar el exceso en la legítima defensa. Al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo 3368/56 (292939) señaló que si en el caso respectivo, se obrara en exceso, cuando el investigado actuó en legítima defensa excediéndose al no existir necesidad racional del medio empleado para repeler el ataque, ni hubo proporción entre los instrumentos utilizados, es decir dependerá de las circunstancias que rodean el caso, dejando de alguna forma desprotegida a la potencial víctima de un delito, pues consideramos que la carga de la prueba siempre debe ser *pro víctima*.

En esa tesitura, se deberá presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, por solo citar un ejemplo, de aquella persona que evita en el mismo momento que se esté llevando a cabo, escalamiento o fractura de los candados, paredes o entradas de su morada, asimismo se deberá justificar cualquier daño causado a aquella persona (extraña) que sea sorprendida al interior de cualquier habitación del inmueble, bienes o local que tenga derecho de defender y siempre y cuando revele la posibilidad de una agresión.

En el mismo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni (2002: 619) señala que la legítima defensa puede ejercerse mientras exista la situación de defensa y puede ir desde el surgimiento de la amenaza inmediata a un bien jurídico hasta que termina la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos.

3.- El uso proporcional de la fuerza en la legítima defensa

El derecho a la integridad personal está reconocido como derecho humano en diversos instrumentos internacionales que forman parte de la normatividad aplicable al Estado mexicano, al respecto, el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), señala que toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en el caso *Baldeón García vs Perú* (118), señaló que el derecho a la integridad personal y la obligación estatal de que las personas sean tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, implica la prevención razonable de situaciones que podrían resultar lesivas de los derechos protegidos.

De acuerdo a lo anterior, el derecho humano a la integridad personal en su aspecto corporal, comprende la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas, la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales.

Respecto al uso proporcional de la fuerza, a nivel internacional, el *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, aplicable a quienes ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención, señala que en el desempeño de sus tareas, dichos funcionarios respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas, y que, por lo tanto, podrán hacer uso de la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades, por lo que se podrá hacer uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control (Montero, 2006: 67); así mismo, el uso de las armas de fuego contra las personas, debe estar prohibido como regla general, y su uso excepcional deberá estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, no siendo más que el "absolutamente necesario" en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler; en todo caso, debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad" (Familia Barrios, 2011: 49).

En concordancia con las normas citadas, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (ONU, 1990) señalan que dichos funcionarios en el desempeño de sus funciones utilizarán, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego.

Asimismo, los principios antes referidos establecen que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En todo caso, sólo se

podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea absolutamente inevitable para proteger una vida.

A nivel local, se tiene por ejemplo la Ley del Sistema Estatal de Seguridad Pública para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (2014), misma que regula el uso de la fuerza pública y señala en su artículo 37, que los integrantes de las corporaciones policiales, al hacer uso de la fuerza pública, deben apegarse a los principios de congruencia, proporcionalidad, oportunidad, racionalidad, excepcionalidad y progresividad.

Teniendo como punto de partida estos principios, la ley también señala que cuando el empleo de la fuerza sea inevitable, los integrantes de los Cuerpos de Seguridad deberán: (a) ejercerla con moderación, en proporción a la gravedad del hecho y al objetivo legítimo que se persiga; (b) reducir al máximo los daños y lesiones, buscando siempre respetar y proteger la vida humana; (c) proceder de modo que se presten lo antes posible, asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; (d) comunicar de manera inmediata a sus superiores cuando se ocasione lesiones o la muerte de alguna persona; y (e) considerar las situaciones y lugares en que por el número de personas ajenas al hecho, el uso de las armas pueda lesionar a menores de edad, transeúntes, comensales y huéspedes, entre otros.

En todo caso, la fuerza permitida ha de responder a los requisitos de legalidad, racionalidad, estricta necesidad y proporcionalidad, cuya evaluación dependerá de la situación en la que se aplique.

En efecto, tal y como se desarrolló anteriormente, el uso de la fuerza pública en contra de los ciudadanos, particularmente cuando se trata del uso de armas de fuego, debe ajustarse a un riguroso escrutinio, debiendo acreditar que su uso fue absolutamente necesario en dichas circunstancias, así como estrictamente proporcional a la amenaza que se pretendía repeler.

En consecuencia, a fin de observar las medidas de actuación en caso de que resulte imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de finalidad legítima, absoluta necesidad y proporcionalidad:

1. **Finalidad legítima:** el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, es decir, que represente el desempeño de una función u obligación o la defensa de un derecho propio o de un tercero.
2. **Absoluta necesidad:** es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Kakaoulli: 108) ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de “absoluta necesidad” para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, “inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura”.

3. **Proporcionalidad:** El nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda. Además, se debe buscar reducir al mínimo los daños y lesiones provocados por el uso de la fuerza.

El uso de fuerza letal en contra de una persona es la expresión más potente del poder punitivo del Estado. En consecuencia, en aquellos casos en que sea utilizada debe investigarse oficiosamente si fue de manera justificada, es decir, si cumplió con los requisitos de absoluta necesidad, proporcionalidad y persecución de un fin legítimo.

Tratándose de cuerpos de seguridad privada o escoltas, en el caso de Veracruz el Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública, en los artículos 5 y 17 señala la facultad que tiene la Coordinación de los Servicios de Seguridad Privada de organizar tales servicios, es decir, a tales miembros les rigen los mismos principios aquí señalados.

Ahora bien, en la vida práctica al hacer uso de la legítima defensa en los términos antes señalados, no implica una excusa absolutoria plena, pues aquel primer policía respondiente que tenga conocimiento del evento, deberá poner a disposición del Fiscal Investigador correspondiente para efectos de que dentro del término constitucional de las cuarenta y ocho horas (art. 21) determine o no el ejercicio de la acción penal.

Es decir, aún cuando la legítima defensa es un derecho, recordemos que no es absoluto, de ahí que el Ministerio Público (Fiscal) deberá realizar sus investigaciones tendientes a demostrar que se obró ante un peligro actual e inminente, se repelió la agresión proporcionalmente a la gravedad de la misma.

4. Uso de la fuerza pública y violencia contra la mujer

Hablar de violencia contra la mujer en nuestro país es dar muestra de un problema profundo que nos ha caracterizado negativamente, en un contexto de uso de la fuerza pública, tristemente aún más.

En 2019 el Instituto Nacional de Estadística y Geografía precisó que de los 46.5 millones de mujeres de 15 años y más que hay en el país, 66.1% (30.7 millones) ha enfrentado violencia de cualquier tipo y de cualquier agresor, alguna vez en su vida.

El 43.9% ha enfrentado agresiones del esposo o pareja actual o la última a lo largo de su relación y está más acentuado entre las mujeres que se casaron o unieron antes de los 18 años (48.0%), que entre quienes lo hicieron a los 25 o más años (37.7%).

En 2018 se registraron 3 752 defunciones por homicidio de mujeres, el más alto registrado en los últimos 29 años (1990-2018), lo que en promedio significa que fallecieron 10 mujeres diariamente por agresiones intencionales.

A nivel internacional y en un contexto de violaciones graves a Derechos Humanos contra la mujer, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a México en los siguientes casos:

- a. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de **2018**. Serie C No. 371.

Al respecto, la Corte IDH en el caso Atenco, señaló que la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación.

En el mismo sentido, precisó que tanto la Convención de Belém do Pará, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su órgano de supervisión, han reconocido el vínculo existente entre la violencia contra las mujeres y la discriminación; asimismo, dijo que la violencia física cometida contra las once mujeres constituyó una forma de discriminación por razones de género, en tanto las agresiones sexuales fueron aplicadas a las mujeres por ser mujeres.

De igual manera hizo mención, que si bien el día de los hechos también fueron detenidos hombres con excesivo uso de la fuerza, las mujeres se vieron afectadas por formas diferenciadas de violencia, con connotaciones y naturaleza claramente sexual y enfocado en partes íntimas de sus cuerpos, cargada de estereotipos en cuanto a sus roles sexuales, en el hogar y en la sociedad, así como en cuanto a su credibilidad, y con el distintivo propósito de humillarlas y castigarlas por ser mujeres que presuntamente estaban participando en una manifestación pública en contra de una decisión de autoridad estatal.

Además, resaltó la Corte IDH, la violencia física a la que fueron sometidas las víctimas y que fue descrita previamente fue grave, pero no por ello se debe invisibilizar la gravedad de la violencia verbal y psicológica a la que también fueron reiteradamente sometidas, por medio de insultos y amenazas con connotaciones altamente sexuales, machistas, discriminatorios y en algunos casos misóginos.

Finalmente resaltó, que un estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales

- b. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.

En el caso, la Corte IDH, tuvo por debidamente acreditado que la señora Rosendo Cantú estuvo sometida a un acto de violencia y control físico de los militares que la penetraron sexualmente de manera intencional; su vulnerabilidad y la coerción que los agentes estatales ejercieron sobre ella se reforzaron con la participación de otros seis militares también armados, que agravaron el marco de violencia sexual ejercido contra la víctima. Resulta evidente para la Corte que el sufrimiento padecido por la señora Rosendo Cantú, al ser obligada a mantener actos sexuales contra su voluntad, hecho que además fue observado por otras seis personas, es de la mayor intensidad, más aún considerando su condición de niña. El sufrimiento psicológico y moral se agravó dadas las circunstancias en las cuales se produjo la violación sexual, en tanto no podía descartarse que la violencia sufrida se extremara aún más por parte de los agentes estatales que presenciaban el acto de violación, ante la posibilidad de que fuera también violada sexualmente por ellos.

Al respecto y en un contexto de violaciones sexuales cometidas por agentes del Estado (Militares) la Corte IDH estableció que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo; Asimismo, señaló la Corte IDH, que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas; Asimismo la Corte IDH resaltó que no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.

- c. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224.

En un contexto de violencia sexual en contra de Fernández Ortega, evento ocurrido frente a sus entonces menores hijas, la Corte IDH consideró que una de las principales afectaciones que sufrieron se relaciona con su presencia ante una situación de violencia extrema, hasta el momento inmediatamente previo a la violación sexual de su madre,

hecho que previsiblemente generó una profunda alteración psicológica, intenso temor e incertidumbre. La perita Correa González indicó que el impacto psicológico más evidente:

tiene que ver con las huellas de las imágenes de horror con las que han tenido que vivir durante tanto tiempo, además [d]el hecho de haber experimentado la muerte por la posibilidad de que su madre hubiera muerto y de la violencia [de la] que fue objeto les ha ido generando una sensación de temor y de desconfianza ante la vida.

Como se observa, el uso de la fuerza, su proporcionalidad, legalidad, idoneidad y como último recurso, puede presentarse en diversos contextos que violentan los Derechos Humanos de las mujeres. Urgen políticas públicas serias, contundentes, integrales que protejan a la mujer y que la violencia contra ellas se erradique o de lo contrario no se puede hablar de un Estado de Derecho, menos de una sociedad democrática.

Conclusiones

Los niveles de inseguridad van más allá de la percepción o sensación vivida cada día, que se ha hecho más palmaria, y que si bien es cierto merece una reflexión y análisis, creo que es mejor ocuparnos.

La prevención del delito como política pública debe implicar un compromiso y acciones encaminadas a que no se cometa el delito; entendemos la lógica de la persecución y la reinserción del delincuente, pero estamos convencidos que éstas dos disminuirían si aumentamos los esfuerzos, en todo sentido, en prevenir que suceda.

Hablar de prevención del delito, va desde la educación que se da en casa de valores y principios, desde políticas públicas básicas que garanticen el piso mínimo de derechos de las personas, tener un trabajo, salud y educación es un parámetro básico de dignidad, pero lamentablemente se habla de derechos de primer mundo, cuando ni siquiera está garantizada la alimentación.

La legítima defensa es la muestra más clara que está fallando el sistema de seguridad pública, robos a plena luz del día (transeúnte y casa habitación, que decir de los comercios) secuestros, extorsiones, homicidios, delitos con medios violentos que representan la ineficacia del Estado en ese rubro, vivimos hoy día en un país que no garantiza el bienestar, menos la paz social.

Recurrir al derecho de legítima defensa, no es la solución, solo es muestra de un Estado de Derecho fallido.

El uso de la fuerza pública para violentar mujeres en cualquiera de sus formas, es muestra de que en nuestro país no se puede hablar de un Estado de Derecho, menos de una sociedad democrática.

Fuentes de consulta

- Aguilar Villanueva, L. F. (2007). *El Estudio de las Políticas Públicas. Estudio introductorio y edición*, México: Ed. Porrúa.
- Aguilar Villanueva, L. F. (2010). *La Gobernanza: un nuevo concepto y práctica de gobierno*, NY: ONU.
- Brewer, G. y De León, P. (1983). *The foundation of policy analysis*, Homewood, The Doser Press, 1983.
- Chena Rivas, R. (2013). Derechos humanos y constitución, *Diario el Portal*, Xalapa, Veracruz.
- Corte IDH, caso Baldeón García vs Perú, sentencia de 6 de abril de 2006.
- Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006.
- Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 225.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 224.
- Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.
- Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.

Roxin, C. (2002). *Política Criminal y Derecho Penal*, (F. Muñoz Conde, Trad.) Colección Claves del derecho penal, Vol. 2, Argentina.

Soberanes Fernández, J. L. (2009). *Historia del Derecho mexicano*, Porrúa, México.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Manual de derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires.

Gobierno Abierto municipal, la experiencia de Xalapa

Recibido 24 agosto 2020-Aceptado 23 octubre 2020

Leda Coral Castro*

Coordinadora de Desarrollo y Relación
Proveedores y Contratistas en Petróleos Mexicanos
Xalapa-Equez. Veracruz, México
ledacoral@hotmail.com

RESUMEN: El fin de la segunda guerra mundial marcó un hito importante en la universalidad de los derechos humanos, políticos, sociales y culturales, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la promoción, respeto y protección de los derechos fundamentales ha sido parte primordial de las políticas nacionales y subnacionales alrededor del mundo.

Sin embargo, la participación ciudadana sigue pendiente en la agenda de los derechos humanos para garantizar el bienestar.

La implementación del gobierno abierto iniciada en 2011 ha servido como mecanismo para promover la participación ciudadana, la colaboración para enfrentar los retos que tienen en común la población y gobierno de forma eficiente y la transparencia proactiva como el mecanismo para conocer la realidad de los retos a enfrentar.

ABSTRACT: The end of the Second World War marked an important landmark in the universality of the human, politics, social and cultural rights, through The Universal Declaration of Human Rights; the promotion, respect and protection of the fundamentals rights has been primordial part of the national and sub-national policies through the world.

However, the citizen participation still pending on the human rights agenda to guarantee the wellness.

The implementation of the Open Government launched in 2011 has served like mechanism to promote the citizen participation, the collaboration to confront the challenges that have in common, population and government in a efficient way and the proactive transparency to know the reality of the challenges to deal.

* Maestra en Políticas Públicas por el Colegio de Veracruz y Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana.

El siguiente ensayo describe los resultados obtenidos por el Ayuntamiento de Xalapa sobre transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas, ejes primordiales del Gobierno Abierto.

Palabras claves: Colaboración, Derechos Humanos, Democracia, Gobernanza, Gobierno Abierto, Transparencia, Participación Ciudadana.

In the following essay, we analyze the actions implemented by the Xalapa City Council about transparency, citizen participation and accountability, primordial axles of the Open Government.

Keywords: Collaboration, Human Rights, Democracy, Governance, Open Government, Transparency, Citizen Participation.

SUMARIO: Introducción. 1. El gobierno abierto como modelo de gobernanza integral. 2. El gobierno abierto desde lo local, el trabajo hecho en México. 3. El avance del gobierno abierto en el Municipio de Xalapa, Veracruz. Conclusiones. Fuentes de consulta.

Introducción

En México el derecho humano de participación directa se ha reflejado principalmente en los procesos electorales establecidos en los instrumentos normativos e instituciones electorales que convocan a la población a participar en la elección de las personas que ocupan un cargo por un tiempo determinado como Presidente de la República, diputados federales o locales, senadores y ediles municipales.

Sin embargo, desde una concepción doctrinal la participación ciudadana va más allá de ello, ya que puede darse una participación en dos vías, directa o indirecta, la primera como se ha mencionado en el párrafo anterior, la elección de personas a cargos temporales de tomadores de decisiones, y la segunda, que conlleva a ser parte de la solución de problemas locales.

Para ello, las nuevas teorías de la democracia han comenzado a hablar de un modelo de gobernanza denominado gobierno abierto que consiste en la promoción de tres ejes fundamentales: la transparencia, la colaboración y la participación ciudadana, que a través de la innovación tecnológica permiten la eficacia en las acciones gubernamentales.

En ese sentido, desde el 2011 el estado mexicano ha sido parte de la promoción y desarrollo del gobierno abierto a nivel mundial, siendo miembro fundador de la Alianza para el Gobierno Abierto que es una iniciativa multilateral conformada primeramente por 8 países (Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos) y que actualmente cuenta con más de 74 países y en constante crecimiento y cuyo objetivo radica en que estos estados adquieran compromisos concretos al interior para promover las políticas de transparencia proactiva, colaboración y participación ciudadana mediante esquemas innovadores y con el posible apoyo de las herramientas tecnológicas.

El gobierno abierto sin duda se convierte en una estrategia que permite el empoderamiento de la ciudadanía, la lucha contra la corrupción y el cambio paradigmático

del autoritarismo de las y los titulares de las instituciones gubernamentales en la toma de decisiones y del ejercicio de los recursos públicos.

El presente documento tiene como objetivo describir el gobierno abierto como el nuevo modelo de gobernanza del siglo XXI que recoge las teorías y dogmas contruidos a través de las conceptualizaciones de la misma y sus enfoques desde la descripción del concepto de buen gobierno o gestión pública efectiva y que amplía su visión con un enfoque moderno como el uso de las tecnologías que contribuyen a generar un alcance mayor en beneficio de las personas.

Por lo anterior, a casi diez años de la implementación de la política de gobierno abierto, es importante hacer una reflexión de su implementación en lo local como es el caso de la ciudad de Xalapa, capital del estado de Veracruz que ha posicionado su trabajo en resultados que de manera general se pretenden precisar en este documento.

1. El gobierno abierto como modelo de gobernanza integral

En la búsqueda del desarrollo de mecanismos que permitan la eficiencia en las acciones gubernamental, en los últimos dos siglos los esfuerzos de las y los teóricos y políticos por generar condiciones para que las instituciones públicas tengan un alcance efectivo hacia las y los gobernados nos ha llevado a la evolución de lo que conocemos como gobernanza que es una herramienta para generar una gobernabilidad pacífica y enfocada al bienestar público.

