

Cimalex



VOLUMEN I, NÚMERO 2 | Julio-diciembre

ISSN: 2954-3398 2022

La conciencia científica del jurista como estructura del objeto de investigación en derecho, **Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar**

Matices antropocéntricos en los tratados internacionales de incidencia ambiental, **Violeta Mendezcarlo Silva y Luis Alberto Bautista Arciniega**

Chile: de Pinochet al proceso constituyente de 2020, **Daniel Fernández Cañueto**

Retos de los derechos a la privacidad y a la protección de datos personales en México, **Isaura Judith Moreno Pérez**

Detención preventiva en Colombia: breve análisis de algunas de sus principales problemáticas, **Margarita María Guzmán Ramírez**

Apatía política de los jóvenes originarios de los pueblos indígenas de Amealco, Querétaro, **Juan Daniel Ugalde Ramírez y Agustín Martínez Anaya**

Instalación legal y material de los centros de convivencia familiar supervisados en Baja California, **Juan Pablo Venegas Contreras**

Constitucionalidad del impuesto predial para el municipio de Mexicali, Baja California, respecto de predios baldíos, **Jesús Fernando Villareal Gómez**

Publicación Semestral

CimaLex



Volumen I, número 2, julio-diciembre, 2022



Universidad Autónoma de Baja California



Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Daniel Octavio Valdez Delgadillo
Rector

Dr. Luis Enrique Palafox Maestre
Secretario General

Dra. Mónica Lacavex Berumen
Vicerrectora Campus Ensenada

Dra. Gisela Montero Alpírez
Vicerrectora Campus Mexicali

Mtra. Edith Montiel Ayala
Vicerrectora Campus Tijuana

FACULTAD DE DERECHO MEXICALI

Dra. Ana Edith Canales Murillo
Directora de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtro. Roberto Villa González
Subdirector de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtra. Elizabeth García Espinoza
Administradora

Mtro. Luis Xavier Garavito Torres
Coordinador de Extensión y Vinculación

Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Coordinador de Investigación y Posgrado



**Volumen I, número 2,
julio-diciembre 2022**

DIRECTORA EDITORIAL

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

CONSEJO CIENTÍFICO

Dra. Marisol Angles Hernández
Dr. José Ramón Cossío Díaz
Dr. Guillermo Escobar Roca
Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Dr. Imer Benjamín Flores Mendoza
Dr. Sergio García Ramírez
Dr. Alfredo Islas Colín
Dra. María Mercedes Iglesias Báñez
Dra. Margarita Palomino Guerrero
Dra. Marina del Pilar Olmeda García
Dra. Teresita de Jesús Rendón
Dra. Eneida Desiree Salgado
Dr. Enrique Uribe Arzate
Dr. Juan Vega Gómez
Dr. Ricardo Zuluaga Gil

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Profesor Investigador Asociado de El Colegio de México
Universidad de Alcalá de Henares, España
Facultad de Derecho de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Universidad de Salamanca, España
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad de Guanajuato
Universidad de Curitiba, Brasil
Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Universidad de Medellín, Colombia

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Angélica Burga Coronel
Dr. Sergio Gilberto Capito Mata
Mtro. Fernando Manuel Castro Figueroa
Dr. Luis Carlos Castro Vizcarra
Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Dra. Marisol Luna Leal
Dra. Karla Elizabeth Mariscal
Dra. Alina del Carmen Nettel
Dr. Carlos María Pelayo Moller
Dra. María Candelaria Pelayo Torres
Dra. Virdzhiniya Petrova Georgieva
Dr. Jesús Rodríguez Cebreros
Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez
Dr. Juan Pablo Venegas Contreras

Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad Veracruzana
Universidad Autónoma de Querétaro
Universidad Autónoma de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad Autónoma de Nuevo León
Universidad Juárez del Estado de Durango
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC

Revista CimaLex

Vol. I, núm. 2, julio-diciembre, 2022

Directorio

Directora editorial

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Coordinación editorial

Mtro. Fernando Manuel Castro Figueroa

Lic. Leobardo Sarabia Quiroz

Diseño de portada y formato de interiores: Raymundo Larios

Soporte digital: Raymundo Larios

Asistencia editorial: Issa Jensen, Leopoldo Gardea.

CIMALEX, Volumen I, número 2, julio-diciembre 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Baja California, a través de la Facultad de Derecho Mexicali. Boulevard Benito Juárez y Avenida Ignacio López Rayón, s/n, Mexicali, Baja California. C.P. 21280. Tel. 686 841-8231, <http://revistacimalex.uabc.mx/>, revista.cimalex@uabc.edu.mx. Editor responsable: Marina del Pilar Olmeda García. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo no. 04-2021-112511325400-102, ISSN: 2954-3398, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y contenido: en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Impresa por Artificios Media, Abelardo L. Rodríguez 747, Col. Maestros Federales, Mexicali, Baja California, C.P. 21370. Este número se terminó de imprimir el 5 de julio de 2022, con un tiraje de 150 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura institucional de la publicación y son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

IMPRESO Y HECHO EN MÉXICO

ÍNDICE

La conciencia científica del jurista como estructura del objeto de investigación en derecho, Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar	9
Matices antropocéntricos en los tratados internacionales de incidencia ambiental, Violeta Mendez-carlo Silva y Luis Alberto Bautista Arciniega	33
Chile: de Pinochet al proceso constituyente de 2020, Daniel Fernández Cañueto	69
Retos de los derechos a la privacidad y a la protección de datos personales en México, Isaura Judith Moreno Pérez	119
Detención preventiva en Colombia: breve análisis de algunas de sus principales problemáticas, Margarita María Guzmán Ramírez	151
Apatía política de los jóvenes originarios de los pueblos indígenas de Amealco, Querétaro, Juan Daniel Ugalde Ramírez y Agustín Martínez Anaya	187
Instalación legal y material de los centros de convivencia familiar supervisados en Baja California, Juan Pablo Venegas Contreras	217

Constitucionalidad del impuesto predial para el municipio de Mexicali, Baja California, respecto de predios baldíos, Jesús Fernando Villarreal Gómez 245

ANÁLISIS LEGISLATIVO

Hostigamiento: nuevo delito tipificado en la legislación penal de Baja California, Daniel Alberto Cabrera Miranda 287

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Análisis sobre las consecuencias legales de actos antijurídicos con la intención de adquirir o transmitir una propiedad a la luz de decisiones judiciales, Onésimo Núñez Sánchez 295

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Covid-19: efectos jurídicos de una pandemia, Daniel Octavio Valdez Delgadillo, Ana Edith Canales Murillo y Laura Alicia Camarillo Govea, por Jorge Humberto Vargas Ramírez 303

Ética profesional en el ejercicio del derecho, Marina del Pilar Olmeda García, por Alfredo Islas Colín 309

El derecho humano de acceso a la información pública. Caso Baja California, Luis Carlos Castro Vizcarra, por José Fabián Ruiz 315

LA CONCIENCIA CIENTÍFICA DEL JURISTA COMO ESTRUCTURA DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO

GUILLERMO RAFAEL GÓMEZ ROMO DE VIVAR*

RESUMEN

El presente trabajo considera fundamental el quehacer del jurista mediante su labor como investigador. Se tiene la pretensión de una crítica funcional, tanto para el sujeto que investiga, como para la significación del objeto investigado. Se comprende, que la base en ambos casos, parte del reconocimiento de la formación de conciencia científica que consolida un abordaje temático mediante una visión y representación sensible. Esto permite o facilita la circularidad en la presentación de hechos y propuestas en torno al fenómeno jurídico, lo que implica coherencia y paciencia como cualidad de expresión y formación de todo investigador. En ese sentido, el objetivo de este trabajo es presentar los resultados de una investigación sobre la conciencia científica del jurista como estructura del objeto de investigación en el Derecho. La intención es aportar al fortalecimiento de los productos de investigación jurídica, a través de un pensamiento analítico, el conocimiento integral tanto del individuo que investiga como del problema de investigación.

* Doctor en Derecho por el Doctorado Interinstitucional en Derecho (DID) de la región Centro Occidente del país. Abogado, académico, profesor investigador de tiempo completo del Departamento de Derecho (SNI 1), coordinador de posgrados de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Correo electrónico: gf.gomez@ugto.mx

PALABRAS CLAVE: Investigación jurídica, ciencia, jurista, métodos y metodología.

ABSTRACT

The present work considers fundamental the work of the jurist through his work as a researcher. There is the pretense of a functional critique, both for the subject that investigates, and for the meaning of the investigated object. It is understood that the basis in both cases is based on the recognition of the formation of scientific awareness that consolidates a thematic approach through a sensitive vision and representation. This allows or facilitates circularity in the presentation of facts and proposals around the legal phenomenon, which implies coherence and patience as a quality of expression and training for all researchers. In this sense, the objective of this work is to present the results of an investigation on the scientific conscience of the jurist as a structure of the object of investigation in Law. The intention is to contribute to the strengthening of legal research products, through analytical thinking, comprehensive knowledge of both the individual who investigates and the research problem.

KEYWORDS: Legal research, science, lawyer, methos, methodology

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte de la experiencia que arroja la integración y desarrollo de productos de investigación desde la formación de investigadores en posgrados de Derecho. Una constante resulta ser la falta de reflexión en torno a la claridad de exposición y presentación del objeto de análisis, que

repercute en la importancia, viabilidad y utilidad del mismo. Esto debilita el interés, y en algunos casos, la motivación del propio autor, debido a la posible falta de claridad para fijar un adecuado procedimiento de reconocimiento y acercamiento al tema elegido.

Como parte de la necesidad de mejorar e implementar este procedimiento, se presenta una metodología de investigación donde el primero de ellos, es decir, el proceso de reconocimiento comprende la conciencia científica. La finalidad es ubicar al Derecho como ciencia, el papel que desarrolla, así como su integración en una rama o especialidad jurídica. Además, el entendimiento de que el Derecho se encuentra dentro de un sistema, la cronología, antecedentes y adecuada geolimitación tanto del problema u objeto de estudio, y que abre un espacio a la búsqueda de objetividad con una base sustentada de conocimiento real y certero.

Este método se direcciona a centrar la reflexión del papel del sujeto-investigador, que permita comprender su propio perfil y formación como jurista desde la naturaleza de la antropología y epistemología y a través del contexto por medio de la visión de la demografía y etnografía. Finalmente, reflexionar sobre el sujeto, la aplicación de su experiencia, como fundamento de la praxis enfocada en acciones en el campo profesional, así como el acercamiento de estudios de caso. En prolongación, se materializará al objeto de investigación mediante el procedimiento de contacto en las fases de observación, planeación, fundamentación y adaptación.

En este planteamiento, el objetivo del presente trabajo es fortalecer los productos de investigación jurídica a través del pensamiento analítico, el conocimiento integral tanto del individuo que investiga como del problema, situación o postulado investigado, mediante el posible desarrollo de un procedimiento cognitivo que permita avanzar, así como reorientar

un producto de investigación. La finalidad es responder a la recurrente interrogante: ¿presenta mi tema la suficiente fuerza de impacto en su sentido y significado, o es oportuna la necesidad de transformarlo y ajustarlo?

I. CONCIENCIA CIENTÍFICA DEL DERECHO COMO BASE DEL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO

Toda actividad cotidiana que implique el desarrollo de acciones destinadas a producir efectos en un campo específico, así como a un determinado grupo o destinatarios, requiere del reconocimiento de la existencia previa a esta acción. Es decir, el proceso de cognición para reflexionar antes de actuar de cierto tipo e implicaciones, por esto, resulta importante tratar de fijar a la conciencia y las operaciones mentales que derivan de ella como un método de acercamiento al sujeto y sus: actividades, sucesos, sentimientos, circunstancias y oportunidades que de sentido y significado.

Si se considerara la teoría de que la conciencia no puede ser explicada del todo con certeza con base a conocimientos,¹ resulta bastante complejo su aterrizaje conceptual, por consiguiente, delimitar en áreas particularizadas facilita la comprensión de su importancia y función en torno a planteamientos claros. Por tanto, delimitar el término hacia la conciencia científica facilita su comprensión, utilidad y aplicaciones, que aparecen dentro del plano del investigador, sus objetivos, metas e hipótesis y su posible materialización, para lograr en su caso, llegar a conclusiones viables e incluso generar propuestas factibles.

La conciencia científica presupone un ejercicio reflexivo y crítico del pensamiento, enfocada a generar y ampliar el

¹ Sánchez Tajadura, Beatriz, “La conciencia explicada desde la experiencia experimental, método científico y subjetividad”, *Naturaleza y Libertad*, 9, 2107, p. 323.

universo de conocimientos sobre un tema o materia específica, lo que implica el gusto por el conocimiento objetivo.² Es decir, que toda investigación tenga sustento en propiedades de la realidad, con la aplicación de acciones intelectuales y métodos de observación comparables; en esta forma, en el soporte de acciones ordenadas con lógica y coherencia, se podrán arribar a respuestas del problema en aras de abonar al espíritu científico y su adaptación social.

Mediante el uso de la conciencia científica y la aplicación de la razón, una investigación se dinamiza y actualiza, lo que facilita identificar errores, superar obstáculos y confusiones que pudieran presentarse. Además, se logra ejercitar la capacidad predictiva y preventiva sobre contenidos, elementos y materia indispensable que deberá ser ubicada y posteriormente aplicada en la investigación, para evitar así la dispersión, abonar a la extensión práctica, eliminar lo innecesario para su aplicabilidad y mejorar la calidad.

A través de la sistematización y asimilación de descubrimientos, los científicos consolidan la capacidad de explicar fenómenos con mayor precisión,³ desechan o rechazan creencias y postulados previamente establecidos, para sustituirlos por nuevos procedimientos, que propicien un mejor acercamiento analítico a la percepción de situaciones, circunstancias y comportamientos. De esta manera, se ordena y ubican los antecedentes, límites, evolución de la información, con la finalidad de crear y construir una atmósfera científica.

Poseer una conciencia científica significa reconocer proporcionalidad, extensión y contenidos de un objeto o problema de investigación, particularizándolo, así como reduciéndolo hasta comprender con minuciosidad sus causas y

² Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 2019, p. 193.

³ Strauss, Claude Levi, *El pensamiento salvaje*, (México, FCE, 2018), 14.

efectos. Se ubica aquí lo expuesto por Descartes en relación a “lo oportuno que resultaría dividir cada dificultad en tantas partes como fuese posible”.⁴ Es aplicable la crítica y el contacto con las condiciones que originan el problema, es decir, una racionalización de la experiencia como parte del espíritu científico.⁵

En síntesis, la formación de conciencia científica permite ubicar su entorno con la finalidad de tratar de comprenderlo a través de métodos exploratorios de la realidad. Esta exploración puede encontrar diversas ideas, postulados e hipótesis que se deberán verificar para desarrollar conocimientos cimentados, procurar no renunciar a la objetividad en la realización de su trabajo. En el caso específico de las ciencias sociales, consiste en no descuidar ni perder objetivos indispensables, como el impacto social, el sentido cultural, grupos destino e incluso la proyección del investigador dentro del tema, sin perder de vista la científicidad por encima de intereses y dogmas.

En el espacio científico correspondiente a las ciencias sociales, resulta importante atender la necesidad de simplificar los procesos por medio de una aplicación metodológica útil, para identificar y desarrollar estructuras de contenido. Es decir, por una parte los elementos que sostienen y sirven de fundamento (antecedentes, conceptos, temporalidad) y por otro las que brindan significado (importancia, utilidad, viabilidad) al objeto. Con estos elementos, se podría sugerir un enfoque distinto de análisis y se abren paso a las prioridades científicas de la investigación.

Lo anterior es pertinente, pues un científico social debe poseer un grado de conciencia cuya madurez y apertura evite no caer en el olvido y el sentido humanista dentro del

⁴ Puede considerarse dentro de la aplicación de las cuatro reglas del Discurso del Método.

⁵ Bachelard, Gastón, *La formación del espíritu científico*, México, Siglo XXI, 2018), 49.

universo de la ciencia. Esto implica también superar la unidimensionalidad,⁶ traducida como no ser prisionero de una única perspectiva estrecha e incapaz de salir de un camino prefijado, toda vez que una reducción científica a un ámbito lineal no reconoce la existencia de otras posibilidades, que impide el acercamiento de otras disciplinas y ciencias sin poder identificarse más allá de su limitado centro y punto de partida.

En atención a la formación de conciencia científica desde el plano jurídico, se debe iniciar por el reconocimiento del Derecho como ciencia. Partamos del propio método científico mediante la explicación de fenómenos de este orden de donde derivan hipótesis sujetas a comprobación. Es decir, se constituye de fundamentos y elementos propios de la disciplina que se adaptan hacia el origen, integración, interpretación y aplicación de la norma jurídica por medio de la implementación y manejo de instrumentos específicos, métodos y técnicas conforme a su base científica.

Al respecto, surge la necesidad de clasificar al estudio del Derecho como ejercicio filosófico y tarea organizativa, y a partir de esto, se entra en el plano de discusión sobre su adecuado lugar de ubicación dentro de un sistema de ciencias. Si bien, el Derecho puede ubicarse dentro de las ciencias fácticas, y dentro éstas, encontrar las normativas, que a su vez se dividen en teóricas y prácticas. Por otro parte, la clasificación propuesta por Hans Kelsen sugiere una clasificación individual e independiente del plano fáctico, en ambas resultan coincidentes las características de que el Derecho como ciencia debe ser analítica, precisa, especializada, verificable, metódica y sistemática.

Más relevante, es establecer una clasificación del Derecho como ciencia, y por encima de cualquier discusión, debe prevalecer la importancia que tiene el trascender hechos

⁶ Fernández-Rañada, Antonio, *Los muchos rostros de la ciencia*, (México, Conacyt-SEP, 2003), 94.

(descartar, producir nuevos, explicar), más que optar por una expansión desenfrenada dentro del sistema jurídico que implique nuevas ramas o nichos para definir su originalidad, se debe priorizar su utilidad social como efecto inmediato,⁷ con esto tiene cabida a su vez el sustento de una teoría tridimensional⁸ que invita más que a localizar al Derecho en un plano u otro (es decir, como ciencia fáctica o formal), suma una tercera propuesta si consideramos el sentido axiológico en tanto elemento fundamental.

Partir entonces de una conciencia científica en torno al Derecho, implica más allá de su propio reconocimiento como ciencia, sistema de normas, facultad o ideal de justicia, lo que nos lleva a comprender, desde su propia esencia dentro de su concepción epistemológica, sus fuentes, así como su propia historicidad marcada de diversas luchas por su reconocimiento tanto en el plano individual como social en el Derecho público y privado. Al respecto, Von Jhering cita “su reconocimiento va más allá de un espectáculo que ofrece el despliegue de las más grandes fuerzas humanas, junto con los más costosos sacrificios, arrastrando irremisiblemente al hombre y le elevan a la altura de lo ideal”.⁹

Finalmente, la conciencia científica aplicada al Derecho permite al jurista ir más allá de una simple definición y operación lingüística, para enfocarse hacia una estrategia de investigación que permita acercarse a su sentido y significado, para con esto superar los problemas que presenta como ciencia,¹⁰ apostando por su mejor desarrollo mediante métodos de análisis que brinden la capacidad de enfrentarse

⁷ Wallerstein, Immanuel, *Abrir las ciencias sociales*, (México, UNAM, 2019), 40.

⁸ Postulado por Miguel Reale la Teoría Tridimensional del Derecho en sus dimensiones fácticas, normativas y axiológicas.

⁹ Von Jhering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, (España, Universidad Carlos III, 2018), 41.

¹⁰ Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*, (España, Ariel, 2017), 117.

a problemas y realidades. Es decir, en la medida en que el investigador, por medio de su labor crítica y objetiva, adapte el Derecho a nuevas circunstancias sociales se hablará entonces de un mayor desarrollo en relación a la ciencia.

II. JURISTA E INVESTIGADOR: PERFIL, CONTEXTO Y EXPERIENCIA EN EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO

Una vez que el sujeto-investigador tiene una conciencia científica plena que le permita un acercamiento preliminar a las ciencias sociales y en particular al Derecho, se podrá integrar el sentido de su actividad investigadora, que implica la disposición para indagar causas y efecto como la honestidad intelectual de la mano de la congruencia en el ejercicio de sus funciones, además de la obtención de posibles respuestas y soluciones; de esta forma el sujeto desarrolla tres elementos mediante la consciencia: a) perfil que toma como base la antropología y epistemología jurídica; b) el contexto cuya esencia es la demografía y etnografía; y, c) la praxis fundamentada en la experiencia post taller y el estudio de casos.

Estos elementos se muestran a continuación:

Cuadro 1. Conciencia científica del Sujeto

Procedimiento de reconocimiento	Perfil	Contexto	Experiencia
Elementos	Antropología jurídica	Demografía	Post taller
Elementos	Epistemología jurídica	Etnografía	Estudios de caso

Fuente: elaboración propia

En la construcción del perfil previo a la base antropológica y epistemológica es oportuno considerar también como tarea fundamental —desde el sentido cognoscente—, superar las deformaciones que indebidamente se han formado a la sobra del jurista como pautas de consumo y conducta,¹¹ que conjuga relaciones cargadas de banalidad y superioridad, lo que resulta contradictorio en alusión al verdadero sentido de la práctica jurídica, con esto, efectos nocivos se hacen presentes en el campo profesional, repercutiendo a su vez en la labor de investigación con la ausencia de profundidad, la falta de seriedad, falsedad de hipótesis y distanciándose de la esencia del jurista.

El punto de partida del perfil del jurista-investigador reside entonces en asimilar una situación concreta vinculada con el Derecho mediante un caso concreto, con la finalidad de asimilarlo, entenderlo e interpretarlo, sin perder de vista la racionalidad de análisis otorgada desde la posición e ideología del propio sujeto, esto brinda una dimensión tanto real como cabalmente completa, también ir más allá de su simple comprobación normativa, pues comprender la ley es articularla con su trasfondo¹² (valores sociales vigentes, situaciones, instituciones y demás fuentes jurídicas).

Parte prioritaria del perfil se basa por tanto en que exista claridad en la identificación del sujeto con el tema investigado, esto aporta lógica y cordura como dato preliminar de comprensión del objeto (dotándolo de precisión, claridad y dirección), configurando al investigador como un portavoz que comprende no solo el tema sino también sus antecedentes, datos preexistentes, reglas, límites y posibles amenazas. Identificarse entonces representa la proximidad y

¹¹ Rendón Huerta, Teresita, “El desafío de la rehumanización de la profesión jurídica”, *Ciencia Jurídica*, 3 (2013), 112.

¹² Recaséns Siches, Luis, *¿En qué consiste eso de ser jurista?*, (México, Coyoacán, 2014), p. 17.

reconocimiento que se tendrá y que comprenderá evidencia del método,¹³ al lograr contacto efectivo con las partes, la representatividad de un grupo elegido y la selectividad de los documentos y fuentes utilizadas.

Sobre el elemento antropológico del perfil del sujeto, la antropología en términos teóricos¹⁴ puede entenderse como disciplina que ofrece un esquema conceptual para el contexto global de la experiencia humana, por lo que como ciencia sistemática del conocimiento y desarrollo del Hombre, lo lleva a la obtención de conocimientos y la aplicación de estos a sí mismo, que aplicará a la sagacidad en investigación, para descubrir algo oculto dentro del mismo sujeto o en el exterior; bajo tal perspectiva es importante saber cómo buscarlo, seguir su rastro hasta descubrir su constitución y tener como punto de partida la formulación de hipótesis sustentadas en principios e indicios.

Profundicemos, una antropología jurídica según Laguna¹⁵ puede comprenderse en tanto estudio de los fenómenos jurídicos que sirve como un acercamiento específico al todo social, abona a la captación de las características una realidad social determinada, por lo que considerar esta disciplina dentro del perfil del investigador resulta fundamental, para obtener niveles analíticos con mayor profundidad como son: a) conceptos, categorías y clases; b) relaciones entre grupos e instituciones; c) reconocimiento y práctica de derechos, prerrogativas y sistemas jurídicos vinculantes.

En relación al elemento epistemológico del perfil del sujeto, su funcionalidad radica en la teoría del conocimiento, que influye en la capacidad del jurista-investigador en la valoración del objeto que se investiga en cuanto a recursos,

¹³ Augé Marc, *Los no lugares*, (México, Gedisa, 2019), 20.

¹⁴ Kant, Immanuel, *Antropología*, (España, Alianza, 2019), 181.

¹⁵ Valdivia, Teresa, “¿Por qué hoy una antropología jurídica en México?”, *Nueva Antropología*, 43, 1992, 119.

circunstancias e información, para potencializar la investigación, que se traduce en la claridad de objetivos a fin de acelerar y avanzar mediante un ritmo adecuado en el desarrollo del tema abordado, cimentándola en teorías, postulados y escuelas que otorguen un nivel de discusión y regularidad en su consistencia teórica.

Por consiguiente, la epistemología jurídica implica el desarrollo de métodos y procedimientos de integración y aplicación del Derecho, que parte del análisis y comprensión de factores que determinan su origen, los sentidos que presenta y coadyuvarán con el investigador en el desarrollo de su objeto de investigación, esto comprende tres niveles:¹⁶ el primero como teoría del conocimiento jurídico en tanto ciencia; el segundo como teoría del conocimiento jurídico aplicable en la práctica jurídica (la filosofía de la prueba); y el tercero como teoría del conocimiento jurídico a través de una metodología, enfoques y estrategias de investigación, cuyas aplicaciones aporten de manera oportuna resolver problemas al momento de diseñar propuestas de investigación. Conforme a esto, la epistemología en general produce reflexión sistemática sobre un determinado objeto, a través de ella se comprenden condiciones, creencias y circunstancias.

Aparte de existir claridad en el objeto con el fin de convencer por medio de métodos científicos debe considerarse la ubicación del mismo, es decir, el lugar de donde surge así como sus componentes, con esto identificar los elementos que lo conforman con la finalidad de facilitar la conexión de técnicas, métodos y estructuras que le sean aplicables, por tanto, el investigador además de exponer debe demostrar lo que detecta y formular preguntas en torno a esto, con el objetivo de representar al concepto de forma convincente. Es aquí que el contexto marca un ritmo fundamental en la

¹⁶ Aguirre-Román, Javier, “Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones”, *Entramado*, 16, 2020, 189.

investigación, con apoyo tanto de la demografía y la etnografía como esencia de la realidad mediante el conocimiento de tradiciones, destinos y convencionalismos de la época.

En ese sentido, en el aspecto demográfico se integra la importancia que debe poseer el jurista e investigador de conocer el estudio científico de las poblaciones humanas con respecto a su tamaño, estructura y desarrollo, a fin de comprender su estructura, dimensión y evolución, principalmente desde un punto de vista cuantitativo.¹⁷ En ese sentido, el objeto de la demografía (biológico, social, económico, político, filosófico) aplicable a la investigación jurídica dotará de mayor respaldo y precisión en la formulación de hipótesis, su contenido atiende la realidad del individuo que se organiza en grupos y posee conciencia y la materializa a través del conocimiento tanto en el plano individual como colectivo.

El segundo elemento del contexto es el etnográfico, entendido por Strauss como el estudio descriptivo de una comunidad conformante de un método estructural de investigación, es implementada por el investigador hacia el análisis grupal a partir de la descripción, interpretación y reconstrucción analítica de la cultura y estructura del grupo social seleccionado.¹⁸ Mediante su uso se fortalecen las etapas de observación y registro como una metodología que procuren sistematizar de forma exacta e integral la información precisa, para comprender el fenómeno y en su caso la vinculación jurídica propuesta dentro del mismo.

Finalmente, el conducto de reconocimiento posterior al perfil y contexto tiene aplicación en la experiencia, es decir, compara el elemento empírico que se materializa en la praxis y el trabajo de campo, lo que aporta una mejor proyección,

¹⁷ Vieira Pinto, Álvaro, *El pensamiento crítico en demografía*, (Chile, CELADE, 1993), p. 73.