El concepto de gobernanza ha sido acuñado desde hace más de 30 años en el contexto de la guerra fría y sigue transformándose constantemente, sin embargo, reviste elementos universales aceptados como lo son la participación de actores no gubernamentales en los asuntos públicos para la definición y orientación de políticas públicas que permitan garantizar a las personas una vida adecuada y digna.

La gobernanza se denomina por la Real Academia de la Lengua Española como "al arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía".

Este nuevo modelo político surge en 1989 por un informe del Banco Mundial sobre el manejo político y económico de los países africanos, pero es hasta 1992 que se establece de manera precisa como "una gestión imparcial y transparente de los asuntos públicos, a través de la creación de un sistema de reglas aceptadas como constitutivas de la autoridad legítima, con el objetivo de promover y valorizar valores deseados por los individuos y los grupos (World Bank, 1992).

Es entonces que debemos entender que la gobernanza se basa en el análisis de las acciones institucionales que realizan las dependencias gubernamentales basadas principalmente en el binomio que surge del interés y vinculación entre las y los gobernantes y los gobernados.

Lo anterior, permite priorizar el estado de bienestar de la sociedad que como ha manifestado John Rawls (1971), "el bienestar de la sociedad ha de construirse a partir de la satisfacción de los sistemas de deseos de los muchos individuos que pertenecen a ellas".

Sin embargo, la problemática radica en que aun cuando las personas tienen el derecho humano de participar directamente en aquellas situaciones en las que se les permita acceder a un nivel adecuado de vida que les asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, aún no se ha consolidado un sistema único que permita alcanzar plenamente dicho derecho.

En ese sentido, la gobernanza que ha sido definida en múltiples ocasiones ha integrado elementos como, gobierno honesto y transparente, profesional, de calidad y digital, por lo que se ha comparado con los modelos denominados de nueva gestión pública, buen gobierno, y, en este último siglo con el gobierno abierto, el cual se ha mantenido en constante evolución y creciendo a nivel mundial, sin duda por la importancia de la visión de los mecanismos de transparencia, difusión e innovación social.

Para autores como Álvaro Ramírez Alujas (2011) el gobierno abierto surge como un nuevo paradigma y modelo de relación entre los gobernantes, las administraciones y la sociedad: transparente, multidireccional, colaborativo, orientado a la participación de los ciudadanos tanto en el seguimiento como en la toma de decisiones públicas, a partir de cuya plataforma o espacio de acción es posible canalizar, articular y crear valor público desde y más allá de las fronteras de la burocracia.

Para el Doctor Oslak (2013) *"la filosofía del gobierno abierto supone que, una vez abiertos los canales, los ciudadanos estarán prontamente dispuestos a participar y ejercer los roles que potencialmente se les atribuye y reconoce discursivamente"*.

De acuerdo con los estándares internacionales, un Gobierno debe presentar un conjunto de características para poder aspirar a obtener estos beneficios potenciales, y poder ser calificado como "abierto". A continuación, se enlistan dichas características:

- **Transparencia proactiva.** Es decir, más que las acciones y que los individuos responsables de la misma estén bajo el escrutinio público y puedan ser impugnadas, y la capacidad de requerir información relevante de manera comprensible, comprende el hecho de que el gobierno emprenda por voluntad propia estrategias y políticas hacia la apertura de su proceso.
- **Participación, accesibilidad e inclusión.** Un Gobierno Abierto considera fundamental la participación de la sociedad para la toma de decisiones, por lo que implementa medidas que hagan accesible la información a cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar. Es decir, que los servicios públicos y la información sobre los mismos sean fácilmente accesibles por los ciudadanos.
- **Creación colaborativa.** Un Gobierno Abierto privilegia los métodos que promuevan

la creación de redes. Así, se privilegia el intercambio de información entre dependencias, ciudadanos y distintos actores con el objetivo de hacer más eficiente y cercana la Administración Pública.

- **Capacidad de respuesta.** Un Gobierno Abierto es capaz de dar seguimiento y canalizar las nuevas demandas, ideas, y necesidades que presenta la ciudadanía y le facilita la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones en cualquier nivel.

En efecto, el gobierno abierto prioriza tres elementos o pilares de los cuales busca su interacción para alcanzar el mayor bienestar posible como son la transparencia, la colaboración, pero sobre todo la participación ciudadana, centrando a las personas de nueva cuenta en la construcción, desarrollo, seguimiento, implementación y evaluación de la eficacia de las políticas públicas.

Como se observa en el análisis conceptual de la gobernanza y su dimensión en el gobierno abierto, la ciudadanía es quién poco a poco se coloca ahora en el centro de las políticas y acciones gubernamentales que alimenta el aparato burocrático del estado y cuyo objetivo permite contribuir al bien público temporal.

El gobierno abierto radica fundamentalmente en que la ciudadanía conozca de manera clara y transparente la realidad de las acciones que implementan los gobiernos, los resultados que se obtienen, pero sobre todo los retos que aún quedan pendientes de resolver.

La transparencia y el acceso a la información es sin duda un derecho humano y fundamental, el cual está consagrado en nuestra Carta Magna y que debe ser ejercido libremente por los ciudadanos que quieren conocer sobre las acciones que implementan los órdenes de gobierno de cualquier nivel.

Garantizar el derecho humano del acceso a la información es un mecanismo que los gobiernos democráticos han implementado y que coadyuva a la lucha contra la corrupción, además permite que las personas, al tener mejor conocimiento real de los problemas, puedan ser partícipes en la solución.

Lo anterior, representa un importante cambio paradigmático del actuar institucional ya que con el gobierno abierto se empieza a transformar el modelo vertical de toma de decisiones por un modelo horizontal que permite que ciudadanía y gobierno trabajen conjuntamente, garantizando la participación ciudadana efectiva.

2. El gobierno abierto desde lo local, el trabajo hecho en México

El 11 de junio del 2013, en nuestro país surge un nuevo panorama en materia de transparencia y acceso a la información ya que mediante el proceso legislativo correspondientes se reformaron y adicionaron los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; lo anterior como fundamento

legal para garantizar el derecho humano al libre acceso a la información plural y oportuna de carácter gubernamental; así como el acceso a las tecnologías de la información y comunicación (TIC'S); el principio de máxima publicidad; la protección de los datos personales, y el acceso gratuito a la información pública sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización.

Como ya se ha mencionado, el estado mexicano ha sido uno de los principales impulsores del modelo del gobierno abierto, y esto tiene una importante justificación, ya que los elevados índices de corrupción, opacidad y abuso de autoridades han obligado a buscar estrategias alternas que permitan reducir significativamente dichos resultados.

Los avances en la materia han sido trascendentales en los últimos años, sin embargo, se requiere de la implementación de políticas públicas y procesos administrativos que permitan mejorar los procesos de transparencia, participación, rendición de cuentas, así como la exigencia de incrementar, mejorar la capacidad de innovar y renovarse como gobierno.

Lo anterior permite fortalecer la gobernanza a través de la promoción de la equidad, la participación, el pluralismo, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho, de modo que sea efectivo, eficiente y duradero. Es por lo cual, como gobierno debemos ser proactivos en dichas exigencias y demandas sociales debido a que frente a la evolución de los procesos sociales de comunicación y acceso a la información los gobiernos y administraciones públicas deben hacer uso de nuevas herramientas para poder responder efectivamente a las necesidades de la nueva sociedad del conocimiento.

En ese sentido, la percepción ciudadana en México ha generado un alto nivel de desconfianza por parte de la población contra las y los servidores públicos de cualquier nivel de gobierno y este nivel de percepción está debidamente justificado mediante la medición a nivel internacional en materia de transparencia y corrupción:

- en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) realizado en el 2019 se ubica en el lugar 130 de 180 naciones evaluadas;
- para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se encuentra en el último lugar de 35 países
- en los países de América Latina se encuentra en el lugar 30 de 32,
- en el grupo BRICS+MINT se ubica en el 7º de 9 países; y
- en el grupo G20, integrado por los 20 países de macro economía, se encuentra en el último lugar.

Al respecto, la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) de 2017 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) señala que del 56.7% de las personas encuestadas, la corrupción es el segundo lugar de los problemas, incrementándose dicha percepción en un 5.8% en comparación con la encuesta de 2015,

asimismo, se estimó que la tasa de víctimas de corrupción fue de 14,635 y 25,541 actos de corrupción por cada 100 mil habitantes.

Como parte de las estrategias de la implementación en nuestro país, en el 2011 se aprobó el primer Plan de Acción de Gobierno Abierto 2011 – 2012, en el que participaron representantes de la Secretaría de la Función Pública (SFP), el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) y de las Organizaciones de la Sociedad Civil como: Artículo 19, SocialTIC (antes Citivox), Fundar, Centro de Análisis e Investigación y Análisis; Gestión Social y Cooperación (GESOC), Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO); Cultura Ecológica, Centro de Investigación y Desarrollo (CIDAC) y Transparencia Mexicana.

Aunado a lo anterior, se ha considerado en todo momento que los datos son la materia prima de la información, por tanto, las acciones de gobierno abierto deben asociarse a procesos abiertos y adaptables de creación colaborativa entre personas y sectores, es por lo que el 20 de febrero del 2015, el ejecutivo federal promulgó el Decreto que establece la regulación en materia de datos abiertos.

Actualmente México ha trabajado por la construcción del cuarto Plan de Acción de Gobierno Abierto 2019 – 2021 en dónde se han continuado con análisis de problemas en México como la violencia hacia las mujeres, la opacidad del ejercicio de los recursos públicos, la deficiencia y opacidad en la impartición de justicia, la eficacia de los programas sociales en educación y salud, entre otros.

Como se observa, cada vez existe más interés de la ciudadanía para involucrarse en los asuntos de interés público, así como la tendencia a una mayor participación política de la sociedad, como parte esencial del proceso de democratización por el cual atraviesa el país, es por ello que nuestra capital, en el ámbito municipal, se posiciona en todo el país para la promoción de un Gobierno Abierto como una herramienta en donde se impulsen políticas públicas que garanticen la transparencia, la colaboración y la participación ciudadana, para garantizar los derechos de acceso a la información y la participación democrática directa en la toma de decisiones y en cumplimiento a las disposiciones de la Ley número 698 estatal de participación ciudadana y Gobierno Abierto para el Estado de Veracruz.

Sin embargo, aún queda mucho trabajo por hacer; conforme a los resultados de la Métrica de Gobierno Abierto realizada el Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C. (CIDE) con apoyo del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), señala que en México no existe un proceso homogéneo para entrar en contacto con las oficinas de gobierno o sistematizar los resultados de estas interacciones, y tan solo el 35% de las propuestas hechas por la ciudadanía ante distintas dependencias gubernamentales en todo el país activaron un proceso al interior de las oficinas públicas para que fueran discutidas o consideradas por las áreas correspondientes para ser implementadas.

Con los datos anteriormente señalados se observa que en México el gobierno abierto aún sigue siendo endeble y su implementación ha sido paulatina y no general, por lo que existen gobiernos municipales o estatales que toda vía no implementan políticas enfocadas en dicho modelo de gobernanza.

3. El avance del gobierno abierto en el Municipio de Xalapa, Veracruz

Hablar de Gobierno Abierto significa incorporar a los procesos cotidianos de la administración pública aspectos fundamentales para el desarrollo democrático como son el acceso y la libertad de información, protección de datos personales, y garantizar a la ciudadanía el acceso información útil y que se encuentra en resguardo de las entidades y dependencias públicas. Implica también activar diferentes tipos de conocimientos y habilidades e incluirlos en los procesos de toma de decisión de tal forma que se generen resultados y políticas más eficientes.

En este sentido, la voluntad para implementar estrategias de Gobierno Abierto está impulsada por la convicción de repensar la administración pública y contribuir desde la gestión pública al desarrollo de una democracia más sana, pasar de un esquema de jerarquía a uno de redes y colaboración horizontal y de asumir compromisos transversales para generar, en conjunto con otros actores sociales y económicos, valor público.

La implementación del Gobierno Abierto contribuye a la actualización de los procesos de gestión pública para adaptar así las instituciones gubernamentales a los avances tecnológicos y el impacto que estos tienen en las dinámicas sociales. Según la Organización de Estados Americanos, una sociedad del conocimiento se refiere al tipo de sociedad que se necesita para competir y tener éxito frente a los cambios económicos y políticos del mundo moderno.

Por ello las sociedades con altos niveles educativos, y que se basa en el conocimiento de sus ciudadanos para impulsar la innovación, el espíritu empresarial y el dinamismo de su economía, basados en la utilización de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) ha potencializado las dinámicas y procesos sociales y económicos, y han demostrado tener impacto positivo en niveles de bienestar de la ciudadanía.

En este sentido las medidas y estrategias de Gobierno Abierto son el siguiente paso en la implementación de las políticas públicas para modernizar las instituciones gubernamentales y dotarles de las herramientas necesarias para dar respuestas eficientes a una sociedad en evolución hacia una sociedad del conocimiento.

Con ello, el Gobierno Abierto genera las condiciones, a través de las herramientas y en su caso las tecnologías que permitan la organización y participación de las personas en los procedimientos, funciones y decisiones de los órganos de los municipios, ya que, con la transparencia, la colaboración y la participación, el resultado se vuelve el producto de la co-creación entre sociedad y autoridades gubernamentales que fomentan un gobierno democrático y transparente, donde el valor público se traduce en dar oportunidades reales

a la ciudadanía para contribuir, con el apoyo de los recursos públicos en las mejoras en su entorno y comunidad.

Para los gobiernos en la actualidad la transparencia, la rendición de cuenta y la participación ciudadana deben ser los ejes rectores dentro de sus políticas públicas, buscando apoyarse en las tecnologías de la información.

En Xalapa se están construyendo las bases para consolidar un gobierno abierto, capaz de involucrar a la ciudadanía en la toma de decisiones, fortalecer la rendición de cuentas y en la generación de políticas públicas enfocadas en las problemáticas que vive la sociedad en el municipio, sometiendo las acciones del gobierno municipal al escrutinio público.

Dando el primer paso en año 2015 se suscribió la Cumbre Global de la Alianza para el Gobierno Abierto, nueve países y ocho gobiernos locales entre ellos, el municipio de Xalapa adoptó la Carta Internacional de Datos Abiertos, donde se comprometieron a promover los datos como una herramienta clave para luchar contra la corrupción y el cambio climático.

En ese mismo año el Cabildo Municipal aprobó el Reglamento de Ciudad Abierta para el Municipio de Xalapa, así dando certeza jurídica a la apertura de datos abiertos para que cumplan las características mínimas que deben tener las bases de datos con información pública.

De acuerdo con el artículo 2° de dicho reglamento en la administración pública municipal y la ciudadanía se debe fomentar la cultura de datos abiertos, fortalecer la participación ciudadana, la apertura gubernamental y la rendición de cuentas, promover el buen gobierno, a través de la innovación gubernamental y transparente.

En 2018 el Ayuntamiento de Xalapa y como una de sus primeras acciones de gobierno presentó el *Decálogo para un gobierno municipal austero, honesto, profesional y eficiente*, que constituyó una referencia del actuar cotidiano de quienes integran el Cabildo, del funcionariado público y de las y los trabajadores municipales para garantizar el honorable y adecuado desempeño y la administración correcta de los recursos humanos, financieros y materiales que le sean asignados para efectuar su labor.

En el punto primero de decálogo, el Ayuntamiento se comprometió en garantizar un acceso igualitario a la información municipal, optimizando la producción de trámites y servicios con valor agregado, es decir una mayor calidad y eficiencia para la ciudadanía.

En ese sentido, realizó una reestructuración orgánica del consejo donde le dio mayores atribuciones y elevó de rango al área encargada del acceso a la información convirtiéndola en la Coordinación de Transparencia y fusionando las áreas de planeación y gobierno electrónico en la Dirección de Gobierno Abierto.

Con base en las nuevas tecnologías de la comunicación, en el municipio de Xalapa se ha avanzado gradualmente hacia la implementación de mecanismos que facilitan el seguimiento de las necesidades de la sociedad por lo que se desarrollaron aplicaciones bajo una visión integradora, mediante la utilización de la herramienta llamada Odoo (antes

OpenERP) como base de un sistema de gestión coherente para la administración pública, complementado con otras herramientas también de software libre como condición indispensable para contribuir a la interoperabilidad de los datos, garantizando la oportunidad y seguridad de la información pública que utiliza el Ayuntamiento. Se implementó también otros sistemas de información, como el Reporte Ciudadano, utilizado por promotores de la Dirección de Participación Ciudadana y personal de los Centros de Gestión Comunitaria de la Dirección de Desarrollo Social, para el reporte de incidencias referentes al servicio de agua, alumbrado, obra pública, residuos sólidos, contaminación, entre otros. Se dispone también de un portal digital donde cada una de las dependencias y entidades tienen la facultad de publicar en un sitio web con el propósito de informar a la ciudadanía.

Al abrir las puertas a la transparencia en el conocimiento del modo en que se realiza el ejercicio de los recursos públicos, se cumple una obligación constitucional y se contribuye a dar confianza de que el Gobierno Municipal emplea de forma eficaz los recursos del pueblo. Por ello, desde el primer momento, el Ayuntamiento acordó que las sesiones de Cabildo se transmitirían en vivo a toda la ciudadanía vía Internet.

Es pues que, en Xalapa ha comenzado un proceso de democratización de la vida pública municipal, lo que ha propiciado un sano debate en las sesiones de Cabildo. El Cabildo de Xalapa empieza a abrirse y la ciudadanía comienza a tener voz para influir en las decisiones.

Por otro lado, había quedado en desuso la normatividad municipal para realizar audiencias públicas como expresión del Cabildo Abierto; el Ayuntamiento no ejercía su facultad potestativa de oír a la ciudadanía. Por vez primera, en mucho tiempo, en Xalapa se han llevado a cabo audiencias públicas, una de ellas la exposición de la Asociación Vecinal del Fraccionamiento Popular Ánimas sobre el caso del predio llamado La Esponja en las Ánimas.

Además de disponer de un Portal en Internet que contiene las Obligaciones de Transparencia, las relativas por la Ley Información financiera, Transparencia proactiva, Portal focalizado, Datos personales, también se adoptaron medidas para que, a través de mecanismos de contraloría y participación ciudadana, se vigile el uso de los fondos públicos que consistió en la revisión del proceso de la difusión, conformación, capacitación y el seguimiento de comités de contraloría social.

El Ayuntamiento de Xalapa demuestra que tiene la convicción de que es a través de la participación ciudadana como se puede eliminar la corrupción y avanzar hacia un gobierno cada día más cercano a sus ciudadanos. Como parte de la estrategia municipal de combate a la corrupción, se impulsó la presencia de consejos ciudadanos en el diseño, implementación y evaluación de las principales políticas públicas del Ayuntamiento. De esta manera, se encuentran sesionando periódicamente diferentes agrupaciones y órganos de participación ciudadana.