¹⁸ Bautista, Nelly, *Proceso de la investigación cualitativa*, (Colombia, Manual Moderno, 2021), p. 100.

representación, significación e impacto en la investigación, a través de dos elementos: la práctica post taller y los estudios de caso. En relación a la práctica post taller, refiere la necesidad del jurista investigador por la observación y captación directa de la fisonomía del objeto investigado, para lograr la sensibilidad que convierta al sujeto en un participante activo, ajustado: a) encontrar la esencia y naturaleza del objeto; b) documentar y registrar efectos en el exterior; c) conocer las dimensiones a fin de ubicar y resolver dificultades; d) lograr una influencia más directa representada en naturalidad, proximidad e inmediatez.

Por consiguiente, la experiencia captada en la práctica jurídica y desde el campo profesional consolidan el contacto con la realidad de los problemas y necesidades necesariamente abordados en la tarea del investigador, entonces, la investigación puede reconocerse como sustancia viva que se gesta y activa en el tiempo y diversos contextos, desarrolla diversas direcciones y considera diferentes concepciones y puntos de vista, además, con base a la experiencia que implementa un conocimiento aplicado en el análisis de estudios de caso, se logra la reconstrucción del objeto partiendo de su utilidad original, posibles ajustes y transformaciones futuras.

En el ámbito jurídico, el estudio de caso permite ubicar la consecuencia directa entre acción y partes involucradas, por tanto, considerar la selección y estudio de uno de estos es generar el análisis de un problema a escala, o bien, considerarla como una muestra extraída de la realidad contextual. La relación con derechos y obligaciones que estarán en juego representadas mediante el estudio de caso, contribuirá a lograr incluso una adecuada jerarquía entre las hipótesis y conclusiones. Finalmente, debe garantizarse que el estudio sea sólido y de utilidad,¹⁹ así, deberá considerarse: a) métodos

¹⁹ Álvarez-Gayou, Juan Luis, *Cómo hacer investigación cualitativa*, (México, Paidós, 2012), p. 169.

de verificación correctos; b) datos confiables y auténticos; c) teorías que respalden y otorguen solidez a la información; y d) interpretación y socialización de la experiencia con pares o colegas del ámbito expuesto.

III. FASES DEL PROCESO DE ACERCAMIENTO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Una vez que el sujeto desarrolla el proceso de reconocimiento como parte preliminar arranque en su investigación (primeramente sobre su propia conciencia científica, luego con base a los elementos señalados —perfil, contexto, experiencia—), da paso entonces a la implementación en el acercamiento, compuesto de cuatro fases: observación, planeación, fundamentación y adaptación; cuyo objetivo se dirige hacia dos elementos: primero, reforzar la posición del observador, así como la ubicación del tema objeto de investigación dentro de un sistema (en este caso jurídico), lo que permitirá comprender en mayor medida su significación y esencia definitoria.

Cuadro 2. Procedimientos que desarrolla el sujeto en investigación

Elementos	Proceso de reconocimiento	Fases	Procedimiento de acercamiento
Elemento 1	Perfil	Fase 1	Observación
Elemento 2	Contexto	Fase 2	Planeación
Elemento 3	Experiencia	Fase 3	Fundamentación
		Fase 4	Adaptación

Fuente: Elaboración propia.

La primera fase del proceso de acercamiento es la observación, facilita llevar el control de la dirección del estudio y conservar el coeficiente jurídico, que será analizado y discutido mediante una metodología que implique razonamiento lógico y estilo propio. Por tanto, observar faculta a hacer un mapeo donde se identifican aquellos puntos que demandarán mayor atención para ser abordados o modificados con la finalidad de apegarse a los objetivos de la investigación, porque a menudo los proponentes teóricos originales pueden ser modificados.²⁰ Esto, como un acto de reconocimiento a la objetividad misma de la práctica científica y la honestidad intelectual del investigador.

Así, mediante un registro y consignación formal de la observación, además de contribuir a desarrollar con precisión un marco teórico, se puede fijar jurídicamente el proyecto, sus características, componentes y efectos derivados de la génesis normativa del mismo, fundamentando su importancia en acciones que consigan resolver el punto de tensión que comprende el problema, con el apoyo de: a) identificar estructuras que permitan resolver conflictos; b) estudiar las posibilidades técnicas de análisis; c) ubicar la relación del objeto dentro de un sistema tanto jurídico como social; y d) catalogar, clasificar e inventariar tanto materiales como herramientas que resulten estratégicas en la investigación.

La observación lleva a comprender que entre menos convencional o conocido sea un objeto mayor será la necesidad de investigarlo, ahora, observarlo implica tener los ojos apropiados para abordar el mismo mediante una base científica sólida y crítica respaldada por métodos, técnicas y la propia experiencia del jurista investigador, por tanto, durante su desarrollo debe conservarse su memoria así como lo que pretende y provoca. Mantener el hilo de la posible so-

²⁰ Chalmers, Alan, “¿Qué es esa cosa llamada ciencia?”, (México, Siglo XXI, 1982), p. 122.

lución resulta obligatorio, así como evitar perder el diálogo entre las partes y sujetos que forman parte del estudio.

Respecto a la segunda fase (que comprende la planeación), se parte del postulado que el elemento científico (más que en el descubrimiento) se encuentra en la justificación y comprobación de los elementos descubiertos,²¹ en esto la planeación juega un rol de importancia toda vez que tener claridad en una ruta de trabajo coadyuvará a la fluidez de la investigación, luminiscencia en el trazado y ensamblaje de sus partes y contenidos, se observa la dimensión de la investigación pero también sus límites. Es así que en esta fase el jurista investigador debe conocer tanto sus materiales de trabajo, lo que implica su uso, funcionamiento y utilidad; como el momento de su inserción como materia prima dentro del contenido y extensión del objeto de estudio.

Tratándose de los contenidos, la planeación es una garantía para un tratamiento oportuno y hasta preventivo de aquellos elementos susceptibles de resultar incompletos o vulnerables, así como elementos fallidos que de momento no resulten ser de utilidad, que encuentran cabida en la propuesta de investigación o tener una oportuna aplicación dentro del cuerpo del trabajo, pero pudieran ser reservados para una aplicación futura o trabajo posterior. Sin duda, aquellos elementos que se caractericen por brindar una explicación teórica dentro del marco social e involucren a los actores de manera directa, conferirán peso y soporte al investigador.²²

Ahora bien, la planeación también va dirigida hacia el manejo y organización del tiempo que el jurista destina a la investigación, cosa fundamental, toda vez que la la óptima administración del mismo (tiempo) es garantía para lograr un

²¹ Stewart, Richards, *Filosofía y sociología de la ciencia*, (México, Siglo XXI, 1987), p. 41.

²² Hughes, John, *La filosofía de la investigación social*, (México, FCE, 1990), p. 244.

avance analítico e integral. Es decir, que se encuentre completo en relación a la conexión lógica de sus partes y unificación de la obra, esto brindará a la vez el dinamismo adecuado para hacer ajustes, cambios y adecuaciones respecto a las propias necesidades que la investigación amerite, en ese sentido, las técnicas de trabajo implementadas serán relevantes en la selección y ajustes de situaciones y propuestas dentro del proceso de construcción científica.

La tercera fase atiende a la fundamentación, cuyo propósito parte de mantener la identidad normativa del objeto, es decir, sin perder el hilo conductor del marco normativo como base de análisis y discusión, considerar entonces la interacción directa que se manifiesta y se pone en evidencia de las diversas normas y el impacto que presentan con los actores y actos que forman parte del objeto investigado, dicho marco, además de identificación, debe poseer representación, lo que implica el conjunto de derechos, prerrogativas, facultades así como obligaciones y sanciones que se desarrollarán en múltiples direcciones mediante un soporte sólido derivado del propio Derecho.

Por ende, la fundamentación es la herramienta para identificar el punto neurálgico o centro normativo de una investigación, a partir de ello elementos como el tiempo, el espacio y la experiencia cobrarán relevancia gracias al dinamismo que la fundamentación normativa del objeto presente y pretenda; en su caso mejorar su aplicación, solucionar un problema o ampliar su universo de análisis. Así, presentar avances logrados por la ciencia jurídica pero también obstáculos y obstrucciones debe ser parte de la estructura básica en un estudio considerado como objetivo, sin sometimiento a presiones externas y garantizando la libertad objetiva y de discusión.

En esta fase, diversas técnicas y métodos se ven materializados, entre ellos el método documental, cuyas fuentes pre-

viamente seleccionadas concederán la transmisión del conocimiento jurídico, encauzándose de forma directa hacia el núcleo de la investigación donde radica el posible problema o conflicto, por ende, la fundamentación, más que un simple listado de elementos teóricos y normativos utilizados, representa un ejercicio de búsqueda de efectos reales y respuestas objetivas en el tema abordado.²³ Con esto se dota de vida útil a la investigación, para tornarla viable y factible en el campo social.

Por su parte, la fase de adaptación comprende el criterio de autoconstrucción, lo que quiere decir que la investigación se modificará, transformará y construirá acorde a la propia metodología implementada, e irá trazando el ritmo de aceleración en cuanto a aportaciones, circunstancias, pretensiones e incluso cancelaciones que formarán parte del contenido, en tal sentido, la adaptación abona en dos momentos al objeto: el primero de ellos es en la genealogía del tema, rastreando la raíz jurídica y vinculándola con objetivos y conocimientos de otras ciencias y disciplinas; el segundo es la coherencia del tema, para armonizar su contenido, haciéndolo entendible.

La adaptación que realiza el jurista investigador se refiere a que dentro de dentro de la autoconstrucción cada una de las partes y contenidos que integran el cuerpo de la investigación tengan un ensamblaje correcto y preciso, lo que comprende considerar factores como antecedentes, periodos y sucesos relevantes que giran en torno del objeto, es decir, mediante un orden racional se logra la fecundidad de análisis, con esto de nueva cuenta se toma conciencia científica a lo que el historiador Marc Bloch llamó sosegar el hambre intelectual mediante la legitimación de la investigación, o

²³ Botero Bernal, Andrés, “Metodología. La documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas”, *Opinión Jurídica*, 4 (2005), p. 111.

sea, mostrando el problema más allá de lo intelectual de forma responsable y con rendición de cuentas.

La implementación de la adaptación lleva al jurista a comprender que la autoconstrucción del objeto resultará un tema inacabado, nutriéndose día a día con la llegada de nuevos postulados, así como la curiosidad científica de retomar y mejorar el estudio explicativo de un fenómeno jurídico planteado, para valorar seriamente aquello que puede resultar insignificante dentro de la investigación, ya sea por estar mal planteado o por su indefinición; por el contrario, como bien explica Jorge Witker, acercarse al análisis jurídico y no aislar implicaciones de diverso orden como económicas, culturales y políticas mantienen el contexto de la realidad social total.

Definitivamente el proceso de acercamiento del investigador hacia el objeto seleccionado en la investigación jurídica hace notar que deben existir las condiciones para que la investigación ocurra y se materialice, en su diseño, construcción y montaje deben poseer los cimientos, evidencia clara y significativa de la potencialidad de lo expuesto, con la experiencia cotidiana dentro de una escala real y crítica del jurista, para con esto transportar al objeto del espacio real al plano representativo concreto en un producto final de investigación.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En conclusión, el perfil, el contexto y la experiencia aportan a una valoración realista en el proceso de integración de un tema científico. Esto suma a ubicar el tema en su complejidad en tanto proceso, sin que pase desapercibido acciones como son la observación, planeación, fundamentación y adaptación lógica alrededor del sistema del que forma parte el objeto tanto con el Derecho como con otras disciplinas

y ciencias, lo que pone de manifiesto la complejidad y capacidad de evitar caer en complicados nudos en relación a múltiples maneras y direcciones que puede tomar el método científico.

Por consiguiente, el jurista en su papel de investigador debe trabajar más allá de lo circunstancial, dogmas e intereses, para apostar por el cimiento de una investigación de proceso. Es decir, ubicar escalas, entornos y sucesos relevantes que se reflejan en el impacto que produzca el resultado de su investigación. Por esto, tener las herramientas para presentar y resolver el objeto de forma integral será fundamental, toda vez que la monumentalidad de la investigación no dependerá de la extensión, sino radica en la significación con su entorno y contexto, así como la potencialidad que emana de su naturaleza.

Para finalizar, si bien es sabido que cada investigador posee una técnica precisa y particular identificable y definida dentro de su labor y especialidad, resulta útil el generar reflexiones que implementen procesos (como el de reconocimiento y acercamiento aquí contemplados), que abonen a una estética de la sencillez, es decir, abordar y desarrollar un tema desde una simplicidad básica pero contundente. Con esto, el investigador lograra ejercer tanto el sentido común y el de orientación y autocritica para comprender aquello que requiere su investigación y honrarla por medio de un buen acercamiento y aplicación social.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Aguirre-Román, Javier, “Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones”, *Entramado*, 16 (2020)

- Álvarez-Gayou, Juan Luis, *Cómo hacer investigación cualitativa*. México, Paidós, 2012.
- Augé Marc, *Los no lugares*, México, Gedisa, 2019.
- Bachelard, Gastón, *La formación del espíritu científico*. México, Siglo XXI, 2018.
- Bautista, Nelly, *Proceso de la investigación cualitativa*. Colombia, Manual Moderno, 2021.
- Botero Bernal, Andrés, “Metodología. La documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas”, *Opinión Jurídica*, 4 (2005)
- Chalmers, Alan, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia? México, Siglo XXI, 1982.
- Fernández-Rañada, Antonio, *Los muchos rostros de la ciencia*. México, Conacyt-SEP, 2003.
- Hughes, John, *La filosofía de la investigación social*. México, FCE, 1990.
- Kant, Immanuel, *Antropología*. España, Alianza, 2019.
- Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*. México, FCE, 2019.
- Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*. España, Ariel, 2017.
- Levi Strauss, Claude, *El pensamiento salvaje*. México, FCE, 2018.
- Recaséns Siches, Luis, *¿En qué consiste eso de ser jurista?* México, Coyoacán, 2014.

- Rendón Huerta, Teresita, “El desafío de la rehumanización de la profesión jurídica”, *Ciencia Jurídica*, 3 (2013).
- Sánchez Tajadura, Beatriz, “La conciencia explicada desde la experiencia experimental, método científico y subjetividad”, *Naturaleza y Libertad*, 9 (2107).
- Stewart, Richards, *Filosofía y sociología de la ciencia*. México, Siglo XXI, 1987.
- Valdivia, Teresa, “¿Por qué hoy una antropología jurídica en México?”, *Nueva Antropología*, 43 (1992).
- Vieira Pinto, Álvaro, *El pensamiento crítico en demografía*, (Chile, CELADE, 1993).
- Von Jhering, Rudolf, *La lucha por el derecho*. España, Universidad Carlos III, 2018.
- Wallerstein, Immanuel, *Abrir las ciencias sociales*. México, UNAM, 2019.

MATICES ANTROPOCÉNTRICOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INCIDENCIA AMBIENTAL

VIOLETA MENDEZCARLO SILVA*
LUIS ALBERTO BAUTISTA ARCINIEGA**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo demostrar como diversos matices antropocéntrico filosóficos han influido en la producción jurídica internacional por lo que hace a temas medioambientales, y al mismo tiempo, estos han ido evolucionando progresivamente hacia un matiz moderado. Se usa una metodología de análisis documental, evidenciando la correlación expuesta en la construcción de derechos humanos en tratados internacionales y la legislación nacional; lo cual implica una disminución del antropocentrismo fuerte, considerando sus notas más importantes como: una mayor articulación de la participación social, la ubicación del hombre al interior de la naturaleza, la responsabilidad por daños ambientales y el establecimiento de medidas de prevención de la contaminación, como motor de dicho cambio.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Maestra en Administración de Impuestos por la FCA, Profesora Investigadora de Tiempo Completo desde 2010, Doctora en Derecho con mención Honorífica por la Universidad Autónoma de Nayarit, Profesora con Perfil PROMEP, Miembro del SNI. Profesora de la Maestría Internacional en Ciudades Sostenibles (IMAREC-UASLP). Coordinadora de la Licenciatura en Derecho de la UASLP. Líder del Cuerpo Académico Estado Constitucional y Derechos Emergentes (ECoDE).

** Es Profesor Investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California. Las asignaturas que imparte son Derecho Ambiental y Derechos Humanos. Forma parte del Cuerpo Académico en Formación Investigaciones en Derecho Administrativo. Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

PALABRAS CLAVE: Antropocentrismo, Medio ambiente, Tratados internacionales

ABSTRACT

This article aims to teach the vision of the human being as a center and measure of all things in environmental issues, has been progressively evolving to a more moderate aspect, this through a methodology of documentary collection, resulting in the parallelism of what is exposed in the construction of human rights in international treaties and our legislation; giving as an implication anthropocentrism as a clearly strong element has been diminishing, this is an element of value due to the implications that it entails, where we can conclude that with the implementation of social participation, the location of man within nature and responsibility for environmental damage, as well as the establishment of pollution prevention measures, are part of that change.

KEYWORDS: Anthropocentrism, Environment, International treaties.

INTRODUCCIÓN

Resulta inconsistente considerar que los principales enfoques a partir de los que se conforman las diferentes visiones de la relación entre el ser humano y la naturaleza, formen parte únicamente de un desarrollo teórico filosófico aislado. Antes bien, estos desarrollos encuentran expresión en las diferentes acciones que realizan los principales sujetos de la gestión de la problemática ambiental de nuestra sociedad global. Entre estas acciones podemos abordar la confección de acuerdos internacionales que forman parte de la producción jurídica internacional, las que constituyen un reflejo de

la negociación entre las diferentes visiones que los países postulan para conformar la heurística de la época.

Este análisis, tiene por objetivo revisar la transición de los diferentes acuerdos internacionales en materia ambiental, a la luz de las diferentes posturas medioambientales, demostrando con ello la evolución en el pensamiento antropocéntrico con que la comunidad internacional aborda la problemática ambiental, de un antropocentrismo fuerte, a un debilitamiento de esta visión en favor de una postura más holística caracterizada por reflejar una dimensión de protección longitudinal y multifactorial.

La hipótesis en el presente estudio, se expresa como: diversos matices antropocéntricos, surgidos de diferentes visiones ecofilosóficas, pueden verse reflejados en la evolución de los tratados internacionales ambientales, lo que permite un avance en la protección de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente, ampliando su esfera de aplicación en el ámbito normativo mexicano.

Las preguntas de investigación planteadas son las siguientes: ¿Qué matices muestran la transición entre el pensamiento antropocéntrico y el biocéntrico actualmente? ¿Qué características de esta línea de pensamiento se encuentran presentes en los tratados ambientales? ¿Cómo influyen estas corrientes de pensamiento en la construcción del derecho humano a un medio ambiente sano?

La metodología conforme que se desarrolla en la presente investigación consiste en un análisis documental de las características de las diferentes tendencias ecofilosóficas situando entre ellas la perspectiva antropocéntrica débil, analizando la presencia de las mismas entre los diferentes tratados internacionales, en un contexto de desarrollo y construcción histórica de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente.

1. TENDENCIAS ECOFILOSÓFICAS, DEL ANTROPOCENTRISMO AL BIOCENTRISMO

Las ideas filosóficas occidentales en torno a la naturaleza, reflejan posturas nacidas durante los siglos XIX, XX y XXI y abordan la relación entre el hombre y la naturaleza, y su contenido ético, oscilando entre el antropocentrismo y el biocentrismo, en función del sujeto referente y sede de valor.

Así, el antropocentrismo coloca al hombre como la medida de todas las cosas y reduce a la naturaleza a una posición meramente instrumental. Esta corriente puede definirse como:

la tendencia en la que el hombre siente su superioridad frente a los demás seres vivos, por su inteligencia, voluntad y capacidad de amar libremente, y por el dominio que tiene sobre la naturaleza, que es mayor que poseen los animales, pues estos están reducidos a las leyes de sus instintos y emociones más o menos desarrollados.¹

La postura más radical del antropocentrismo fuerte es el especismo, definido como “la creencia que afirma la superioridad de una especie en detrimento de las demás, preconizando la separación de especies o grupos por segregación”,² esta concepción nace de la postura de Descartes sobre la inexistencia de espíritu e inteligencia en los animales. El antropocentrismo fuerte reconoce en el ser humano al colonizador de la naturaleza, reconociendo en la ciencia y la tecno-

¹ Salazar Barragán, Diana Marcela y Serna Mendoza, Ciro Alfonso, “Ética medio ambiente y economía”, *Persona y Bioética*, (Colombia, 2006) vol. 10, núm. 26, p. 10.

<http://www.redalyc.org/pdf/832/83210102.pdf>

² Baquedano, Sandra, *Especismo animal y vegetal*, (Universidad de Chile, 2017) <http://www.lapetus.uchile.cl/lapetus/archivos/1224594385I-II-Especie%C3%ADsmo.pdf>

logía la capacidad de encontrar la solución a los problemas ambientales.³

El antropocentrismo débil o moderado, reconoce que el ser humano no debe considerarse como superior dentro de la naturaleza, sino que debe tener la capacidad de respetar los nichos que otros seres vivos ocupan. El antropocentrismo moderado agrupa diferentes escuelas de pensamiento como el utilitarismo, la ética de la responsabilidad y la ética ambiental de inspiración católica.⁴

Por ejemplo, Brian Norton dentro de una línea utilitarista, considera que la naturaleza no tiene un valor puramente económico, sino también estético y por ello, psicológico. El antropocentrismo moderado responsable, expuesto por Hans Jonas, considera que el ser humano es responsable frente a la naturaleza, a los seres vivos y a los seres humanos, presentes y futuros. Francisco de Asís, por su parte, considera que la naturaleza es creación divina, y por tanto debe ser respetada por el ser humano, ello no impide que el hombre tenga un valor superior al resto de especies, dado que el ser humano es imagen de Dios, adscribiéndose así a la corriente antropocéntrica moderada de corte cristiano.⁵

Continuando con el análisis ético sobre la relación del hombre con la naturaleza, citaremos al zoocentrismo, cuya sede de valor son los animales.

El ecocentrismo o gaicentrismo, concede valoración moral a los ecosistemas, considerando a la biosfera como “sistema de ecosistemas”. Así, de acuerdo a esta corriente de pensamiento:

³ Armonía Live, op. cit. nota 86, p. 13.

⁴ Martínez, Alfredo, op cit. nota 84, p. 3.

⁵ Méndez Rivera, José Ángel, “Fundamentos ético-filosóficos y derecho humano al medio ambiente”, *Tercer curso de Derecho Ambiental, Bases, procedimientos y defensa*, material didáctico. México, 2014.

los individuos nos son moralmente relevantes, sino las totalidades, como clases sociales, comunidades étnicas, ecosistemas o la misma biósfera. Estas posiciones sostienen que la ecología debe tener consideraciones más amplias, por lo que proponen una ética ecológica que supere la visión biocéntrica, al cambiar la valoración de cada especie y considerar como sede de valor los ecosistemas y la biósfera, entendida como entidad con derechos propios o sistema de ecosistemas, y no como grupo de individuos.⁶

En el extremo opuesto está el biocentrismo, que coloca en el centro de su teoría moral a los organismos vivos, “por ser portadores de cualidades valiosas”.⁷ El cuidado de los seres vivos, los ecosistemas y los recursos naturales constituyen temas centrales de esta corriente.

Una de las principales visiones biocéntricas, se denomina ética de la tierra. Su principal autor, Aldo Leopold escribió en 1949, *A sand county almanac*,⁸ motivó el surgimiento de varios grupos ecologistas. En su texto, recuerda al hombre que forma parte del intrincado sistema de la tierra, como ciudadano de la misma y no como su conquistador. Para Leopold, el ser humano se encuentra sujeto a las leyes evolutivas de la tierra, rechaza la utilización del planeta y sus recursos con fines meramente económicos. Llama a la integración del medio social con el ambiental a efectos de revertir el daño causado.

Por su parte, la ecología profunda o ecosofía, constituye una postura de respuesta ante el antropocentrismo recalciante, identificándose plenamente con una postura biocén-

⁶ Armonía Live, op. cit. nota 86, p. 16.

⁷ Salazar Barragán, Diana Marcela y Serna Mendoza, Ciro Alfonso, op. cit. nota 89, p. 5.

⁸ Kwiatkowska, Teresa e Issa, Jorge, (comps.), *Los caminos de la ética ambiental*, México, Plaza y Valdés Editores, 2003, vol. 2, p. 49.

trica. Se fundamenta en un igualitarismo biológico.⁹ La obra más representativa de esta corriente es *Deep Ecology*,¹⁰ de Bill Devall y George Sessions, que propone una revaloración de lo natural a partir de la crítica de los paradigmas impuestos por la cultura occidental, influenciados por el pensamiento cristiano y el capitalista.

La ecología profunda da base al surgimiento de acciones radicales para proteger al medio ambiente, lo que finalmente también se ha traducido en el impulso de la sociedad civil para generar cambios en el sistema occidental de decisiones (dentro del que se encuentra la producción jurídica internacional). El trabajo de Naess ha inspirado otras concepciones ecofilosóficas de corte tecnocrático, humanista y biologista.

La ecosofía de corte tecnocrático, por su parte, reconoce al ser humano su superioridad sobre la naturaleza.¹¹ En dicha

⁹ Figueroa R., Juana, “El ser humano, sujeto de moral de la ética ecológica”, *Interiencia*, Venezuela, 2012, vol. 37, núm. 1, enero, p. 78. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/339/33922709013.pdf>

¹⁰ El término *Deep ecology* fue acuñado por Arne Naess (1973) para referirse a la necesidad de replantear la postura del ser humano ante la naturaleza, armonizar su existencia con el medio, en igualdad junto a los demás seres vivos, su trabajo fue presentado en la ponencia “The shallow and the deep. Long-range ecology movements: a Summary” y presentado en 1972 en Bucarest, en la Tercera Conferencia sobre el Futuro del Mundo. El trabajo fue publicado luego en la revista *Inquiry* 16, Oslo, 1973. Bugallo, Alicia Irene, “Ontología relacional y ecofilosofía en Arne Naess”, *Nuevo pensamiento*, revista de filosofía, (El Salvador, 2011), Vol. I, p. 153. http://www.facultadessmiguel.org.ar/maximo/numeros/0000/8_Alicia_Irene_Bugallo_Ontologia_relacional_y_ecosofia_en_arne_naess.pdf

¹¹ De este paradigma modernista derivan dos principios o dogmas: a) el racionalismo: la fe en el poder y la autonomía ilimitados de la razón científica (es el dogma básico), el ser humano puede conocer todas las cosas con la razón y encontrar la solución a todos sus problemas con su conocimiento y progreso científico; y b) el naturalismo: todo lo natural es bueno y también, por supuesto, el ser humano es bueno por naturale-

concepción el hombre se encuentra básicamente sustraído de ella. La mentalidad tecnocrática ve al ser humano fuera y sobre la naturaleza: la *deep ecology*, lo reduce a la misma naturaleza.¹² En cambio, el ecologismo personalista ve al hombre dentro de la naturaleza, dependiendo del resto de los seres, pero al mismo tiempo dotado de una propia excelencia. Esta ecosofía tiene una base utilitarista o hedonista,¹³ identificada por el antropocentrismo fuerte.

Por otra parte, los autores del trascendentalismo americano, Ralph Waldo Emerson y Henry David Thoreau,¹⁴ conformaron el movimiento de ecología profunda con características humanísticas (ecologismo personalista), en el que la observación de la naturaleza facilita el encuentro con Dios, y la observancia de las leyes naturales lleva al hombre a la verdadera independencia. Por la cercanía de dicha escuela de pensamiento con la ideología cristiana, esta no entraña una ruptura definitiva con el dogma antropocéntrico, sino que puede considerarse adscrito a su ala moderada o débil.

za, y ha de descubrir las leyes de la naturaleza y dominarla en provecho propio.

¹² Ballesteros Llombart, Jesús y Pérez Adán, José M., *Sociedad y medio ambiente*, Madrid, (Trotta, 1997).

¹³ Pinchot sienta las bases de paradigmas preservacionistas tales como el ecodesarrollo y el desarrollo sostenible (que plantean las relaciones entre el hombre y la naturaleza esencialmente desde la perspectiva económica en la que prima la voluntad del ser humano, limitada por las posibilidades de regeneración de los recursos naturales). Salazar Barragán, Diana Marcela y Serna Mendoza, Ciro Alfonso op. cit. nota 89, p. 12.

¹⁴ Thoreau sentó las bases para movimientos pacifistas como el de Mahatma Gandhi, inspirado por la obra “Del deber de la desobediencia civil” de 1849, por otro lado *Walden, la vida en los bosques* de 1854, donde promueve el retorno a la naturaleza, reflexionando sobre el sentido de la vida. Riechman, Jorge, *Aldo, Leopold, una ética de la tierra*, Lucio-Villegas Uría, Isabel y Riechman, Jorge, (trad.), Madrid, (Los Libros de la Catarata, 2000, Colección: Clásicos del Pensamiento Crítico), p. 11.

Principalmente, este movimiento formula una crítica abierta al antropocentrismo tecnocrático que preconiza sobre la capacidad científica y tecnológica para resolver la problemática ambiental,¹⁵ y trata de situar al hombre en un orden interior a la naturaleza.¹⁶

Las ecosofías biológicas se distinguen por considerar al hombre una especie animal más, esta ética gira en torno a la naturaleza en lugar del hombre.¹⁷ Las principales posturas de este enfoque implican la consideración moral de los animales distintos del ser humano y la reverencia por la vida.¹⁸

La postura gaicentrista por su parte, inserta en la ecofilosofía biológica, surge de la obra de Lovelock, hipótesis *gaia*, que define a la tierra como un organismo consiente y capaz de generar condiciones de autorregulación favorables para sostener la vida.

Otra ecofilosofía biológica es el biorregionalismo, que constituye un llamado a la conciencia colectiva para estre-

¹⁵ Las hipótesis de Norton, Bryan G., aparecen en el texto "Environmental Ethics and Weak Anthropocentrism" de 1984, Sosa, Nicolás Martín, publica en 1990, *La conciencia ecológica como conciencia moral*, 1997; en 1993, Bellver Capella, V. titula su tesis doctoral: *Paradigma ecológico y nuevo derecho humano al medio ambiente*, y en 1995, Novo, M. publica *La educación ambiental, bases éticas, conceptuales y metodológicas*. Figueroa R., Juana, op cit., 97, p.p. 71-75.

¹⁶ Tal como lo señalan Mumford en 1991, y los conservacionistas como John Muir y Aldo Leopold (considerado el precursor de la ecología profunda) quienes proponen estrategias de actuación ecológica, para defender a la naturaleza de la acción humana que busca esencialmente el incremento de beneficios económicos. El pensamiento de Leopold está enfocado hacia las riquezas naturales y la preocupación por la destrucción del equilibrio ecológico. Méndez Rivera, José Ángel, op. cit. nota 93, p.79.

¹⁷ Son representantes Rolston, Leopold y Naess. Méndez Rivera, José Ángel, op. cit. nota 93, p.78.

¹⁸ Rolston, Leopold y Naess. Méndez Rivera, José Ángel, op. cit. nota 93, p.78

char el contacto entre miembros de la sociedad y la naturaleza, reconociendo al medio natural como propicio para el desarrollo, pero dentro de ciertos límites y capacidades del entorno.¹⁹

Esta corriente también pretende fomentar el respeto por los grupos humanos originarios que habitaron los ecosistemas, bajo formas de organización menos invasivas (no occidentalizadas). El patrimonio cultural constituye un valor importante para el biorregionalismo, en tanto que a través de él se manifiesta la simbiosis entre el medio natural y el social, desdeñando los procesos de globalización e individualismo que se fomentan con el modelo antropocéntrico impulsor del progreso.²⁰

El ecofeminismo establece una relación entre el modelo antropocentrista (masculinizado, dominante, violento y jerarquizado) y la opresión a la mujer. Por ello, la eliminación de la dominación masculina libera a la tierra feminizando a la sociedad, lo que implica una mayor comprensión de la naturaleza.

Otra corriente es el zoocentrismo o *animal liberation*. Esta posición plantea la defensa de la naturaleza desde la protección de los intereses de los organismos vivos o animales que son sujetos de maltrato o cuyo desarrollo se encuentra en peligro o al borde de la extinción. Su mayor exponente es Peter Singer.

Otros autores como Tom Regan, plantean una ética de veneración por la vida extensiva a todas las cosas vivientes. Para Regan, los animales no humanos son pacientes morales (son susceptibles de adquirir derechos pero no obligaciones), y los humanos son agentes morales (susceptibles de

¹⁹ Wilderness hace una propuesta por los espacios naturales, al estilo de los Estados Unidos en que los territorios que no han sido vulnerados por la acción humana son considerados sagrados, *Armonía Live*, op. cit. nota 86, p. 17.

²⁰ *Armonía Live*, op. cit. nota 86.

tener derechos y obligaciones).²¹

Otra corriente biológica, la ecología social, pretende incorporar holísticamente todos los elementos sociales y naturales que conforman el medio ambiente, dentro de comunidades o ecosistemas complejos. Para ellos, existe una interdependencia mutua entre ambos sistemas que no sólo funciona como una unicidad, sino como amalgama, con pasado histórico y lógica propia. A esta postura se adscriben Bookchin, Morín y Gutkin, quienes conciben la problemática ambiental como una crisis de modelo civilizatorio, así como:

Una problemática de contexto planetario, con gran diversidad de manifestaciones según países, culturas y tradiciones (problemas de miseria, hambre, mortalidad, contaminación, explosión demográfica ...) pero con una causalidad sistémica unitaria: la imposición del modelo de desarrollo econocéntrico de la cultura industrial occidental al resto del mundo; un modelo de desarrollo que, paradójicamente, lleva en sí mismo, la imposibilidad de su generalización, por los propios límites de tolerancia que impone la Biósfera.²²

Esta ecofilosofía constituye una de las más recientes concepciones de lo natural, la articulación del concepto holístico, abandona la visión antropocéntrica generalizada y abraza una concepción que sitúa al hombre y su entorno cultural en una simbiosis con la naturaleza, resultando en situaciones y mecanismos irrepetibles que particularizan un espacio y un momento determinados, sumando a la dimensión espacial y temporal, la huella histórica de cada ecosistema.

Adscrito también al antropocentrismo moderado, está la

²¹ Martínez, Alfredo, op cit. nota 84, p. 101.

²² Barrón Ruiz, Ángela, Ética, ecología y educación ambiental en el Siglo XXI. España, Universidad de Salamanca, s.f., p. 2.

obra de filósofos modernos como Habermas, Serres, Jonas y Edgar Morín, para quienes el ser humano no está facultado para manipular la naturaleza bajo el pretexto de la modernidad y la ciencia. Para ellos, la explotación de la naturaleza y del hombre por el hombre mismo debe replantear los valores que fundamenta la civilización moderna. Así, para Morín la dualidad ciencia-dominación enarbolada por el Occidente, produce una vorágine degradatoria y separatista:

La ciencia reduccionista es ciega a la auto-eco-organización, que produce y es producida por la autonomía viva.. [...] El dinamismo de la civilización occidental, que comporta los desarrollos non stop de la ciencia, la técnica, la industria, la producción y el consumo, carece de regulaciones. Dicho dinamismo puede asimilarse a un *feed back* positivo, a una reacción en cadena que será en el futuro desintegradora, si no halla sus controles y regulaciones, y sobre todo, si el sistema que la produce no se metamorfosea. [...] El capital financiero mundial, cuyo dinamismo coproduce globalización, agrava la crisis ecológica. Conduce a la sobreexplotación de los recursos naturales en todo el mundo, principalmente en el hemisferio Sur.²³

En la construcción de una ecofilosofía “posmoderna”, Morín habla de la necesidad de reconocer la influencia de los principales motores del proceso histórico occidental, en la actual distancia que embarga al hombre frente a la naturaleza: la aparente infalibilidad de la ciencia, desde el paradigma cartesiano redujo el conocimiento objetivándolo, al punto que le ha dejado carente de significado y utilidad para perseguir el objetivo fundamental de la ciencia, reencontrar al hombre con el universo:

²³ Morín, Edgar, *La vía para el futuro de la humanidad*. Paidós. 2011, pp. 78-79.

Debemos replantearnos la disyunción absoluta entre lo humano y lo natural, resultando del auge del racionalismo técnico occidental y de la influencia del antropocentrismo judeocristiano. [...] Hemos llegado a un punto en que la organización disyuntiva del conocimiento científico y técnico produce unos conocimientos fragmentados y aislados difíciles de agrupar en conocimientos fundamentales y globales; emerge entonces, la paradoja de un conocimiento que causa más ceguera que lucidez.²⁴

Para Morín, la sociedad es un complejo, que entreteje “la producción, el consumo, la ciudad, el campo, y correlativamente, los comportamientos y finalidades individualistas que marcan nuestros hábitos, modos y estilos de vida, en otras palabras nuestra existencia cotidiana y personal.”²⁵ Por ello, el complejo: economía-ecología-sociedad-civilización-política, debemos considerar como los datos particulares afectan al conjunto y el conjunto afecta a las partes, todos los factores influyen en una relación ecológica que se retroalimenta. La civilización, “caracterizada por el desarrollo ininterrumpido de su idiosincrasia técnico, económica, industrial, que implica un crecimiento continuo de las necesidades, producciones y consumos, especialmente energéticos.”

Así, una nueva política, haría necesaria una “gobernanza de concertación”, que conjugaría una contención de diversos aspectos, una socio-regulación, una eco-regulación y la ego-regulación, considerando que el ser humano vive imbuido de los criterios del pensamiento europeizado, mediante leyes, la ciencia y la tecnología que transmiten la ilusión de un falso progreso a costa de la degradación de países latinoamericanos.

²⁴ Morín, Edgar, *La vía para el futuro de la humanidad*, Ed. Paidós. 2011, pp. 81

²⁵ Ídem.

A partir de esta visión, contra la “colonialidad del saber”²⁶ caracterizada por la dominación, explotación, desigualdad y el exterminio, es que pensadores latinoamericanos han perfilado su propia ecosofía, desde los saberes de los pueblos del sur: Mariátegui, Freire, Gadotti y Boff, son ejemplos.

Entre las aportaciones más enriquecedoras del pensamiento ambiental latinoamericano está el estudio de las relaciones entre cultura y naturaleza, donde la raigambre de los pueblos con sus territorios y sus significados integran el todo ambiental que debe ser sustraído del discurso explotador del desarrollo sustentable que no beneficia a los pueblos originarios y expropia los activos naturales y culturales de las naciones latinoamericanas: la filosofía ambiental, la educación ambiental y las redes y asociaciones de ambientalistas se han visto enriquecidas por esta perspectiva ecofilosófica.

Así, la perspectiva de lo ambiental pretende refundarse a través de estas nuevas escuelas de pensamiento filosófico, lejos de paradigmas tradicionales, aislacionistas, objetivantes y discriminatorios. Tanto la ecología de la complejidad de Morín como el pensamiento ambiental latinoamericano presentan la idea de un medio ambiente integrado, omnipresente en el quehacer humano, su historia, su sello cultural y en la esencia de los pueblos, condenan la artificialidad tecnológica a ultranza que conduce a la deshumanización y al fracaso de la realización humana.

Del pensamiento ambiental latinoamericano se desprende el planteamiento de la ilegítima explotación de los recursos “propios” y “ajenos” de los países del Norte, por lo que el acceso al disfrute de los recursos naturales debería darse en un marco de equidad y no de sometimiento bajo el nuevo discurso occidentalizado del desarrollo sustentable.

²⁶ Leff, Enrique, *Pensamiento ambiental latinoamericano: patrimonio de un saber para la sustentabilidad*. Argentina, 2009, <http://www.cep.unt.edu/papers/leff-span.pdf>

2. LOS POSTULADOS DEL ANTROPOCENTRISMO MODERADO COMO FUERZAS IMPULSORAS DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES EN MATERIA AMBIENTAL

Los caminos que el reconocimiento del Derecho Humano a un Medio Ambiente Sano (DHMAS), han seguido en la práctica internacional y local, no presentan una orientación filosófica o axiológica definida, sino que se desprenden de una variedad de abordajes que reflejan la negociación ideológica y la postura de mayor peso coyuntural que privó en su elaboración, sujeta a variaciones temporales y a una localización geográfica inestable, por lo que los criterios que integran el *corpus* de documentos internacionales medioambientales no tienen una orientación homogénea.

Una vez que del apartado correspondiente pudieron identificarse las líneas básicas del pensamiento antropocéntrico moderado, a través del pensamiento de Bryan Norton, Hans Jonas y Edgar Morín; se analizará la presencia de estas líneas de pensamiento en documentos internacionales que obligan a los Estados al establecer compromisos, legislación y política doméstica en el tema, para determinar si en la tendencia internacional que suscribe México, ha permeado la perspectiva antropocéntrica moderada o por el contrario predominan las líneas del antropocentrismo fuerte, como ha ocurrido desde la ruptura de la relación hombre natura que fluye en una espiral ascendente hasta nuestros días.

Podemos identificar dentro de las líneas generales del antropocentrismo moderado, las siguientes:

- a. *Reconocer que la capacidad científica y tecnológica no es suficiente para resolver la problemática ambiental (de acuerdo con Edgar Morín)*, lo que prioriza la participación social para resolver el problema, localizando la atención de los mismos fuera del alcance hegemónico de países occidentales;

- b. *Trata de situar al hombre al interior de la naturaleza (de acuerdo a Bryan Norton)*, la naturaleza tiene más valor que el económico, sino que se atribuye a estos un valor estético, simbólico, psicológico o espiritual, que lo relaciona con la protección del patrimonio estético, turístico y paisajístico;
- c. Fortalece los principios de *responsabilidad por daño ambiental y los esquemas de prevención* (de acuerdo a la ética de la responsabilidad de Hans Jonas), por el que quienes ejecuten acciones que deterioren el medio ambiente deben tomar responsabilidades de prevención, indemnización y corrección de esos actos y sus efectos.

Con ello, se establecen lineamientos que pueden colaborar en el planteamiento de un enfoque específico antropocéntrico moderado que profile un derecho a un medio ambiente sano, más lejano a la concepción occidentalizada sobre el medio ambiente y el desarrollo que ha prevalecido en la política interna de varios países, como México.

El análisis que se plantea, se realiza sobre 72 tratados bilaterales o multilaterales, con temática relacionada con el medio ambiente, signados por México y aprobados por el Senado de la República, sin incluir acuerdos interinstitucionales. Lo anterior, al tenor de los siguientes rubros -analizando el texto al menos un instrumento internacional por cada uno-:

- a) protección de la biósfera y la biodiversidad,
- b) protección del patrimonio estético, turístico y paisajístico,
- c) regulación de las diversas formas de propiedad,
- d) implicaciones ambientales de las actividades de desarrollo social y económico,
- e) protección de recursos energéticos,
- f) eliminación de brechas científicas y tecnológicas,

- g) combate a la degradación ambiental,
- h) control de la incidencia del medio ambiente degradado en la salud y seguridad humanas y las enfermedades relacionadas con su degradación, e
- i) internalización de costos ambientales, valorización de bienes y servicios ambientales,

La presencia de los lineamientos señalados, se retoma como parte de la conformación de los lineamientos del DHMAS, y su fundamentalización en el ámbito nacional mexicano.

3. ANÁLISIS DE LA PRESENCIA DEL ANTROPOCENTRISMO MODERADO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Resulta ahora procedente analizar los diversos instrumentos internacionales suscritos por México bajo estos lineamientos, considerando que dichos instrumentos son base para desarrollar la legislación y la política ambiental de cualquier país, y cuyos resultados pueden plantearse a partir del análisis del contenido de alguno de los tratados seleccionados como sigue:

a) En lo referente a la protección de la biósfera y la biodiversidad, analizaremos el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), en el que se advierte una tendencia antropocéntrica fuerte ya que la diversidad biológica (objeto del Convenio) es concebida a partir de su explotación,²⁷ no

²⁷ Los objetivos del presente Convenio, se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada. Art. 1 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

como un componente de sostenibilidad ambiental, encaminado únicamente al reparto equitativo de los beneficios derivados de su utilización, (aunque entre sus beneficios incluye la procuración de un acceso “adecuado” a estos recursos, dentro de la financiación adecuada para lograr su objeto), en él se dejan de lado los presupuestos básicos del antropocentrismo moderado referido a la capacidad de generar riqueza de la diversidad biológica y no a su intervención en la funcionalidad de la biósfera como componente universal necesario para la vida del ser humano, al mismo tiempo se soslaya la participación social en la gestión de dichos elementos y ya que se habla precisamente de su conservación, no se incorporan principios de responsabilidad para el logro de sus objetivos, más bien se aborda un esquema prohibitivo, sancionatorio de “ultima ratio”; tal perspectiva se confirma en el artículo tercero del documento en análisis al proclamar, la soberanía de los Estados para determinar el uso de sus propios recursos, lo cual debería incluir expresamente la capacidad de decidir no explotar sus recursos y/o decidir su explotación en consonancia con la aceptación social de los miembros del Estado.

Sobre el mismo aspecto, también se revisó la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (1971), que reconoce en su preámbulo el valor económico, cultural, científico y recreativo de los humedales, lo que resulta congruente con las cualidades que los Estados firmantes deberían considerar al seleccionar los humedales a protegerse por este tratado (en términos ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos o hidrológicos, y su importancia para las aves acuáticas), según su artículo 2; aunque las medidas adecuadas para su custodia no son sugeridas o enlistadas, señalándose un mecanismo de compensación o sustitución de los humedales cuya protección sea retirada o reducida por moti-

vos de interés nacional; se enuncia la relevancia de la investigación y el intercambio de datos sobre los ecosistemas que conformen, sin mencionar expresamente la participación y responsabilidad social para su cuidado e investigación, aunque por su objeto de regulación, puede considerarse de antropocentrismo moderado.

b) Por lo que hace a la protección del patrimonio estético, turístico y paisajístico se analizó, la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972), cuyo objeto se refiere a la protección de zonas naturales o creadas por el hombre de relevancia histórica, cultural y tradicional de las sociedades y la humanidad en general, en donde no se consideran elementos económicos ni de explotación, señalándose a la educación y a la información como medios para estimular en los pueblos el respeto y aprecio al patrimonio cultural y natural, sobre sus amenazas y las actividades de cuidados de los mismos; por ello, este instrumento puede considerarse de orientación antropocéntrica moderada. Por otro lado, se revisó el Convenio constitutivo de la Organización del Mundo Maya (1993), que tiene como objetivos: “Promover en los sectores públicos y privados de los países miembros fundadores, el desarrollo turístico cultural y ambiental de la Región Mundo Maya”, aunque ignora en la enunciación de sus principios la consulta y la valoración de los órganos de decisiones de sus pueblos para orientar el turismo y la explotación de sus tierras ancestrales, con lo que puede considerarse un documento de carácter antropocéntrico fuerte.

c) Por lo que hace a la regulación de las diversas formas de propiedad, se revisó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el cual no cuenta con una orientación clara respecto a la protección del medio ambiente o las causas sociales y de responsabilidad particular

frente a las consecuencias que las mismas invenciones y la tecnología puedan traer sobre el medio ambiente. Por ello, se considera que es precisamente en el rubro de la propiedad en que se requieren las más profundas transformaciones de los años venideros, en la supeditación al ejercicio ambiental y socialmente responsable de la propiedad, no solo inmobiliaria (ya que para ello existe la expropiación o limitación de la propiedad por causa de utilidad pública), sino para el uso y explotación de bienes muebles así como para la regulación de su disposición que permee de una responsabilidad de los sistemas políticos locales hacia el propio usuario, usando un verdadero esquema de asignación de responsabilidades;

d) Por lo que hace a los documentos que tratan sobre las implicaciones ambientales de las actividades de desarrollo social y económico, se analizó el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte, donde destaca la preocupación por el establecimiento de leyes y reglamentos ambientales, así como medidas gubernamentales adecuadas, entre cuyas características se encuentran:

“(h) proveer o alentar el uso de servicios de mediación y arbitraje;

(l) expedir resoluciones administrativas, incluidas las de naturaleza preventiva, reparadora o de emergencia.” Artículo 5.

Por lo que puede considerarse que se trata de un documento antropocéntrico moderado.

e) En lo referente a la protección de recursos energéticos, solo se identificó el Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía el cual busca establecer:

Un sistema que asegure la autosuficiencia común de emergencia en el suministro del petróleo. Para tal propósito,

cada País Participante mantendrá reservas de emergencia: suficientes para satisfacer el consumo durante un mínimo de 60 días sin importaciones netas de petróleo.

De su redacción encontramos que, aunque su objeto está relacionado con aspectos ambientales, su finalidad no se expresa en términos de conservación medioambiental, sino más bien en la explotación equitativa del petróleo como recurso energético. Por lo que se considera que tiene una orientación antropocéntrica fuerte;

f) Respecto a la necesidad de eliminación de brechas científicas y tecnológicas se seleccionó el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa sobre el Mecanismo de Desarrollo Limpio, en el marco del artículo 12 del Protocolo de Kioto, hecho el 11 de diciembre de 1997, en dicho documento se señalan como obligaciones de la parte mexicana la pronta puesta en marcha de proyectos del Mecanismo de Desarrollo Limpio; a través del apoyo de proyectos de reducción y captura de emisiones; aprobándolo y difundiendo información y experiencias sobre asuntos relacionados, e identificar proyectos de reducción y captura de emisiones. Así, puede considerarse la finalidad del propio documento (que aunque puede señalarse que se trata de un proyecto de valorización de bienes y servicios ambientales), considera ahora a los ecosistemas un cúmulo de servicios ambientales sin considerar nuevamente los aspectos sociales, culturales y de responsabilidad común pero diferenciada²⁸ limitándose úni-

²⁸ Ya que, si bien es cierto, en el caso concreto se habla de un convenio entre un país con una mayor responsabilidad ambiental (Francia) y por otro lado un país en vías de desarrollo como México, también lo es que el contenido de las cláusulas convierte a México en un simple captador de proyectos que poner a disposición francesa con lo que se corre el riesgo de la mercantilización de la naturaleza.

camente al tema del cambio climático y las estrategias para su eliminación atendiendo nuevamente al problema ambiental de manera aislada, con lo que puede considerarse como de orientación antropocéntrica fuerte. En la misma temática, también fue revisado el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y Belice sobre la protección y mejoramiento del ambiente y conservación de los recursos naturales en la zona fronteriza, por el que las partes se comprometen (conforme a su artículo 1):

en la medida de lo posible, a adoptar las medidas apropiadas para prevenir, reducir y eliminar en su respectivo territorio, las fuentes de contaminación que afecten la zona fronteriza, así como las fuentes de deterioro y degradación de los hábitats y poblaciones silvestres presentes en la zona fronteriza.

En dicho documento presenta un esquema de cooperación más igualitario, y aunque no se señalan líneas de responsabilidad ni mecanismos de asignación de daños, sí contempla una cooperación basada en las características de la zona y en el intercambio de información considerando una multiplicidad de problemas ecosistémicos, por lo que puede considerarse de una visión antropocéntrica moderada.

g) Por lo que hace a los instrumentos relacionados con el combate a la degradación ambiental que se manifiesta en problemas como la contaminación del agua, el aire, la degradación del suelo, la lluvia ácida, el agotamiento de la capa de ozono y el cambio climático, se analizó la Convención sobre el Cambio Climático de Río de Janeiro, Brasil, de 1992; cuyo objeto fundamental es “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático.” Dicha meta debería lograrse en un

plazo que permita “a los ecosistemas que se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible” de acuerdo con su propio preámbulo, con lo que puede desprenderse que se trata de un documento que realiza una consideración más integral de los elementos ambientales y su valor (no solamente en tanto materia prima) por lo que se considera que es un documento con una visión antropocéntrica moderada. Se revisó también la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994), el cual tiene una visión casi contundentemente apegada al antropocentrismo fuerte, evidenciada con sus definiciones como la de sequía y degradación de las tierras cuyo interés es principalmente económico, en su artículo 1°:

(c) por «sequía» se entiende el fenómeno que se produce naturalmente cuando las lluvias han sido considerablemente inferiores a los niveles normales registrados, causando un agudo desequilibrio hídrico que perjudica los sistemas de producción de recursos de tierras.

Por «degradación de las tierras» se entiende la reducción o la pérdida de la productividad biológica o económica y la complejidad de las tierras agrícolas de secano, las tierras de cultivo de regadío o las dehesas, los pastizales, los bosques y las tierras arboladas, ocasionada, en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas, por los sistemas de utilización de la tierra o por un proceso o una combinación de procesos, incluidos los resultantes de actividades humanas y pautas de poblamiento, tales como:

(ii) el deterioro de las propiedades físicas, químicas y biológicas o de las propiedades económicas del suelo, y”

De lo anterior, se desprende que el objeto de protección de

este documento está restringido a los aspectos económicos sin considerar el valor social, cultural y ecosistémico de las tierras protegidas.

h) Sobre el control de la incidencia del medio ambiente degradado en la salud y seguridad humanas y las enfermedades que se relacionan con su degradación, la Convención internacional de protección fitosanitaria, puede señalarse una visión reducida únicamente a la prevención y el control de plagas, enfermedades de plantas y productos vegetales, circunscribiéndose a separar los productos vegetales por partes incluyendo a las semillas (de acuerdo a sus artículos I y II), sin considerar su interacción ecosistémica, ni su importancia cultural, por lo que puede señalarse que se trata de un documento antropocéntrico fuerte. De la misma forma se revisó el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica cuyo objetivo consiste en:

...contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.

A partir de estas consideraciones ecosistémicas manifestadas en su objeto puede interpretarse como un documento antropocéntrico moderado, porque incluye un apartado expreso sobre consideraciones socioeconómicas (artículo 26), un mecanismo de responsabilidad y compensación (artículo 27) y un mecanismo financiero para su viabilidad económica (artículo 28), por lo que debe considerarse un documento de avanzada.

i) Por cuanto hace a la internalización de costos ambientales que deviene de la valorización de bienes y servicios ambientales, puede enunciarse la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de Río de Janeiro, donde se reconoce la soberanía de los Estados “de aprovechar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo”, conservando la obligación de notificar los daños transfronterizos, según lo estableció el Principio 2; también se reconoce el deber de los Estados de fomentar la eliminación de patrones de consumo insostenibles, abordando el fenómeno de la sobrepoblación y el uso y transferencia de la tecnología como parte de las soluciones a la problemática ambiental (principios 8 y 9); la participación social es reconocida como la mejor manera de tratar las cuestiones ambientales, siendo labor de los Estados facilitar y fomentar la sensibilización y participación social a través de la información y los medios de acceso a la justicia ambiental y el resarcimiento del daño. A continuación, el principio 11 señala el establecimiento de leyes eficaces sobre el medio ambiente, considerando que las mismas pueden resultar lesivas para otros países en algunos casos, en especial aquellos en vías de desarrollo, finalmente los principios 13 y 16 establecen las dos vertientes modernas de la tesis de Hans Jonas sobre responsabilidad, estableciendo el principio de responsabilidad por la provocación del daño ambiental:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su juris-

dicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

Por otra parte, el principio 16 o “el que contamina, paga”, busca fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos “teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”, con ello puede considerarse a este instrumento de inspiración antropocéntrica moderada, incorporando los criterios de responsabilidad, participación social y perspectiva ecosistémica.

4. RECEPCIÓN JURÍDICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, IMPACTO DEL ANTROPOCENTRISMO MODERADO EN EL DHMAS

Ahora, debe analizarse la trascendencia de los documentos internacionales en la legislación doméstica de los Estados Unidos Mexicanos, y del comportamiento de los diferentes mecanismos de garantía, que permiten a las partes firmantes dar cumplimiento con los compromisos establecidos en los documentos internacionales. Lo anterior implica, dando un seguimiento a los postulados del presente trabajo, que existe un impacto concreto de los principios eco filosóficos a través de su adopción en los instrumentos internacionales.

Como puede verse, algunos postulados del antropocentrismo débil o moderado pueden encontrarse en los documentos más recientes de la producción jurídica internacional, demostrando la capacidad que estos tienen de impactar la normativa interna de cada país firmante.