En el 2019 y con voluntad política y en alianza con la sociedad, el municipio de Xalapa pasó del lugar 28 a ser la cuarta capital más transparente de México, de acuerdo con el Colectivo Ciudadanos por Municipios Transparentes (Cimtra), cuyo objetivo es evaluar y fomentar la transparencia proactiva en los gobiernos locales.

Mediante la aplicación de herramientas de medición, evaluación y seguimiento, Cimtra analizó obras, urbanidad, bienes inmuebles, consejos ciudadanos y qué tan abierto es el Cabildo, entre otros rubros. De las 29 capitales evaluadas sólo cinco aprobaron, entre ellas Xalapa, que además tuvo el mayor avance al mejorar 68.33 por ciento su calificación, para colocarse en el lugar 13 de los 100 municipios más transparentes del país.

Así mismo, durante junio de 2020 el Ayuntamiento de Xalapa fue reconocido con el segundo lugar nacional en la evaluación realizada por el Colectivo Ciudadanos por Municipios Transparentes, esto por la difusión de información clara y útil de la pandemia debida a la enfermedad COVID-19 provocada por el nuevo virus del coronavirus.

En efecto, la relación entre la calidad del gobierno y una buena gestión pública con variables ligadas al bienestar o satisfacción de los ciudadanos, a los niveles de confianza social y de credibilidad en las instituciones, así como apego y satisfacción con la democracia se ha demostrado que, a mayor apertura, se generan mejores índices de bienestar en la ciudadanía y éstos se vinculan de manera más concreta en las tareas de Gobierno.

Esto genera un fenómeno conocido como demanda inducida, donde un primer esfuerzo por satisfacer las necesidades y demandas de la ciudadanía, y al acceder éste a una mayor cantidad de información, genera mayor interés y por lo tanto nuevas demandas en materia de transparencia y accesibilidad, apertura y colaboración con las instituciones gubernamentales. De esta forma, la relación ciudadanía-gobierno entra en un círculo virtuoso que comprueba que entre más abierto es un Gobierno, a través de la participación y la transparencia de la información, se fortalece la gobernanza, lo que promueve las buenas prácticas que nacen ya con el respaldo ciudadano suficiente para disponer de legitimidad.

Conclusiones

En casi veinte años de la promoción del gobierno abierto en el mundo, en México se siguen impulsando de manera relevante estos modelos de gobernanza que centran a la ciudadanía informada como la base para el desarrollo social y el bienestar.

Aunque las entidades federales son las responsables de integrar compromisos con la sociedad civil organizada para el combate de la corrupción, la eficiencia y transparencia del ejercicio de los recursos públicos y la co-creación de soluciones innovadoras para resolver retos que afectan el desarrollo de nuestro país.

Sin embargo, en lo local, es decir en los gobiernos municipales, la implementación del Gobierno Abierto ha trazado una ruta importante en el cambio de los paradigmas gubernamentales, ya que si bien es cierto las atribuciones de los Ayuntamientos en cuanto a su competencia legal en comparación con la Federación y los Estados tiene restricciones,

también cierto es que éstos son los espacios públicos de primer contacto que mantienen mayor cercanía con la población y que cada vez se dotan de atribuciones legales como las que enmarca la Ley de Participación Ciudadana y Gobierno Abierto para el Estado de Veracruz.

Hoy el gobierno abierto contribuye a que las soluciones innovadoras permiten reducir la invisible, pero enorme brecha que siente la sociedad frente a sus gobernantes, y que las tomas de decisiones se convierten cada vez más en un proceso colectivo que en uno autoritario.

El rol de la transparencia es fundamental, ya que las personas al conocer el contexto de los problemas locales no solo se le permite ejercer el derecho de la libertad de expresión sino se le hace partícipe en la búsqueda de soluciones oportunas y no ocurrentes, y se disminuye el nivel de desconfianza, además de que permite un ejercicio pleno de democracia, sin limitarla sólo a elección de cargos populares.

La implementación del gobierno abierto es todo un reto, sin embargo, como en el caso de Xalapa, el éxito ha radicado en la perspectiva de la inclusión ciudadana, la formación de una eficiente dependencia encargada de la promoción de la transparencia y sobre todo la definición de una política permanente.

Los procesos de mejoramiento para garantizar que las personas realicen el ejercicio de su derecho humano a la participación, sin duda será un proceso evolutivo que poco a poco se reforzará hasta dar garantía de que en Xalapa la colaboración entre sociedad y gobierno sea común y permanente.

Fuentes de consulta

Alianza para el Gobierno Abierto (2011). EUA. AGA. Recuperado de: <https://www.opengovpartnership.org>.

Alianza para el Gobierno Abierto (2020). Informe Global de Gobierno Abierto, democracia más allá de las urnas electorales. EUA. AGA. Recuperado de https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2019/08/Global-Report_Volume-1_ES.pdf

Alianza para el Gobierno Abierto México (2020). Plan de Acción de Gobierno Abierto 2019 – 2021, México. Recuperado de <http://dgti-transparencia-gobierno-abierto-staging.k8s.funcionpublica.gob.mx/plan4/>.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG)* 2017. México. INEGI. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/>. Consultado el 15 de agosto de 2020.

Micrositio CIMTRA. Disponible en: <https://ayuntamiento.xalapa.gob.mx/web/cimtra/cimtra-covid-19?inheritRedirect=true>. Consultado el 15 de agosto de 2020.

Oslak, O. (2013). *Gobierno Abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública, Red de Gobierno Abierto Electrónico de América Latina y el Caribe*. Organización de los Estados Americanos.

Primer Informe de Gobierno 2018. disponible en: <https://ayuntamiento.xalapa.gob.mx/documents/2807668/0/Segundo-Informe-2018.pdf> Ayuntamiento de Xalapa. Consultado el 15 de agosto de 2020.

Ramírez Alujas. A. (2011). *Gobierno abierto y modernización de la gestión pública Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene*. Madrid, España: Reflexiones seminales: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, Mass. USA.

Real Academia de la Lengua Española disponible en: <https://dle.rae.es/gobernanza>. Consultado el 18 de octubre de 2020

Reglamento de Ciudad Abierta para el Municipio de Xalapa disponible en: <https://ayuntamiento.xalapa.gob.mx/documents/39593/2112093/Reglamento+de+Ciudad+Abierta+para+el+Municipio+de+Xalapa.pdf/40280583-3415-0870-25d3-3afeb70b60f7>. Consultado el 15 de agosto de 2020

Reglamento de la Administración Pública del Municipio de Xalapa, disponible en: <https://ayuntamiento.xalapa.gob.mx/documents/39593/2112093/REGLAMENTO+DE+LA+ADMINISTRACION+PUBLICA+MUNICIPAL.pdf/554fb1ac-697a-14ba-c41b-42e9778ee5f6>. Consultado el 15 de agosto de 2020

Segundo Informe de Gobierno 2019. Disponible en: <https://ayuntamiento.xalapa.gob.mx/documents/2807668/0/Segundo-Informe-2018.pdf> Ayuntamiento de Xalapa. Consultado el 15 de agosto de 2020.

Transparencia Internacional (2020), *Índice de percepción de corrupción 2019*. Berlín, Alemania.

World Bank (1992), *Governance and development*, Washington D. C.

La cláusula de apertura constitucional y su evolución en México

Recibido 1° septiembre 2020-Aceptado 12 noviembre 2020

Lilián Galván Bautista*

Profesora Asociada de Universidad de Salamanca y Letrada
del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca, España
liliang@usal.es

RESUMEN: Este estudio describe la trayectoria histórica de la cláusula de apertura constitucional que poco a poco se ha consolidado con la evolución del constitucionalismo. Se observa que la cláusula de apertura constitucional, en sus varias modalidades, conduce a alcanzar una proyección internacional de los derechos fundamentales, con la finalidad de reforzar desde la propia Constitución su reconocimiento, respeto, protección y garantía en los países que desean instituir su democracia con un Estado Social de Derecho. Como consecuencia, nos invita a reflexionar en qué punto del camino se encuentra la evolución de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Constitución, derechos fundamentales, cláusula de apertura constitucional.

ABSTRACT: This study describes the historical trajectory of the constitutional opening clause that has gradually consolidated with the evolution of constitutionalism. It can be seen that the Constitutional opening clause, in its various forms, leads to an international projection of fundamental rights in order to reinforce from the Constitution itself their recognition, respect, protection and assurance in countries that wish to establish their democracy with a Social State of Law. As a consequence, it invites us to reflect on where the evolution of fundamental rights finds itself.

Keywords: Constitution, fundamental rights, constitutional opening clause.

* Licenciada en Derecho por la UNAM, Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca.

SUMARIO: Introducción. 1. El origen de la cláusula de apertura constitucional. 2. La cláusula de apertura con rango supraconstitucional. 3. La cláusula de apertura con rango constitucional. 4. La cláusula de apertura con rango supralegal. 5. El caso especial en la Constitución de México en la mutación de su cláusula de apertura.

Introducción

Realizando un análisis del concepto de la cláusula de apertura constitucional, a través de su historia del Derecho Constitucional y de su Teoría, observaremos su evolución e importancia en el Derecho Constitucional y cómo se produce su impacto en la Constitución Mexicana de 1917.

A nivel global el Derecho Constitucional ha adquirido actualmente gran importancia por el reconocimiento y protección que aporta a los derechos fundamentales, desde su origen en el Siglo XVIII con la Declaración de Independencia de los Estados de América en 1776 hasta la creación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos pactados en la segunda mitad del siglo XX. Cuya consecuencia ha sido dar la posibilidad de establecer en Europa un Derecho Constitucional Internacional con la Unión Europea.

Con la cláusula de apertura constitucional se busca una interpretación de los derechos fundamentales que están reconocidos en la Constitución y también consolidar progresivamente los que ya están reconocidos, de esta forma, se ve ampliada su cobertura en una triple proyección (vertical, horizontal y social), tomando como referencia la Teoría generacional de derechos humanos.

Por tanto, una de las funciones de la cláusula de apertura constitucional es vincular los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con los derechos fundamentales que se reconocen dentro de la Constitución. Y esta vinculación puede adquirir tres tipos de nivel jerárquico que estará condicionada por la obligación que adquiera el Estado para salvaguardar los derechos fundamentales, tal como lo haya dispuesto el Poder Constituyente y en algunos casos particulares el Intérprete de la Constitución. Nos referimos a las constituciones monistas internacionalistas, monistas nacionalistas y dualistas.

En la práctica, las formalidades oficiales que cada Estado establece para adherirse a un Tratado Internacional de Derechos Humanos, puede adquirir cuatro tipos de rango o valor jurídico que son: rango supraconstitucional, rango constitucional, rango supralegal y rango legal. La función es que mientras mayor jerarquía se le reconozca a estos Tratados en el orden interno, los requisitos de formalidad serán más estrictos.

Las constituciones que contienen una cláusula de apertura con rango supraconstitucional adquieren la capacidad de modificar su norma fundamental mediante la aceptación expresa del Tratado internacional y también se le considera ley constitucional. Pues, estos Tratados internacionales reconocen el sentido más amplio del derecho, por lo que deben tener preeminencia sobre la norma interna en materia de derechos

fundamentales, y los jueces no pueden apartarse de sus preceptos, al interpretar esta fuente, puesto que se les da una categoría superior al texto constitucional.

En el caso de la cláusula de apertura con rango constitucional adquieren la misma supremacía y rigidez los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución, para contribuir como fuentes de los derechos fundamentales reconocidos en ese Estado.

Sin embargo, el criterio jurisprudencial en algunas ocasiones ha asignado un reconocimiento superior a determinados derechos fundamentales al momento de confrontar la interpretación del Tratado Internacional de Derechos Humanos ante la Constitución y para otorgar una mayor garantía de dicho derecho, como ha sucedido en la Sentencia 2313-95 de Costa Rica.

La cláusula de apertura con rango suprallegal se incorpora en las constituciones que otorgan a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos un valor superior sobre las leyes nacionales. Así se les otorga la potestad de modificar o derogar las leyes que sean contrarias a los principios establecidos en los mismos, con independencia de que se trate de leyes anteriores o posteriores al Tratado.

Al estudiar el caso particular de la Constitución de México que entró en vigor en 1917, debemos tener en cuenta que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos fueron posteriores a la misma, razón por la cual, originalmente no contenía esta cláusula de apertura constitucional. Por tanto, el artículo 133 al referirse a los Tratados Internacionales generalizaba su tratamiento, incluyendo a todos los que tuvieran un contenido de carácter político bilateral, multilateral (y donde se le dio cabida a los de materia de derechos humanos). Así todos los Tratados Internacionales adquirirían la jerarquía de Ley Suprema, es decir, un rango legal. Por lo que se dificultó la reforma de ese precepto constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, intérprete de la Constitución Mexicana, consideraba en su jurisprudencia que la redacción de la última parte del artículo 133 daba a los Tratados Internacionales un rango intermedio superior a la ley suprema, pero inferior a la Constitución, debido a su formalidad normativa, quedando dichos Tratados sin eficacia jurídica en los puntos que fuesen contrarios a la Constitución.

Sin embargo, en 1999 la interpretación aportada por la máxima autoridad judicial decidió elevar los Tratados Internacionales a un rango equitativo a la Constitución. Esto dio pie a que varios Jueces ampliaran dicha interpretación distinguiendo desde 2004 de entre los todos Tratados Internacionales aquellos que hacen referencia a los derechos humanos bajo el principio *pro-homine* y manifestando en 2010 que era necesaria una reforma constitucional sobre estos Tratados en vinculación a los artículos 1 y 15 de la Constitución Mexicana.

La reforma constitucional se produjo en junio de 2011, cambiando la redacción del segundo párrafo del artículo 1 al permitir “la protección más amplia” de los derechos fundamentales. De este modo, la transformación de la cláusula de apertura constitucional

en México ha ido escalando todos los rangos iniciando desde el rango legal hasta el rango constitucional y en algunas interpretaciones se considera que tiene un rango supraconstitucional. Por lo que su transformación continúa en proceso.

1. El origen de la cláusula de apertura constitucional

El constituyente ha confeccionado la cláusula de apertura constitucional, para que el catálogo de derechos y libertades, que se reconocen en la Constitución, incluya o amplíe su contenido conforme a los derechos humanos que han sido reconocidos en los Tratados Internacionales que ha firmado cada país para adherirlos a su ordenamiento.

El primer dato histórico en las constituciones escritas que hace una relación entre el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno se manifestó por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 artículo VI.2, estableciendo que ambos sistemas jurídicos conformaran la Ley Suprema para este país.

Otro antecedente importante lo conforma la Constitución de Weimar de 1919, en donde reconoce el principio de origen anglosajón, el cual considera que la Ley Internacional es una parte de la Ley del Estado. Proclamando así en su artículo 4º la observancia de estas normas, que se consideran obligatorias para el derecho federal alemán.

Cabe recordar que la Constitución mexicana de 1957 fue inspirada en la citada Constitución Estadounidense, al manifestar en su artículo 126 que “esta Constitución, las Leyes del Congreso y de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso serán la Ley suprema de toda la Unión ...”, dicho precepto permanece vigente en la actual Constitución de 1917 con una ligera reforma.

Pero, la inclusión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos crea el mecanismo jurídico para combatir las violaciones a estos derechos. Por eso, estos Tratados tienen un efecto reparador y represivo sobre los obstáculos existentes para el cumplimiento de los derechos fundamentales (Fix, 1964: 77).

La cláusula de apertura constitucional posibilita que los ciudadanos acudan ante instancias internacionales o regionales encargadas de garantizar el orden constitucional interno en virtud, pues esta es la consecuencia de la adhesión del Estado. Se trata de procedimientos seguidos ante una jurisdicción internacional que protege los derechos y las libertades plasmadas en los documentos de carácter internacional aceptados por los Estados. En México establece un precedente con la Sentencia del Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. (Montemayor, 2010:43 y sigs.). Por tal motivo, la cláusula de apertura constitucional puede servir, siempre que así se permita, para ampliar la configuración y protección interna de un derecho fundamental, cuando las mismas sean inferiores a lo preceptuado en el plano internacional, tal y como lo contempla el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, misma que fue inspirada por la vigente Constitución Alemana. Esto permite que se

Introduzca una nueva garantía: las leyes que desarrollan el ejercicio de los derechos deberán respetar el contenido esencial de ese derecho (García, 1981: 143, 145).

Por lo tanto, el contenido de la cláusula de apertura constitucional conforma dos partes, una de las cuales, se constituye por las características constitucionales que varían en función del rango constitucional que se adapte a los intereses jurídicos y políticos del país que los establezca y, la otra parte, se integra por la dimensión que compone el contenido esencial de los derechos humanos. Siendo su función el deber de tutelar y hacer respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, plasmados tanto en la Constitución como en los Tratados y Acuerdos que cada país reconozca como parte de su ordenamiento jurídico.

Por tal motivo, para que estos derechos cumplan su función como tales, deben contener una triple proyección que se centra en tres deberes jurídicos reconocidos constitucionalmente que son, el deber de no lesionarlo (proyección vertical), el deber de protegerlo ante los demás individuos (proyección horizontal) y el deber de proporcionar los medios que garanticen el disfrute del derecho, (proyección social) (García, 1981: 75 - 76).

Esta triple proyección encuentra relación con la idea de “generaciones de derechos humanos”, que se ha utilizado por juristas como Norberto Bobbio, Karel Vasak y Antonio E. Pérez Luño, al momento de clasificar la evolución histórica del reconocimiento de los derechos y libertades según el tipo de derecho de que se trate, atendiendo a una visión lineal o reduccionista del desarrollo histórico de los derechos humanos. Por tanto, nos encontramos en la primera generación los derechos de defensa, en la segunda generación, que comprende los derechos de contenido socioeconómico que implican obligaciones positivas para el Estado, y una tercera generación, la de aquellos derechos que responden a necesidades surgidas de las transformaciones tecnológicas de la sociedad posindustrial, tales como el derecho al medio ambiente, la protección de los consumidores y otros grupos sociales y la defensa frente al control de datos personales mediante la informática.

Se observa que la vinculación que hay con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en las constituciones de otros países se clasifican para efectos de nivel jerárquico que tienen los Tratados Internacionales en el derecho interno. Lo cual nos abre un panorama a la realidad jurídica a la que se enfrentan los derechos fundamentales, a fin de encontrar las diversas formas en las que se proyectan las cláusulas de apertura constitucional.

Aunque la tendencia en algunos países de Latinoamérica como ha sido el caso de Cuba y actualmente de Venezuela, es que cada vez sean inaplicables las normas sobre Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el objetivo del Derecho Constitucional a través de la cláusula de apertura constitucional es que los Estados se obliguen a salvaguardar el derecho interno frente a posibles incompatibilidades de algún Tratado Internacional. Esto sucede cuando la consecuencia jurídica desemboca en un enfrentamiento entre derecho

interno y derecho internacional, en el caso que la legislación interna, que se produce en un país, adopte un sistema de jerarquización de normas de carácter nacionalista. (Corcuera, 2002: 156).