Ello es así, puesto que el contenido de los compromisos internacionales -especialmente los de los derechos humanos-, tienen una recepción jurídica interna que permite integrar dichos compromisos al bloque de constitucionalidad:

En otras palabras, la conformidad de las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución, para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico interno, se debe analizar bajo la regla especial del artículo 15 constitucional, entendida con los principios pro persona, de interpretación conforme y progresividad previstos en el artículo 1o. constitucional, los cuales permiten el reconocimiento de nuevos derechos humanos, siempre y cuando esto no se traduzca en un detrimento al contenido y alcance de los derechos previamente reconocidos e integrantes del parámetro de control de regularidad constitucional.²⁹

Sin embargo, aunque en el caso del derecho humano al medio ambiente sano ya existe un desarrollo legislativo interno importante, la firma de los tratados internacionales tiene un doble esquema de recepción:

La auto ejecutividad de los tratados internacionales, cuando la aplicación de su clausulado no requiere de la emisión de disposiciones internas para su aplicación directa. La hetero ejecutividad, cuando se requiere emitir disposiciones internas adicionales para dar plena vigencia a las disposiciones de un tratado.

Lo anterior depende de las disposiciones del tratado internacional, aunque en el caso de derechos humanos la auto ejecutividad constituye regla general de acuerdo con lo establecido en el orden constitucional:

²⁹ Pleno de la Corte, Contradicción de tesis 293/2011 SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional. <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=129659&SeguimientoID=556>

...teniendo, como se vio, un sistema de recepción auto-jecutivo [sic], depende de la expresión de la norma. Por ejemplo, si otorga derechos aplicables directamente a los individuos, por decirlo de alguna manera, “normas líquidas”, hay una obligación para el poder ejecutivo y el judicial de aplicarlos, en caso de incumplimiento al mismo tiempo se incumple la misma Constitución, concretamente el artículo 133 y las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 y el título cuarto, relativo a la responsabilidad de los servidores públicos, en relación con el artículo 128 que establece que “todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen” de la misma norma fundamental.³⁰

Independientemente, la obligación general de garantizar, implica el despliegue de una actividad armonizadora entre la legislación nacional y los preceptos internacionales debidamente signados por el Estado.

En México, la mayor parte de la legislación nacional que tiene incidencia ambiental, entró en vigor posteriormente a la década de los noventa, por lo que los postulados que promueven exhiben ya una marcada tendencia antropocéntrica moderada, como puede advertirse del cuadro siguiente en que se correlacionan los tratados analizados, así como la normativa que regula el tema en las normas internas nacionales, con relación a su postura antropocéntrica (Cuadro 1):

³⁰ Torres, Luis, *El derecho internacional y el sistema jurídico mexicano: problemas actuales*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2015.. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/33100/Tesis%20doctorado%20luis%20ernesto%20orozco%2C%20para%20deposito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cuadro 1. Postura antropocéntrica de los tratados internacionales de incidencia ambiental y su correlación con la perspectiva de las normas nacionales.

Tratado	Año	Orientación	norma nacional	Año	Orientación antropocéntrica
- Aspecto: protección de la biósfera y la biodiversidad:					
Convenio Sobre la Diversidad Biológica	1992	Fuerte	Ley General de Vida Silvestre	2000	Moderada
Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.	1971	Moderado	Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente	1988	Moderada
- Aspecto: de la protección del patrimonio estético, turístico y paisajístico:					
Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.	1972	Moderada	Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente	1988	Moderada
Convenio constitutivo de la Organización del Mundo Maya	1992	Fuerte	Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas	2018	Moderada
- Aspecto: regulación de las diversas formas de propiedad:					
Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial	1883	Fuerte	Ley de la propiedad industrial	1991	Fuerte
-Aspecto: implicaciones ambientales de las actividades de desarrollo social y económico:					

Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte	1994	Moderado	Ley General del equilibrio ecológico y protección al ambiente	1998 reforma general de 1996	Moderada
-Aspecto: protección de recursos energéticos:					
Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía.	1974	Fuerte	Ley de Hidrocarburos	2014	Moderada
- Necesidad de eliminar las brechas científicas y tecnológicas:					
Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa sobre el Mecanismo de Desarrollo Limpio	1997	Fuerte	Ley de cambio climático	2012	Moderado
Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y Belice sobre la protección y mejoramiento del ambiente y conservación de los recursos naturales en la zona fronteriza	1991	Moderada	Ley de cooperación internacional para el desarrollo	2011	Moderada
-Aspecto: combate a la degradación ambiental que se manifiesta en problemas como la contaminación					
Convención sobre el cambio climático de Río de Janeiro, Brasil, de 1992	1992	Moderada	Ley General del equilibrio ecológico y protección al ambiente	1988, reforma general de 1996	Moderado
Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África	1996	Fuerte	Ley general de desarrollo forestal sustentable	2018	Moderada

-Aspecto: control de la incidencia del medio ambiente degradado en la salud y seguridad humanas y enfermedades relacionadas					
Convención internacional de protección fitosanitaria	1951	Fuerte	Ley federal de sanidad vegetal	1994	Fuerte
Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología sobre el convenio de diversidad biológica	2000	Moderado	Ley de bioseguridad de organismos genéticamente modificados	2005	Moderada
-Aspecto: Internalización de costos ambientales					
Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de Río de Janeiro	1992	Moderada	Ley general del equilibrio ecológico y protección al medio ambiente	1988, reforma a general de 1996	Moderada

Fuente: Elaboración propia.

En el cuadro anterior se utilizaron los mismos criterios que definen el antropocentrismo moderado aplicado a la legislación internacional que regula los aspectos analizados.

Así, podemos determinar que la mayor parte de normas nacionales que corresponden a un tema abordado por un tratado internacional, guardan mayoritariamente la misma orientación antropocéntrica entre sí. Adicionalmente que la tendencia de la producción jurídica relacionada con el medio ambiente tiende a homologarse hacia la perspectiva antropocéntrica moderada.

Así pues, las diferentes normas nacionales -generales y federales-, que regulan o desarrollan los temas comprendidos en los documentos internacionales analizados tienden también a reflejar los postulados que inspiran a los tratados internacionales y a absorber las principales tendencias que orientan al concierto internacional en torno a la protección del medio ambiente.

De esta forma, podemos advertir que los instrumentos in-

ternacionales en materia ambiental tienden a evolucionar, de un antropocentrismo fuerte, a uno moderado e incluso con ciertas notas biocéntricas.

CONCLUSIONES

Las tendencias ecofilosóficas que prevalecen e inspiran la toma de decisiones en el panorama internacional por lo que se refiere al ámbito ambiental, muestran tendencias diversas que se retroalimentan con las ideas que prevalecen en otros ámbitos de las ideologías sociales y políticas como la religión, el género, y la visión crítica de los países del sur, entre otras.

Del análisis realizado, se cumple el objetivo de demostrar como los tratados internacionales tienden a exhibir mayoritariamente matices antropocéntricos fuertes en sus inicios, convirtiéndose paulatinamente en documentos internacionales mayormente identificados con los postulados del antropocentrismo moderado: de participación social, de ubicación del hombre al interior de la naturaleza y de responsabilidad por daños ambientales, así como el establecimiento de medidas de prevención de la contaminación.

Adicionalmente a ello, lo postulado en la hipótesis de este trabajo en relación a que dichos postulados se ven reflejados en la construcción de los derechos humanos en ámbito normativo nacional, lo cual se ve reflejado en la mayor parte de las leyes mexicanas que tratan los temas normados por los tratados internacionales, lo cual se refleja por ejemplo en la Ley General del Equilibrio Ecológico, la Ley de Cambio Climático, o la Ley de Vida Silvestre que exhiben matices similares a los que los tratados con los que se correlacionan.

Sin embargo, resulta evidente también que existen aspectos que adolecen de una evolución simultánea a la del resto de los tratados que abordan temáticas ambientales, matiza-

dos de una manera cada vez más notoria por los postulados del antropocentrismo débil. Como los temas de regulación de hidrocarburos, las diversas formas de propiedad e incluso los de protección fitosanitaria, misma orientación que reflejan en la normativa nacional interna.

Por ello en la actualidad, no puede señalarse de manera terminante una tendencia antropocéntrica fuerte en los documentos internacionales sobre la materia ambiental, sino más bien una marcada diferencia entre los distintos aspectos regulados, por cuanto algunos ordenamientos tienen una inspiración abiertamente moderada, y en otros no figura ni siquiera indirectamente alguna de las líneas de esta corriente, por lo que se requerirá examinar la penetración de las ecofilosofías en temas mayormente relacionados con la economía.

BIBLIOGRAFÍA

- Ballesteros Llombart, Jesús y Pérez Adán, José M., *Sociedad y medio ambiente*, Madrid: Trotta, 1997.
- Baqueda, Sandra, “Especieísmo animal y vegetal” [en línea]. Chile: UdC. <http://www.lapetus.uchile.cl/lapetus/archivos/1224594385III-Especieísmo.pdf>
- Barrón Ruiz, Ángela, *Ética, ecología y educación ambiental en el Siglo XXI*, España: Universidad de Salamanca, s.f. 2p
- Figueroa, Juana, “El ser humano, sujeto de moral de la ética ecológica”. *Interciencia*. [en línea]. 37. (1): 78, enero 2012. <http://www.redalyc.org/pdf/339/33922709013.pdf>
- Kwiatkowska, Teresa e Issa, Jorge. *Los caminos de la ética ambiental* México, 2: 49, 2003.

- Leff, Enrique, “Pensamiento ambiental latinoamericano: patrimonio de un saber para la sustentabilidad” (Argentina: 2009). <http://www.cep.unt.edu/papers/leff-span.pdf>
- Méndez Rivera, José Ángel, *Fundamentos ético-filosóficos y derecho humano al medio ambiente*. Tercer curso de Derecho Ambiental: Bases, procedimientos y defensa. Material didáctico. México. 2014.
- Morín, Edgar, *La vía para el futuro de la humanidad*. Barcelona, Paidós. 2011, pps 78-81.
- Ontología relacional y ecofilosofía en Arne Naees, Nuevo pensamiento. [en línea]. El Salvador. 1: 153. 2011. http://www.facultadessmiguel.org.ar/maximo/numeros/0000/8_Alicia_Irene_Bugallo_Ontologia_Relacional_Y_Ecosofia_En_Arne_Naess.pdf
- Pleno de la Corte. Contradicción de tesis 293/2011 SCJN. (México, 2011). <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=129659&SeguimientoID=556>
- Salazar Barragán, Diana Marcela y Serna Mendoza, Ciro Alfonso, “Ética medio ambiente y economía”. *Persona y Bioética*. 10 (26): 5-10. <http://www.redalyc.org/pdf/832/83210102.pdf>
- Torres, Luis, “El derecho internacional y el sistema jurídico mexicano: problemas actuales”. [en línea]. Sevilla: US, 2015. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/33100/TESIS%20DOCTORADO%20LUIS%20ERNESTO%20OROZCO%2C%20para%20deposito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tratados internacionales:

Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (1994).

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa sobre el Mecanismo de Desarrollo Limpio (1997).

Acuerdo sobre un Programa Internacional de Energía (1974).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de Río de Janeiro (1992).

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883).

Convenio constitutivo de la Organización del Mundo Maya (1992).

Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y Belice sobre la protección y mejoramiento del ambiente y conservación de los recursos naturales en la zona fronteriza (1991).

Convenio Sobre la Diversidad Biológica (1992).

Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1996).

Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (1951).

Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (1971).

Convención sobre el Cambio Climático de Río de Janeiro, Brasil (1992).

Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972).

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología sobre el Convenio De Diversidad Biológica (2000).

Legislación:

Ley de bioseguridad de organismos genéticamente modificados. *Diario Oficial de la Federación* de la Repú-

- blica de México, México. 18 de marzo 2005.
- Ley General de Cambio Climático. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 6 de junio 2012.
- Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 6 de abril 2011.
- Ley de la propiedad industrial. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 27 de junio 1991.
- Ley Federal de Sanidad Vegetal. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 5 de enero 1994.
- Ley General de desarrollo forestal sustentable. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 5 de junio 2018.
- Ley General de Vida Silvestre. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 3 de julio 2000.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Medio Ambiente. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 28 de enero 1988.
- Ley de Hidrocarburos. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 11 de agosto 2014.
- Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas. *Diario Oficial de la Federación* de la República de México, México. 4 de diciembre 2018.

CHILE: DE PINOCHET AL PROCESO CONSTITUYENTE DE 2020¹

DANIEL FERNÁNDEZ CAÑUETO*

RESUMEN

En octubre de 2019 miles de personas llenaron las calles de las principales ciudades de Chile en una ola de protestas sin precedentes, siendo el primer detonante el aumento del precio del metro en Santiago y la consecuencia última el anuncio de la celebración de un plebiscito para determinar si se quería una nueva Constitución. A nuestro entender, tanto esas algaradas de descontento popular como la solución propuesta obedecen a causas profundas que el repaso a la historia constitucional chilena de las últimas cuatro décadas puede ayudar a explicar.

¹ Este trabajo se inserta en las actividades del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO, grupo consolidado de la Generalitat en 2017) y en las del proyecto de investigación “Instrumentos contramayoritarios en la Democracia constitucional (IDECO)”. Asimismo, su realización ha sido posible gracias a la concesión de una Beca Santander Iberoamérica que me ha permitido una espléndida estancia en la Universidad de Santiago de Chile donde me sentí acogido desde el primer día. Una versión extendida del mismo ha sido ya publicada en el número 193 de la *Revista de Estudios Políticos* (págs. 175-211).

* Licenciado en Derecho por la Universitat de Lleida, obtuvo un Máster Universitario en Especialización e Investigación en Derecho en la Universidad de Zaragoza en 2013 y fue Doctor Cum Laude por la Universitat de Barcelona en 2017. Actualmente es profesor de Derecho constitucional en la Universitat de Lleida. Asimismo, es cofundador del seminario y la revista *Nuevos horizontes del derecho constitucional*. Forma parte del grupo consolidado de la Generalitat de Catalunya de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO). Ha realizado estancias en la Universidad de Ottawa y en la Universidad de Chile. Sus líneas de investigación principales versan sobre los sistemas de gobierno representativos, la democracia constitucional y el federalismo.

PALABRAS CLAVE: Chile, Constituyente, Constitución, historia, transición

ABSTRACT

In October 2019, thousands of people filled the streets of the main cities of Chile in a wave of unprecedented protests, the first trigger being the increase in the price of the subway in Santiago and the last consequence being the announcement of the holding of a plebiscite to determine if a new Constitution was wanted. In our view, both these outbursts of popular discontent and the proposed solution are due to root causes that a review of the Chilean constitutional history of the last four decades can help explain.

KEYWORDS: Chile, Constituent, Constitution, history, transition.

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El 11 de septiembre de 1973, la Moneda había sido bombardeada, el presidente Salvador Allende estaba muerto y Augusto Pinochet se consolidaba en el poder. Según Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle, ese golpe de Estado fue el corolario último de un proceso mediante el cual una minoría de grandes propietarios había sido capaz de inocular, en amplios sectores de la clase media, el temor a que el poder político democráticamente elegido llevara a cabo un proceso drástico e irreversible de expropiaciones con el fin de redistribuir la riqueza y nacionalizar una parte fundamental de la propiedad privada chilena.² Un miedo que fue creciendo en la

² Cristi, Renato y Pablo Ruiz-Tagle, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad bien común y poder constituyente*. Santiago de Chile: LOM, 2014).

medida en que se promulgaron dos leyes que permitían una cada vez mayor repartición de las tierras agrícolas (N°15295 en 1962 y N°16640 en 1967) y se reformó en 1967 el artículo diez de la Constitución de 1925 posibilitando al legislador estatalizar sectores productivos como por ejemplo el cobre. Que el marco constitucional permitiera acercarse al socialismo por vía democrática y que se fueran desarrollando políticas estatales tendentes a equilibrar el poder económico reasignando una parte de la propiedad privada, parece ser una de las causas importantes del golpe de Estado. Para legitimarlo, las fuerzas sociales que respaldaron a Pinochet se nuclearon alrededor de dos ideas que, según ellos, debían estar forzosamente insertas en toda comunidad política contemporánea a la vez que debían mantener un orden de prelación: primero asegurar la protección de la propiedad privada y, posteriormente, desarrollar un Estado democrático. Es en ese objetivo de entrelazar teórica y jurídicamente ambos preceptos, y hacerlo en el “orden correcto”, donde reside la importancia tanto del pensamiento de Jaime Guzmán como la declaración de principios del gobierno de Chile firmada por la Junta Militar en 1974. Ambos fueron los intentos mejor perfilados de unir el neoliberalismo de la Escuela de Chicago, el corporativismo de José Antonio Primo de Rivera, la doctrina social de la Iglesia y la teoría del poder constituyente de Carl Schmitt o Donoso Cortés para que esas dos ideas pudieran coexistir y retroalimentarse.³

En el caso de Guzmán vemos que, con el propósito de sustentar la prelación de la propiedad privada sobre el orden político democrático, empezará negando que la sociedad sea condición imprescindible para la existencia del ser humano. De ahí pasará a afirmar que los individuos son ontológica-

³ Ortiz de Zárate, Verónica, “Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Claudio Fuentes, Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010, 31-155.

mente superiores a la colectividad, dado que los primeros existen por sí mismos (substancial) mientras que lo segundo únicamente lo hace gracias a ellos (accidental). Después otorgará a estos seres humanos unos derechos naturales anteriores al Estado, pues considera que toda comunidad políticamente organizada es un mero instrumento para el completo desarrollo de los individuos. Y, por último, Guzmán no solo afirmará que la propiedad privada es un derecho natural que poseen los individuos por el mero hecho de existir, sino que además la entronizará frente al resto de derechos al convertirla en garantía por excelencia y condición de posibilidad de la libertad individual.⁴ Oponiéndose con ello de forma antagónica a una teoría marxista del Derecho y su perspectiva dialéctico-histórica donde se afirma que la propiedad solo puede existir cuando hay alteridad y que su posesión privativa responde únicamente a unos tipos específicos de relaciones sociales históricamente construidas (pudiéndose crear otras en las que esto segundo no se dé). Por todo lo anterior, la conclusión es clara para el académico chileno, sea cual sea la forma de organización política del Estado, inclusive la democrática, para ser legítima debe asegurar que la propiedad privada nunca pueda verse hostigada.⁵

Y con el objetivo de precisar cómo debería ser ese Estado democrático legítimo por estar condicionado a un elemento nuclear de la libertad individual como es la propiedad privada, la Junta Militar de la dictadura redactará una declaración de principios del gobierno de Chile en 1974. En ella empezará reproduciendo la mayoría de ideas de Guzmán al proclamar que el Estado es el mejor instrumento para desarrollar la individualidad; que debe tener como finalidad el

⁴ Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago de Chile: LOM, 2000.

⁵ Guzmán, Jaime, “El camino político” *Revista Realidad*, n.º 7 (1979): 1-9.

bien común, entendido ello como “el conjunto de condiciones sociales que permita a todos y a cada uno de los chilenos alcanzar su plena realización personal”; que debe reconocer unos derechos naturales que nunca pueden negarse o eliminarse; y, por último, que uno de los más importante es el de la propiedad privada. Después, el documento establecerá que el Estado chileno debe guiarse por el principio de subsidiaridad, significando ello que los poderes públicos intervendrán únicamente cuando el individuo o las organizaciones intermedias no estén en condiciones de cumplir sus propios fines por sí mismos y que el contenido de los derechos se interpretará partiendo de esa premisa. Finalmente, de la declaración también se desprende que la nueva Constitución del Estado democrático chileno debe tender a limitar la amplitud y la profundidad de la acción transformadora del poder político electo para evitar que una posible voluntad irracional del pueblo pueda eliminar la libertad de los individuos al despojarles de la propiedad.⁶

A nuestro parecer, tanto el pensamiento de Guzmán como la declaración de la Junta Militar que sientan las bases para la posterior construcción constitucional de una democracia limitada,⁷ son los argumentos que intentan justificar (y acaso camuflar) ideológicamente una de las razones más importantes que tuvieron determinados sectores sociales para apoyar

⁶ Couso, Javier y Arturo Coddou, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Claudio Fuentes, Santiago de Chile: Heinrich Boll Stiftung, 2010, 191-263.

⁷ Aunque en una pluralidad de textos políticos y/o jurídicos se utiliza el término *democracia protegida*, aquí usaremos el concepto *democracia limitada* por considerarlo más ajustado a la verdad. A nuestro parecer, el objetivo nunca fue crear un entramado institucional que protegiera a la democracia frente a posibles ataques de sus detractores, sino configurar un armazón jurídico que limitara su normal desarrollo (Cristi y Ruiz-Tagle, 2014: 10-223) (Couso y Coddou, 2010: 191-263).

a la dictadura. De hecho, para dichos segmentos de la sociedad chilena, el problema último nunca fue la preeminencia ontológica del individuo frente a la comunidad política, ni el dirigismo estatal de la economía, ni tampoco la posibilidad de que el Estado redistribuyera tierras o nacionalizara sectores estratégicos, pues ninguna crítica realizaron durante los dieciocho años en los que la dictadura sometió al individuo, controló parte de la economía y dispuso a voluntad de propiedades⁸. Lo que ciertamente más les inquietaba era la puesta en práctica de unas ideas que, permitidas en el marco constitucional de 1925 y sus sucesivas reformas, comprometían su preeminencia hegemónica en el interior del Estado. Si bien aceptaban que en una democracia existía la posibilidad de dejar de ser clase dirigente, no estaban dispuestos a que el poder político electo les usurpara la condición de clase dominante, por mucho que así lo permitiera la Carta Magna. Es por eso que no tuvieron inconveniente primero en utilizar la fuerza para evitarlo y después en crear una nueva institucionalidad donde se asegurase jurídicamente que los resultados de las contiendas electorales no pudieran comportar una radical modificación de la estructura socio-económica del poder.

Fue la Comisión Ortúzar, la principal encargada de lo segundo, pues desde 1973 fue transformando las razones y los argumentos en un anteproyecto de Constitución que en 1980 acabaría por promulgarse después de ser revisado por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Una Carta Magna en la que, por un lado, se establecían unas disposiciones transitorias cuya finalidad era permitir que Pinochet mantuviera todos los resortes del poder durante los siguientes ocho

⁸ Un ejemplo paradigmático de ello es el Decreto Ley N° 77 de 8 de octubre de 1973 a través del cual la Junta Militar incautó una gran cantidad de propiedades, terrenos, automóviles, pequeñas empresas o medios de comunicación de personas y entidades contrarias al régimen.

años y, por el otro, se fijaban unas disposiciones permanentes que regirían Chile una vez transcurrido ese plazo.⁹

Por lo que respecta a lo que podríamos llamar elementos estructurales, siete creemos que son, como mínimo, los más remarcables de la Constitución de 1980. Primero, que se insertó en ella la cosmovisión entre individuo-sociedad-Estado de Guzmán, el concepto de bien común de la declaración de la Junta Militar, la teoría de la soberanía nacional, el Estado unitario y la prohibición de los partidos marxistas o contrarios a la familia.¹⁰ Segundo, que los derechos fueron mayoritariamente establecidos como libertades en las que el Estado tenía un papel regulador, pero no interventor.¹¹ Tercero, que se desarrolló un presidencialismo puro de estilo americano pero fiscalizado, pues a la par que se otorgaban amplios poderes al Ejecutivo se creaban una miríada de instituciones contramayoritarias para controlarlo.¹² Cuarto, que junto a los veintiséis senadores electos, el texto constitucional designaba otros nueve y establecía como vitalicios a todos los expresidentes que hubieran desempeñado el cargo durante seis años de forma continua (es decir, a Pinochet). Quinto, que las Leyes Orgánicas Constitucionales (en adelante LOC)

⁹ Ruiz-Tagle, Pablo, *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*. Santiago: de Chile, LOM, 2016.

¹⁰ Morales, Mauricio, “Antecedentes comparativos político- institucionales para el debate sobre una nueva constitución en Chile”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Claudio Fuentes, Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010, 15-35.

¹¹ Lovera, Domingo, “Derechos sociales en la constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Claudio Fuentes, Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010, 217-244.

¹² Ferrada, Juan Carlos, “El presidente de la República en la Constitución de 1980”, en *La constitución chilena*, ed. Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera. Santiago de Chile: Derecho en Democracia, 2015, 185-212.

y las de quórum calificado a través de las cuales se regulaba gran cantidad de materias y la práctica totalidad de los órganos constitucionales, requerían mayoría de tres quintos y mayoría absoluta respectivamente para ser aprobadas.¹³ Sexto, que se seguía la doctrina de la seguridad nacional al configurar a las Fuerzas Armadas como garantes del orden institucional, al incluirlas en una pluralidad de instituciones y órganos el Estado, al otorgarles mayoría en un Consejo de Seguridad Nacional que nombraba dos magistrados del Tribunal Constitucional y, por último, al designar cuatro senadores de entre sus ex altos mandos. Y séptimo, que se establecía un procedimiento rígido de reforma del texto constitucional.¹⁴

En suma, la Constitución de 1980 no fue pensada como el producto de un pacto social que estructuraba y limitaba el poder político de una comunidad plural, sino como un instrumento que restringía la capacidad de transformación que posee la política democrática sobre determinadas materias que se identificaban como cruciales para el mantenimiento de una concreta estructura socio-económica y el desarrollo de un específico ideario político.¹⁵ Siendo precisamente a eso a lo que se refiere el propio Guzmán cuando afirma que dicha Constitución sirve para que,

[...] en vez de gobernar para hacer, en mayor o menor

¹³ Meléndez Ávila, Felipe, “La forma del Gobierno en Chile actual: un caso de presidencialismo latinoamericano equilibrado”, *Revista Republicana*, no. 26 (2019): 21-42.

¹⁴ Soto Barrientos, Francisco, “La eventual recepción de fórmulas de participación en Chile; particularidades y desafíos”, *Revista de derecho público*, no. 74, (2015): 159-194.

¹⁵ Atria Lemaitre, Fernando, Constanza Salgado Muñoz y Javier Wilenmann von Bernath, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional...*

medida, lo que los adversarios quieren, resulta preferible contribuir a crear una realidad que reclame de todo quien gobierne una sujeción a las exigencias propias de ésta. Es decir, que, si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque —valga la metáfora— el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario¹⁶

2. DEL RECHAZO COMO *LEITMOTIV* POLÍTICO AL REFORMISMO COMO OBJETIVO DE GOBIERNO (1980-2005)

Las resistencias a reconocer la Constitución de 1980 como un texto normativo legítimo y neutral en el interior del cual poder desarrollar una actividad política democrática, surgieron antes de su definitiva promulgación y el reemplazo constitucional fue uno de los propósitos que orientaron las acciones de la oposición al régimen durante los ocho años siguientes a su entrada en vigor. Ya en 1978, una parte de esta última se nucleó entorno al Grupo de Estudios Constitucionales, también conocido como Grupo de los 24, que se iría convirtiendo en el máximo exponente de un discurso político-constitucional alternativo por democrático al que venían realizando los miembros de la Comisión Ortúzar y la Junta Militar. Al principio, dicho Grupo intentó influir en el proceso constituyente iniciado por la dictadura promoviendo sendos manifiestos que invitaban a generar tanto una nueva institucionalidad como a conseguir una Carta Magna democrática, impulsando una declaración de compromiso con la democracia y elaborando un informe crítico sobre el anteproyecto de Constitución que la Comisión Ortúzar había presentado. En cambio, una vez promulgado el texto consti-

¹⁶ Guzmán, Jaime, op. cit.

tucional en 1980, su actividad se centró tanto en realizar un Memorándum en 1981 donde se condensaron los argumentos para su total reprobación como en presentar un proyecto alternativo de Constitución social y democrática de derecho en 1983.¹⁷

El Memorándum ofrecía siete razones principales por las cuales debía rechazarse la Constitución de 1980 en su totalidad. Primero, porque se instauraba un régimen político autocrático y militarista. Autocrático dado que fijaba un presidencialismo hipertrofiado tendente al cesarismo al tener aquella preeminencia en la función legislativa, poder declarar los estados de excepción sin aprobación del Congreso, decidir sobre qué materias podían discutir las Cámaras, no poder ser fiscalizado por el Congreso y participar en la elección de las instituciones que deberían ser su contrapeso. Nos referimos, en esencia, a la Contraloría General de la República, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Calificador de Elecciones, al Poder Judicial, al Consejo de Seguridad Nacional y al Banco Central. Y militarista porque el único contrapoder real al Presidente recaía en las Fuerzas Armadas. A estas se le otorgaban funciones políticas no subordinadas al poder civil, pasaban a formar parte de una pluralidad de instituciones y órganos del Estado, poseían la mayoría en un Consejo de Seguridad Nacional que nombraba dos magistrados del Tribunal Constitucional y, por último, de los nueve senadores designados cuatro debían serlo de entre sus ex altos mandos. Además, al ser los garantes de la institucionalidad en base a la doctrina de la seguridad nacional, se les habilitaba para desobedecer al poder político si consideraban que existía una amenaza para el orden constitucional vigente.

Segundo, porque se negaba el pluralismo ideológico in-

¹⁷ Todos los documentos del Grupo de los 24 pueden encontrarse digitalizados en la página web de la Fundación Patricio Aylwin.

herente a todo Estado democrático al permitir que el Tribunal Constitucional prohibiera el ejercicio de la ciudadanía y el derecho a organizarse políticamente a quienes cultivasen ideas marxistas o que atentasen contra la familia (Art. 8). Tercero, porque al establecer que la soberanía residía en la nación y que ésta era ejercida por las autoridades que la propia Constitución establecía (Art. 5), no solo se eliminaba la voluntad mayoritaria del pueblo como fundamento del orden político, sino que también se facultaba constitucionalmente a que dichas autoridades gobernasen “aun contra la voluntad popular, lo que es la negación de toda democracia”. Cuarto, porque o bien no existía separación de poderes o su menoscabo era considerable, pues los nombramientos de los magistrados del Poder Judicial dependían íntegramente del Presidente y no se les habilitaba para que juzgaran la acción del Gobierno durante los regímenes de excepción. Quinto, porque la propiedad privada se convertía en un derecho prácticamente inviolable sobre el cual el poder público no podía esgrimir interés social alguno. Sexto, porque la rigidez del procedimiento de reforma constitucional implicaba “congelar o petrificar el régimen constitucional”, dado que su modificación era prácticamente imposible. Y séptimo, porque creaba tanto un régimen político contramayoritario como sometido a la voluntad de la dictadura. Lo primero porque muchas materias y órganos constitucionales debían ser desarrolladas por unas LOC que requería 3/5 de ambas Cámaras o por leyes de quórum calificado que requerían mayoría absoluta.¹⁸ Y lo segundo porque, amén de las disposiciones transitorias decimotercera, decimocuarta y vigesimonovena que hacían de Pinochet el Presidente de la República como mínimo durante los primeros nueve años de vigencia del texto constitucional,

¹⁸ Arriagada Herrera, Gustavo, “1988-2018: treinta años de transición”, *Revista de Anales*, n.o 15 (2018): 53-72.

No es aventurado suponer que todas las materias reservadas a “leyes orgánicas constitucionales” o a “leyes de quórum calificado”, serán reguladas por la Junta de Gobierno en los próximos nueve años, y ella también dictará todas las “leyes interpretativas de la Constitución” que crea conveniente [...] cuando el Congreso empiece a funcionar, le será prácticamente imposible, por los altos quórums que requeriría, modificar lo que la Junta haya prescrito sobre las materias para implementar la autocracia¹⁹

En resumidas cuentas, la importancia histórica del Memorandum reside en que fue la más elaborada impugnación de la Constitución de 1980 mientras Pinochet estuvo en el poder, señalando que a su través no solo se establecía “un régimen autoritario bajo la fachada de instituciones y procedimientos aparentemente democráticos”, sino que también se cerraban “los caminos para instaurar la democracia dentro de la legalidad que ella misma consagra”. Además, el texto finalizaba haciendo un llamamiento a que los chilenos se reencontrasen “con su vocación histórica libertaria y de progresiva democratización”, a través de otra nueva Carta Magna. Precisamente por eso, dos años después, el propio Grupo de los 24 presentaría un proyecto de Constitución social y democrática de derecho cuyo valor fue ser una de las principales referencias que posteriormente se utilizarían para articular las propuestas de reforma.

La intención por parte del régimen de que el gobierno de la Junta Militar fuera provisional, comportó que en la Constitución de 1980 se incluyera una disposición transitoria vigesimoséptima donde se exigía que pasados ocho años desde su promulgación la elección del Presidente de la República se realizase a través de plebiscito. Que Pinochet fuera el candidato propuesto en 1988 para ocupar el cargo, que triun-

¹⁹ Las críticas del grupo de los 24 (1981).

fara el “No” a dicha posibilidad en el plebiscito del cinco de octubre de ese mismo año con un 54% de los votos y que aun así tanto la Junta Militar como Pinochet continuaran ostentando el poder hasta 1990, tuvo, como mínimo, cuatro consecuencias de profundo calado para el devenir de Chile.

Primero, para que ese plebiscito cumpliera con los mínimos estándares democráticos, el régimen se vio conminado a permitir un cierto pluralismo político. Con tal propósito, la Junta Militar promulgó en marzo de 1987 una ley orgánica de partidos políticos que por primera vez en catorce años dejaba a la oposición articularse legalmente y exponer públicamente unos postulados contrarios a los esgrimidos hasta entonces por la dictadura. Si bien es cierto que dicha norma seguía prohibiendo los partidos marxistas, no lo es menos que su existencia permitió que se visualizara el rechazo al régimen y que los diferentes partidos democráticos se organizaran alrededor de la Concertación de Partidos por el No. Segundo, el hecho de que Pinochet perdiera el plebiscito pero que aun así continuara como Presidente durante un año más gracias a lo establecido en la disposición transitoria vigesimonovena, permitió al régimen militar promulgar y/o modificar una pluralidad de LOC sabiendo de cuanto apoyo social disponía y previendo que tras las primeras elecciones podría tener que abandonar el poder. Una de las más importantes fue la reforma de la ley electoral, pues al acabar consagrando un sistema binominal mediante el cual se elegían únicamente dos Diputados por cada uno de los sesenta distritos y dos senadores por cada una de las diecinueve circunscripciones, no solo se determinó la forma en que se desarrollaría la lucha partidista sino que también se ahondó en la lógica contramayoritaria del conjunto del sistema político.²⁰ Y eso es así porque, por un lado, al disputarse única-

²⁰ Si bien la ley electoral había sido promulgada el diecinueve de abril de 1988, se modificó a través de la ley 18799 de dieciséis de mayo de

mente dos escaños, el resultado tendía a ser un empate entre mayoría y minoría, pues la primera fuerza necesitaba doblar en votos a la segunda para obtener ambos asientos.²¹ Ello obligaba a los partidos políticos a coaligarse entre sí para maximizar las opciones electorales, lo que a su vez comportaba una moderación de los objetivos políticos propios en beneficio de un pacto previo entre afines para poder concurrir con posibilidades.²² Razón por la cual, tanto los partidos oficialistas como los de la oposición formaron dos coaliciones políticas más allá del plebiscito, Democracia y Progreso, los primeros y Concertación de Partidos por la Democracia, los segundos. Y, por otro lado, porque si a ese probable empate entre mayoría y minoría se le añadían los quórum de 3/5 para promulgar o modificar cualquier LOC, se favorecía que una posible futura minoría oficialista pudiera bloquear sistemáticamente tanto la reforma de todas las LOC previamente promulgadas por la dictadura (incluida la propia ley electoral) como la implementación de otras nuevas si no se

1989. Lo más importante de la reforma fue la inclusión del artículo 178 que determinaba la cantidad de distritos electorales (60) y el número de diputados que en cada uno de ellos se elegía (2).

²¹ “En consecuencia, el umbral que un partido debía superar para obtener por lo menos una banca era de un tercio (33,3 por ciento) de los votos. Como resultado, el sistema favorecía a la segunda lista más votada. Esto ocurría porque, para obtener dos escaños, el partido mayor debía recibir dos veces el número de votos del segundo partido, o dos tercios (66,6 por ciento) del número de votos. En consecuencia, todo caudal electoral que el partido más votado obtuviese por encima del 33,3 por ciento, era efectivamente desperdiciado si el nivel de apoyo no llegaba al 66,6 por ciento [...] Por tanto, el sistema binominal se traducía en un sistema de elección de autoridades que “subsidiaba” a la segunda mayoría, considerando que las elecciones, salvo las presidenciales, se tornasen muy predecibles” (Soto y Welp, 2017: 97).

²² Fuentes, Claudio, “La transición auto-contenida: Elites políticas y reformas constitucionales en Chile (1990-2010)”. En XXIX Latin American Studies Association Congress, 2010, pp.1-32, Canadá.

aceptaban sus términos y condiciones.²³

Tercero, teniendo en cuenta que Pinochet había alcanzado un nada desdeñable 43% de apoyo popular en el plebiscito; que la combinación de quóruns, sistema electoral binominal y procedimiento rígido de reforma haría casi imposible la modificación de la Constitución o de las LOC sin el concurso de las fuerzas del régimen; y que el virtual empate en el Congreso se decantaría a favor de estos últimos en el Senado, gracias a que los miembros designados no podían más que ser personas previamente elegidas directa o indirectamente por Pinochet y/o la Junta Militar,²⁴ la oposición se vio forzada a desechar el reemplazo constitucional como objetivo viable.²⁵ Es por ello que, una vez derrotado Pinochet en el plebiscito, pero siendo conscientes de las mayorías sociales y la legalidad existente, la Concertación acató las reglas del juego fijadas en el texto constitucional para, desde ellas, tratar de desarrollar una política posibilista y gradualista que permitiera transitar hacia una democracia plena. Así pues, este será el contexto político, social y jurídico en el que la oposición abandone el rechazo a la Constitución como *leitmotiv* y asuma como objetivo pragmático inten-

²³ Rubano Lapasta, Mariela y Hugo Castellón Venegas, “Propuestas de cambios a nuestra democracia representativa”, *Revista de Derecho Público*, n.o76 (2012): 249-263.

²⁴ El artículo 45 del texto constitucional determinaba que los senadores designados serían todos los expresidentes que hubieran desempeñado el cargo durante seis años consecutivos, dos ex miembros de la Corte Suprema, un ex Contralor General de la República, cuatro ex comandantes de las Fuerzas Armadas, un ex rector de una universidad estatal y un ex Ministro de Estado. Dado que la dictadura los había elegido durante los últimos diecisiete años, todos los excargos no podían ser más que personas afines al régimen.

²⁵ Soto, Francisco, Salvador Millaleo y Constanza Ihnen, *Educación y debate constitucional. Reflexiones sobre la deliberación pública en Chile*. (Valencia, Tirant lo Blanch, 2020).

tar eliminar “los enclaves autoritarios” desde el gobierno.²⁶ Unos enclaves que, a su parecer, eran el desequilibrio entre poderes a favor del Ejecutivo, la existencia de un pluralismo limitado que prohibía las formaciones marxistas, la posición de las Fuerzas Armadas respecto al poder civil, la negación de la soberanía popular, la existencia de senadores designados, los altos quóruns que requerían las LOC, la forma de nombramiento de ciertos órganos e instituciones del Estado, el mecanismo de reforma constitucional y, por último, el redactado e interpretación neoliberal de los derechos.

Y cuarto, la intención de la Concertación de avanzar hacia la democratización de la Constitución de 1980 transando con el oficialismo en relación a los enclaves autoritarios, tuvo dos momentos álgidos: uno en 1989 donde presionó al régimen militar para que hiciera modificaciones a la Carta Magna antes de que se convocaran las primeras elecciones y otro en 2005, cuando ya hacía quince años que ostentaba el poder tanto parlamentario como presidencial.

Empecemos por la reforma de 1989. El impasse entre el plebiscito y las primeras elecciones generó una dicotomía evidente: quien había salido derrotado con el 43% del voto popular conservaba el poder político e institucional y quien había vencido con el 54% carecía de la autoridad para transformar la legalidad vigente. Los segundos poseían legitimidad social suficiente como para exigir reformas y los primeros la fuerza real para determinar cuáles y cuándo. Es en el seno de esta dualidad que se comprende tanto el proceso como el resultado de una modificación constitucional realizada de forma unilateral por el régimen, pero en la que se incluyeron algunas demandas de la oposición. Primero la

²⁶ Fuentes Claudio, 2010. Francisco Zúñiga Urbina, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales*, n.o 1 (2013): 511-540.

Concertación planteó a sectores moderados de la sociedad chilena reformas mínimas de estándares democráticos, obteniendo el respaldo explícito del partido conservador Renovación Nacional. Después, ambos desarrollaron una comisión de reforma que propuso modificaciones constitucionales a la Junta Militar. Y, por último, tras aseverar que realizaría las variaciones que considerase pertinentes, el régimen militar llamó a la ciudadanía a un plebiscito el treinta de julio de 1989 para que ratificara un paquete de 56 reformas a la Constitución de 1980 entre las que se incluían algunas de las propuestas anteriormente realizadas por la oposición. Un 91,25% del censo electoral dio su voto favorable a tales modificaciones.²⁷

Los cambios más destacados de la misma fueron los siguientes. Eliminación de la cláusula que prohibía la existencia de partidos marxistas o contrarios a la familia (art. 8). Aumento de 24 a 38 senadores electos, lo que comportó una relativa disminución de la importancia de los nueve senadores designados. En el Consejo de Seguridad Nacional se incrementó a ocho el número de integrantes, se igualó la proporción entre civiles y militares (cuatro para cada uno) y se limitaron algunas de sus atribuciones políticas. Se eliminó la capacidad del Ejecutivo para disolver el Congreso. El quórum para aprobar, modificar o derogar las LOC pasó a ser de 4/7, a excepción de la ley electoral que se mantuvo en 3/5.²⁸ Hubo modificación de los quóruns para reformar la

²⁷ Fuentes, Claudio, “Elites, opinión pública y cambio constitucional”. *Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago de Chile: Heinrich-Böll-Stiftung, 2010b, 45-85.

²⁸ Huneeus, Carlos y Octavio Aveñedo, *El sistema político chileno*, LOM: Santiago de Chile, 2018. Francisco Cumplido Cereceda, “La reforma constitucional al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, no. 1 (2003): 375-401.

Constitución.²⁹ Y, por último, se estableció como deber del Estado la defensa de los derechos humanos, abriéndose la puerta a recursos judiciales frente a su violación.³⁰

Así pues, bien puede afirmarse que las reformas de 1989 a la Carta Magna no trajeron causa de un pacto político entre iguales, sino de la voluntad más o menos unilateral de un régimen que, con su último aliento, realizó mínimas modificaciones democratizadoras con el objetivo de mantener casi intacta tanto la estructura del terreno de juego político diseñado como el sentido último de la Constitución de 1980. Por ello, tras las primeras elecciones parlamentarias y presidenciales, Chile asumió en 1990 la compleja tarea de transitar hacia un Estado democrático y de derecho con un Presidente de la Concertación (Patricio Aylwin), una mayoría parlamentaria de la Concertación y un texto constitucional realizado por el régimen militar, modificado por el régimen militar y que poseía una miríada de enclaves autoritarios que limitaban la capacidad de los dos anteriores para reformar las LOC o implementar políticas públicas acordes a sus postulados ideológicos.

Su puesta en práctica no haría más que confirmar lo anterior. Si bien entre 1990 y 2005 se realizaron dieciséis reformas constitucionales y se crearon o modificaron más de 250 LOC,³¹ la Concertación no pudo imponer su agenda legislativa ni pactar la eliminación de ninguno de los enclaves auto-

²⁹ Se mantuvieron los 3/5 para la mayoría de proyectos de reforma, pero aumentaban de 3/5 a 2/3 para ciertas materias (bases de la institucionalidad, derechos y deberes, Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad Nacional o reforma de la Constitución, por ejemplo). Asimismo, se disminuía el quórum de 3/4 a 2/3 de las Cámaras cuando el Presidente se hubiera opuesto en primera instancia al proyecto de reforma.

³⁰ Fuentes Claudio..., 47.

³¹ Para una información más detallada, véase la web de la biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

ritarios que todavía permanecían en el texto constitucional. Dicha coalición de partidos había ganado las tres elecciones presidenciales y en las parlamentarias había vencido en 1989 con el 51,4% del voto popular (obteniendo 69 Diputados de 120 y 22 senadores de 47), en 1993 con el 55,4% (logrando 70 Diputados de 120 y 21 senadores de 47), en 1997 con el 50,5% (consiguiendo 70 Diputados de 120 y 24 senadores de 47) y en 2001 con el 47,9% (recibiendo 63 Diputados de 120 y 24 senadores de 48). A pesar de que la diferencia de votos respecto a la coalición oficialista fue de entre un 15 y un 20% durante los primeros diez años (tanto en las presidenciales como en las parlamentarias),³² a la Concertación le fue imposible modificar unilateralmente cualquier LOC promulgada por y durante la dictadura, desarrollar otras nuevas sin la anuencia del oficialismo o llevar a cabo reformas constitucionales en solitario.³³ El sistema electoral binominal, los altos quórum y un Senado que se erigía en Cámara de bloqueo del oficialismo gracias a los senadores designados, hizo que dicha coalición de partidos nunca pudiera llegar a obtener a la vez los 68 diputados y 27 senadores que se requerían para alterar las LOC o los 3/5 (72 diputados y 28 senadores) que se precisaban para reformar tanto la ley electoral como la mayor parte de la Constitución o los 2/3 (80 diputados y 31 senadores) que se necesitaban para modificar el capítulo de la Constitución sobre las “Bases de la Institucionalidad”. Además, a lo anterior debe añadirse que, durante esa época, una parte nada desdeñable de la interpretación de las leyes siguió en manos de jueces nombrados directamente por la dictadura. Un ejemplo de ello es la Corte Suprema, donde 14 de sus 17 miembros habían sido seleccionados por

³² El apoyo a la coalición de partidos oficialistas fue del 34% en 1989, el 36% en 1993, el 36% en 1997 y el 44% en 2001.

³³ Boeninger, Edgardo, “Políticas públicas en democracia: institucionalidad y experiencia chilena 1990-2006”, *Revista Estudios Internacionales*, no. 159 (2007): 179,182

Pinochet el mismo año en que abandonó el poder, no siendo hasta 1997 que el Gobierno de Frei pudo pactar con el oficialismo no su remoción, sino simplemente la ampliación a 21 miembros para disminuir su influencia.³⁴

En suma, como las reformas de 1989 simplemente habían extirpado los elementos más inaceptables de la Constitución de 1980,³⁵ su puesta en práctica no hizo más que evidenciar lo ya advertido por el Grupo de los 24 en el Memorándum de 1981. A saber, que el sistema político contramayoritario desarrollado en esa Carta Magna poseía un vicio de origen que lo convertía en una especie de chantaje. Como el texto constitucional original, su reforma, las LOC y las leyes de quórum calificado habían sido realizadas unilateralmente por el régimen hasta 1990, y como la coalición oficialista estaba en consonancia ideológica con ello, la combinación del sistema electoral binominal con los altos quóruns hacía que cualquier alteración estructural del orden político-social no solo debiera negociarse con estos últimos, sino que fuera perentorio aceptar sus términos y condiciones si se quería acabar promulgándolas. Por tanto, durante quince años, aunque las leyes se hicieron o modificaron bajo mayoría parlamentaria y Presidencia de la Concertación, estas no pudieron desviarse demasiado de los postulados del oficialismo so pena de no llegar a existir.³⁶

Pasemos a las reformas de 2005. Si bien es cierto que Ricardo Lagos asumió la presidencia el 11 de marzo del 2000 reiterando el tradicional compromiso de la Concertación con la eliminación de los enclaves autoritarios de la Carta Magna, hay que recordar que su mandato fue especialmente propicio para ello. El 3 de marzo de ese mismo año Pinochet

³⁴ Arriaga Genaro, op cit, 61; Fuentes Claudio, op cit, 48.

³⁵ Ortiz de Zárate, Verónica, op. cit. pp. 131-155.

³⁶ Fuentes, Claudio, op. cit. pp. 1-32.

había sido extraditado a Chile desde Londres, con Joaquín Lavín como candidato presidencial el oficialismo había estado a solo 187.000 votos de instalarse en La Moneda con un discurso más moderado en el que había manifestado la posibilidad de realizar algunas reformas políticas y, además, se estaba produciendo un modesto alejamiento entre dicho oficialismo y los militares al descubrirse las cuentas secretas que el General tenían en el extranjero.³⁷ El recién electo presidente Lagos aprovechó la coyuntura para proponer una reforma integral de la Constitución que se inició en la Comisión de Constitución del Senado en julio del 2000. Aunque los tres informes de comisión y las 107 indicaciones de los diputados durante el proceso nos advierten que mientras la Concertación deseaba enmendar totalmente el texto constitucional al considerar la democracia limitada algo nocivo y el oficialismo quería solo perfeccionarla,³⁸ finalmente se pudo llegar a un acuerdo cuya definitiva promulgación se realizaría en 2005.³⁹

La ley 20.050/2005 estableció cincuenta y ocho enmiendas a la Carta Magna, estando ya el contenido de muchas de ellas expuesto en los documentos del grupo de los 24 entre 1981 y 1983.⁴⁰ Las más destacadas fueron las que siguen. Para aumentar la representatividad del Senado y suprimir la

³⁷ *Historia de la Ley 20.050*, Biblioteca del Congreso Nacional.

³⁸ Fuentes, Claudio, “Prólogo”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010, 13.

³⁹ Nogueira, Humberto, “La evolución político-constitucional de Chile 1976 a 2005”. *Estudios constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 2 (2008):325-370.

Claudio Fuentes. “Debate constitucional en Chile: entre la reforma y la refundación”. Acceso 05 de septiembre de 2013 <https://cl.boell.org/es/2013/09/06/debate-constitucional-en-chile-entre-la-reforma-y-la-refundacion>

⁴⁰ Zúñiga, Francisco, op. cit., pp. 511-515.

presencia de las Fuerzas Armadas, se eliminaron los senadores designados y vitalicios. Con el objetivo de garantizar la subordinación del orden militar al civil, se le otorgó al Presidente la facultad de remover a los Comandantes en Jefe, el Consejo de Seguridad Nacional se convirtió en un órgano meramente consultivo donde el poder civil ostentaba la mayoría y, por último, las Fuerzas Armadas pasaron a estar sometidas al orden constitucional dejando de ser las únicas garantes de la institucionalidad. Para que el Tribunal Constitucional lograra autonomía se eliminó la participación del Consejo de Seguridad Nacional en la elección de sus diez miembros, a la par que se distribuyó entre los tres poderes del Estado (tres seleccionaba el Ejecutivo, cuatro, el Legislativo y tres, el Judicial), así como sus funciones se ampliaron tanto a la revisión de normas legales vigente a través del recurso de inaplicabilidad como a la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales. Para fortalecer los mecanismos de control político del Congreso se introdujeron las interpelaciones a los Ministros de Estado, la obligación de estos de concurrir a las sesiones especiales y la posibilidad de crear comisiones de investigación con el voto favorable de 3/5 de los diputados en ejercicio. Con el propósito de que las autoridades públicas tuvieran la obligación de informar de sus acciones al ciudadano, se incorporaron los principios de publicidad, transparencia y probidad. Para permitir que una futura modificación de la ley electoral tuviera un amplio abanico de posibilidades, se eliminó la referencia al binominalismo del texto constitucional, quedando este únicamente fijado en la LOC sobre votaciones. Y, por último, con el propósito de suprimir todo rastro del régimen militar de la Constitución, la rúbrica final del texto ya no fue de Pinochet sino del presidente Ricardo Lagos.

La profundidad de las reformas, el sentido de las mismas

y que se habían realizado gracias a un amplio consenso político hizo que la Constitución de 2005 se viera, al menos en un primer momento, como el punto de inflexión que marcaba el final de la transición hacia la democracia, el inicio de una lógica partidista que superaba la dicotomía oficialismo-oposición y el principio de un mito refundacional. Seguramente por ello, el presidente Lagos, después de rubricar el texto constitucional afirmaría que:

Chile cuenta desde hoy con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido, desde donde seguir perfeccionando nuestra democracia [...] Chile merecía y merece una Constitución democrática, de acuerdo a los actuales estándares internacionales de la democracia en el mundo, y eso es lo que el Congreso Pleno ha aprobado hace algunos días y que hoy hemos procedido a firmar⁴¹

3. DEL REFORMISMO AL REEMPLAZO CONSTITUCIONAL (2006-2020)

Quizá porque la reforma de 2005 fue muy amplia, la primera discusión giró entorno a la posibilidad de que se estuviera delante de un nuevo texto constitucional, lo cual, a su vez, fomentó el debate sobre cuán profunda había sido en realidad la modificación. Aunque esta eliminó muchos de los enclaves autoritarios fijados en 1980, y por eso Jorge Mario Quinzio sostuvo pocos días después de su promulgación que “en Chile ahora regía una nueva Constitución”,⁴² la mayor parte de los juristas defendió que lo considerable de la reforma no la convertía en una nueva Carta Magna porque aún se

⁴¹ “Con discurso político, Lagos firma nueva Constitución” (18 de agosto de 2005). *La Tercera*.

⁴² *La Nación* (29 de septiembre de 2005).

mantenían una pluralidad de instituciones contramayoritarias; el principio de Estado subsidiario en la parte dogmática; la preeminencia excesiva del Ejecutivo sobre el Legislativo; los quórumos casi constitucionales de 4/7 para aprobar, modificar o derogar las LOC; la doctrina de la seguridad nacional; la protección prioritaria del derecho de propiedad; el Estado centralizado; y, por último, la interpretación neoliberal de los derechos.⁴³ Además, la eliminación de la palabra binominal del texto constitucional no comportaba una alteración ni del funcionamiento del sistema político porque dicho vocablo seguía presente en la LOC que regulaba el régimen electoral, ni en las posibilidades de reformar este último, pues la disposición transitoria decimotercera fijaba que dicha materia requería un quórum de 3/5 y no de 4/7.⁴⁴

⁴³ Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre descentralización regional en Chile: diagnóstico y prospectiva de los gobiernos regionales en Chile”. En *Reforma política en Chile Desafíos y Tareas pendientes*, ed. Por Carmen Mendoza Figueroa Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes, 2009, 49-93. José Francisco García, “Subsidiariedad y derechos económicos, sociales y culturales”, *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. Por Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Boll Stiftung, 2010, 244-263. Francisco Zúñiga, *Nueva constitución: reforma y poder constituyente en Chile* (Chile: UNAM, 2014). Tania Busch, “El concepto de Constitución y la incomodidad constitucional en Chile”, *Global Jurist*, n.o 12 (2012): 1-38.

⁴⁴ Sobre la cuestión, el problema era que “la Concertación quería eliminar el sistema binominal y la derecha quería mantenerlo. Como la derecha tenía (y tiene) veto, el sistema binominal no puede ser modificado [...] Pero ¿Por qué razón la derecha aceptaría renunciar a su veto, o debilitar la posibilidad de usarlo en el futuro? La respuesta es: ninguna [...] la oferta de la derecha fue mantener el sistema binominal y mantener su veto sobre él, pero esconderlo en una ley orgánica constitucional y sacarlo de la constitución” (Atria *et al.*, 2017: 58-59).

Por todo ello, en 2006 Ruiz-Tagle⁴⁵ popularizó el término “Constitución gatopardo”, porque

a pesar de todos los cambios que se le han hecho, permanece igual en sus rasgos dogmáticos principales y en sus principios neoliberales y autoritarios. Este rasgo “gatopardo” hace que la Constitución vigente sea la más reformada en la historia de Chile, y al mismo tiempo la más deficitaria en cuanto a su carácter democrático.

La constatación de que la reforma de 2005 no había conseguido modificar el núcleo central de la Constitución de 1980, la lógica misma del sistema político o bien las posibilidades de alterar el régimen electoral, tuvo, como mínimo, cuatro consecuencias entre los juristas y los políticos de centro-izquierda e izquierda extraparlamentaria.⁴⁶ Primero, se fue extendiendo entre ellos el argumento de que la reforma había fracasado porque la Constitución decantaba el terreno de juego político a favor del oficialismo, haciendo imposible que quienes deseaban enmendarla pudieran hacerlo sin transar en todo frente a quienes únicamente querían perfeccionarla. Segundo, fueron constatando que lo anterior estaba generando una creciente frustración entre sus representantes políticos con la dinámica del sistema y un alejamiento-desconfianza de los ciudadanos hacia las instituciones, los políticos y los partidos. Tercero, aunque en menor medida, también fue siendo un lugar común afirmar que, al gestarse la

⁴⁵ Ruiz-Tagle, Pablo y Renato Cristi, *La República en Chile. Teoría del constitucionalismo republicano*, (Santiago Chile: LOM, 2006).