Las posibles vinculaciones que hay con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en las constituciones se han clasificado para efectos de nivel jerárquico, conocidas como: monistas internacionalistas, monistas nacionalistas y dualistas, de acuerdo a la terminología que utilizan (Arellano, 1999) y (Sepúlveda., 1973: 68 y 76). Por lo que, la realidad jurídica conduce a encontrar diversas formas en las que se proyecten los derechos humanos en sus constituciones desde la cláusula de apertura constitucional.

Entre las diversas formas observamos, que la corriente nacionalista coloca a los Tratados Internacionales en un nivel jerárquico inferior a la legislación interna; por ello, en caso de incompatibilidad entre las disposiciones de un Tratado y la legislación interna, prevalece esta última. En cambio, en la corriente internacionalista se coloca a los Tratados Internacionales en un nivel jerárquico superior a la legislación interna, por ello, en caso de incompatibilidad prevalece el Tratado internacional, como ocurre en la Constitución de España de 1978.

Por otra parte, la corriente dualista distingue los regímenes jurídicos y ámbitos de aplicación de los Tratados Internacionales de las leyes internas, lo que da como resultado que se tengan, conceptualmente, dos órdenes jurídicos separados. El régimen de derecho interno regula las relaciones jurídicas y sus consecuencias dentro de su jurisdicción, y los Tratados Internacionales regulan los compromisos entre el Estado correspondiente con las contrapartes del Tratado, sin que el mismo tenga efectos en el derecho de ese Estado.

En la práctica nos encontramos con una gran variedad de métodos utilizados para adoptar estos Tratados Internacionales en el derecho interno. Estos métodos pueden diferir dentro del mismo Estado, dependiendo de la naturaleza y los términos del Tratado y, a veces también, en la elección del Estado respecto a la manera de instrumentarlo (Gonzaini, 1995: 16). Pues, existen regímenes que permiten celebrar Tratados con la firma de quien tenga poderes plenos, para el efecto, sin necesidad de ratificación por el órgano legislativo para considerarse vinculados al Tratado. Y, habrá países cuyas constituciones exijan la ratificación del órgano legislativo para considerarse vinculados al Tratado y habrá diferentes requisitos de votación que se deberían cumplir para la aprobación respectiva por la parte del órgano legislativo.

Por tanto, el Poder Constituyente dispone de cuatro opciones para otorgar un rango o valor jurídico a los Instrumentos Internacionales, que se van a introducir en su Ordenamiento jurídico interno, al momento de reconocerlos como parte de su Constitución y que se clasifican en: rango supraconstitucional, rango constitucional, rango supralegal y rango legal. Para ilustrar estos regímenes jurídicos citaremos algunos ejemplos de constituciones que nos muestran el nivel jerárquico en el que colocan a los Tratados

Internacionales sobre Derechos Humanos ante la propia Constitución, para entender que normalmente, mientras mayor jerarquía se le reconozca a los Tratados Internacionales, en el Orden jurídico interno, mayores serán los requisitos de carácter formal que exigen las Constituciones respectivas.

2. La cláusula de apertura con rango supraconstitucional

En las constituciones que otorgan un rango supraconstitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tienen que prevalecer incluso frente a la Constitución del Estado. En este caso, los instrumentos internacionales que promueven y protegen los derechos humanos deberán tener una aceptación formal y eficaz por el Estado (Saiz, 1999: 50 y 51). Sin embargo, se encuentran muchos obstáculos al momento de ser aplicados por el Poder Judicial o del Intérprete de la Constitución al ponderar la norma interna y la norma internacional, por lo que es preciso que el valor sea apreciado positivamente por el sujeto, lo cual, depende de un acto estimativo del Estado.

En la práctica se entiende que la Constitución se reforma por conducto de un Tratado Internacional, el cual, adquiere el carácter de una ley constitucional con capacidad de modificar la Norma Fundamental con el consentimiento expreso del Poder Constituyente.

La Constitución de Guatemala establece en su artículo 46, el principio general de que (sólo) en materia de derechos humanos los Tratados y Convenios tienen preeminencia sobre el derecho interno. En este sentido se entiende que los derechos humanos son valores que tienen por objeto la convivencia armónica de sus ciudadanos, donde el orden jurídico positivo se subordina a ellos, y los jueces que lo interpretan encuentran una fuente modelo del cual, no pueden apartarse sin caer en arbitrariedad o injusticia (Gozaini, 1995: 17).

Este es un claro ejemplo en el que se ha interpretado que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos están por encima del texto constitucional. Al utilizar la Constitución de Guatemala el término “derecho interno”, sin distinción alguna, se comprende que incluye al derecho constitucional. El motivo que originó esta norma fue gracias al impacto que tuvo la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, en la cual, la Corte estableció que un país no puede, aunque su Constitución se lo permita, aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna (Ayala, 1961: 142).

Pero la Constitución de España de 1978, considerada como el ejemplo de la cláusula de apertura supraconstitucional, en esta situación, conforme a sus artículos 9.1 y 53.1 se exige como condición para la aprobación de un Tratado contrario a la Constitución, la previa revisión de esta; en virtud de que el régimen político Español se establece en una Monarquía Parlamentaria, constituida en un Estado Social y Democrático de Derecho, en cuyo caso, los órganos legitimados pueden requerir al intérprete de la Constitución que es

Tribunal Constitucional, órgano independiente el Poder Judicial, para que declare si existe o no esa contradicción señalada en el artículo 95. Puede de este modo, el Constituyente ha previsto garantizar que exista una armonía en los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución y la integración de Tratados Internacionales.

Cabe destacar, que las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre la materia, lo que, sin significar una sumisión definitiva a los Tratados, implica cierto nivel jerárquico superior de los Tratados sobre la Constitución en la medida en que esta debe ser interpretada en congruencia con aquellos.

3. La cláusula de apertura con rango constitucional

Cuando se reconoce rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se equiparán a la misma jerarquía normativa de la Constitución y de esta forma adquieren la supremacía y la rigidez de la propia Constitución. El criterio jurídico de estos Estados que optan por este rango constitucional al aceptar como positivos los derechos fundamentales nos lleva a sostener que deben ser realidades escritas en un catálogo que los identifique y reconozca. Lo que verdaderamente importa es el esfuerzo intersubjetivo que concibe la practicidad a partir de la comprensión social que los incorpora y remedia como valores de tránsito constante (Pérez, 1984: 162).

Este criterio es el que sigue la redacción de la Constitución Argentina resultante de la reforma de 1994, en la que decide dar a los Tratados en general una jerarquía superior a las leyes; a los Tratados y Declaraciones vigentes sobre derechos humanos, que enumera expresa y taxativamente el artículo 75 inciso 22, les otorga la jerarquía constitucional; así los Tratados sobre Derechos Humanos podrán gozar de la jerarquía constitucional en caso de que luego de ser aprobados por el Congreso se les imponga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Con lo cual, los Tratados sobre Derechos Humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución y solo pueden ser denunciados previo cumplimiento de un procedimiento agravado, previsto en la misma.

Dentro de estos ejemplos, es un caso singular, el de la Constitución de Costa Rica, en la que se otorgó a los Tratados una jerarquía suprallegal, pero la jurisprudencia le ha asignado una jerarquía constitucional. En su artículo 7 establece el rango superior de los Tratados sobre las Leyes, pero, se entiende inferior a la Constitución. No obstante, el aparente rango suprallegal que se deriva para todos los Tratados en Costa Rica, la jurisprudencia de la Sala IV Constitucional, le ha reconocido a los Tratados referentes a derechos humanos un valor constitucional, pudiendo incluso resultar supraconstitucional en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas (Sentencia 2313-95).

4. La cláusula de apertura con rango supralegal

Las Constituciones que contienen una cláusula de apertura con rango supralegal, colocan a las normas de derecho internacional en un valor superior a las normas de derecho interno, aunque no pueden modificar la Constitución, es decir, los Tratados prevalecen en este caso sobre las leyes nacionales. Uno de los países Latinoamericanos que han acogido este sistema es El Salvador.

Esta Constitución determina en su precepto 144 que, en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalecerá el Tratado y el artículo 145 se refiere a la ratificación de dichos Tratados. De este modo, se aclara expresamente el rango supralegal de los Tratados. Pues como observamos, los Tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias independientemente de que su vigencia sea anterior o posterior a la aceptación del Tratado. El carácter supralegal se puede apreciar en la condición que permite que el Tratado pueda derogar la ley secundaria anterior a este, entendiéndose que las leyes posteriores no podrán ser aprobadas cuando contradigan algún Tratado; y tampoco, las leyes secundarias posteriores al Tratado podrán derogar o modificar las disposiciones de un Tratado.

Desde esta perspectiva, se parte del principio de que todo derecho puede cobrar vigencia a partir de un hecho práctico, como la publicación oficial, o por la ratificación del Poder Ejecutivo de un Tratado aprobado en el seno del Poder Legislativo. Así lo prescribe el artículo 145 de la Constitución de El Salvador donde se aprecian los requisitos formales para celebrar los Tratados en El Salvador que son: las facultades de ratificar los Tratados Internacionales corresponden a la Asamblea Legislativa y la celebración de aquellos al órgano ejecutivo, el cual, es presidido por el Presidente de la República. La Asamblea puede denegar la ratificación o ratificar el instrumento con reservas por considerar inconstitucionales o inconvenientes las partes objetadas.

Estos preceptos constitucionales nos muestran los lazos entre los valores jurídicos presentes y los que aspiran a contraerse. Es decir, cuando el movimiento político y jurídico de una sociedad se organiza como protector de los derechos fundamentales, surge una complementación entre las esferas de la sociología y el derecho, a lo que denomina "el gran salto desde el *statu quo* hasta la esperanza" (Gozaini, 1995: 17).

5. El caso especial en la Constitución de México en la mutación de su cláusula de apertura

La Constitución Mexicana de 1917, ha tenido que mutar para sobrevivir a lo largo de muchas e importantes reformas. Y para integrar una cláusula de apertura constitucional no ha sido la excepción.

Pues la introducción de los Tratados Internacionales en el marco jurídico mexicano se hace de una forma genérica, ya que la Constitución de México no determinaba el contenido de dichos Tratados Internacionales. Este motivo, tiene su explicación en la época que se

elaboró la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que fue en el año 1917, momento en el que todavía no estaban desarrollados los mecanismos de protección internacional sobre derechos humanos, a diferencia de la Constitución de España que fue aprobada en 1978.

La norma fundamental que introduce a los Tratados Internacionales como parte del ordenamiento jurídico mexicano se desarrolla en el artículo 133 colocándolos en su primera redacción en la jerarquía normativa de la Ley suprema. Por lo que no se hacía ningún distingo en cuanto al contenido de estos Tratados Internacionales aceptados por el Estado Mexicano.

En términos generales las constituciones que otorgan a los Tratados Internacionales un rango legal tienen la misma jerarquía que la Ley interna, tal como en un inicio se contempló en la Constitución de México. Es el más difundido entre los distintos Estados de Latinoamérica, donde se proyecta una especial aceptación a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, “en este marco cada Estado supone una circunstancia individual para el progreso de los derechos fundamentales, lo cual, no impide que las normas internacionales orienten una definición propia, de imposible mutación por conveniencias particulares, ni limitaciones ostensibles a libertades plenamente reconocidas.” (Goziani, 1995: 23 y 24).

En mayo de 1999, dio un cambio radical la interpretación del artículo 133 de la Constitución Mexicana, tras la Interpretación suscitada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su función de intérprete de la Constitución, el cual, se debatía entre dos cuestiones de interpretación (Galván, 2006: 646).

Del anterior criterio jurisprudencial destacaba el primer principio, considerar la supremacía constitucional, al interpretar la última parte del artículo 133 de la Constitución Mexicana, lo que se traduce en que los Tratados Internacionales ocupan un rango inmediato inferior a la Constitución, y cuando alguno de estos Tratados Internacionales, aun siendo aprobados por el Senado, contradiga o esté en oposición con los preceptos de la Constitución, en los puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica.

El segundo principio, que la SCJN consideraba que los Tratados Internacionales por su formalidad normativa son actos materialmente legislativos por contener normas generales y abstractas, y debían ser considerados como leyes, teniendo como consecuencia que las autoridades competentes están obligadas a acatarlos y la sociedad y el Estado están interesados en su exacto cumplimiento. (Semanario Judicial de la Federación [SJF]; 7ª época: 23; 163; 8ª época: 236; 5ª época: 43).

Sin embargo, en 1999 la SCJN cambió su criterio de interpretación, en una segunda Tesis Jurisprudencial referida al citado artículo 133 Constitucional, afirmando que los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (Sentencia: 192,867 de 11 de mayo de

1999). Aquí valora los elementos inmersos en el sistema jurídico mexicano, ante el derecho internacional que son la jerarquía de los Tratados Internacionales, su aplicabilidad y la recepción de estos. Y, por tanto, cambia la ubicación de la cláusula de apertura constitucional de rango legal a un rango suprallegal.

A raíz de esta Tesis Jurisprudencial, se torna complejo el sistema jurídico mexicano en cuanto al problema de su aplicación, si se tiene en cuenta que los sistemas normativos están articulados de tal manera que cuando hay una colisión entre Tratado Internacional y una norma de derecho interno debe aplicarse un criterio jerárquico.

Sin embargo, en un aspecto positivo, esta Jurisprudencia destaca porque sus argumentos se resumen en la idea que tanto el Tratado Internacional como la ley constitucional son normas de la unidad del Estado Federal y porque la interpretación del artículo 133 constitucional presenta una tesis que es armónica con diversos preceptos constitucionales y con la naturaleza que la propia Ley Federal señala a nuestro Estado Federal. (Carpizo, 2000: 75).

Con posterioridad a esta jurisprudencia se dictaron dos importantes tesis, una relativa al “principio *pro homine*” (Semanario Judicial de la Federación, [SJF] 2004: 2385) y otra titulada: “Tratados Internacionales. Su aplicación cuando amplían y reglamentan derechos fundamentales” (Semanario Judicial de la Federación, [SJF] 2004: 1896), ambas dan inicio al cambio de paradigma en la cláusula de apertura constitucional en México para reconocer, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales que contiene esta Constitución al decidir que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos tienen un rango paralelo a la Constitución, es decir, un rango constitucional.

Este nuevo sentido de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos no puede obviar el contenido de los artículos 1 y 15 de esta Norma Fundamental, preceptos que antes de la reforma de 2011 anteponían su garantía sin suspenderse, ni restringirse y establecía como principio la armonía entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la parte dogmática de la Constitución.

Por este motivo, se pronunció el Primer Tribunal Colegiado en materias administrativa y de trabajo del Décimo Primer circuito, al señalar en su Tesis Jurisprudencial 164.509 de mayo de 2010 que los Tratados o Convenciones suscritos por México relativos a derechos humanos deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ante una variedad de interpretaciones sobre el rango que deben adoptar los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento mexicano se hace necesaria una reforma constitucional.

La mayoría de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos forman parte del ordenamiento jurídico, en virtud de que México los ha ratificado. Sin embargo, el marco

normativo internacional vinculante para México no siempre encuentra correspondencia con el derecho interno. Por lo que la tarea principal en materia de derechos humanos en México es armonizar ambos cuerpos legales a fin de garantizar una adecuada protección de valores fundamentales y evitar que incurra en responsabilidad internacional como consecuencia del incumplimiento de los Tratados Internacionales. Debe confeccionarse un marco jurídico completo y eficaz para la protección y defensa de los derechos humanos. (Santos, 2004: 2).

Pero, el nuevo criterio de la SCJN no aporta una solución al problema que presenta la redacción del artículo 133 de la Constitución Mexicana para aplicar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Corso, 2000: 46) por lo que no se descarta la necesidad de reformar el citado artículo 133 en concordancia con el artículo 1 constitucional. (Caballero, 2009: 283).

Ante la falta de actuación del Poder Legislativo, surgió una diversidad de criterios en el Poder Judicial intentando interpretar lo que quiso decir el Constituyente de México en el artículo 133; uno de estos criterios planteó la necesidad de introducir la cláusula de apertura constitucional en el sistema constitucional mexicano para integrar la protección y garantía que ofrece el derecho constitucional internacional compuesto por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Otro criterio que motivó la reforma constitucional en materia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, fue el impacto que produjo el caso Radilla Pacheco vs Los Estados Unidos Mexicanos, al considerar que lo procedente es establecer el modo y alcance en que puede llevarse a cabo una operación que en diferentes grados ya se ha venido desarrollando, consistente en interpretar los derechos humanos reconocidos en el sistema jurídico mexicano observando el contenido de la jurisprudencia interamericana y de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros Tratados Internacionales de conformidad con el lugar que ocupan en el entramado jurídico” (Cossío, 2014: 832).

Ante el reclamo por parte del Poder Judicial, la reforma constitucional, tan esperada, sobre el reconocimiento jerárquico de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos se proyectó en su artículo 1º, publicada el 10 de junio de 2011. En concreto el párrafo segundo de este artículo es el que viene a definir la dimensión de la cláusula de apertura constitucional, que al permitir “la protección más amplia”, con lo que termina colocando estos Tratados Internacionales en un rango supraconstitucional. Lo cual facilita “cierta flexibilización del rígido esquema ya clásico de distinción de esferas interior y exterior” en una relación de cooperación amistosa Estatal e Internacional. (Häberle, 2017: 283).

Los Tratados Internacionales a que se refiere la reforma del artículo 1 son aquellos celebrados por México conforme al artículo 133 en materia de derechos humanos. (Castañeda, 2015: 180). Así se establecen términos como “tarea común, cooperación y

colaboración mutua términos clave propios del Estado cooperativo y su realidad exige los correspondientes esfuerzos” (Härbele, 2017: 285).

Finalmente, la cláusula de apertura constitucional en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ha configurado en su máxima dimensión adoptando el rango supraconstitucional, pero la tarea de aplicar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre los derechos fundamentales de los mexicanos acaba de comenzar.

Conclusiones

En teoría el derecho constitucional mexicano ha conseguido solucionar la necesidad de dar una proyección interpretativa internacional a los derechos fundamentales que reconoce su Carta Magna, gracias a la doble labor legislativa y judicial que tienen los Tratados Internacionales sobre derechos humanos. Pero la labor no está terminada, plasmar los Tratados Internacionales en un rango supraconstitucional, es sólo la semilla que debe generar una mejor garantía de protección de todos los derechos fundamentales en México haciendo factible el pleno goce y disfrute de los mismos para avanzar a la democracia y a la estabilidad del Estado social de derecho.

En general, la cláusula de apertura constitucional en cualquiera de sus distintos rangos jerárquicos normativos tiene la función de garantizar, proteger, reconocer y respetar los derechos fundamentales en un país determinado con la colaboración de un Gobierno que debe tener la obligación de no interferir en el disfrute de los derechos fundamentales y de brindar prestaciones que posibiliten su desarrollo. De esta forma, la realidad jurídica en el ámbito constitucional interno tiene sus consecuencias en el ámbito constitucional internacional.

La importancia de la cláusula de apertura constitucional facilita que el sistema internacional o regional establezca la obligatoriedad de la ejecución de sus sentencias, cuando el Estado contradiga sus disposiciones constitucionales; y en tal caso deberá cumplir la obligación de adecuar su derecho constitucional al Convenio internacional.

Cuando el Poder Constituyente no ha introducido la cláusula de apertura constitucional, la solución que permite al ciudadano disfrutar los derechos fundamentales que se reconocen en los Tratados Internacionales, a los que este adherido el País en cuestión, debe surgir del Poder Judicial por tener la facultad para interpretar la Constitución y decidir mediante la jurisprudencia adecuar el derecho constitucional interno al derecho constitucional internacional como ocurrió en México y Costa Rica.

Fuentes de consulta

Libros de autor:

- Arellano García, C. (1999). *"Primer curso de Derecho Internacional Público"*. México. Porrúa. 4ª Edición.
- Caballero Ochoa, J. L. (2009). *"La incorporación de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos en España y México"*. México. Porrúa.
- Carpizo, J. (1984). *"La Constitución de 1917, La formación del Estado Mexicano"*. México. Porrúa.
- Castañeda, M. (2015). *"Derecho Internacional de los Derechos Humano"*. México. Publicado la edición de 25 Años, CNDH.
- Corcuera Cavezut, S. (2002). *"Derecho Constitucional y derecho internacional de los derechos humanos"*, México. Editorial Oxford, Colección de Textos Jurídicos Universitarios.
- Fix Zamudio, H. (1964) *"El Juicio de Amparo"*. México. Porrúa.
- Galván Bautista, L. (2006). *"Proyección Internacional de los derechos fundamentales. (Cláusula de apertura constitucional)"*. España. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Gozáini, O. A. (1995). *"El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomía)"*. México. UNAM.
- Häberle, P. (2017). *"Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta"*. Madrid. Tecnos.
- Montemayor, C. (2010) *"Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos"*. México, Estudios g&q.
- Perez Luño, A. (1984). *"Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución"*. Madrid. Tecnos.

Saiz Arnaiz, A. (1999). *"La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española"*. (Premio Rafael Martínez Emperador 1998). Madrid. Consejo General del Poder Judicial.

Sepúlveda C. (1973). *"Derecho Internacional"*. México. Porrúa. 5ª Edición.

Capítulos de libro:

Ayala Corao C. M. "La Jerarquización Constitucional de los Tratados", publicado en VV.AA. (1961). *Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, Pensamiento Constitucional hispanoamericano hasta 1830*. Caracas. Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia.

Carpizo Mc Gregor, J. Publicado en VV.AA. (2002). *"Comentarios a la Jurisprudencia Tratados Internacionales. Se ubica Jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un Segundo Plano Respecto de la Constitución Federal"*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Corso Sosa, E. Publicado en VV.AA. (2002). *"Comentarios a la Jurisprudencia Tratados Internacionales. Se ubica Jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un Segundo Plano Respecto de la Constitución Federal"*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Revistas:

Santos, De Los M. A. (2004). "Derechos humanos: compromisos internacionales, obligaciones nacionales". México. *Revista Mexicana de Justicia*.

Cossío Díaz, J. R. (2014). "Algunas notas sobre el caso Rosendo Radilla Pacheco". México. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. 14. Núm. C.

Legislación:

Constitución de la Nación de Argentina publicada en https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Nacion_Argentina.pdf

Constitución de la República de Costa Rica publicada en <http://www.eurosur.org/constituciones/co19-2.htm>

Constitución de la República del Salvador publicada en https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. En National Archives, recuperado en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

Constitución de Weimar de 1919. Recuperado en <https://ezequielsingman.files.wordpress.com/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf>

Constitución Española de 1978. Publicado en el BOE.es <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Constitución Política de la República de Guatemala publicada en <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/GUATEMALA-Constitucion.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Sentencias:

Jurisprudencia SCJN, Registro No. 164509, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, mayo de 2010, Página: 2079, Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

Sentencias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación; 1.- 7ª época, Pleno, vols. 193-198, 1ª Parte, pág. 163; 2.- 8ª época, Tribunales colegiados de circuito, t. VI, 2ª parte, 1, pág. 236. 3.- 7ª época, sala, vol. 72, 3ª parte, pág. 23; 5ª época, pleno t. VI.

Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XX, septiembre de 2004, Tesis: I.4o.A.440 A, Página: 1896. Amparo en revisión 99/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XX, octubre de 2004, Tesis: I.4o.A.441 A, p. 2385. Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.

Tesis Jurisprudencial 192.867, P. LXXVII/99 publicada en el Semanario Judicial de la Federación, pleno, t. X, México, 1999.

El problema de la relación entre derecho y moral

Recibido 15 noviembre 2020-Aceptado 15 febrero 2021

José Luis López Fuentes*
Xalapa-Equez. Veracruz, México
luis.jllf@gmail.com

RESUMEN: En el presente trabajo, con base en las teorías iusnaturalistas y del positivismo jurídico, se busca ofrecer un breve acercamiento al desarrollo que han tenido a través del tiempo las tesis más importantes en torno al problema de la relación entre derecho y moral, hasta llegar a lo que actualmente es denominado antipositivismo jurídico, pues el objetivo de este documento es presentar un análisis y exposición de las aportaciones de esta corriente de pensamiento a la teoría jurídica contemporánea, para lo cual, se analizan las propuestas de Ronald Dworkin y Robert Alexy, en especial de la tesis de los principios, y su relevancia en la interpretación y aplicación de la ley.

Palabras clave: iusnaturalismo, positivismo jurídico, antipositivismo jurídico, moral, tesis de los principios.

ABSTRACT: In this work, based on natural law theories and legal positivism, I seek to offer a brief approach to the development that the most important theses have had throughout time regarding the problem of the relationship between law and morality, arriving at what we now call legal anti-positivism, the objective of this document is to present an analysis and exposition of the contributions of this current of thought to contemporary legal theory, for which the proposals of Ronald Dworkin and Robert Alexy are analyzed, specially the thesis of the principles, and its relevance in the interpretation and application of the law.

Keywords: Natural law theories, legal positivism, legal antipositivism, moral, thesis of principles.

SUMARIO: Introducción, 1. Contexto iusnaturalista. 2. Contexto iuspositivista. 3. Moderna teoría antipositivista. Consideraciones finales. Fuentes de consulta.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana.

Introducción

En términos generales el problema de la relación entre derecho y moral ha sido abordado a lo largo de la historia desde dos vertientes de pensamiento (con diversos matices). En primer lugar, se encuentran las teorías elaboradas desde el derecho natural o *iusnaturalismo*, las cuales se caracterizan por postular que el derecho es válido y obligatorio no por su fuente formal de origen, sino por la justicia de su contenido. En segundo lugar, se encuentran las teorías del positivismo jurídico o *iuspositivismo*, las que se distinguen porque buscan teorizar sobre el derecho de un modo general y descriptivo. Se habla de generalidad en el sentido de intentar estudiar al derecho en su totalidad y no solo a un sistema jurídico en particular, por otro lado, uno de los sentidos en que estas teorías buscan ser descriptivas, se refiere a que pretenden ser neutrales y no comprometerse con ninguna opción moral o política.

El objetivo de este trabajo es presentar una exposición y análisis comparativo de algunos de los postulados más importantes vinculados al problema de la relación entre derecho y moral, desde lo que actualmente es conocido como antipositivismo y las aportaciones de esta corriente a la teoría jurídica contemporánea, para ello el presente artículo se encuentra dividido en tres apartados, en los dos primeros se presenta una breve exposición de la evolución histórica de las tesis más importantes en torno al ya mencionado problema, en sus dos contextos fundamentales, y en el tercer apartado se lleva a cabo una exposición y análisis de las propuestas de Ronald Dworkin y Robert Alexy.

1. Contexto *iusnaturalista*

En Grecia en el siglo V a. C., Sócrates y los Sofistas iniciaron la controversia entre naturaleza y convención como origen del derecho, el primero derivando las leyes humanas de las leyes de la naturaleza. En la *Apología de Sócrates* puede observarse que este incluso consideraba la ley divina superior a la creada por los hombres (29d), puede decirse que para Sócrates era una moral universal la que daba fundamento a las leyes creadas por los hombres, pues él concebía a estas como un reflejo de la ley natural, por ese motivo cumple con su sentencia cuando es condenado a muerte, como una forma de adecuar su actuar a esa idea universal de justicia como virtud moral reflejada en las leyes creadas por los hombres. Por su parte los Sofistas postulaban "la idea de una clase de contrato social como fundamento de la ley" (Recaséns, 2003, p.3). El derecho así concebido era creación del hombre gracias a un acuerdo al que llegan los individuos, es decir, concebían como fundamento de las leyes a una especie de moral social (positiva o convencional).

Platón también tuvo una concepción solidaria entre la moral y el derecho, pues para él la ley sería una especie de hilo que va guiando a la ciudad para conducirla de manera correcta, y este hilo provendría de "el razonamiento de algún dios o de algún hombre divino" (Leyes, I, 645b). Por su parte Aristóteles postuló que los principios que le dan

fundamento al derecho y también a la justicia pueden ser encontrados con ayuda de la razón, en la naturaleza de las cosas, y con ayuda de un criterio teleológico, es decir, que el bien puede ser encontrado en las cosas mismas y también llevó a cabo una diferenciación entre dos clases de justicia, la justicia del juez y la justicia natural como virtud moral, pero consideró que las leyes humanas solamente pueden alcanzar la justicia por mero accidente (Ética Nicomáquea, V, 1137a-5), y también que "la gran mayoría de las prescripciones legales se desprenden de la virtud total" (Ética Nicomáquea, V, 1130b-15). En ese sentido, Aristóteles encontraría el fundamento de las leyes en la acepción moral de la virtud.

Por su parte los romanos para referirse a lo que hasta entonces se conocía como derecho natural, usaban distintos términos: *ius commune*, *ius gentium* y *ius naturale*; ese derecho natural era el aplicable a todos los individuos que no eran ciudadanos de Roma, es decir, a los extranjeros, pero los romanos también se valían de este derecho natural como un elemento para interpretar las leyes, es decir, para crear jurisprudencia. Los ciudadanos romanos se regían por el *ius civile*, y en lo que respecta a las relaciones que surgían entre extranjeros y ciudadanos de Roma se regían por el derecho que era común a todos, es decir, el que proviene de la razón, en ese sentido también se hablaba de derecho natural en cuanto al que regía las relaciones entre particulares (Jus. D. I. I. 4. I.) En ese entendido, puede decirse que los juristas romanos tenían una concepción solidaria de estos derechos, lo que se manifestaba también en una concepción solidaria entre derecho y moral.

Ya en la Edad Media, San Agustín mediante su teoría de la ley eterna formuló un cambio en la concepción que se tenía en el mundo antiguo del iusnaturalismo, pues San Agustín considera un *iusnaturalismo* basado en la voluntad de Dios, las leyes humanas encontrarían su fundamento en ese mencionado deber moral de obedecer la voluntad de Dios, pero derecho y moral estarían vinculados con ciertos límites, pues para San Agustín la ley positiva solo debía limitarse a prohibir las conductas que no permitan conseguir la paz social (Del Libre Albedrío, V, 1,6,14).

Por su parte Santo Tomás de Aquino también se ocupó de las leyes y de la justicia, distinguiendo entre diversas clases de leyes: ley eterna, ley natural y ley humana, las dos últimas derivadas de la ley eterna, la cual vendría a ser "la razón de la sabiduría divina en cuanto principio directivo de todo acto y todo movimiento" (Suma Teológica, I-II, C. 93 a.1). Santo Tomás también distinguía entre santidad evangélica y justicia derivada del derecho, la primera como virtud moral, y la segunda como justicia jurídica, esto representaría un criterio de distinción entre moral y derecho.

Posteriormente como consecuencia del deseo de desligarse de los planteamientos dominantes en la Edad Media, fundamentalmente teológicos, surgió el iusnaturalismo de corte racionalista, pues "desde fines del siglo XVI hasta finales del XVII la filosofía, y también el derecho buscaron su sitio en el campo de las ciencias exactas." (Bernal, 2016, p.161). Este nuevo iusnaturalismo siguió la tendencia de los postulados imperantes en su época que

afirmaban que con solo el uso de la razón podrían desentrañarse las leyes naturales e incluso la naturaleza del hombre. En este contexto Thomas Hobbes creó una nueva teoría sobre el derecho natural, la cual contenía los primeros esbozos del positivismo, pues para Hobbes la autoridad era la fuente de las normas creadas por los hombres "donde no hay poder común, no hay ley" (Leviatán, XIII). Con ello Hobbes estableció una separación entre derecho y moral. Por su parte Jean Jacques Rousseau en el *Contrato Social*, postuló que la voluntad general era la exclusiva fuente de la ley (Trad. en 2014, pp.29-43), es decir, para Rousseau la ley tenía un origen convencional y encontraría su fundamento en una moral concertada con lo que el derecho y esta clase de moral estarían fuertemente vinculados.

2. Contexto iuspositivista

El positivismo jurídico buscó llevar a cabo una aproximación avalorativa y descriptiva del derecho, contrario a las teorías iusnaturalistas. En este contexto, el filósofo y jurista alemán Christian Thomasius postuló una distinción entre normas jurídicas, morales, y reglas sociales, que encontraría como nota característica y fundamental del derecho a la coacción, en ese sentido las normas morales y las reglas sociales al carecer de coacción no podrían ser derecho en un sentido estricto "con ello redujo el derecho al humano positivo" (Hervada, 1996, p.285). Idea precursora de una de las tesis fundamentales del *iuspositivismo*, la separación entre derecho y moral.

Por otra parte, Immanuel Kant mediante los principios de su ética ofreció importantes concepciones sobre las obligaciones jurídicas y morales. La idea fundamental que se desprende de la teoría ética Kantiana en relación al tema que se viene desarrollando, es que los deberes morales son internos; y los jurídicos externos, en ese sentido, el cumplimiento de los deberes jurídicos solo exige que la acción externa llevada a cabo por las personas esté en conformidad con lo prescrito por el derecho, sin tomar en cuenta cuales fueron los móviles para llevar a cabo esta acción (Trad. en 2008, p.24). Este pensador estableció un criterio fundamental para distinguir entre derecho y moral, que es el móvil para el cumplimiento de las normas, en tanto morales, es el deber el único móvil para su obediencia, y en tanto normas de derecho, se admiten un número más amplio de razones para su observancia. Lo anterior abonó a las teorías positivistas que serían desarrolladas con posterioridad en pro de la separación entre derecho y moral, con ello Kant sentó las bases teóricas del positivismo jurídico.

Con posterioridad Hans Kelsen propuso una tajante separación entre derecho y moral, partiendo de la idea de que un orden jurídico positivo no podía hacer depender su validez de una concepción de justicia absoluta y válida en todo tiempo y lugar (Trad. en 1982, p.79). Con ello Kelsen también postuló la inexistencia de valores absolutos, teniendo en cuenta la gran variedad de concepciones sobre lo que es bueno o justo dadas en las diferentes sociedades y épocas a través de la historia, por lo que el derecho estaría condicionado por

las variaciones surgidas de la historia y las sociedades; e incluso llegó al extremo de afirmar que el derecho no debía ni siquiera satisfacer un mínimo de moralidad (Trad. en 1982, p.78).

En tiempos más recientes el debate sobre la relación entre derecho y moral ha estado centrado en la posibilidad de una relación conceptual entre estos dos órdenes, ya no en una eventual relación contingente, es decir, sobre si el concepto de derecho incluye necesariamente consideraciones morales. Mediante el análisis de la estructura lógica del derecho se dio un nuevo paso dentro del positivismo jurídico, con la obra de Joseph Raz, el cual, por medio de su positivismo jurídico excluyente defendió una separación conceptual entre derecho y moral, postulando que la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, como actos de legislación, costumbre o precedentes judiciales (Jiménez, 2008, p.196 en nota al pie 21), lo cual indicaría que el derecho es puesto, de que es hecho derecho por la actividad de seres humanos.

Después H. L. A. Hart formularía una tesis desde lo que se conoce como positivismo jurídico incluyente, la cual postula que el derecho y su contenido en determinadas circunstancias se ven condicionados por principios morales (2000, p.51), lo cual abre la posibilidad de una eventual relación entre derecho y moral, mas no una necesaria relación entre ambos sistemas.

3. Moderna teoría antipositivista

En los últimos años dos autores fundamentales: Ronald Dworkin y Robert Alexy han ofrecido nuevas e importantes aportaciones a la teoría jurídica y también a la forma de entender la relación entre derecho y moral. Respecto a Dworkin, puede decirse que sus tesis se adscriben a lo que actualmente se conoce como antipositivismo o lo que él ha tenido a bien llamar interpretativismo, dicha teoría postula que el derecho no solo está integrado por reglas específicas promulgadas de conformidad con las prácticas aceptadas de la comunidad, sino también de los principios que aportan a dichas reglas la mejor justificación moral (2014, pp.485-486). Dworkin también dedicó parte de su obra a llevar a cabo una crítica del positivismo como teoría sobre el derecho, principalmente a las tesis elaboradas por H. L. A. Hart con el que mantuvo diversos debates teóricos vinculados con sus concepciones sobre los fundamentos últimos del derecho y su manera de entender al mismo. Por otro lado, las tesis elaboradas por Robert Alexy parten desde la idea de la pretensión de corrección como elemento necesario del derecho. Por razones de espacio la única intención de este apartado es brindarle al lector una perspectiva general de las principales ideas y postulados que los mencionados autores han brindado en torno al debate contemporáneo sobre el problema de la relación entre derecho y moral; y sus aportaciones a la teoría jurídica contemporánea, que se adscriben a lo que hoy es conocido como antipositivismo.

Los postulados de Ronald Dworkin se caracterizan por brindarle una especial relevancia a la moral y a la política para la explicación del derecho, contrario a la corriente positivista

más pura, que pretende dejar de lado a la moral y a cualquier clase de compromiso político, dada su manera de hacer teoría sobre el derecho. Las críticas de Dworkin al positivismo jurídico estuvieron especialmente dirigidas a la versión del positivismo jurídico elaborada por de H. L. A. Hart, como lo señalaba en *Los Derechos en Serio* (1989, p.72). Otra característica de las obras elaboradas por Dworkin, es que tratan de brindar una profunda explicación sobre la manera en que los jueces interpretan y aplican la ley, cuestión que abordó en *El imperio de la justicia*.