⁴⁶ Mientras el vocablo centro-izquierda lo utilizamos para designar a los partidos insertos en la coalición de la Concertación, el concepto izquierda extraparlamentaria lo usamos para referirnos, esencialmente, a la coalición “Juntos Podemos Más”, que a pesar de obtener el 7,4% de los votos en las elecciones parlamentarias de 2005 no consiguió ningún diputado.

reforma en un Congreso elegido bajo el sistema binominal y promulgarse sin plebiscito ratificatorio, se había excluido del proceso a una parte significativa de los chilenos y el resultado no comportaba una relegitimación de origen de la Carta Magna porque no venía avalado por la soberanía popular. Y cuarto, a la par que en 2006 se estaban desarrollando movilizaciones estudiantiles con el objetivo de transformar el sistema educativo, tanto los partidos de centro-izquierda como de izquierda extraparlamentaria se embarcaron en un proceso interno de discusión sobre la necesidad de una nueva Constitución, el mecanismo idóneo para lograrlo y el contenido que esta debía poseer. Debate que se visualizaría en unas elecciones presidenciales de 2010 donde, aunque por primera vez en veinte años acabó venciendo el centroderecha oficialista con Sebastián Piñera como candidato, los tres candidatos de izquierdas abogaron por un cambio constitucional⁴⁷. Según Claudio Fuentes, eso sucedió porque

a partir del año 2006, la misma élite política se abre no solo a incluir nuevos temas [...] sino a cuestionarse sustantivamente sobre la naturaleza de la Carta. Un importante sector de la élite concertacionista se convence que se requiere sentar las bases de un nuevo arreglo constitucional. El giro, parte de tener que ver con la percepción de la élite de una fuerte brecha entre ciudadanos y clase política; la disconformidad con lo acotado de la reforma de 2005; y la insatisfacción frente al funcionamiento de las instituciones representativas.⁴⁸

Entre 2005 y 2010 el debate sobre la Constitución se desarrolló esencialmente en el interior de la Academia y en-

⁴⁷ Fuentes, Claudio, 2014^a. Christian Viera, “Las bases de la institucionalidad del Estado”, ed. por Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y C. Viera. *La constitución chilena*. (Santiago de Chile: Derecho en Democracia, 2015), 35-56.

⁴⁸ Fuentes, Claudio, op.cit.,

tre las élites políticas de izquierdas, no siendo hasta 2011 cuando se extendería a los movimientos sociales y en 2013 cuando empezaría a impactar en el debate político general, en la regulación del sistema electoral y en el contenido de la discusión universitaria. Así pues, de 2011 en adelante, se fue dando una paulatina convergencia de todos los actores sociales, políticos e institucionales alrededor de la Constitución que conducirá a la sociedad chilena a un “proceso de discusión sobre sí misma, sobre sus rasgos característicos, sobre sus acuerdos básicos y sobre la manera en que se concibe como soberana de su propio destino”.⁴⁹

Las movilizaciones de 2011 fueron diferentes a las de 2006. En ellas ya no se culpó únicamente a los partidos y los representantes políticos de no querer atender las demandas sociales sectoriales (gratuidad de la educación o nacionalización del cobre, por ejemplo), sino que también se empezó a vincular la imposibilidad de llevarlas a cabo con un modelo económico y una estructura político-institucional insertas en un texto constitucional que se había revelado como irreformable en su núcleo esencial. A su parecer, frente a esa imposibilidad la única alternativa era la creación de una asamblea constituyente que pusiera fin a la Constitución de 1980. Por ello, en las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2013 realizaron una campaña titulada *marcatuvoto* con el objetivo de que los electores favorables a esa solución escribieran “AC” al lado del candidato escogido.⁵⁰

Paralelamente, mientras en dicha elección presidencial se hizo patente la crisis institucional y de representación política al terminar con un 58% de abstención, las encuestas del PNUD⁵¹ entre 2010 y 2016 revelan una conexión entre el

⁴⁹ Desarrollo Humano en Chile. *Los tiempos de la politización* (2015). PNUD, 29.

⁵⁰ Jaraquemada, Jorge y Hector Mery, “Ruptura o constitucionalidad institucional ¿Necesita Chile una asamblea constituyente?”, *Anuario de Derecho Público*, n.o 1 (2013): 36-59.

⁵¹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

porcentaje de chilenos descontentos y quienes consideran a la Constitución como parte del problema. Según aquéllas, en dicho periodo más de un 60% consideraba que el Congreso no representaba los intereses de las personas, entre un 60 y 90% afirmaba desconfiar del Congreso, los partidos políticos y el Gobierno,⁵² un 65,7% consideraba que la Constitución necesitaba cambios profundos, un 72,2% que era muy importante transitar hacia una nueva Carta Magna (un 19,9% porque se había originado en dictadura, un 29,7% porque su contenido no servía y un 28,3% por ambas razones) y un 89% que cualquier cambio constitucional debería ser votado por la ciudadanía.⁵³ Seguramente por ello, Alfredo Joignant afirmará que:

algo muy relevante debe efectivamente haber sucedido en las creencias y en la cultura de los chilenos para que en 2013 se vean con claridad los cerrojos antidemocráticos de la Constitución de 1980 y se reivindique públicamente la idea-cuco de asamblea constituyente⁵⁴

Finalmente se había conseguido trasladar desde la élite político-académica de izquierdas a los movimientos sociales, y de estos a una parte significativa de la sociedad chilena, que el problema institucional y de representatividad del

⁵² El grado de confianza en el Congreso era del 28% en 2010, el 15% en 2012 y del 8%, en 2016. La confianza en los partidos políticos fue del 15% en 2010, el 9%, en 2012 y el 5%, en 2016. Y la confianza en el Gobierno fue del 42% en 2010, el 24% en 2012 y el 13% en 2016. Cf. Auditoria a la democracia, septiembre-octubre 2010, PNUD; Auditoria a la democracia, noviembre 2012, PNUD; Auditoria a la democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo, 9 de septiembre de 2016, PNUD.

⁵³ Auditoria a la democracia. Más y mejor democracia para un Chile inclusivo, 22 de enero de 2015, PNUD; *Opinión ciudadana y cambio constitucional. Análisis desde la opinión pública* (2015), PNUD 1, pp. 1-90.

⁵⁴ *La segunda*, 28 de octubre de 2013.

sistema traía causa de un marco constitucional que era un muro infranqueable diseñado para impedir las transformaciones económicas, sociales, políticas e institucionales que se demandaban⁵⁵. Es en ese contexto donde adquirió gran importancia la segunda vuelta de las elecciones presidenciales de 2013. Ese fue el momento en que el centroderecha oficialista se vio conminado a consensuar una postura sobre el cambio constitucional y defenderla públicamente. Mientras Michelle Bachelet hizo suya la posición casi unánime de la izquierda y afirmó que la solución era redactar una nueva Constitución que convirtiera a Chile en un Estado social y democrático de Derecho,⁵⁶ el centroderecha oficialista congregado alrededor de la candidatura de Evelyn Matthei abogó por seguir mejorando la Carta Magna a través de realizar modificaciones puntuales a un sistema político-institucional que según ellos se había revelado como garante de la estabilidad política y del crecimiento económico.⁵⁷

Un posicionamiento perfeccionista este segundo que se venía practicando desde 1989 y que seguiría marcando la agenda política e institucional chilena durante los dos años siguientes. Primero porque en 2014 y con Piñera como Presidente saliente, se realizó una reforma constitucional que eliminó el guarismo de 120 Diputados del artículo 47, permitiendo que una futura modificación de la LOC relativa al sistema electoral no tuviera dicha limitación. Y segundo porque, en 2015, siendo ya Michelle Bachelet presidenta y ostentando la coalición de centro-izquierda mayoría absoluta en ambas

⁵⁵ Cea Egaña, José Luis, “Notas sobre el proceso constituyente de Chile”, *Humanitas: revista de antropología y cultura cristiana*, n.o79 (2015): 498-511.

⁵⁶ Rubano Lapasta, Mariela y Castellón Venegas, Hugo, “Propuestas de cambios a nuestra democracia representativa”, *Revista de Derecho Público* n.o72 (2012): 249-263.

⁵⁷ Peralta, C., “¿Constitución al estilo chileno? Perspectivas constitucionales para el 2015”. *Documento de trabajo ICSO*, 16, 1-11, 2015..

Cámaras, se consiguió reformar ese sistema electoral transitando de uno binominal a otro proporcional e inclusivo.⁵⁸ Ahora bien, pese a lo anterior, que a la presidenta Bachelet y a la coalición de izquierdas le fuera imposible desarrollar su programa de gobierno sin el apoyo de la oposición cuando la primera había obtenido el 62% de los votos y los segundos el 48% en el Congreso (67 Diputados de 120) y el 50% en el Senado (21 de 38 senadores), no hizo más que ahondar en la percepción popular que la Constitución erigía un sistema político-institucional que impedía el normal funcionamiento de la democracia.⁵⁹ Siendo durante su presidencia (2014-2018) que se producirían tres acontecimientos que ayudarían a hacer virar la agenda político-institucional desde el perfeccionamiento constitucional al cambio constitucional.

El primero fue el florecimiento, sobre todo entre 2015 y 2017, de un debate académico sin precedentes alrededor de la Constitución. A diferencia de épocas anteriores donde la discusión se circunscribía con mayor profusión a los ambientes progresistas, ahora no solo se ampliaría de manera que encontraremos una extensa literatura de parte, sino que además se generaron conversatorios cuyo objetivo era confrontar todos los puntos de vista existentes. El resultado fue

⁵⁸ La reforma aumentaba la cantidad de diputados de 120 a 155, disminuía los distritos de 60 a 28, los Senadores pasaban de 38 a 50, se fijaba una sola circunscripción senatorial por región y en las candidaturas ningún sexo podía representar menos del 40%. Aun así, la mitad de los senadores ya electos bajo el sistema binominal seguirían siéndolo hasta 2022 y en cinco circunscripciones senatoriales solo se podrían elegir a dos senadores, de manera que el binominalismo continuaba existiendo, aunque ciertamente en mucha menor medida. Cf. Reformas políticas en Chile 2014-2016. Análisis y evaluación de las modificaciones al sistema político chileno durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet (2017), Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

⁵⁹ Viera, Christian, “El proceso legislativo en el Congreso Nacional”, 213-14.wek

la publicación de una multiplicidad de obras que se centran en analizar, esencialmente, cuán imprescindible era una nueva Constitución para desarrollar las políticas públicas que algunos demandaban, cuál era la mejor fórmula de reemplazo constitucional, qué elementos de la actual Carta Magna debían mantenerse, cuáles desaparecer y cuáles incorporar a un nuevo texto constitucional.⁶⁰

El segundo acontecimiento fue la redacción de un proyecto de nueva Constitución a través de un proceso democrático, institucional y participativo iniciado por la presidenta Bachelet en octubre de 2015, que constó de tres fases. Una primera en 2016 donde se invitó a la ciudadanía a deliberar sobre asuntos constitucionales a través de consultas individuales, encuentros locales autoconvocados y cabildos tanto provinciales como regionales. Una segunda en 2017, que consistió en sistematizar lo anterior y crear un documento llamado *Bases ciudadanas para la nueva Constitución* con el objetivo de guiar la posterior redacción. Y una tercera, que se encargó de materializarlo, presentándose el proyecto de Carta Magna ante el Congreso Nacional el 6 de marzo de 2018, es decir, cuando a Bachelet le quedaban solo cinco días para terminar su mandato porque Piñera había vuelto a ganar las elecciones presidenciales con el 54% de los votos.⁶¹ Aunque el texto constitucional resultante no llegó a consensuadas discutirse, según Francisco Soto, Salvador Millaleo y Constanza Ihnen, la importancia del proceso fue que éste ya no buscaba “soluciones entre la élite y acuerdos

⁶⁰ Un breve compendio bibliográfico es el que sigue. (Zúñiga, 2014) (Chia y Quezada, 2014) (Zapata, 2015) (Muñoz, 2015) (Sierra, 2015) (VV. AA, 2015) (Negretto, 2015) (Fuentes y Joignant, 2015) (VV. AA, 2015b) (Sierra, 2016) (VV. AA, 2016) (Bustamante y Sazo, 2016) (Arriagada et al., 2017).

⁶¹ Soto, Francisco y Yanina Welp, *Los “diálogos ciudadanos”*. Chile ante el giro deliberativo. (Santiago de Chile: LOM, 2017).

“en la medida de lo posible”, sino que el objetivo es articular una nueva constitución que represente y satisfaga las nuevas necesidades que demanda la sociedad chilena contemporánea”.⁶²

Y el tercer y último acontecimiento fue que, a partir del proceso iniciado por la presidenta en 2015, el centroderecha oficialista acabó por mudar su estrategia, pasando de evitar el debate sobre el cambio constitucional y abogar únicamente por reformas mínimas, a organizarse bajo la coalición Chile Vamos y sumarse a la discusión con un documento llamado *Propuesta de la Comisión de Asuntos Constitucionales de Chile*. Un texto que, aparte de reafirmar su posición respecto a que la Constitución de 1980 y sus posteriores modificaciones habían permitido estabilidad y crecimiento económico⁶³, proponía ochenta reformas a la misma y aseveraba que de transitarse hacia una nueva Carta Magna debería hacerse dentro de los cauces institucionales que la actualmente vigente fijaba.⁶⁴

Aunque el ciclo político de 2018-2022 comenzó con una disminución de la conflictividad entorno a la cuestión constitucional porque las dos Cámaras habían sido escogidas bajo el nuevo sistema electoral proporcional y el centroderecha oficialista ostentaba otra vez la presidencia con Piñera, en octubre de 2019 se produciría un gran estallido social. Las iniciales protestas por el encarecimiento de la tarifa del metro en Santiago rápidamente derivaron en manifestaciones y

⁶² Soto, Francisco, Salvador Millaleo y Constanza Ihnen, op cit.

⁶³ Fernandois, Joaquin, 10 de mayo de 2016, El mercurio.com-Blogs, <https://www.elmercurio.com/blogs/2016/05/10/41624/Danza-constitucional.aspx>

⁶⁴ Heiss, Claudia, “Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile”. En *Democracia y proceso constituyente*, ed. Por Revista *Anales*. Santiago Chile: Universidad de Chile, 2016, 111-125.

disturbios diarios. Al creciente apoyo popular se le sumaron diversos movimientos sociales, cabildos abiertos autoconvocados y una pluralidad de partidos de la oposición que empezaron a criticar de manera simultánea el alto coste de la vida, las bajas pensiones, la falta de una educación pública y de calidad, la ausencia de garantías para recibir unos servicios de salud adecuados o la privatización de los recursos naturales del país. Problemas sectoriales todos ellos que, al parecer de los manifestantes, y siguiendo la idea fuerza repetida con perseverancia por una multiplicidad de actores político-sociales desde 2006, eran causados por el marco constitucional vigente y únicamente podían solucionarse aprobando una nueva Carta Magna.⁶⁵

La manifestación del 25 de octubre que congregó a más de un millón de personas en Santiago, el anuncio de la Asociación Chilena de Municipalidades (integrada por 330 de las 345 existentes en el país) convocando a la ciudadanía a una consulta popular sobre si debería elaborarse un nuevo texto constitucional y declaraciones de cargos institucionales abogando por un proceso constituyente como único mecanismo para solucionar el descontento social⁶⁶, hicieron que el Gobierno de Piñera propusiera redactar una nueva Constitución a través del Congreso Nacional existente que finaliza-

⁶⁵ Güell, Pedro, “Estallido social en Chile: piezas para un rompecabezas”, *Mensaje* n.o 685 (2019): 8-13. Roberto Pizarro Hofer, “Chile: rebelión contra el Estado subsidiario”, *El trimestre económico* n.o 346 (2020): 333-365. Zazo-Moratalla, Ana, “Editorial: Chile despertó y se auto-organizó”, *Urbano* n.o40 (2019): 4-9.

⁶⁶ Una de ellas fue el Vocero de la Corte Suprema, que afirmaría “Yo creo que a estas alturas sí, y digo que a estas alturas sí porque el clamor de la ciudadanía es tan grande que deberíamos abocarnos a eso. A lo mejor tenemos una constitución relativamente parecida, pero no importa, estamos haciendo la revisión de acuerdo con el clamor ciudadano”. Cf. <https://www.infogate.cl/2019/10/30/corte-suprema-tambien-se-inclina-a-favor-de-una-nueva-constitucion/>

ra con un plebiscito ratificatorio. La negativa de los catorce partidos de la oposición a tal fórmula y su inclinación por una asamblea constituyente dio paso a unas negociaciones que se cerraron con un acuerdo transversal entre Gobierno y Congreso llamado *Acuerdo por la paz social y la Nueva Constitución*. En dicho acuerdo se pactó reformar la Carta Magna para que pudiera convocarse un plebiscito nacional sin sufragio obligatorio en abril de 2020 (aplazado al 25 de octubre por la Covid) con dos preguntas. Primera, ¿quiere usted una Nueva Constitución?, siendo las respuestas posibles apruebo o rechazo. Y segunda, ¿qué tipo de órgano debiera redactar la Nueva Constitución?, teniendo como opciones una convención mixta constitucional integrada en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios en ejercicio o una convención constitucional formada exclusivamente por miembros elegidos popularmente.⁶⁷

La victoria tanto del apruebo con un 78,27% como de la opción convención constitucional con un 78,99% ha comportado que se inicie el procedimiento incorporado a la Carta Magna en 2019 (Art. 130 a 142). Primero, el Presidente deberá convocar elecciones para elegir a los 155 miembros de un órgano que pasará a llamarse convención constituyente, pues su único cometido será redactar el nuevo texto constitucional y no podrá ejercer ninguna otra función o atribución. Posteriormente, los miembros electos escogerán un Presidente y un Vicepresidente por mayoría absoluta, aprobarán el reglamento de votación por un quórum de 2/3, redactarán el nuevo texto constitucional en el plazo máximo de nueve meses (prorrogable solo una vez por tres meses) y su contenido únicamente deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y los tratados internacionales ratificados por

⁶⁷ <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/plebiscito2020>

Chile que se encuentren vigentes. Finalmente, una vez aprobadas las normas del texto constitucional por 2/3, la Convención se disolverá y se realizará un plebiscito ratificatorio con voto obligatorio donde se preguntará ¿Aprueba usted el texto de Nueva Constitución propuesto por la Convención Constitucional?, siendo las respuestas posibles apruebo o rechazo.

4. EL PORQUÉ DE LA TRANSICIÓN FALLIDA

Toda conflictividad político-social posee un núcleo irradiador central desde el cual comprender el espíritu esencial del malestar y, por tanto, el origen último del problema. En Chile, ese *zeitgeist* se encuentra en tres generaciones que se perciben a sí mismas como luchadoras históricas por la emancipación popular. Me refiero a los nacidos alrededor de 1950 que votaron por Allende y vieron sus esperanzas frustradas tras el golpe de Estado militar. A los nacidos en los contornos de 1975 que, unidos a los anteriores, vencieron a Pinochet en un plebiscito y votaron tanto a la Concertación como a la Nueva Mayoría durante treinta años sin que las políticas públicas insertas en sus programas electorales pudieran desarrollarse plenamente a pesar de ostentar el poder durante veinticuatro años y derrotar con una diferencia de entre el 15 y el 20% a sus rivales durante los primeros diez. Y, por último, a los nacidos cerca del año 2000 que se identifican con la izquierda y que, si bien no poseían todavía el derecho de sufragio en 2013, empezaban a participar en movimientos sociales o estudiantiles comprobando sucesivamente que tras los comicios de ese año en los que vencieron opciones progresistas por un margen de un 20% en las presidenciales y un 12% tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, no pudieron tampoco desarrollarse con

profusión las políticas públicas deseadas. Así pues, el sujeto político prototípico del núcleo irradiador del descontento en Chile es una persona de izquierdas que ha visto como desde 1990 han triunfado opciones afines en la mayoría de elecciones pero que ello no se ha traducido con el mismo grado de profundidad en cambios legales o políticas públicas acordes a sus postulados ideológicos.

Una vez advertido alrededor de quien se articula con mayor profusión y persistencia el malestar que desde los años setenta va generando una creciente conflictividad político-social, y una vez percibido que el motivo de lo anterior sería una limitación de las posibilidades de convertir los deseos de la mayoría en políticas públicas efectivas, la cuestión a resolver es si eso trae realmente causa del marco constitucional fijado en 1980 y ampliamente reformado a partir de 1990. En relación a ello, algunos académicos como Arturo Fermandois⁶⁸ consideran que la Carta Magna permite el libre juego democrático, que el descontento político-social radica exclusivamente en una mala configuración del vínculo representativo porque “si los parlamentarios no representan a la gente, aquello es problema del sistema electoral y ese es otro debate” y que se estaría promoviendo una nueva Constitución solo por “una razón de afectos [...], pero no una razón técnica”. Por el contrario, otros juristas opinan que tanto el malestar como la conflictividad que han derivado en un plebiscito son consecuencia de la Constitución vigente en su globalidad porque desarrolla una interpretación neoliberal de los derechos económico-sociales, posee una ilegitimidad de origen al gestarse en y por la dictadura y consagra una

⁶⁸ Fermandois, Arturo, “De efectos y razones en el debate constitucional”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, ed. por Claudio Fuentes, Santiago Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010, 163-191.

democracia deficitaria por limitada.⁶⁹

A nuestro parecer, los constantes pero infructuosos intentos de las coaliciones de izquierdas de modificar los elementos nucleares del marco constitucional impide que sean descritos como representantes políticos ajenos a la voluntad de sus electores,⁷⁰ la no justiciabilidad de algunos derechos no evita que estos puedan ser desarrollados y la ilegitimidad de origen no comporta indefectiblemente ilegitimidad de ejercicio (piénsese, por ejemplo, en Alemania o Japón).⁷¹ Por ello, creemos que la aplicación sostenida en el tiempo de una democracia limitada sería la razón fundamental del fracaso de la transición chilena. Pero ni siquiera todos los elementos que se le atribuyen formarían parte de ese núcleo esencial generador del descontento. Es decir, no consideramos que la transición haya fracasado porque en la Constitución de 1980 se fijara un sistema hiperpresidencialista, unos órganos contramayoritarios no electivos (Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Tribunal Calificador de Elecciones, Poder Judicial, Consejo de Seguridad Nacional y Banco Central), unas Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad o unos altos quórum de reforma constitucional, entre otros. Bien es cierto que algunos de ellos son muy discutibles y forman parte de un diseño constitucional que impacta sobre el proceso democrático, pero ninguno

⁶⁹ Fernández, Mario Adolfo, *La constitución contra si misma. Precariedad de Derechos y Reforma Constitucional en Chile*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.

⁷⁰ Sobre dicha cuestión, y sin entrar en los múltiples intentos de modificar las LOC, recordar que entre Patricio Aylwin, Eduardo Frei, Ricardo Lagos y Michelle Bachelet suman veinticinco propuestas de reforma constitucional que fueron rechazadas, tuvieron que ser retiradas o se ha utilizado la táctica dilatoria de tal modo que se encuentran todavía en fase de tramitación.

⁷¹ Atria Lemaitre, Fernando, “Sobre la soberanía y lo político”, *Derecho y Humanidades* n.o12 (2006): 47-93.

constrañe de manera irremediable el ordinario poder de la mayoría, que es la principal causa del malestar de una parte de los chilenos y de sus representantes políticos. Además, algunas de esas críticas utilizan como subterfugio que dichos mecanismos fueron establecidos por la dictadura para trasladar a la ciudadanía la visión de que todos son intrínsecamente perversos y que la solución es configurar una democracia donde la mayoría tenga un poder político omnímodo. Opción esta que, en el caso de triunfar, sería la negación de la democracia constitucional porque trataría de solventar el problema histórico de una mayoría limitada negando los derechos de la minoría.

De entre los elementos que conformarían esa democracia limitada chilena, especialmente tres serían los que, al concatenarse, se elevarían a clave de bóveda del sistema de amarres, originarían tanto el malestar ciudadano como el conflicto socio-político y serían los responsables principales del fracaso de la transición. El primero es un vicio de origen, pues el texto constitucional, su reforma, las LOC, las leyes de quórum calificado y el desarrollo de una parte de la legislación ordinaria fueron producto unilateral del régimen militar hasta 1990, de manera que la democracia chilena empezó a caminar dentro de un marco regulador que llevaba insertos los postulados ideológicos que la dictadura profesaba. El segundo es el quórum de 4/7 para aprobar, modificar o derogar las LOC que permitía conservar en democracia lo anteriormente establecido por la dictadura a menos que se ostentaran unas supermayorías que son una excepción en derecho comparado.⁷² Y el tercero es un sistema electoral binominal incluido en la Constitución, desarrollado por una LOC durante la dictadura que requiere 3/5 para ser alterada y que se diseñó con el objetivo tanto de hipertrofiar a la segun-

⁷² García García, Juan Francisco, “Maximalismo e incrementalismo constitucional”, *Revista chilena de Derecho* n.º1 (2014): 267-302.

da fuerza política como de dotarla de capacidad de bloqueo. Tres elementos que solo despliegan con profusión su función limitadora de la democracia cuando actúan de manera concatenada y se entienden sus objetivos cuando se tiene en cuenta tanto el momento en que fueron concebidos como el apoyo que tuvieron las fuerzas políticas afines a la dictadura a partir de 1990.

Veamos la explicación de esto último. El sistema electoral binominal fue desarrollado por el régimen militar en 1989, una vez Pinochet había perdido el plebiscito, con unos resultados electorales que les otorgaban una media del 43% de apoyo popular a nivel nacional y más del 45% en cinco regiones, siendo conscientes de que era muy probable que tras las primeras elecciones democráticas tuvieran que abandonar el gobierno y sabiendo que el sistema electoral que iban a promulgar requeriría de una supermayoría de 3/5 para alterarlo. Teniendo en cuenta esta realidad, no es de extrañar que dicho sistema estuviera diseñado para que la primera fuerza política solo obtuviera los dos escaños si conseguía más del 66,6% de los votos en la circunscripción.⁷³ Tampoco resulta sorprendente que en 1989 el propio régimen aceptara disminuir el quórum de las LOC únicamente de 3/5 a 4/7, pues teniendo en cuenta el sistema electoral promulgado y el apoyo popular obtenido durante el plebiscito, esa modificación hacía que el sistema pareciera más democrático pero que, a la vez, la Concertación siguiera necesitando obtener el 66,6% de votos en la mayoría de circunscripciones y que esos votos se convirtieran en el 57% de escaños en el Congreso y el 71% en el Senado⁷⁴ para poder aprobar,

⁷³ Eso comportaba, a contrario sensu, que la segunda fuerza política únicamente debiera obtener el 33,3% de los votos para adjudicarse el segundo escaño.

⁷⁴ Ese porcentaje sale de descontar al cómputo global los nueve senadores designados, pues como ya hemos afirmado anteriormente, durante

modificar o derogar una LOC. Menos aún debe extrañarnos que la Junta Militar cediera el Gobierno a la Concertación pacíficamente en 1990, dado que estaba convencida de que las bases del ordenamiento jurídico por ella creado no iban a ser alteradas sin su consentimiento. Y eso es así por una sencilla razón, creían, como así sucedió, que el apoyo popular obtenido durante el plebiscito se trasladaría de forma más o menos estable y duradera a su coalición oficialista en las futuras elecciones, y que dicho porcentaje de votos (alrededor del 43%) les daba un amplio margen para, combinado con un sistema electoral binominal donde solo se necesitaba el 33,3% para obtener uno de los dos escaños y unos altos quórum que obligaban a ostentar el 57% en el Congreso y el 71% en el Senado para tener mayoría⁷⁵, convertirse en minoría de bloqueo, haciendo que cualquier alteración estructural del orden político-social no solo debiera negociarse con ellos, sino que fuera perentorio aceptar sus términos y condiciones para que se pudiera promulgar. Y, por último, tampoco causa sorpresa que en 2005 la coalición oficialista se aviniera a eliminar de la Constitución el término binominalismo, pues éste seguiría inserto en una LOC que requería 3/5 para su alteración.