Las teorías de Ronald Dworkin se ubican en el sistema jurídico de Estados Unidos de América, razón por la cual ha sido blanco de múltiples críticas, pues sus detractores consideraron esto un sesgo, si bien es cierto que él se sirve mayormente de determinados casos famosos dentro del sistema legal estadounidense y los utiliza como ejemplos para explicar sus postulados, Dworkin afirma que sus tesis bien pueden servir de referencia para explicar diversos sistemas jurídicos "la mejor respuesta a la cuestión de si mi teoría del derecho pretende ser universal o parroquial es: ambas cosas" (2007, p.252). Dworkin concibe una teoría liberal que pone particular atención a los derechos individuales y les otorga una especial jerarquía, incluso por encima de beneficios colectivos, es por ello que su pensamiento se aleja de teorías como la utilitarista. (1989), e intenta dar razones para la justificación de la relación existente entre derecho, moral y política.

Dworkin comienza su crítica al positivismo, precisando lo que considera son las tres notas características de esta corriente de pensamiento jurídico, la primera es que el positivismo jurídico concibe al derecho como un conjunto de normas destinadas a establecer qué comportamientos serán sancionados, los cuales pueden ser identificadas mediante determinados criterios de origen. La segunda, es que las mencionadas normas constituyen todo lo que el derecho es, y en caso de que surgiera una situación no prevista en las mencionadas normas, los jueces usarían su discrecionalidad para resolverla. La tercera característica se refiere a que, en las mencionadas situaciones no previstas, cuando un juez resuelve haciendo uso de su discreción, es decir, cuando no existe una norma jurídica válida aplicable al caso, que imponga una obligación o prohibición, se está yendo más allá del derecho, por lo que no puede afirmarse que existe una obligación jurídica. (1989, pp.65-66). Con las tres características del positivismo jurídico expuestas por Dworkin, es posible observar que una de las cuestiones que más polémica suscita es el relacionado con la discrecionalidad de los jueces, y saber de qué criterios se sirven para resolver casos difíciles, en los que no existe una norma adecuada aplicable. En relación a este tema, Hart afirmaría en su libro *Post scriptum al concepto del derecho*, que el derecho es incompleto porque en todos los órdenes jurídicos siempre surgen determinados casos que no se ajustan a las normas jurídicas existentes, y por consiguiente el derecho no puede dar una solución específica. En ese sentido, lo que Hart sugiere es que el juez debe llevar a cabo una labor de creación, aunque limitada por el derecho ya existente (2000, p.54).

Dworkin sostiene que dicha teoría es errónea, ya que existen otros criterios que entran en juego cuando los tribunales toman sus decisiones, a estos criterios los denomina principios, los cuales son patrones que constituyen una exigencia de justicia, equidad, o de cualquier otra dimensión de la moralidad (1989, p.72). Al respecto Dworkin afirma que en el momento que los jueces deciden un proceso, no solo toman en consideración a normas jurídicas, sino también a los mencionados principios, como por ejemplo el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito (1989:102). Para ejemplificar la relevancia de los principios, Dworkin cita un caso en el cual un hombre asesinó a su abuelo envenenándolo, en lo que fue conocido como *El caso Elmer*, dicho hombre era el heredero de la mayor parte de los bienes de su abuelo. Al parecer Elmer decidió llevar a cabo el asesinato porque su abuelo contrajo nuevas nupcias, lo que ponía en riesgo su estatus de principal heredero. Teniendo en cuenta lo sucedido surgió una interrogante, el cual era saber si Elmer tenía derecho a reclamar dicha herencia a pesar de haber asesinado a su abuelo para obtenerla, pues las hijas de este último creían que al Elmer haber cometido el asesinato, no tenía derecho a reclamar la parte de la herencia que se estipulaba en el testamento; y que por lo tanto esa parte les correspondía a ellas. El abogado de Elmer fundamentó la defensa en que el testamento no vulneraba ninguna parte del estatuto de testamentos vigente, y que por lo tanto el mismo era válido, afirmando que, si los jueces fallaban a favor de las hijas del fallecido, se estaría sustituyendo la ley por sus convicciones morales (Dworkin, 2012, p.25). En un primer momento los jueces del caso creyeron que su fallo debía estar de acuerdo con la letra de la ley, lo que ciertamente puede considerarse una interpretación literal y mecánica, pero hay ciertos aspectos que debemos considerar en esta forma de interpretación que pretendían adoptar en un inicio los jueces de este caso, y por uno de ellos en particular, el juez Gray, quien votó a favor de que le fuera entregada la parte de la herencia que le correspondía a Elmer, aduciendo que si este perdía dicha herencia, ello constituiría un castigo más para él, aparte de la condena que debía cumplir en prisión, por lo que era necesario tener en cuenta el principio de que nadie puede recibir un castigo mayor al establecido con anterioridad para un determinado delito (Dworkin, 2012, pp.26-27).

Otro de los jueces, el juez Earl, utilizó una forma distinta de interpretación, pues postulaba que los jueces debían considerar el hecho de que el estatuto de testamentos vigente formaba parte de un sistema mayor, es decir el derecho, y que este, en otra parte, respetaba determinados principios de justicia, teniendo esto en cuenta, resulta coherente pensar que cuando se legisla se pretende respetar dichos principios, a menos de que se manifieste expresamente lo contrario, por lo que, si el estatuto de testamentos vigente en ese entonces formaba parte de un sistema mayor conocido como derecho, debía respetar los mismos principios de justicia, para que dicho sistema entendido como un todo fuera coherente. Esta forma de interpretación fue la vencedora al obtener el voto de la mayoría

de los jueces, por lo que Elmer perdió su parte de la herencia, debido a que el juez Earl defendió que "la ley en otra parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla" (Dworkin, 2012, p.27).

Según la teoría de Dworkin, los señalados principios y su relevancia en la decisión de casos difíciles sirven para refutar la tesis de la regla de reconocimiento elaborada por Hart, pues sabemos que este último autor postula que dicha regla de reconocimiento proporciona criterios formales de validez que permiten identificar al derecho y diferenciarlo de otros sistemas que regulan la conducta de las personas, como la moral (1998, pp.125-137), pero al incluir a los principios en la aplicación de la ley, como Dworkin afirma que sucede en casos complejos, la regla de reconocimiento no serviría para identificar a dichos principios, pues ellos se refieren a contenidos morales, más no formales. Como defensa a la crítica anteriormente señalada, Hart declararía que "la regla de reconocimiento puede proporcionar pruebas referidas no solo al contenido fáctico de las normas sino a su conformidad con valores o principios morales sustantivos" (2000, p.37). Aunque para Hart la relación entre derecho y moral es meramente contingente; es decir, no necesaria, pero como consecuencia de que aceptara que en ciertos casos la regla de reconocimiento incluye criterios de moralidad, Dworkin afirmaría que en los países con sistemas jurídicos complejos "... no se puede encontrar semejante criterio fundamental, y que en tales países no es posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales" (1989, p.102). Con ello podemos ver que para Dworkin la regla de reconocimiento como es concebida por Hart no sirve para identificar a todo el derecho y sus normas, ni tampoco para diferenciar a estas últimas de otra clase de normas, como las morales, es por ello que para Dworkin no existe una separación entre derecho y moral.

Respecto a Robert Alexy puede decirse que sus ideas sobre el derecho abogan por una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, lo que parte de dos argumentos fundamentales: argumento de la injusticia y argumento de la corrección. El primero se refiere a que, si una norma jurídica excede un cierto grado de injusticia, dejaría de ser una norma jurídica, pues según Alexy (2008) "los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si se traspasa el umbral de la injusticia extrema. Por debajo de ese umbral, los efectos de los defectos morales se confinan a atribuir al derecho un carácter defectuoso" (pp.82-83). En ese sentido, para Alexy el grado de injusticia contenido en una norma, funciona como un criterio clasificatorio de la misma, es decir, es un criterio para clasificar una norma como jurídica o no jurídica. El segundo argumento de Alexy en favor de una relación conceptual entre derecho y moral, es el argumento de la corrección; el cual consiste en que "las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tiene una pretensión de corrección" (1993, p.51), o, en otras

palabras, cuando se crea o aplica el derecho, hay necesariamente en los participantes una pretensión de corrección moral (Borda, 2001, p.19).

Analizando más detalladamente el argumento fuerte de Alexy en favor de una relación conceptual y necesaria entre derecho y moral, el argumento de la injusticia, hay que tener en cuenta que este puede referirse a normas jurídicas aisladas o al sistema jurídico en su totalidad (Alexy, 1993, p.45). En relación a normas individuales, el argumento de la injusticia de Alexy bebe en gran medida de la fórmula elaborada por Radbruch; que puede ser resumida en la idea de que la injusticia extrema no es derecho. Con ello no se está afirmando que una norma jurídica al ser injusta, pierde por esa razón su calidad de jurídica; sino que esto ocurriría si una norma sobrepasa el umbral de la injusticia extrema. Para ejemplificar la idea anterior Alexy utiliza algunos ejemplos relacionados con determinadas regulaciones en la legislación alemana, acaecidas durante la Segunda Guerra Mundial, en los cuales se revocaba la ciudadanía alemana a emigrantes judíos, y plantea un caso hipotético en el cual un jurista extranjero desea escribir un artículo sobre el sistema legal alemán nazi; en relación a los judíos que perdieron la ciudadanía alemana debido a su condición racial, por lo que debe plantearse la siguiente cuestión "A es expatriado correctamente de acuerdo con el criterio de validez en Alemania, y su expatriación es socialmente efectiva. Pero, ¿es esto derecho?" (1993, p.47). Para dar respuesta a esta última interrogante lo fundamental sería preguntarse si el caso de los judíos expatriados sobrepasa un grado de injusticia extrema, únicamente en el supuesto de que el lector aceptara como verdadera la fórmula de Radbruch, pero ello aun dejaría una cuestión abierta, el saber si incluso la injusticia extrema puede ser derecho, Alexy llega a la conclusión de que el argumento de la injusticia en relación a normas individuales "no exige ningún tipo de compatibilidad plena entre el derecho y la moral" (2008, p.70). Pues que si una norma es injusta (no en extremo) puede ser considerada jurídica.

Lo anterior no constituye el final del argumento de la injusticia en la tesis de Alexy, debido a que en este punto el análisis llevado a cabo por él es enfocado en un sentido distinto, para saber si el sistema jurídico entendido como totalidad tiene una relación conceptual y necesaria con la moral. En ese entendido, Alexy habla de dos tipos de requerimientos para poder abogar en favor de esta relación, requerimientos formales y materiales, Los primeros se refieren a cuestiones como la generalidad de las leyes y la irretroactividad de las mismas, en tanto que los segundos se relacionan con la satisfacción de criterios de justicia, como no matar o no robar. (1993, p.48). En su intento por demostrar una conexión conceptual entre derecho y moral, Alexy (1993) precisa que "hay dos tipos de ordenes sociales que no pueden ser sistemas jurídicos por razones conceptuales, sin importar si tienen, o no, validez continua: el orden sin sentido y el orden predatorio" (p.49). Para explicar estas dos clases de órdenes utiliza como ejemplo a un grupo de bandidos que gobiernan a una amplia cantidad de individuos. El orden sin sentido surge cuando

determinados sujetos gobiernan sin revelar sus intenciones o quien es el creador de las reglas del grupo, y además no se persiguen los intereses de los gobernados. Este último orden se transforma en predatorio cuando los bandidos se organizan y establecen una jerarquía entre ellos, a la vez que se prohíbe la violencia. Los dos tipos de ordenes recientemente mencionados, por razones conceptuales no pueden ser considerados como jurídicos en la tesis de Alexy, la pregunta que surge de inmediatos es ¿Cuál es el elemento faltante para que tales ordenes puedan ser concebidos como jurídicos? Este elemento surgiría cuando los bandidos se convirtieran en legisladores, con la intención de seguir explotando a los gobernados, pero ahora sirviéndose de un sistema de reglas. Al respecto Alexy manifiesta que en este caso los bandidos "Continúan explotando a los súbditos. Pero ahora llevan a cabo la explotación por medio de actividades guiadas por reglas, afirman que tal práctica es correcta, porque sirve a algún propósito superior, como, por ejemplo, el desarrollo del pueblo" (1993, p.50). Aunque un sistema como el del último ejemplo pueda ser percibido como injusto, para Alexy ya no resulta inviable considerarlo conceptualmente jurídico, pues en él ya se encuentra el elemento que le faltaba al orden predatorio, y que es; la pretensión de corrección, pues todo orden positivo, tiene la pretensión de ser justo, por esta razón Alexy afirma que la pretensión de corrección es un elemento necesario y que se encuentra intrínsecamente ligado al concepto de derecho, lo que viene a representar el nexo entre moral y derecho.

Según Alexy las normas jurídicas aisladas, las decisiones judiciales y el sistema jurídico entendido como un todo, tienen de manera necesaria una pretensión de corrección, pero qué significa en la tesis de Alexy el enunciado "tienen una pretensión". Al respecto él puntualiza lo siguiente: "Que el «derecho» eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen una u otra competencia jurídica" (2008, p.63). Debemos tener en cuenta la diferencia que existe entre realizar y satisfacer; pues decir que una ley formula una pretensión de corrección, no significa que efectivamente la satisfaga, lo mismo ocurre con un sistema jurídico entendido como un todo, para Alexy esta es una importante diferenciación que debemos tener presente para entender mejor su tesis de la pretensión de corrección. A partir de dicha diferenciación podemos establecer la clasificación que se presenta en la siguiente tabla.

Tabla 1. Tesis de la pretensión de corrección de Robert Alexy		
Relación entre derecho y moral	Formulación de pretensión	Satisfacción de la pretensión
Sistemas jurídicos	Clasificatoria	Cualificatoria
Normas jurídicas	Cualificatoria	Cualificatoria
Elaboración propia, con base en Borda Villar, Luis, <i>Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho</i> No. 18. Bogotá, Colombia, 2001, Universidad Externado de Colombia, p. 20.		

Lo que la tabla anterior muestra es que un sistema jurídico entendido como totalidad que no lleve a cabo la formulación de una pretensión de corrección no será considerado un sistema jurídico, es decir, que dicha pretensión de corrección, en relación con los sistemas normativos entendidos como un todo, constituye un criterio clasificatorio. Por otro lado, si un sistema jurídico formula la pretensión de corrección, pero no llega a satisfacerla, es un sistema defectuoso (Alexy, 1993, p.51). Por ello es que en este caso se considera a la pretensión de corrección, como un criterio cualificatorio de dicho sistema. Si hablamos de normas legales aisladas, podemos decir que, si estas no formulan una pretensión de corrección, siguen siendo consideradas como normas legales, de la misma manera que si formulan dicha pretensión, pero no llegan a satisfacerla, pues en ambos casos no perderán su carácter de normas jurídicas, simplemente serán consideradas normas legales deficientes, lo mismo opera para las decisiones judiciales.

Alexy nos dice que su teoría puede ser combatida por dos caminos, el primero sería rechazar la conexión conceptual entre la pretensión de corrección y el derecho, y el segundo, sería afirmar que, si bien dicha pretensión de corrección está conceptualmente unida al derecho, esto resulta irrelevante y que no incluye cuestiones morales (1993, p.52). Para rebatir el primer argumento en contra de su tesis, Alexy utiliza un ejemplo hipotético en el cual una minoría domina a una gran parte de la población en un Estado X; y de ello obtienen grandes beneficios que, por supuesto quieren seguir conservando, pero al mismo tiempo desean ser honestos; el siguiente es el primer artículo de la Carta Magna del supuesto Estado: X es una república, soberana, federal e injusta. Este artículo constitucional adolece de lo que Alexy llama un defecto conceptual, pues en sus palabras “una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución, y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia” (1993, p.53). Es decir, que en el citado ejemplo; al negar en el primer artículo de la Constitución la pretensión de justicia se está llevando a cabo una contradicción performativa. El autor en comentario brinda otro ejemplo más al respecto de esta clase de contradicciones performativas, el cual consiste en que un determinado juez emite una resolución en el siguiente sentido: el acusado es -equivocadamente- sentenciado a cadena perpetua. En primer lugar, debemos tener en cuenta el sentido en que se utiliza la palabra “equivocadamente” en el ejemplo; pues la misma puede ser susceptible de diversas interpretaciones, Alexy precisa que, en el citado ejemplo, dicho término se refiere a que el derecho ha sido interpretado de manera incorrecta. Una vez precisado lo anterior, es posible entender la postura de Alexy cuando este afirma que una decisión judicial busca siempre aplicar de manera correcta el derecho, en ese sentido “El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de enunciar la sentencia” (1993, p.54). Estos dos ejemplos según la tesis de Alexy permiten poner de manifiesto que los participantes en un sistema legal, es decir, los individuos que crean y aplican el derecho tienen indudablemente la pretensión de

corrección, aunque para él esto aún no es suficiente para fundamentar una relación conceptual y necesaria entre derecho y moral, por lo que Alexy se apoya también en la teoría del discurso y en la del caso especial para lograr dicho cometido.

Para el autor que se aborda un sistema jurídico no puede descansar únicamente en el poder. Aunado a lo anterior, para la teoría de Alexy es fundamental tener en cuenta dos cuestiones, la primera se refiere a que el derecho es incompleto como lo postulaba Hart, y que los casos no previstos, es decir, los casos difíciles, no pueden ser resueltos echando mano exclusivamente de razones que deriven del derecho positivo (2008, p.67). Lo que a su vez conduciría a dos vías para resolver esta clase de casos difíciles, la primera es no basarse en razón alguna, y la segunda se refiere a resolver dichos casos difíciles con razones ajenas al sistema jurídico. Dada la naturaleza parcialmente indeterminada o incompleta del derecho, Alexy llega a la conclusión de que los operadores jurídicos para resolver los mencionados casos difíciles, deben echar mano de criterios que no pertenecen propiamente al ámbito de lo jurídico, en ese sentido, se vuelve necesario considerar las razones morales, debido a que:

Cuando las razones del derecho positivo se agotan la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya, pero cuando hay buenas razones para adoptar una decisión judicial, se otorga prioridad a las consideraciones de justicia sobre todas las demás consideraciones que no están basadas en el derecho positivo (Alexy, 2008, pp.67-68).

Es por ello que Robert Alexy encuentra una relación necesaria entre derecho y moral. Aunque dicha pretensión de corrección en relación con las normas jurídicas individuales, solo sirve como criterio calificativo, es decir, para catalogar a una norma legal como defectuosa o no, cuestión de la que Alexy es plenamente consciente, pero a pesar de ello afirma que esta es una situación que no pierde importancia debido a que “la conexión calificadora significa que las decisiones jurídicas moralmente erróneas son, de forma necesaria, jurídicamente erróneas” (2008, p.68).