Gracias a ese terreno de juego viciado por la concatenación de esos tres elementos, una minoría social (sin duda amplia) que comulgaba con los postulados ideológicos del régimen militar se ha perpetuado como minoría política de bloqueo, viéndose obligada únicamente a transigir cuando se ha alterado gravemente la paz social. En base a ello, es posible afirmar que el marco constitucional ha mantenido subrepticamente el eje de las decisiones políticas funda-

quince años fueron mayoritariamente escogidos de entre personas que no podían más que ser afines al régimen militar.

⁷⁵ El 71% únicamente sirve hasta 2005, momento en que fueron eliminados los senadores designados.

mentales en manos de quienes respaldan los principios que el régimen fijó entre 1980 y 1990. Por eso, Christian Suárez Crothers⁷⁶ habla de la Constitución Chilena como una celda, pues es:

un tipo de Constitución cuyo principio no es democrático y que, bajo la apariencia del cumplimiento de los procedimientos propios de una Constitución democrática, permite a quienes mantienen la solidaridad con la constitución impuesta a una sociedad que se democratiza, mediante el uso desproporcionado de mecanismos contra-mayoritarios, limitar el espacio propio del ejercicio de la política y del derecho

Y por ello Claudia Heiss⁷⁷ asegura que el problema de la transición chilena es una Constitución en la que:

el sistema se caracteriza por imponer puntos de veto establecidos por la fuerza de las armas durante la dictadura y requerir la venia de sus herederos para reformar aspectos sustantivos. No es una rigidez consociativa y democrática, sino un sistema que quiere hacer pasar por consenso lo que no es otra cosa que imposición forzada, sostenida en el tiempo por dispositivos diseñados para mantener el *statu quo*.

O por la misma cuestión Claudio⁷⁸ afirma que, a diferencia de otras experiencias comparadas

⁷⁶ Suárez Crothers, Christian, “La constitución celda o “straightjacket constitution” y la dogmática constitucional”, *Universum*, n.o 24 (2009): 248-271.

⁷⁷ Heiss, Soberanía popular y “momento constituyente”..., 114.

⁷⁸ Nash Rojas, Claudio, “Las deudas de la transición chilena en materia de derechos humanos. Un debate incómodo”, *Revista Anales*, Séptima Serie n.o 15 (2018): 139-162.

la transición chilena no se funda en la caída de la dictadura sino en una derrota electoral, pero dentro de la propia institucionalidad diseñada por el régimen cívico-militar. Esto trajo como consecuencia que no se desarrollara una transición *pactada*, como suele afirmarse, sino que una transición *condicionada*. ¿Cuál era este condicionamiento? La dictadura estaba dispuesta a dejar el gobierno, pero a condición de que el modelo fundacional que había llevado adelante durante 17 años, sin contrapeso alguno, siguiera vigente sin modificaciones estructurales.

En definitiva, por todo lo anteriormente afirmado creemos que la transición chilena no ha fracasado porque la Constitución se haya realizado durante y por la dictadura, porque en ella no existan abundantes mecanismos de participación popular, porque los representantes políticos no sean representativos, porque existan profundas desigualdades sociales, porque el diseño de los derechos económico-sociales sea deficitario o porque el procedimiento de reforma sea rígido. Ha naufragado porque el marco constitucional salido del régimen militar ha permitido que existiera una minoría política de bloqueo alineada con él que ha impedido durante veinticinco años que la mayoría social, convertida en mayoría legislativa, pudiera llevar a cabo las políticas públicas que sus postulados ideológicos, sus anhelos ciudadanos y sus programas políticos previamente establecían. Frente a esa realidad, una parte de la ciudadanía ha ido respondiendo primero mostrando su malestar con las instituciones y sus representantes políticos, de ahí el descrédito y el desapego inicial. Para luego, desde 2013 en adelante, identificar a la Constitución como una jaula de hierro que impide el normal desarrollo de una democracia plena. Es a partir del momento en que el espíritu esencial del malestar y el origen último del problema se encuentran, cuando se hacen irrelevantes las

alteraciones democratizadoras que se proponen o se promulgan, pues entonces la cronificación de lo primero fruto de la pervivencia en el tiempo de lo segundo ya ha comportado que la única solución creíble para una parte sustancial de la sociedad chilena sea la redacción de una nueva Constitución. Cuestión que se acabó sustanciando el 25 de octubre de 2020.

BIBLIOGRAFÍA

- Arriagada Herrera, Genaro, “1988-2018: treinta años de transición”, *Revista de Anales*, no 15, 2018.
- Arriagada Herrera, Genaro, Jorge Burgos, e Ignacio Walker Prieto. *Sobre derechos, deberes y poder. Una nueva Constitución para Chile*. Chile, Uqbar.
- Atria Lemaitre, Fernando, “Sobre la soberanía y lo político”, *Derecho y Humanidades* n.o12 (2006)
- Atria Lemaitre Fernando, Constanza Salgado Muñoz y Wilenmann von Bernath Javier, *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago de Chile, LOM.
- Auditoría a la Democracia. *Más y mejor democracia para un Chile inclusivo*, PNUD, 2012, 2015 y 2016
- Boeninger, Edgardo, “Políticas públicas en democracia: institucionalidad y experiencia chilena 1990-2006”. *Revista Estudios Internacionales*, n.o 159 (2007)
- Busch, Tania. “El concepto de constitución y la incomodidad constitucional en Chile”, *Global Jurist*, no12, 2012.
- Bustamante, Gonzalo y Diego Sazo, *Democracia y poder constituyente*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Cea Egaña, José Luis, “Notas sobre el proceso constituyente de Chile”. *Humanitas: revista de antropología y cultura cristiana*, no 79, 2015.

- Chia, Eduardo y Flavio Quezada, *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Santiago de Chile: Instituto de Igualdad y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014.
- “Con discurso político, Lagos firma nueva Constitución” (18 de agosto de 2005). *La Tercera*.
- Couso, Javier y Arturo Coddou, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”. *En nombre del pueblo Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Editado por Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Boll Stiftung, 2010.
- Cristi, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago de Chile: LOM, 2000.
- Cristi, Renato y Pablo Ruiz-Tagle, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad bien común y poder constituyente*. Santiago de Chile: LOM, 2014.
- Cumplido Cereceda, Francisco, “La reforma constitucional al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”. *Ius et Praxis*, n.o 1 (2003)
- Desarrollo Humano en Chile, *Los tiempos de la politización* (2015). PNUD, 29
- Fernandois, Arturo, “De efectos y razones en el debate constitucional”, *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Ed. por Claudio Fuentes. Santiago Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010.
- Blog - El Mercurio.com, <https://www.elmercurio.com/blogs/2016/05/10/41624/Danza-constitucional.aspx>
- Fernández, Mario Adolfo, *La constitución contra sí misma. Precariedad de Derechos y Reforma Constitucional en Chile*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013.

- Ferrada, Juan Carlos, “El presidente de la República en la Constitución de 1980”. En *La constitución chilena*. Editado por Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera. Santiago de Chile: Derecho en Democracia.
- Fuentes, Claudio, “La transición auto-contenida: Élite políticas y reformas constitucionales en Chile (1990-2010)”. En *XXIX Latin American Studies Association Congress* (pp. 1-32), Canadá, 2010.
- Fuentes, Claudio, “Élite, opinión pública y cambio constitucional”. En C. Fuentes (ed.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile* (pp. 45-85). Heinrich Böll Stiftung, 2010b
- Fuentes, Claudio, “Prólogo”. *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Editado por Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung.
- Fuentes, Claudio, Debate constitucional en Chile: entre la reforma y la refundación. 2013. Disponible en: <https://cutt.ly/Qfn8fST>.
- Fuentes, Claudio, “Rutas para una nueva Constitución. Mapa de actores y estrategias”. *Documento de trabajo ICSO*, 4. 2014a.
- Fuentes, Claudio, “La orientación del cambio constitucional en Chile: consensos y disensos”. *Documento de trabajo ICSO*, 14. 2014b.
- Fuentes, C., Joignant, A., *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos*. Catalonia, 2015.
- García García, José Francisco, “Subsidiariedad y derechos económicos, sociales y culturales”. *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Editado por Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Boll Stiftung, 2010.

- García García, José Francisco, “Maximalismo e incrementalismo constitucional”. *Revista chilena de Derecho* n.o1 (2014)
- Güell, Pedro, “Estallido social en Chile: piezas para un rompecabezas”. *Mensaje* n.o 685, 2019.
- Guzmán, Jaime, “El camino político”. *Revista Realidad*, n.o 7 (1979)
- Heiss, Claudia, “Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile”. En *Democracia y proceso constituyente*. Editado por Revista *Anales*. Santiago Chile, Universidad de Chile.
- Huneus, Carlos y Octavio Aveñedo, *El sistema político chileno*. LOM, Santiago de Chile, 2018.
- Jaraquemada, Jorge y Héctor Mery, “Ruptura o constitucionalidad institucional ¿Necesita Chile una asamblea constituyente?” *Anuario de Derecho Público*, n.o 1 (2013)
- Las críticas del grupo de los 24 (1981).
- Lovera, Domingo, “Derechos sociales en la constitución del 80 (y de 1989 y de 2005)”. En *nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Editado por Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung.
- Meléndez Ávila, Felipe. “La forma del Gobierno en Chile actual: un caso de presidencialismo latinoamericano equilibrado”. *Revista Republicana*, no 26, 2019.
- Morales, Mauricio, “Antecedentes comparativos político-institucionales para el debate sobre una nueva constitución en Chile”. En *nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Editado por Claudio Fuentes Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung.

- Muñoz, Fernando. *Hegemonía y nueva constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Santiago de Chile: Ediciones UACh, 2015.
- Nash Rojas, Claudio, “Las deudas de la transición chilena en materia de derechos humanos. Un debate incómodo”. *Revista Anales*, Séptima Serie no 15 (2018)
- Negretto, Gabriel, “Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada”. *Revista de ciencia política*, n.o 1 (2015)
- Nogueira, Humberto, “La evolución político-constitucional de Chile 1976 a 2005. *Estudios constitucionales*”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, no 2, 2008.
- Nogueira, Humberto, “Consideraciones sobre descentralización regional en Chile: diagnóstico y prospectiva de los gobiernos regionales en Chile”. En *Reforma política en Chile Desafíos y Tareas pendientes*. Editado por Carmen Mendoza Figueroa. Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes, 2009.
- Opinión ciudadana y cambio constitucional. Análisis desde la opinión pública*, PNUD 1, 2015.
- Ortiz de Zárate, Verónica, “Estabilidad y constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena”. En *nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Editado por Claudio Fuentes. Santiago de Chile: Heinrich Böll Stiftung, 2010.
- Peralta, C., ¿Constitución al estilo chileno? Perspectivas constitucionales para el 2015. *Documento de trabajo ICSO*, 16, 2015.
- Pizarro Hofer, Roberto, “Chile: rebelión contra el Estado subsidiario”. *El trimestre económico* n.o 346, 2020.
- Reformas políticas en Chile 2014-2016. Análisis y evaluación de las modificaciones al sistema político chileno durante el gobierno de la Presidenta Michelle*

- Bachelet* (2017), Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- Rubano Lapasta, Mariela y Hugo Castellón Venegas, “Propuestas de cambios a nuestra democracia representativa”. *Revista de Derecho Público*, no 72, 2014.
- Ruiz-Tagle, Pedro, *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*. Santiago de Chile: LOM, 2016.
- Ruiz-Tagle, Pablo y Renato Cristi, *La República en Chile. Teoría del constitucionalismo republicano*, Santiago Chile: LOM, 2006.
- Sierra, Lucas. *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 2015.
- Sierra, Lucas. *Propuestas constitucionales. La academia y el cambio constitucional en Chile*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 2016.
- Soto Barrientos, Francisco, “La eventual recepción de fórmulas de participación en Chile; particularidades y desafíos”. *Revista de Derecho Público*, no 74, 2015.
- Soto, Francisco y Yanina Welp, *Los “diálogos ciudadanos”. Chile ante el giro deliberativo*. Santiago de Chile: LOM, 2017.
- Soto, Francisco, Salvador Millaleo y Constanza Ihnen, *Educación y debate constitucional. Reflexiones sobre la deliberación pública en Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Suárez Crothers, Christian, “La constitución celda o “strai-hjacket constitution” y la dogmática constitucional”. *Universium*, no 24, 2009.
- Viera, Christian, “Las bases de la institucionalidad del Estado”. Editado por Jaime Bassa, Juan Carlos Ferranda y Christian Viera. *La constitución chilena*. Santiago de Chile: Derecho en Democracia, 2015

- Viera, Christian. El proceso legislativo en el Congreso Nacional, en Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera, *La constitución chilena*. Santiago de Chile: Derecho en Democracia, 2015.VV. AA, *Aportes para una Reforma Constitucional*, CLAPES UC, 2015.
- VV. AA, *Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y nueva constitución política*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2015.VV. AA., *Democracia y proceso constituyente*, Universidad de Chile, 2016.
- Zazo-Moratalla, Ana, “Editorial: Chile despertó, y se auto-organizó”, *Urbano* n.o40 2019.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”. *Estudios Constitucionales* no 1 (2013)
- Zúñiga, Francisco. *Nueva constitución: reforma y poder constituyente en Chile* .Chile: UNAM, 2014.
- Zapata, Patricio, *La casa de todos. La nueva constitución que Chile merece y necesita*. Santiago de Chile: Ediciones UC., 2015.

RETOS DE LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO

ISAURA JUDITH MORENO PÉREZ*

RESUMEN

El derecho humano a la privacidad, materia de análisis en el presente artículo, es reconocido en el ámbito informático en el derecho mexicano e internacional. Este trabajo es producto de una línea de investigación amplia que se realiza en la Universidad Autónoma de Baja California sobre derechos humanos, de la que derivó una investigación de tesis doctoral. En este trabajo en particular, se realiza un estudio que parte de los fenómenos sociales surgidos a través de la interconexión digital, los que presentan nuevos retos para la ciencia jurídica como la rapidez en la que evoluciona la tecnología, la ambigüedad y falta de claridad conceptual respecto del derecho a la privacidad y de aquellos derechos fundamentales que han derivado del mismo, como el derecho a protección de datos personales, así como la falta de una actualización normativa constante en materia de privacidad y tecnología. El presente trabajo de investigación tiene como objetivo examinar los desafíos a los que se enfrenta ámbito jurídico frente a las TIC y proponer orientaciones dirigidas a un replanteamiento sobre los retos que presenta en aras a un mayor alcance para las personas, en tanto que su goce y

* Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California y doctora en Derecho por el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal. Profesora de Control Constitucional en el programa de Maestría en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho Tijuana (UABC) y de Derecho Procesal Constitucional en el programa de Maestría de la Facultad de Derecho Mexicali (UABC).

disfrute depende de que el Derecho encuentre armonización con el desarrollo tecnológico.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la privacidad, derecho a la protección de datos personales, tecnología, vida privada e información.

ABSTRACT

The human right to privacy, is recognized in the international and local legal context, whose exploration, in the computer science field, will be subject to analysis in the present article. A study has been conducted, a study that stems from the social phenomena that have evolved across digital interconnection, presenting new challenges for Juridical Science such as the rapid speed at which technology evolves, the ambiguity and lack of conceptual clarity in respect to the right to privacy and all fundamental rights that derive from it, including the right to data privacy protection as well as the lack of a constant normative update on the subject of privacy and technology. Therefore, the present body of investigation has as its main objective to examine the challenges facing the Juridical environment with respect to Information Technology and propose orientation directed at the reframing of these issues with the goal of a better understanding and a larger reach for people, such that it's use and enjoyment depend on the Law finding harmony with technology and its evolution.

KEYWORDS: Right to privacy, Right to data privacy protection, Computer Science and Communication Technologies, Right to private life.

INTRODUCCIÓN

Es ineludible la necesidad de aportar ideas e integrar conocimientos sobre lo que se ha investigado y sustentado en relación al derecho a la privacidad frente a las tecnologías de la información y la comunicación. El presente exige plantear y replantear posibles soluciones que se aporten desde la academia sobre este tópico jurídico que trasciende a la vida personal y comunitaria. De esta manera, se intenta ofrecer orientaciones o recomendaciones hacia el mejoramiento de un sistema normativo, con efectividad para salvaguardar con mayor rigor la privacidad de los usuarios de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como de aquéllos que solo asuman el carácter de espectadores.

El avance de las tecnologías de la información y de la comunicación ha invadido el ámbito de la privacidad de los seres humanos, por lo que es necesario que el derecho avance también a este ritmo tecnológico. Sobre este derecho humano la sociedad exige del Derecho, que la protección de su privacidad en el uso de las nuevas tecnologías, sea garantizada, en tanto se exorbita la multitud de individuos que acuden frecuentemente al uso de estas herramientas a brindar información de carácter íntimo con pleno desconocimiento sobre las garantías que ofrece el marco normativo en caso de alguna afectación a sus derechos fundamentales, en específico, a su privacidad y a la protección de sus datos personales.

Así, a través del tiempo, emergen considerables antecedentes que sustentan el interés general de garantizar la privacidad atendiendo el contexto social, económico y político en el que se centra la defensa de una sociedad democrática frente a la evolución tecnológica. Es un hecho notorio, las injerencias a la privacidad y a la intimidad por parte de gobiernos, empresas internacionales y *hackers*, que se identi-

fica imprescindible frenar y que presenta un reto para los juristas, así como para el derecho como ciencia. Con esta convicción, se parte de la necesidad de distinguir del derecho a la privacidad, uno de los derechos de mayor vulneración en el desarrollo de los medios de comunicación informática, siendo el derecho a la protección de datos personales.

Se identifica que los usuarios de las TIC, desconocen la vulnerabilidad en la que se encuentran algunos de sus derechos. Incluso, en la doctrina jurídica existe ambigüedad sobre lo que debe entenderse por privacidad; de ahí que se torna inexcusable ofrecer argumentaciones, así como orientaciones sobre la ineludible claridad conceptual que debe imperar en torno a estos derechos fundamentales. Se estima básico, realizar acciones de difusión y para aportar ideas a la sociedad en aras de una mejor instrucción y ética informática. Esto dará lugar a una sociedad más informada, exigente y activa en los mecanismos, recursos y medios de defensa que existen para salvaguardar el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de datos personales en el campo fértil de la informática.

En esta medida, en el presente artículo se exponen algunas de las principales problemáticas que se identifican sobre el derecho a la privacidad frente a las tecnologías de la información y la comunicación. El objetivo es plantear posibles soluciones que brinden una efectiva protección al derecho humano a la privacidad en el ámbito informático y a la protección de datos personales, para superar los retos y límites de la demora o el estancamiento legal en la interacción tecnológica al prevenir la necesidad de un marco jurídico de actualización recurrente.

I. LA VELOCIDAD EN LA EVOLUCIÓN DE LAS TIC

La rapidez en la que evoluciona la tecnología ha sido considerada como uno de los principales problemas a los que se enfrenta la regulación jurídica en materia de protección del derecho a la privacidad y a la protección de datos personales. Se reconoce que las TIC, constituyen un conjunto de aplicaciones, sistemas, herramientas, técnicas y metodologías asociadas a la digitalización de señales analógicas, sonidos, textos e imágenes, manejables en tiempo real.¹ Thompson & Strickland definen las tecnologías de información y comunicación, como aquellos dispositivos, herramientas, equipos y componentes electrónicos, capaces de manipular información que soportan el desarrollo y crecimiento económico de cualquier organización.² En palabras de William Ávila, las TIC, son:

[...] el conjunto de herramientas, soportes y canales desarrollados y sustentados por las tecnologías (telecomunicaciones, informática, programas, computadores e internet) que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos, contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética a fin de mejorar la calidad de vida de las personas.³

Las tecnologías que implican un tratamiento masivo de da-

¹ E. Gil. 2002: <http://www.voc.edu/web/esplart/gil0902/htm>. (Recuperado el 09 de noviembre 2021, de <http://www.voc.edu/web/esplart/gil0902/htm>)

² Thompson & Strickland, *Administración estratégica* (México: Mac Graw Hill, 2004).

³ Darío Ávila Díaz, William, “Hacia una reflexión histórica de las TIC”, *Hallazgos*, (Colombia: 2013), vol. 10, núm. 19, enero-junio, pp. 222-223.

tos, que contienen información personal, se definen por tres elementos, que son, la velocidad, la variedad y el volumen de la información tratada, situación que resalta nuevos desafíos para garantizar los derechos humanos de los titulares de la información personal.⁴

De acuerdo con el informe global 2018, de la Comisión de la Banda Ancha para el Desarrollo Sostenible, denominado *The State of Broadband: Broadband Catalyzing Sustainable Development* es indispensable para el desarrollo de las comunidades, lograr la conectividad a la banda ancha para la población mundial. Especialmente, incrementar la conexión de aquellas que se encuentran en zonas rurales, tomando en consideración el factor de que cerca de la mitad de las personas en el mundo usan internet, sobre todo en las zonas urbanas con mayor densidad,⁵ lo que permite advertir que existe una inescindible relación entre el desarrollo social y el uso de internet ante la necesidad de implementar mecanismos para garantizar su utilización en toda localidad.

Entre las recomendaciones emitidas por la Comisión de la Banda Ancha, se encuentran: “crear un liderazgo nacional para la banda ancha; promover la formación en Internet y estimular la demanda de los consumidores y las empresas; realizar el seguimiento de la evolución de las TIC para documentar las políticas; revisar las medidas de servicio universal; fortalecer las calificaciones y la alfabetización digitales; dar apoyo a las ciberempresas y a los empresarios; adaptar los marcos legales; y reducir los impuestos y cargas sobre

⁴ Maqueo, María y Alessandra Barzizza, “Democracia, privacidad y protección de datos personales”, (2019), de <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2021/02/CDCD-41.pdf>. (Recuperado el 21 de septiembre de 2021)

⁵ Informe Estado de la Banda Ancha, 2018: Publicado en la página oficial de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/2018-PR25.aspx>

los productos y servicios de telecomunicaciones.”⁶ Por tanto, es claro que la formación en internet y la alfabetización digital resultan elementos necesarios para el cumplimiento de estos objetivos, lo que torna relevante la participación de los usuarios en internet sin la instrucción debida o la educación informática necesaria.

De la misma forma, del reporte anual 2020 de la International Telecommunication Union (ITU), agencia especializada de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y la comunicación (information and communication technologies ICTs), registra que el uso de internet continúa en crecimiento, al considerar que la tasa de uso mundial aumentó de casi el 17% en 2005 a más del 53% en 2019. Entre 2005 y 2019, el número de usuarios de Internet creció en promedio un 10 por ciento cada año.⁷

Se identifica que la mayor parte de la población sin conexión vive en países menos adelantados (PMA): en los países desarrollados, la mayoría de las personas están en línea, y cerca del 87% de las personas utilizan internet. En los PMA, por otro lado, solo el 19% de las personas estaban en línea en 2019. En términos de tasas de penetración de usuarios, Europa es la región con las tasas de uso de Internet más altas, mientras que África es la región con las tasas de uso más bajas.⁸

En el caso de México, la Encuesta Nacional sobre *Disponibilidad y uso de tecnologías de la Información en los Hogares*, practicada por el INEGI, reporta que son 84.1 millones los usuarios de los servicios que ofrece internet, lo que representa el 72.0% por ciento de la población con más de

⁶ Ídem

⁷ Datos estadísticos obtenidos de <https://itu.foleon.com/itu/annual-report-2019-2020/key-stats-first-results-of-the-new-itu-strategic-plan-2020-23/>

⁸ Ídem

seis años. Esto implica un aumento de 1.9 puntos porcentuales respecto a la registrada en 2019 (70.1%). Durante 2020 se estimaron 88.2 millones de usuarios de teléfono celular (75.5% de la población de seis años o más) y 44.4 millones de usuarios de computadora, esto es, un 38.0% del total de la población en este rango de edad.

Se obtiene también el dato de que los tres principales medios para la conexión de usuarios a internet en 2020 fueron: celular inteligente (*Smartphone*) con 96.0%, computadora portátil con 33.7% y con televisor con acceso a internet, 22.2 por ciento. En relación al uso de la aplicación de internet, se observó que se utiliza principalmente para comunicarse (93.8%), buscar información (91.0%) y acceder a redes sociales (89.0%). Para 2020, 91.8% de los usuarios de teléfono celular tiene un equipo inteligente (*Smartphone*), 78.3% de la población urbana es usuaria de internet. En la zona rural la población usuaria se ubica en 50.4 por ciento.⁹ De tal forma que los porcentajes sobre el uso en la conexión a internet son ascendentes en todos los dispositivos que facilitan dicha interconexión en México, lo que es indispensable para ser considerado como un país desarrollado y por consecuencia con una tasa de uso de internet más alta.

El desarrollo social es un proceso que, en el transcurso del tiempo, conduce al mejoramiento de las condiciones de vida de toda la población en diferentes ámbitos: salud, educación, nutrición, vivienda, vulnerabilidad, seguridad social, empleo, salarios, principalmente. Implica también la reducción de la pobreza y la desigualdad en el ingreso. En este proceso, es decisivo el papel del Estado como promotor y coordinador del mismo, con la activa participación de acto-

⁹ Encuesta nacional sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información en los hogares, 2020”, comunicado de prensa número 352/21, 22 de junio de 2021, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/otrtemecon/endutih_2020.pdf

res sociales, públicos y privados.¹⁰ De esta forma el desarrollo social en México encuentra virtudes en la evolución tecnológica, en la educación informática y en el uso de Internet, toda vez que el acceso y disfrute de los ámbitos que procura optimar este concepto, son mayormente alcanzados por los ciudadanos mediante los medios tecnológicos.

Se observa así, que el uso de las TIC, no es un fenómeno estático ni de avance paulatino, por el contrario, su desarrollo es importante en el progreso de las comunidades, pero presenta un escenario complejo para el derecho a la privacidad, ante la velocidad que impone su avance y la realidad creciente que se refleja frente a la multiplicidad de sus usuarios. Lo anterior, se entiende en la medida del desarrollo de instrumentos que brindan a las personas libre acceso y generación de información, interconexión en redes, comunicación, recreación, desarrollo intelectual, creativo y cultural, comercialización, entre otros. En estas circunstancias, los usuarios se convierten en partícipes de una sociedad de la información en un mundo globalizado.

Atendiendo a la rapidez en el desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información relacionadas con Internet, en un mundo en el que la economía, el desarrollo social y la cultura general, entre otros aspectos, participa dentro de la globalización, se presentan escenarios cambiantes en los que las sociedades mayormente informadas transforman y abundan en el conocimiento, causando modificaciones estructurales que impactan en la economía y en las propias sociedades, de tal manera que estas adecuaciones tienden a buscar una mejor calidad de vida de los individuos, especialmente, en los diferentes rubros en que el uso de Internet puede beneficiarla.

¹⁰ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, “Definición”, en *Desarrollo Social* [Actualización: 16 de junio de 2006], consultado el 05 de enero de 2022, en www.diputados.gob.mx/cesop/

En ese sentido, existe la necesidad de abordar el derecho a la privacidad en contraste con el ámbito tecnológico desde la academia, analizar el marco normativo vigente, así como los criterios judiciales emitidos por el máximo tribunal del país y verificar el estado del arte sobre este derecho humano que trasciende a la vida personal y global. El interés es realizar propuestas y ofrecer orientaciones hacia el mejoramiento de un sistema normativo efectivo para salvaguardar con mayor rigor la privacidad de los usuarios de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

La evolución tecnológica, lejos de encontrar un frente de lagunas jurídicas, debería encontrar un espacio jurídicamente mejor estructurado. No podemos inobservar que los avances tecnológicos asoman su tendencia en los distintos medios informativos e inician en diversas latitudes, por lo que tampoco se podría aducir una oscuridad total sobre las “nuevas tecnologías”. Esta evolución indiscutiblemente repercute en el progreso de las comunidades, en el desarrollo individual y colectivo, se trata de una ola tecnológica global que goza de una velocidad exponencial y que mientras tienda a facilitar la vida de las personas y brindar las herramientas necesarias para su impulso, no debería tropezar o ser utilizada en formas inadecuadas que representen un riesgo de vulneración para los derechos humanos.