Consideraciones finales

Parece ser que el debate entre el positivismo y el no-positivismo está centrado fundamentalmente en la relación entre derecho y moral, sin duda las aportaciones de Ronald Dworkin y Robert Alexy a la forma de entender esta relación han sido innovadoras y polémicas en la teoría jurídica contemporánea. Aportaciones que intentaron dar una explicación del derecho alejada del positivismo, que postulan la utilización de principios con contenido moral, y su relevancia en la solución de casos difíciles, lo que a su vez sostiene que el razonamiento moral está intrínsecamente ligado al razonamiento legal, teniendo en cuenta que dichos principios se encuentran vinculados a una dimensión de la moralidad. Lo anterior hoy en día tiene una gran relevancia en la explicación de la estructura y funcionamiento de determinados sistemas jurídicos, sobre todo en los modernos Estados constitucionales de derecho, en los que puede decirse que la Constitución modela un orden

objetivo de valores, en ese sentido, resultan sumamente relevantes las aportaciones de Dworkin, pues mediante sus postulados buscó fundamentar una teoría que brindara una relevancia especial a la protección de los derechos individuales, lo cual parte desde la idea de que los jueces deben resguardar dicho orden objetivo de valores. Alexy por su parte al abogar por una relación conceptual y necesaria entre derecho y moral, manifestó que el derecho no solo tiene una dimensión real o fáctica, sino también una dimensión ideal o crítica. Esta última dimensión, es la que se encontraría intrínsecamente relacionada con la pretensión de corrección, que según Alexy es una pretensión de corrección moral.

Sin duda el positivismo jurídico ha brindado grandes aportaciones a nuestra comprensión sobre el derecho, y si bien grandes pensadores positivistas como Hans Kelsen y Joseph Raz llegaron a postular una separación absoluta entre derecho y moral, actualmente los principios previstos en las Constituciones de los Estados y en las modernas cartas internacionales de derechos humanos, como el principio de dignidad humana, libertad e igualdad, tienen un papel muy relevante en la interpretación y aplicación de la ley, parece ser que el mundo de los valores aún tiene mucho que aportar al pensamiento jurídico, como lo ha sugerido el moderno antipositivismo.

Fuentes de consulta

- Alexy, R. (1993). *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Trad. Julio Pallí Bonet, Madrid, España: Gredos.
- Bernal, B. (2016). *Historia del derecho*. México: IIJ-UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3263-historia-del-derecho-coleccion-cultura-juridica>
- Borda, L. (2001). *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 18*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. Claudia Ferrari. España: Gedisa.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para Erizos*. Trad. Horacio Pons. México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Trad. Marisa Iglesias Villa e Iñigo Ortiz De Urbina Jimeno. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, España: Ariel.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (2000). *Post scriptum al concepto del derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: IIJ-UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/38-post-scriptum-al-concepto-del-derecho>

- Hervada, J. (1996). *Historia de la ciencia del derecho natural*. Tercera edición. España: Eunsa.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. Segunda edición. Trad. Antonio Escotado. Madrid, España: Editora Nacional.
- Jiménez, R. M. (2008). *Una Metateoría del Positivismo Jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Justiniano. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano t. I Instituta-Digesto*. Trad. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: IJ-UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/600-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-i-instituta-digesto>
- Kant, I. (2008). *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho. España: Tecnos.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Segunda edición. Trad. Roberto J. Vernengo. México: IJ-UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1039-teoria-pura-del-derecho-2a-ed>
- Platón. (1981). *Diálogos*. Trad. J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo y C. García Gual. Madrid, España: Gredos.
- Platón. (1999). *Diálogos Vol. 8 Leyes (Libros I-VI)*. Trad. Francisco Lisi. Madrid, España: Gredos.
- Recaséns, L. (2003). *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*. México: IJ-UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4142-historia-de-las-doctrinas-sobre-el-contrato-social-coleccion-facultad-de-derecho>
- Rousseau, J. J. (2014). *El contrato social*. Trad. Enrique López Castellón. Madrid, España: Edimat.
- San Agustín. (1963). *Del libre Albedrío*, en Obras de San Agustín III. Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.

Santo Tomás de Aquino. (1993). *Suma de Teología II, parte I-II*. Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos.

ENFOQUES JURÍDICOS

03 enero-junio 2021

RESEÑA

Litigación climática

Sabin Center for Climate Change Law at *Columbia Law School* (2020). Recuperado de <https://climate.law.columbia.edu/>

María del Rosario Huerta Lara
Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Veracruzana. Xalapa-Equez. Veracruz, México
rhuerta@uv.mx

El incremento de litigios climáticos en el mundo pone de manifiesto que la situación del cambio climático está accediendo a los tribunales de Justicia como última solución para que los gobiernos actúen para mitigar los cada vez más intensos daños al ambiente, adoptando medidas eficaces contra el deterioro climático y la pasividad gubernamental. ¿Habrán también que acudir a los Tribunales? Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para proteger los derechos humanos de los efectos perniciosos del cambio climático y de diseñar marcos jurídicos e institucionales que protejan contra dichos efectos. En México se han expedido algunos instrumentos jurídicos y arreglos institucionales para enfrentar el cambio climático en el país, además de ratificar el Acuerdo de París el 14 de septiembre de 2016 e implementar las metas establecidas en su *Contribución Prevista y Determinada a Nivel Nacional*, resultados de acuerdos planteados como parte de la Conferencia de las Partes (COP 19) celebrada en Varsovia en el 2013, donde se invitó a las Partes de la Convención a iniciar o intensificar, así como a comunicar sus acciones que llevarán a cabo a nivel nacional para reducir sus emisiones de gases efecto invernadero.

Ante esta situación, en las últimas dos décadas, diferentes actores de la sociedad civil y algunas autoridades públicas vienen abriendo caminos alternativos ante la pasividad de las instituciones políticas. En este sentido, la litigación climática se está convirtiendo en una vía bastante efectiva para obligar a los Estados e incidir en sus políticas climáticas. Precisamente, porque surgen del fracaso de la política frente a los enormes retos de nuestros tiempos. Los litigios climáticos colisionan a menudo con el principio de separación

de poderes del ámbito federal y estatal, sillares fundamentales del Estado liberal. Esta problemática se torna visible a través del análisis crítico de varios pronunciamientos judiciales de diversos tribunales nacionales e internacionales. Por ello, es de la mayor importancia poder valorar cómo los tribunales han venido delineando el equilibrio entre los distintos poderes del Estado en el proceso de gobernanza del cambio climático y, especialmente, entre los poderes políticos y el poder judicial. Poco se ha considerado el papel del Poder Judicial en la batalla contra el cambio climático. No obstante, los tribunales pueden hacer cumplir las obligaciones que han asumido los Estados y proteger los derechos de quienes se encuentran bajo su jurisdicción. Dado que un porcentaje de los efectos negativos del cambio climático se presentará dentro del territorio mexicano, es necesario utilizar las herramientas disponibles para formular y aplicar medidas de adaptación y mitigación adecuadas frente a este fenómeno.

¿Cómo acceder a información de litigios sobre el cambio climático en los Estados Unidos y fuera de él?

El *Sabin Center for Climate Change Law* (<https://climate.law.columbia.edu/>) at *Columbia Law School* y el *Climate Change Litigation of the World of Grantham Research Institute on Climate Change* (<https://www.lse.ac.uk/grantham-research-institute>) de la *London School of Economics and Political Science*¹ han puesto a disposición del público, para su consulta electrónica, dos portales muy completos e interesantes que incluyen dos bases de datos de una dilatada casuística sobre litigación climática cada uno: se trata de un extenso y profuso inventario de casos que han sido parte ante instancias administrativas, judiciales o investigativas, que presentan cuestiones de hecho o de derecho de aspectos científicos del cambio climático o esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático. "(...) excluye casos donde la discusión sobre el cambio climático es circunstancial e irrelevante para el futuro de la legislación relativa al cambio climático" (*PNUMA, 2017, El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global. p. 10 y 11*).

La base de datos de "casos" de litigios sobre el cambio climático en Estados Unidos, realiza un seguimiento de juicios, demandas y procedimientos administrativos, relacionados con el cambio climático. La Tabla de litigios climáticos de esta base informática, se actualiza cada mes y se basa en más de una década de recopilación de datos por parte del *Grantham Research Institute* de la LSE y del *Sabin Center for Climate Change Law* de la Columbia Law School. Actualmente incluye 1282 casos con enlaces a 6783

¹ El Instituto de Investigación Grantham sobre el Cambio Climático y el Medio Ambiente fue establecido por la *London School of Economics and Political Science* en 2008 para crear un centro mundial en investigación y formación sobre el cambio climático y el medio ambiente, reuniendo experiencia internacional en economía, finanzas, geografía, medio ambiente, desarrollo internacional y economía política. Página oficial en <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/about/about-the-institute/>

documentos. El término "casos" en el gráfico de los Estados Unidos, contiene, además de acciones y procedimientos administrativos judiciales y *cuasijudiciales*, peticiones de elaboración de normas, solicitudes de reconsideración de reglamentos, avisos de intención de demandas y citaciones. Además, un caso puede implicar múltiples quejas o peticiones que se han consolidado, y la entrada para un solo caso puede incluir múltiples decisiones a nivel de juicio y apelación.

De acuerdo a este portal electrónico, la misión principal del *Centro Sabin* es desarrollar y promulgar técnicas legales para abordar el cambio climático y capacitar a la próxima generación de abogados que actuaran como representantes legales en el campo. El Centro Sabin es un socio y un recurso para las instituciones legales de interés público, involucradas en el trabajo del cambio climático. Además, el Centro aborda una necesidad crítica para el desarrollo sistemático de técnicas legales para combatir el cambio climático y la recopilación y difusión de información para abogados en los sectores público, privado y de las ONG.

La base de datos sobre legislación, cubre el ámbito judicial de aplicación de las leyes climáticas y relacionadas con el medio ambiente, así como las leyes y políticas que promueven transiciones bajas en carbono. Esto refleja la relevancia de la política climática en áreas que incluyen energía, transporte, uso de la tierra y resiliencia climática. Lo más relevante es el seguimiento y documentación de litigios climáticos en más de 30 países. Estos casos plantean cuestiones de hecho o de derecho con respecto a la ciencia del cambio climático; incluye rubros de políticas o esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático ante un órgano administrativo, judicial o de investigación. El conjunto de datos permite acceder a información sobre los litigios sobre el cambio climático en los Estados Unidos y fuera de él.

Para el uso y referencia de los datos, los autores fomentan el uso de estas bases informáticas. Los usuarios pueden descargar, guardar o distribuir los resultados electrónicamente o en cualquier otro formato, sin el permiso por escrito de los autores.

- Se puede consultar la fuente de la siguiente manera:

Base de datos, disponible en:

<http://climatecasechart.com/>

Para consulta de casos en Estados Unidos:

<http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/>

Para consulta de casos fuera de EE. UU.

<http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>

Leyes de cambio climático del mundo

<https://climate-laws.org/>

Las ventajas de estos recursos consisten en la apertura de ventanas que permiten comparar el desarrollo de normas y técnicas legales aplicables para combatir el cambio climático y a la vez, prodigar a estudiantes de derecho y abogados en su uso, además de proporcionar a la ciudadanía recursos actualizados sobre temas clave de legislación y regulación climática, que es posible, debido a la estrecha colaboración con los científicos del *Earth Institute de la Universidad de Columbia* y con organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y académicas. Se necesita una estructura legal compleja para inducir y gestionar estas alteraciones. Si bien el derecho ambiental y energético están en el centro de esta estructura, muchas otras áreas del derecho juegan papeles importantes: corporativo, valores, bienes raíces, propiedad, comercio internacional, propiedad intelectual, impuestos, derechos humanos, contratos, penal y otros. La legislación nacional y los acuerdos internacionales dejan muchas cuestiones clave para la implementación de nuevas leyes y reglamentos. Desarrollar el régimen internacional y las leyes marco nacional, resolver los problemas operativos e impulsar los cambios de comportamiento necesarios, incluso a través del mandato legal, es uno de los proyectos globales más críticos de este tiempo.

Una respuesta legal y eficaz al cambio climático requiere la atención intensiva de especialistas dedicados a comprender las profundas implicaciones de lo que podrían parecer diferencias sutiles en el lenguaje legal o reglamentario; las formas en que se puede aplicar la ley para abordar este fenómeno global.

¿Qué es la litigación climática?: Litigios sobre cambio climático. "Aquellos casos que han sido partería ante instancias administrativas, judiciales o investigativas, que presentan cuestiones de hecho o de derecho, de aspectos científicos del cambio climático o esfuerzos de mitigación y adaptación". (...) excluye casos donde la discusión sobre el cambio climático es circunstancial e irrelevante para el futuro de la legislación relativa al cambio climático. (PNUMA, 2017, El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global. p. 10 y 11).

Contenido:

➤ 984 casos: 654 casos en EEUU y 230 en el resto del mundo (PNUMA, 2017).

- 1562 casos: 1.213 casos en EEUU y 359 en el resto del mundo (US Climate Change. Litigation fecha base, Sabin Center for Climate Change Law at Columbia LawSchool) <http://climatecasechart.com/about/>
- 374 casos en el resto del mundo y 13 casos en España (Climate ChangeLitigation of the World of Grantham Research Institute on Climate Change) <https://climate-laws.org/cclow#map-section>
- Diversos casos ordinarios y pocos casos estratégicos.

Tipo de litigación climática:

En función de los tribunales: organismos nacionales de control de cumplimiento e Internacionales globales.

En función de las partes: Entre particulares. Entre entes públicos. Entre entes públicos contra particulares.

Situaciones jurídicas protegidas:

Normativa internacional. Protección de derechos humanos. Derechos civiles. Derecho humano al medio ambiente. *Public trust (common law).*

Actuaciones recurribles: Normativa y planes sobre cambio climático. Actos administrativos. Inactividad administrativa. Principio de separación de poderes.

Capacidad: Personas jurídicas. Las ONG. Personas físicas.

Legitimación: Grupos sin personalidad jurídica. Naturaleza.

Pretensiones y contenido de las sentencias: Reparaciones convencionales / modificaciones de políticas climáticas. Estimatorias. Principios generales. Relación de causalidad. Principio de precaución. Consenso científico. Concreción objetivos de mitigación. Concreción objetivos de mitigación. Falta de justificación del estado de niveles más bajos. Ponderación de intereses (en particular, objetivos mitigación. Leyes cambio climático). Mayor intensidad del control judicial por los derechos humanos.

Para búsquedas personalizadas de la base de datos se pueden aplicar varios filtros para crear consultas específicas. Los enlaces están disponibles para acceder a la documentación que integra cada caso. Se incluyen los enlaces que contienen decisiones, quejas y otros documentos. Por ejemplo, una búsqueda de casos en los que algún órgano del Estado Mexicano es parte de un procedimiento jurisdiccional o administrativo en materia de

cambio climático, nos arroja los siguientes casos que se transcriben a guisa de mostrar la funcionalidad operativa de este sitio. A saber:

México: Tribunal de Distrito en Asuntos Administrativos

<p>Greenpeace México c. Ministerio de Energía y Otros</p> <p>Estado: Pendiente</p> <p>Categorías de casos:</p> <p>Demandas contra los gobiernos Derechos Humanos</p> <p>Jurisdicciones:</p> <p>México Tribunal de Distrito en Asuntos Administrativos</p> <p>Leyes Principales:</p> <p>México Ley de la Industria Eléctrica</p> <p>México Constitución</p> <p>En litigio: Si la política del sector energético de México viola los derechos humanos al promover los combustibles fósiles a expensas de las energías renovables</p> <p>Jurisdicciones: México Tribunal de Distrito en Asuntos Administrativos.</p>
<p>Juventud v. Gobierno de México</p> <p>Fecha de presentación: 2020</p> <p>Estado: Pendiente</p> <p>Categorías de casos:</p> <p>Demandas contra los gobiernos Reducción y comercio de emisiones de GEI Otro</p> <p>Jurisdicciones:</p> <p>México Tribunal de Distrito en Asuntos Administrativos</p> <p>Leyes Principales:</p> <p>México Ley General del Cambio Climático</p> <p>México Constitución</p> <p>En cuestión: Los jóvenes buscaron la acción climática por parte del gobierno federal.</p> <p>Jurisdicciones: México Tribunal de Distrito en Asuntos Administrativos.</p>

México: Suprema Corte de Justicia de la Nación

<p>Resolución sobre la modificación de la regla de combustible de etanol</p> <p>Fecha de presentación: 2019</p> <p>Información del reportero: 610/2019</p> <p>Estado: Decidido</p> <p>Categorías de casos:</p> <p>Demandas contra los gobiernos Derechos Humanos</p>
--

Jurisdicciones:

México Corte Suprema

Leyes Principales:

México Constitución

Resumen:

El 22 de enero de 2020, la Corte Suprema de México invalidó una acción de la agencia que habría permitido un mayor contenido de etanol en la gasolina. El Tribunal de Justicia concluyó que el principio de precaución y el derecho a un medio ambiente saludable requieren la consideración de los riesgos medioambientales del etanol, incluidas sus contribuciones a las emisiones de gases de efecto invernadero.

Una navegación por estos sitios de la red nos avisa y advierte del estado de la Justicia y el Derecho en un mundo determinado y acotado por los efectos del cambio climático. El poder judicial puede controlar y compeler para que los poderes legislativos y ejecutivos actúen de forma más decidida en la lucha contra el cambio climático y, excepcionalmente sustituir sus decisiones. Cada vez hay una mayor concienciación de los jueces (formación e información). Los litigios son una herramienta más en la lucha contra las incidencias adversas del clima. Por último, la movilización social, a la par de la información electrónica y la investigación académica, son recursos imprescindibles para garantizar la efectividad de las acciones procesales de los tribunales en el tratamiento y decisión de los casos derivados de la emergencia climática.

Fuentes de consulta

Climate Change Litigation of the World of Grantham Research Institute on Climate Change. (2020). London School of Economics and Political Science. Recuperado de <https://www.lse.ac.uk/grantham-research-institute>

PNUMA. (2017). El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global. p. 10 y 11. Recuperado de <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y>

ENFOQUES JURÍDICOS

03 enero-junio 2021

**COMENTARIO
RELEVANTE**

“La función tutelar del tributo en el medio ambiente”

Comentario jurisprudencial en torno a la sentencia recaída al
Amparo en Revisión 888/2018 de la SCJN

Recibido: 07 enero 2021-Aceptado: 29 enero 2021

Geovanni de Jesús Durán Muñoz*

Adscrito a la Tercera Sala Unitaria del Tribunal Estatal de Justicia
Administrativa de Veracruz. Xalapa-Equez. Veracruz, México
buzonjuridico_geovan@hotmail.com

SUMARIO: Introducción, 1. Análisis constitucional de tributos extrafiscales para la
protección del medio ambiente: Zacatecas, Conclusiones, Fuentes de consulta.

Introducción

Tradicionalmente, la designación semántica y unívoca del tributo ha sido construida a partir de un complejo espectro político, económico y legal que ha constreñido su entendimiento y justificación a la irreductibilidad de sus afanes recaudatorios y de financiación pública, en el marco de las funciones teleológicas que desarrollan los Estados Nacionales.

Sin embargo, los fines estrictamente recaudatorios que los tributos persiguen globalmente han sufrido una importante atenuación y flexibilidad en sus objetivos, para convertirse en herramientas de coadyuvancia en la implantación y control de políticas públicas diversas que incidan en la protección de los bienes más elementales de la sociedad bajo un entorno impositivo extrafiscal.

Recientemente, el medio ambiente ha ocupado un espacio preponderante como objeto de protección de la normativa constitucional, consecuencia inmediata de la creciente necesidad de salvaguardar la naturaleza ante el deterioro y falta de sustentabilidad que se deriva de su desmedida explotación comercial y capitalista en perjuicio del planeta y de los seres vivos que habitamos en él. “El derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado,

* Maestro en Derechos Humanos y Justicia Constitucional con Mención Honorífica por la Universidad Veracruzana; Doctorando en Derecho-UV; Auxiliar de investigación con línea en Derecho Fiscal y Económico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana

como derecho fundamental, es relativamente joven en la mayoría de los países; tal es el caso de México, en cuya Constitución se encuentra recogido desde el año 1999". (García, 2012, p. 89)

Existen diversas posturas¹ que tratan de esclarecer y definir al medio ambiente. En un primer acercamiento, desde un punto de vista antropocentrista, aquel puede entenderse como las condiciones ecológicas que producen bienestar al hombre, entendiendo a éste como medida y centro del entorno natural. En ese contexto, el deterioro ambiental se traduciría en el menoscabo de los diversos ecosistemas que, en general, producen daños a la salud del ser humano.

En la postura opuesta, el naturocentrismo apela por la protección estricta de los elementos bióticos y abióticos reunidos en los diversos ecosistemas. Aquí, la naturaleza se traslada al punto geocéntrico de atención e importancia de cara al ser humano.

Frente a ellas, en un punto de avenencia entre tales visiones antagónicas, la postura ecléctica anida en la idea del balance y la armonización, en un punto intermedio que habilita y equilibra el desarrollo económico con la protección del medio ambiente, a la luz de una proyección prospectiva sustentable y sostenible de los hábitats que involucra, incluso, la tutela de los llamados *derechos de las generaciones futuras*.²

Inmerso en este marco, el empleo del tributo a partir de su vertiente extrafiscal responde a un hecho más profundo que a una simple variación terminológica y legal. Se trata, más bien, de un nuevo enfoque garantista que sitúa al sistema tributario en un plano instrumental para contribuir al cumplimiento de las funciones del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, llamado a proteger a la persona y su dignidad intrínseca de forma apriorística; con ello, apunta al desdoblamiento de acciones que permitan acorazar las manifestaciones expresas de ésta en su vertiente individual o colectiva; particularmente para el caso que nos atiende, por medio de sobretasas impuestas a las contribuciones para desincentivar conductas adversas al medio ambiente o la aminoración de las mismas cuando contribuyan a su resguardo.

¹ Para mayor abundamiento, véase: Cifuentes López, S. (2002). "Notas sobre el concepto jurídico de ambiente", en Cifuentes López, S., Ruíz-Rico Ruiz, G. & Besares Escobar, M. (Coord.). Protección jurídica al ambiente: Tópicos del derecho comparado. México: Porrúa.

² «[...] en todo el desarrollo del derecho ambiental se han hecho constantes alusiones a los derechos de las generaciones futuras y, por ende, a nuestra obligación, para con ellas, de dejarles un medio ambiente sano, que les permita satisfacer sus necesidades. Estos "derechos de las generaciones futuras" plantean no pocos interrogantes jurídicos y sólo pueden ser entendidos a la luz de los principios de solidaridad y de desarrollo sostenible. Sus alcances se encuentran, todavía, poco claros, toda vez que la mayoría de los ordenamientos jurídicos (y el mexicano no es una excepción) garantizan derechos de los seres humanos actuales y, como mucho, del *nasciturus*, esto es, del concebido y no nacido.» (García, 2012, p. 90).

A partir de lo anterior, la extrafiscalidad de los tributos se entiende como un criterio de política fiscal que no persigue la absorción económica como fin principal, sino que, a partir de su aplicación a las actividades empresariales o de consumo que desarrollan los contribuyentes, se busca incidir en su conducta a fin de generar un cambio de comportamiento con base en los impactos diferenciados que afecten sus cargas fiscales, con ello, el fin no recaudatorio referido se convierte en un mecanismo jurídico para impulsar, orientar, motivar, incentivar o desalentar el proceder de los particulares en orden seguido a la protección de bienes constitucionales.

De esta manera, se aprecia el advenimiento de una praxis fiscal opuesta a las prácticas hacendarias pretéritas esencialmente exactoras y, por el contrario, aquella se adhiere a los objetivos nacionales de protección de los derechos humanos previstos en los planes y estrategias gubernamentales vigentes en un entorno no contributivo o, en el caso, de recaudación dineraria austera y contingente.

El presente trabajo expone, apenas, una breve mirada al debate jurisdiccional reciente en el que nuestro máximo Tribunal ha empezado a abreviar para establecer la validez constitucional de la tutela tributaria de los derechos fundamentales en México, en particular respecto al resguardo del derecho al medio ambiente.

1. Análisis constitucional de tributos extrafiscales para la protección del medio ambiente: Zacatecas

En México, son diversos los momentos en que se advierte la aplicación no fiscal de las contribuciones para favorecer los objetivos políticos de las Administraciones Públicas en turno y la protección de los derechos fundamentales. En 2014, por ejemplo, la reforma hacendaria contempló el uso del instrumento extrafiscal como mecanismo para la protección del derecho a la salud, a partir de la elevación de los costes impositivos a las bebidas saborizadas que contengan endulzantes calóricos, así como a algunos alimentos con densidad calórica igual o mayor a 275 kilocalorías por cada 100 gramos, todo ello en vista de combatir la obesidad y sobrepeso que aqueja al país. Impuestos que por su naturaleza inciden directamente en el gusto o preferencia del gobernado, en el marco de la capacidad económica que demuestra a través del consumo y el pago de tributos indirectos como el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Por otra parte, en el caso de la función tutelar del tributo con relación al medio ambiente, la reforma fiscal aludida contempló su empleo a nivel federal para decrecer el alto nivel de emisión de gases contaminantes a la atmósfera así como el uso de plaguicidas, por medio del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (IEPS) aplicado a las emisiones de Bióxido de Carbono de los automóviles, principal gas de efecto invernadero, y a la toxicidad producida en la salud y el medio ambiente, generada por el uso de plaguicidas, herbicidas

y fungicidas. Este fue el primer referente legal en México a nivel federal que acogiera, en forma burda e irregular, algunas de las cualidades que definen a un impuesto verde.

Salvo este primer acontecimiento, en realidad, puede decirse que en México no existen contribuciones que se avoquen y apliquen exclusivamente a la protección del medio ambiente y, menos aún, que exista algún gravamen que se apegue a los contornos jurídicos y fiscales acogidos en el Derecho Comparado. De esta suerte, la protección de la naturaleza a través del sistema tributario en nuestro país se ha realizado a partir de figuras jurídicas denominadas como estímulos fiscales.

Al respecto, uno de los principales problemas que enfrentaron las Legislaturas mexicanas fue elucidar el fundamento constitucional que permitiera al legislador fiscal la creación de contribuciones extrafiscales, sin contravención a las bases generales de la tributación reguladas en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que, de la administración sistemática de los preceptos 25 y 31, fracción IV, entre otros, del ordenamiento originario antedicho, el directivismo que ejerce el Ejecutivo en la economía de la Nación permite a éste ponderar las mejores estrategias políticas (incluidas las fiscales) que mejor contribuyan al desarrollo económico de la nación, por lo que los Decretos que incorporan estímulos fiscales en los impuestos existentes, resultan perfectamente constitucionales.

En un escenario reciente, nuestro alto Tribunal resolvió un problema de constitucionalidad relacionado con los fines no recaudatorios del tributo a nivel subnacional y las competencias de los entes fiscales para establecerlos. En este caso, una Planta Cervecera ventiló la posible contradicción de los impuestos creados por el Congreso de Zacatecas con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por escrito presentado el 9 de febrero de 2017 en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito del Estado de Zacatecas, la quejosa referida solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal en contra de la Ley de Hacienda del Estado de dicha entidad pues, al actualizar los supuestos desencadenantes del hecho imponible regulados por ésta en el contexto medioambiental, se le ordenó pagar el impuesto vigente en dicha entidad desde diciembre de 2016, el cual dispone que las industrias deben cubrirlo por la contaminación que viertan en el agua, aire o suelo de esa entidad federativa.

En opinión de la quejosa, la configuración legislativa del pseudo impuesto medioambiental contraviene el principio de equidad tributaria; además consideró que su actuar como empresa se ajusta a todas las normas ambientales vigentes a nivel federal y, sobre todo, consideró que no existe una relación directa entre el impuesto y los efectos pretendidos con su aplicación.

Así entonces, mediante proveído de 15 de febrero de 2017, el Juez Segundo de Distrito en el Estado de Zacatecas admitió a trámite la demanda y ordenó a las autoridades responsables que rindieran sus respectivos informes justificados. Seguido el juicio en todas

sus fases, el 31 de octubre de 2017 el Juez de mérito dictó sentencia en la que concedió el amparo a la quejosa.

Inconformes con tal determinación, el representante legal del Gobernador y el Director de Procesos Legislativos y Asuntos Jurídicos de la Sexagésima Segunda Legislatura del Estado de Zacatecas, interpusieron recursos de revisión el 21 de noviembre de 2017 ante el juzgado del conocimiento. El 8 de diciembre de 2017, el Presidente del Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito tuvo por recibidos los autos del juicio de amparo y por admitidos los escritos mediante los cuales las recurrentes interpusieron los recursos de revisión. Por su parte, el 8 de enero de 2018 la quejosa interpuso revisión adhesiva.

En apoyo para el dictado de la sentencia participó el Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región, con residencia en Acapulco, Guerrero, quién resolvió que carecía de competencia legal para conocer de los recursos de revisión de marras, en particular respecto del tema de invasión de esferas competenciales de un Estado a la Federación, por lo que ordenó la remisión de los autos, sus anexos, así como el recurso de revisión adhesiva al Máximo Tribunal de nuestro país para que asumiera su competencia originaria y resolviera lo conducente.

El 10 de octubre de 2018, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo por recibidos los autos y registró el Toca con el número de expediente 888/2018 y se declaró la competencia de ese alto Tribunal, por medio de su Segunda Sala, para conocer de los recursos de revisión principal y adhesiva que hicieron valer las recurrentes y la quejosa.

En un primer momento, la ruta metodológica seguida por la Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal implicó analizar los agravios formulados para determinar si existía o no invasión de esferas competenciales reservadas al Congreso de la Unión por parte de la Legislatura del Estado de Zacatecas, al establecer los impuestos impugnados.

Así bien, del análisis del artículo 73, fracción XXIX de la Constitución Federal, la Segunda Sala estimó que la Federación, a través del Congreso de la Unión, no tiene una facultad exclusiva y reservada para establecer contribuciones sobre la Emisión de Gases a la Atmósfera (artículos 14 a 19 de la Ley de Hacienda del Estado de Zacatecas) ni sobre la Emisión de Contaminantes al Suelo, Subsuelo y Agua (artículos 20 a 27 de la invocada ley) ni sobre el Depósito o Almacenamiento de Residuos (artículos 28 a 34 del ordenamiento citado); por tanto, atendiendo al diseño normativo de los referidos impuestos se advierte que no inciden ni versan sobre alguna de las materias impositivas que de manera reservada y en exclusiva tiene la Federación, previstas en el artículo 73, fracción XXIX referido. (SCJN, 2020)

De esta manera, nuestro Máximo Tribunal sostuvo la constitucionalidad de los impuestos de emisión de gases a la atmósfera y el denominado impuesto a la emisión de contaminantes al suelo, subsuelo y agua, pues estimó que a Zacatecas, como entidad federativa, le asiste la competencia para establecerlos, además de que los mismos no

lesionan la proporcionalidad que debe caracterizar a los tributos en general, en razón de que permiten el reconocimiento de los efectos negativos que se causan al medio ambiente.

Sin embargo, la Segunda Sala del Alto Tribunal, por otra parte, declaró inconstitucionales dos de los cuatro impuestos ecológicos creados y aplicados por el gobierno de Zacatecas. En tal virtud, invalidó el impuesto por remediación ambiental en la extracción de materiales al considerar que éste constituía una imposición cuya competencia exclusiva es de la Federación y, de igual forma, invalidó el impuesto al depósito o almacenamiento de residuos, debido a que, en su opinión, viola el principio de capacidad tributaria.

Para arribar a dicha conclusión, la Segunda Sala analizó la exposición de motivos del Ejecutivo Local para emitir el Decreto Gubernativo mediante el cual se otorgan estímulos fiscales y facilidades administrativas para el ejercicio fiscal 2017, en particular el artículo 5o. A partir de lo anterior, reparó en el hecho de que no se perseguía algún fin constitucionalmente válido y objetivo para establecer un estímulo fiscal a determinado grupo de contribuyentes, en concreto, para las personas morales o unidades económicas de los impuestos a la emisión de gases a la atmósfera; a la emisión de contaminantes al suelo, subsuelo y agua; y al depósito o almacenamiento de residuos, previstos en los numerales reclamados, pero que no rebasen los \$4,000,000.00, por concepto de ingresos federales, o se constituyan en 2017 y tampoco rebasen el citado monto de ingresos. (SCJN, 2020)

Es decir, si la finalidad extrafiscal de los numerales impugnados que contienen los denominados “impuestos ecológicos” es: a) La protección del derecho a la salud y a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de las personas, b) Incentivar a los contribuyentes de los citados impuestos y c) Atender a su menor capacidad contributiva, tal circunstancia no justifica de forma alguna que no se cumpla el fin extrafiscal buscado con tales gravámenes, ante el riesgo de transmutarlo, pues en tal caso se trataría de impuestos con fines fiscales, recaudatorios. (SCJN, 2020)

De esta manera, los parámetros normativos contenidos en el artículo 5o, fracciones I, II y III del Decreto Gubernativo mediante el cual se otorgan estímulos fiscales y facilidades administrativas para el ejercicio fiscal 2017, para conceder los beneficios ahí indicados a determinado grupo de contribuyentes respecto a los “impuestos ecológicos”, consisten fundamentalmente en elementos del impuesto sobre la Renta, tales como: a) tributación conforme al Título IV, Capítulo II, Sección II, de la Ley del indicado tributo; b) que no hayan rebasado los \$4,000,000.00, por concepto de ingresos fiscales; c) que se hayan constituido en el ejercicio fiscal de 2017, siempre y cuando no hayan tenido el monto de los ingresos señalados en el inciso anterior. (SCJN, 2020)

De acuerdo con lo anterior, la Segunda Sala estimó que tales parámetros normativos tienen nada o muy poco que ver con el derecho a la salud y a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de las personas, como para justificar constitucionalmente que a los

contribuyentes que no actualicen esos supuestos legales señalados, no se les otorguen los estímulos mencionados, pues es claro el actuar caprichoso del Ejecutivo de Zacatecas para establecer un trato desigual e inequitativo. (SCJN, 2020)

Conclusiones

A manera de epílogo, puede indicarse que, en el marco del paradigma neoliberal, la denominada extrafiscalidad de los tributos, se nos presenta actualmente en México como una herramienta más del directivismo estatal en aras de concretizar sus fines teleológicos con diversos niveles de incidencia y ámbitos de aplicación, entre los que destacamos el referido a la protección del medio ambiente.

Con lo anterior, se advierte que las políticas en materia económica, fiscal y ambiental se estrechan entre sí, para permitir la dirección y seguimiento de las acciones gubernamentales con fines alternativos a la sola absorción de contribuciones, en la búsqueda de incentivar o desincentivar conductas mediante el empleo de privilegios y aminoraciones fiscales o, en su caso, con el establecimiento de sobretasas a los impuestos, bajo el apremio de resguardo y conservación del entorno natural.

Sin embargo, desde la óptica de la justicia, la proporcionalidad, la eficiencia de recursos públicos y, en general, desde el punto de vista de los derechos que en lo fundamental les asisten a los individuos obligados a soportar las diferentes prestaciones económicas coactivas, el sistema tributario que nos rige actualmente en México se advierte permeado por cierto nivel de indeterminación conceptual y normativa por cuanto hace a los medios, formas y procedimientos para la configuración de las diversas categorías de gravámenes que operan como medios extrafiscales para incidir en la conducta y comportamiento empresarial y de consumo de los contribuyentes en esta materia.

En este orden de ideas, se estima que el actual uso tornadizo y contradictorio del fin extrafiscal, ha producido que el tributo se imponga sin linderos, cánones o principios taxativamente definidos por la Constitución, al amparo del amplio directivismo económico que ésta atribuye al Ejecutivo federal con fundamento en el numeral 25, en menoscabo de las bases generales de tributación sancionadas por el artículo 31, fracción IV del mismo ordenamiento.

El debate jurisdiccional de los primeros, y todavía amorfos, tributos extrafiscales aún no esclarece a plenitud el impacto negativo que producen a los derechos de los contribuyentes y el medio ambiente. Aún queda pendiente evaluar la suficiencia y efectividad de estas figuras en la consecución del fin que dicen perseguir y valorar objetivamente la eficacia de las políticas públicas que los animan, en contraste con el debido respeto y protección de la dignidad humana.

Fuentes de consulta

Bibliografía:

Cifuentes López, S. (2002). "Notas sobre el concepto jurídico de ambiente", en Cifuentes López, S., Ruíz-Rico Ruiz, G. & Besares Escobar, M. (Coord.). Protección jurídica al ambiente: Tópicos del derecho comparado. México: Porrúa.

García López, T. (2012). "Origen y evolución del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: los derechos de las generaciones futuras". En Zúñiga Ortega, A. & Luna Leal, M. (coords.). La Sociedad en el Estado Constitucional: Derechos Humanos. México: UV-CEDH.

Internetgrafía:

SCJN. (2020). Sentencia recaída al Amparo en Revisión 888/2018. México: SCJN. Recuperado de:
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=244723>

ENFOQUES JURÍDICOS