Por tanto, la velocidad en el desarrollo tecnológico no puede dilatarse o pausarse, es el Derecho el que debe incoar un esfuerzo sistemático para ir a la par o tras la tecnología. Se identifica que la anticipación de fenómenos jurídicos en esta materia, puede ser observada desde el análisis de las sentencias que son emitidas por las diferentes Cortes Supremas de los países con mayor desarrollo en materia de privacidad, la legislación de aquellos Estados vanguardistas, como España, en cuanto a la regulación de aspectos inherentes a la participación de las personas en internet en contraste con la protección de sus derechos fundamentales, así como

dentro de las ingenierías, toda vez que la materia de estudio trasciende a cuestiones técnicas que escapan del Derecho, siendo valiosa la participación colegiada y auxiliar de expertos en otras ciencias.

En esa medida, si bien la velocidad en la que avanzan las TIC representa un reto para el ámbito jurídico y normativo, no debe ser un impedimento rígido que limite la formulación de propuestas por parte de la academia, de los juristas, de las instituciones y de la ciudadanía, para lograr armonizar la realidad tecnológica con la realidad jurídica.

II. AMBIGÜEDAD Y FALTA DE CLARIDAD CONCEPTUAL

En la actualidad, cada día se presentan noticias relevantes en los medios de comunicación a nivel internacional sobre temas atinentes al derecho a la privacidad. Distintos países intentan establecer medidas para regular y proteger este derecho ante las lagunas normativas que preexisten respecto al uso del ciberespacio. Los problemas que se suscitan en torno a su protección han ocasionado el surgimiento de otros derechos que han derivado del mismo, ante el desenfrenado uso de internet y de redes sociales como nuevos medios de interacción entre los individuos.

Para estar en aptitud de comprender los alcances del derecho a la privacidad en el ámbito informático es importante destacar que, definir “privacidad” no es una labor fácil; en la doctrina, Piñar Mañas¹¹ sustenta que no es una tarea sencilla,

¹¹ Piñar Mañas, José Luis, “¿Existe la privacidad?”, Lección magistral impartida en la Apertura Solemne del Curso Académico en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, Madrid, España, 2008. Reproducido en Honorable Cámara de Diputados (México: Instituto Federal de Transparencia y Protección de Datos (IFAI) e ITAM, Protección de Datos Personales, Compendio de lecturas y legislación, Tiro Corto Editores, 2010), Disponible en <http://inicio.inai.org.mx/Publicaciones/CompendioPro->

por el contrario “se presenta como una labor compleja”.

En efecto, la privacidad como término, tiende a ser utilizado en forma indistinta de conceptos como la intimidad o la vida privada. De la misma forma, es frecuente que dentro del derecho a la privacidad se aluda al derecho de protección de datos personales.

Para García Ricci, el derecho a la privacidad es concebido como el derecho que todo individuo tiene a separar aspectos de su vida privada del escrutinio público.¹² Por otra parte, el concepto “intimidad”, deriva etimológicamente del latín *intus* que se traduce en algo interior, profundo del ser y por ende, oculto, de manera tal que se refiere a un ámbito individual de existencia personal, en donde la persona decide su forma de ser y estar, verse a sí mismo, para gozar de su soledad o convivencia tranquila y mantener su libertad como suprema aspiración humana.¹³

En la doctrina, tiende a diferenciarse entre la concepción de intimidad y vida privada, en función de que “la intimidad es aquel ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de nadie y, por tanto, ajeno a toda exteriorización y relación, mientras que la vida privada es aquella que se desenvuelve a la vista de pocos, o de otra persona y, en una acepción más amplia, el conjunto de actos que se realizan o piensan para conocimiento de las personas cercanas”.¹⁴

[tecciondeDatos8.pdf](#). (Consultado el 03 de marzo de 2022)

¹² García Ricci, Diego, *El derecho a la privacidad* (México: Nostra, 2017), p. 15.

¹³ Celis Quintal, Marcos Alejandro, “La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos”, p. 73, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>

¹⁴ Serna, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos, Per-*

En la privacidad se encuentra implícita, para Peschard “una esfera de la vida que está fuera de la intromisión del Estado, es decir, que está protegida del escrutinio de los otros porque solo atañe a la persona en lo individual. No obstante, en la actualidad el concepto de privacidad tiene diversas acepciones, por consiguiente refiere a las libertades individuales, a la inviolabilidad del domicilio, al sigilo en la correspondencia y las comunicaciones, al control sobre los datos personales, al derecho a decidir sobre el propio cuerpo, o a no ser sujeto a vigilancia.”¹⁵ No se trata solo de un derecho de la persona, sino que la privacidad comprende otros derechos en la vida individual en la que no debe existir invasión.

Para entender la diferencia entre privacidad y vida privada, se considera que debe atenderse a su faceta como derechos, el derecho a la vida privada, se constriñe a la protección de inferencias de terceros en la vida privada de una persona, vida familiar, domicilio y correspondencia, mientras que el derecho a la privacidad, recae, en este caso, en la protección de datos personales, ante la evolución y desarrollo de las nuevas tecnologías.

Para el sociólogo mexicano Fernando Escalante Gonzalbo “lo privado no es un rasgo de la naturaleza de las cosas, sino una definición jurídica... una creación del Estado mediante la ley”; es decir, la privacidad se configura por la vía de un acto de autoridad.¹⁶ Para Pérez Luño, la propia noción de intimidad o privacidad es una categoría cultural, social e

sona y Derecho, (Pamplona: 1994): Vol. 4, p. 217

¹⁵ Peschard, Jacqueline, “Cien años del derecho a la privacidad en la Constitución”, en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo 2: Estudios jurídicos, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Belisario Domínguez, Serie Doctrina Jurídica, núm. 786, 2017), p. 362.

¹⁶ Escalante, Fernando, “El derecho a la privacidad”, en *Cuadernos de Transparencia*, núm. 2, México: INAI, (2015), p. 14.

histórica. Por lo que ahora este concepto ha pasado de una concepción cerrada y estática de la intimidad a otra abierta y dinámica.¹⁷ De esta manera, el concepto privacidad es dependiente de factores temporales y territoriales, se trata de una concepción cuyo margen individualizado se ve reducido o ampliado partiendo del perfil de la persona, en ocasiones, los seres humanos cuidan con rigidez su privacidad, mientras otros, incluso lucran con la exposición de su vida privada.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado que el derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir con quienes ellos eligen.¹⁸ Asimismo, ha sostenido que el artículo 16 de la Constitución General, así como diversos tratados internacionales reconocen el derecho humano a la vida privada y familiar. Este derecho protege, dentro del ámbito de las relaciones familiares, a aquellas decisiones que solo conciernen a la familia y en las cuales el Estado no puede intervenir injustificadamente.¹⁹

En ese sentido, el respeto a la intimidad personal y familiar no está limitado a aspectos de la vida propia, sino que se extiende a los de la vida privada de otras personas con quienes se tiene una vinculación estrecha.²⁰

¹⁷ A. E. Pérez Luño, “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en Sauca, José M., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, pp. 353-359. (Consultada en enero 2022)

¹⁸ Tesis 1ª. CXLVIII/2007 (10a), Tomo XXVI, Julio de 2007, Página 272. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

¹⁹ Tesis 1a. CCXI/2017 (10a), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, p. 407, Décima Época, registro 2015715, de rubro: DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO.

²⁰ Tesis 1a. XLVIII/2014 sustentada por la Primera Sala del Máximo Tribunal, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias de terceros o de la autoridad pública, y prohíbe ese tipo de injerencias en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de ésta, como la vida privada de sus familias.²¹ De ahí, que la protección a este derecho tenga el alcance de garantizar no solo su espectro individual sino colectivo.

Por otra parte, Antoni Roig, ha realizado un análisis sobre los derechos fundamentales y las tecnologías de información y de comunicación, donde hace alusión a la importancia de que la conservación de datos se ha acreditado como una herramienta de investigación y como ella tiende a generar varias dudas sobre su constitucionalidad al parecer desproporcionada; por otro lado, cuestiona sobre la privacidad y las redes sociales, para finalmente concluir que las nuevas tecnologías, permiten la vulneración de los derechos fundamentales en muchas situaciones en las cuales no existe ni siquiera marco regulador.²²

A través de los años fue surgiendo el derecho a la protección de los datos personales, como derecho independiente que, si bien encuentra su base en el derecho a la privacidad, resulta distinto. Lo que permite verificar que el derecho a

Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Página: 642, Registro 2005526, de rubro: DERECHO A LA VIDA PRIVADA. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR NO ESTÁ LIMITADO A ASPECTOS DE LA VIDA PROPIA, SINO QUE SE EXTIENDE A LOS DE OTRAS PERSONAS CON QUIENES SE TIENE UNA VINCULACIÓN ESTRECHA.

²¹ Tesis: 1a. XLIX/2014 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Página: 641, Registro 2005525, de rubro: DERECHO A LA VIDA PRIVADA. ALCANCE DE SU PROTECCIÓN POR EL ESTADO.

²² Roig, Antoni, *Derechos fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TIC)*, (España: Bosh Editor, 2010), p. 99.

la privacidad es considerado un derecho complejo, difícil de definir, toda vez que cada persona es quien decide qué aspectos de su vida personal hace del conocimiento de los demás.²³ La Segunda Sala del Máximo Tribunal del país ha sostenido que, el artículo 16, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la protección de datos personales, consistente en el control de cada individuo sobre el acceso y uso de la información personal en aras de preservar la vida privada de las personas.²⁴

Los orígenes del derecho a la protección de datos personales, surge de la misma necesidad de reducir las invasiones injustificadas en la esfera privada de las personas por parte del Estado y de terceros. Ello, encuentra lugar desde el acopio de la información de los ciudadanos de datos personales para su identificación, para la generación de estadística o fines electorales por parte de instituciones públicas, hasta la recopilación de datos personales y sensibles por parte de personas morales locales y extranjeras, en un mundo en el que las tecnologías de la información y la comunicación almacenan, controlan y venden los datos adquiridos con fines lucrativos, con o sin el consentimiento del proveedor.

En esa medida del derecho a la privacidad nace el derecho a la protección de datos personales y uno de los objetivos esenciales de éste último, es que las personas cuenten con la facultad de decidir y controlar la información que los identifica, el uso y tratamiento de sus datos personales; y, en particular, para garantizar el respeto y la protección del mis-

²³ Introducción a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, *Manual del participante*, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), Primera Edición, 2017, México, p. 9.

²⁴ Tesis P.II/2014(10a.) sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, página 274, registro digital 2005522.

mo, los accionantes pueden hacer uso de los denominados derechos ARCO: acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Del análisis del texto constitucional y la doctrina, se advierte que, el derecho a la protección de datos personales, “funge como principio de justicia y como límite constitucional del diverso derecho de acceso a la información. Dicho de otra forma, de acuerdo con el contenido del derecho humano a la protección de datos personales, al igual que el respectivo de acceso a la información, ambos son un mandato de optimización en virtud de que pueden ser cumplidos en diferente grado.”²⁵ Ello, hace patente que la configuración del derecho en estudio, tiene el objeto de servir en ciertos casos como límite al acceso a la información.

Las diferencias entre el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de los datos personales, radican en que, el derecho a la privacidad: protege al individuo de intromisiones arbitrarias o ilegales en su vida privada, protege diversas áreas relacionadas con la vida privada del individuo, el domicilio, las comunicaciones, la familia, el cuerpo y la información personal. Mientras que el derecho a la protección de los datos personales: le confiere al individuo la facultad de participar en el tratamiento que otros hacen de sus datos personales, protege el manejo justo de su información personal al garantizarle el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, así como al permitirle manifestar su oposición al tratamiento de los mismos (derechos ARCO).²⁶

²⁵ Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram, “Derecho a la protección de datos personales su diseño constitucional”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México, p. 26, <http://revistas.juridicas.unam.mx/>.

²⁶ Introducción a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, Manual del Participante, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos

De acuerdo con María Maqueo y Alessandra Barzizza, recientemente, se han visualizado nuevos problemas de carácter mundial, en donde las personas pueden ser controladas a través de tecnologías, situación que atenta directamente contra el sistema democrático, es por ello que se ha vuelto necesario el garantizar el derecho a la protección de datos personales, de ese modo los sistemas democráticos estarían fortalecidos.²⁷ Así, en aras de proteger la democracia en los Estados, se vuelve indispensable establecer mecanismos de protección a este derecho, en tanto que su vulneración puede decantar precisamente en el control irrestricto de los ciudadanos, así como en la manipulación de sus elecciones.

Concordando con el mismo punto Juan Ángel Arroyo, sostiene que en la actualidad, el uso de datos personales es un factor de riesgo para los derechos fundamentales de las personas en la sociedad moderna.²⁸ Lo que se entiende en la medida de que no se vea eficazmente regulado el debido tratamiento de los datos personales, al considerar que la persona o el ente que ejerza su control podría utilizarlos para manipular sus decisiones, con fines que el titular de los datos desconozca o incluso con objetivos electorales o mercantiles, lo que permite identificar entre otros aspectos, múltiples vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas en internet, desde los derechos de los niños, niñas y adoles-

Personales (INAI), Primera Edición, 2017, México, p. 10.

²⁷ Ídem.

²⁸ Arroyo Kalis, Juan Ángel, “Habeas data: elementos conceptuales para su implementación en México” en Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Flores Pantoja Rogelio (Coordinadores.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917*. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

centes, ataques al sistema democrático, ataques a la privacidad y a la intimidad, la mercantilización no consentida de la información personal y sensible, así como la exposición a la inseguridad y a la comisión de ciberdelitos.

Atento el contexto social informático anteriormente destacado, es que diariamente surgen nuevas formas, mecanismos y herramientas para la captación, difusión, compartimiento y venta de datos personales, sin que las personas puedan hacer ejercicio de la autodeterminación informativa, esto es, tener un control absoluto sobre su propia información.

En consecuencia, otro de los retos que enfrenta el derecho a la privacidad es la necesidad de una conceptualización clara de este derecho, así como de aquellos derechos fundamentales que derivan del mismo y que trascienden en el ámbito informático. Sin inobservar que la noción de lo privado puede cambiar de una cultura a otra, superar la ambigüedad conceptual en la doctrina jurídica mexicana, es indispensable para dejar de concebir al derecho a la privacidad como un concepto difícil y apuntar los esfuerzos hacia los nuevos conceptos que surgen en el espacio tecnológico, cuya definición no solo representa una labor compleja para la ciencia jurídica, sino para varias ramas del conocimiento.

Esto de frente a un contexto actual en el que se sostiene una tendencia a la descentralización a través del uso de *criptomonedas*, las personas participan bajo la confianza que sortea el desconocimiento jurídico dentro de la *blockchain*, en la compraventa de *nfts* y empresas transnacionales configuran *metaversos* con diversos propósitos, escenarios en los que el Derecho debe brindar seguridad jurídica a los usuarios de las nuevas tecnologías y la protección a la privacidad, a la intimidad y a los datos personales, deben encontrarse fortalecidos.

Dicha perspectiva conceptual, permitiría ofrecer una nue-

va orientación en el cumplimiento de la responsabilidad del Estado y la obligación de las autoridades de dar a conocer a los ciudadanos con precisión cuáles son los derechos fundamentales con los que cuentan y que deben ser protegidos en el uso de las TIC.

En estas acciones indispensables de difusión, la claridad conceptual es imprescindible, ya que de ello dependen la comprensión y entendimiento de estos derechos desde edad temprana, lo que se traduciría en un mejor ejercicio de los mismos, la exigencia de espacios tecnológicos más seguros, la aplicación de la ética y la educación informática, una sociedad mayormente informada y más activa en la utilización de los mecanismos que el régimen normativo nacional e internacional consagran para la protección del derecho a la privacidad y en el uso de las TIC.

En función de lo anterior, es imprescindible conocer en qué consiste cada uno de estos derechos fundamentales y no permanecer bajo la idea estática de que durante nuestra participación y el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, el derecho a la privacidad es el único existente o no distinguirlo de otros; toda vez que solo así, se daría paso al avance de una comunidad especialmente informada y mejor estructurada en la protección de sus derechos fundamentales en el ámbito informático.

III. EVOLUCIÓN Y ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS A LA PRIVACIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN MÉXICO

En esencia, la génesis en la regulación de la privacidad tuvo lugar en la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, ante el surgimiento de los derechos humanos y el fin de la época nazi, de tal suerte, la Declaración Universal de los Derechos

Humanos de la ONU de 1948, instituyó en su artículo 12º, “nadie será sujeto a injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra, o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias o ataques”.²⁹ Dos años más tarde, fue suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, mismo que en su artículo 8º mandata el respeto a la vida privada y familiar y a la no intrusión del Estado.

El reconocimiento al derecho a la privacidad dentro del marco jurídico constitucional en México, se observa desde el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que si bien consagra la libertad de expresión, mandata que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

En el mismo sentido, cabe precisar que el apartado A, fracción II, del citado precepto, establece que la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Por otra parte, en el primer párrafo del artículo 16 de la Carta Magna, se prevé que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El segundo párrafo del citado precepto fundamental, dispone que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los

²⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, diciembre de 1948.

términos que fije la ley, la que establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

En el décimo segundo párrafo del referido dispositivo legal, se dispone que las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas.

En el décimo tercer párrafo, se prevé que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. El décimo quinto párrafo del numeral en análisis, instituye que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio. Asimismo, el décimo séptimo párrafo, dispone que la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

De igual manera, el primer párrafo del artículo 24 Constitucional, mandata que toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

Del análisis de las citadas porciones normativas, se colige que el derecho a la privacidad, no se localiza, en su literalidad textual, en tales preceptos legales, no obstante, su reconocimiento subyace a través de las disposiciones tendientes a salvaguardar la esfera privada de las personas ante los posibles atentados o injerencias de los particulares o del Estado, incluso de aquellos que pudieran restringir la libertad de decisión o de pensamiento que permiten un correcto desarrollo y la efectividad en el ejercicio de los derechos de la personalidad de los mexicanos así como del estado democrático.

Por tanto, el derecho a la privacidad se encuentra reconocido constitucionalmente en cuanto a su contenido, al proteger su esencia, así como su obligatoriedad y prever su posible transgresión desde distintas vertientes a través de acepciones tales como el derecho a la “vida privada”.

En lo que respecta al *corpus iuris* interamericano, es conveniente destacar que el segundo párrafo del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁰ instituye que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

La regulación de este derecho fundamental en relación con las TIC, fue lo que dio lugar a la protección de datos personales y sensibles y la ineludible búsqueda de su respeto frente a la sociedad de la información. Así, el segundo párrafo del numeral 16 de la Constitución Federal, brinda al derecho a la protección de los datos personales un reconocimiento a nivel constitucional, así como a los derechos ARCO.

³⁰ Segundo párrafo del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

En la actualidad, el derecho a la protección de datos personales se encuentra regulado principalmente en los siguientes marcos normativos en México, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, así como las leyes de protección de datos personales de cada entidad federativa. De la misma forma, existe un organismo constitucionalmente autónomo encargado de la protección del derecho de protección de datos personales, que es el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), cuya participación ha sido elemental en el desarrollo de la protección de datos personales, creando normativa específica y guías para facilitar y lograr la protección de datos.

Entre los principios de la protección de datos personales que se establecen en el artículo 6 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y el diverso numeral 16 de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, se encuentran el de licitud, consentimiento, información, calidad, finalidad, lealtad, proporcionalidad y responsabilidad.

En función de lo anterior, se identifica que México ha realizado importantes esfuerzos y reformas estructurales, toda vez que se han adquirido compromisos internacionales en la materia, se han creado instituciones especializadas, el aparato legislativo y judicial han avanzado en la regulación normativa, en su interpretación y en la aplicación de los mecanismos existentes para garantizar la autodeterminación informativa y la protección de los derechos a la privacidad y a los datos personales en el ámbito informático.

Constitucionalmente no se encuentra reconocido el derecho al olvido en México, sin embargo, se reconocen los derechos ARCO, los cuales son de acceso, entendido como el derecho a obtener información sobre sí y a conocer si está

siendo tratada o los motivos del tratamiento, el de rectificación, que procura la posibilidad de modificar los datos que resulten inexactos, falsos o incorrectos, el de cancelación, cuyo propósito es brindar la posibilidad de eliminar datos que resulten ser inadecuados, excesivos o innecesarios; y, el de oposición, considerando que las personas pueden oponerse al uso de datos personales para una determinada finalidad.

No obstante que, con el reconocimiento de los derechos ARCO en nuestro país y, que a través de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares y la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, así como su instrumentación, se procura garantizar el derecho a la autodeterminación informativa de los usuarios frente a aquellas personas físicas o morales que se dediquen al tratamiento de datos personales, se ha identificado que tales legislaciones ameritan actualizaciones necesarias para que sean acordes con la realidad tecnológica actual.

En efecto, del estudio comparativo con ordenamientos legales en España, en particular, con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que se considera una de las que ofrecen mayor progreso en la protección de datos personales, se advierte una amplia regulación sobre la protección de menores en internet, el derecho al olvido, a la actualización de la información, el derecho a la intimidad, el testamento digital, el teletrabajo y sus particularidades tecnológicas, el derecho a la desconexión para los trabajadores que utilizan las TIC, el ambiente digital, entre otros aspectos; temas cuyo desarrollo, en la mayoría de los casos, se encuentran pendientes de profundizar en la normativa federal y estatal.

Ahora bien, otro de los aspectos que resultan de relevancia sobre la citada Ley Orgánica 3/2018, es que además de

incorporar y proteger los derechos relacionados con el ámbito informático que ya se precisaron en el párrafo supra, su publicación es de 2018, mientras que nuestra legislación sobre la materia en particular la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio de 2010.

Por otra parte, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de 26 de enero de 2017, ambas sin reforma. Tales circunstancias son materia de atención precisamente por la trascendencia de estos ordenamientos legales en el marco jurídico mexicano, al ser las legislaciones que fijan las directrices, la estructura, los mecanismos y defensas, en cuanto al ejercicio del derecho a la protección de datos personales en el ámbito público y privado.

En ese sentido, no obstante, que la legislación española incursiona con una normativa más actual en el 2018 y que se cuenta con referentes en los países con mayor desarrollo en materia de privacidad en las tecnologías. Nuestra legislación claramente no encuentra actualidad con la legislación española, con las necesidades presentes y menos aún con el catálogo de derechos en el ámbito de la protección de los usuarios dentro del uso de las TIC, para lo que basta con verificar sus publicaciones oficiales sin modificaciones y estáticas, una desde 2010 y la otra desde 2017, datas que son anteriores al surgimiento del ordenamiento español que se analiza.

Lo anterior, acentúa un último reto para el derecho en estudio, la frecuente actualización normativa, lo que es relevante, en tanto que el desarrollo tecnológico tiene un crecimiento vertiginoso, que da lugar al surgimiento de nuevos

derechos que derivan de los fenómenos globales que ahora ocurren en la red; por tanto, la Ciencia del Derecho y el régimen jurídico deben buscar ir a la par de la tecnología y evitar el surgimiento de lagunas que permitan el aprovechamiento de las TIC como herramientas para la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los cibernautas. Lo que claramente implica, una actualización constante de la normativa vigente, ante el riesgo de su obsolescencia, para así estar en aptitud de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la privacidad y a la protección de datos personales, en los nuevos escenarios que se suscitan en la interacción digital.

IV. CONCLUSIONES

La velocidad en la que avanzan las TIC representa un reto para el ámbito jurídico y normativo. Esto, no debe ser un impedimento rígido que limite la formulación de propuestas por parte de la academia, de los juristas, de las instituciones y de la ciudadanía, para lograr armonizar la realidad tecnológica con la realidad jurídica. El uso de las nuevas tecnologías, requiere una producción normativa constante en materia de privacidad, afirmando que, la ciencia jurídica debe ir en sintonía con los avances tecnológicos.

La progresividad tecnológica ha sido de tal crecimiento que el Derecho ha quedado rezagado, lo que obedece a que en el ciberespacio se originan múltiples operaciones que son difíciles de prevenir. Este desafío puede anticiparse mediante el ofrecimiento de orientaciones que partan de referentes y legislaciones de países con mayor desarrollo en la materia, como en el caso de España. En la misma forma, el marco normativo no puede abarcar un espacio de tiempo que supere a la novedad tecnológica, de lo contrario se tornaría

obsoleto. Por lo que la actualización normativa recurrente se erige como elemento esencial.

Es importante reconocer los esfuerzos del Estado mexicano en la creación de instituciones, ordenamientos, instrumentos y mecanismos de protección al derecho a la privacidad en el ámbito informático y a la protección de datos personales. No obstante, ante el reto técnico debe atenderse el estudio de la materia como un asunto interdisciplinario, toda vez que trasciende a cuestiones técnicas que escapan del Derecho. Además, es valiosa la participación colegiada y auxiliar de expertos en otras ciencias exactas e ingenierías, la integración académica y del foro en general, la propia ambigüedad conceptual, abona a un estado de estática legislativa e interpretativa, que decanta en la transgresión de los citados derechos.

Para una mejor comprensión, ejercicio y respeto de los derechos a la privacidad y a los datos personales, es imprescindible la claridad conceptual, de esta manera se puede trascender en forma significativa a las acciones de difusión del conocimiento sobre la existencia de estos derechos y de la normativa que México ha instituido para regular la protección a los mismos por parte de las autoridades e instituciones. Superar la ambigüedad conceptual origina que el marco legal sea más claro, facilita el conocimiento y genera una sociedad mayormente informada sobre el debido ejercicio de estos derechos fundamentales.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Arroyo Kalis, Juan Ángel. “Habeas data: elementos conceptuales para su implementación en México”. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Celis Quintal, Marcos Alejandro. “La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos”. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2253/9.pdf>. (Acceso el 07 de febrero de 2022)
- Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, “Definición”, en *Desarrollo Social* [Actualización: 16 de junio de 2006]. www.diputados.gob.mx/cesop/ (Consultado el 05 de enero de 2022)
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, diciembre de 1948. (Consultada el 07 de septiembre de 2021)
- Díaz, Ávila. y Darío, William. “Hacia una reflexión histórica de las TIC”, *Hallazgos*. Colombia, volumen 10, número 19, 2013, 222-223.
- Escalante Gonzalbo, Fernando, *El derecho a la privacidad*. México: INAI, Cuadernos de Transparencia (2015): número. 2, 14.
- García Ricci, Diego, *El derecho a la privacidad*. p. 15. México: Nostra, 2017. (Consultado el 02 de diciembre de 2021)
- Gil Rodríguez, Eva Patricia, “Identidad y nuevas tecnología”. <http://www.voc.edu/web/esplart/gil0902/htm>. (Acceso el 09 de noviembre 2021)
- INEGI «Comunicado de Prensa Número 352/21». https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/otrtemecon/endutih_2020.pdf. (Acceso el 10 de enero de 2022)

- Instituto Nacional de Transparencia (INAI), Introducción a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, *Manual del participante*, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, Primera Edición, 2017, México, 9. (Consultado el 11 de enero de 2022)
- Magallanes Martínez, Víctor Hugo Hiram. “Derecho a la protección de datos personales su diseño constitucional” *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. <http://revistas.juridicas.unam.mx/>. México, p. 26. (Consultado el 06 de septiembre de 2021)
- Maqueo, María. Barzizza, Alessandra. “Democracia, privacidad y protección de datos personales”. <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2021/02/CDCD-41.pdf>. (Acceso el 21 de septiembre de 2021)
- Pérez Luño, Antonio Enrique. “Dilemas actuales de la protección de la intimidad” Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*: 353-359. (Consultado el 09 de enero de 2022)
- Pescharde, Jacqueline. “Cien años del derecho a la privacidad en la Constitución, Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. *Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Belisario Domínguez (2017): Tomo 2, Serie Doctrina Jurídica, número. 786, 362.
- Piñar Mañas, José Luis. “¿Existe la privacidad?”. <http://inicio.inai.org.mx/Publicaciones/CompendioProtecciondeDatos8.pdf>. (Acceso el 03 de marzo de 2022)
- Roig, Antoni, *Derechos fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (TIC)*. España: Bosh Editor, 2010.

Segundo párrafo del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Serna, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”. Pamplona *Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos, Persona y Derecho*. (1994): Volumen 4, 217.

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) «Estado de la Banda Ancha» acceso el 10 de enero de 2022. <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/2018-PR25.aspx>

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) «Informe Anual 2019-2020» Acceso el 10 de enero de 2022. <https://itu.foleon.com/itu/annual-report-2019-2020/key-stats-first-results-of-the-new-itu-strategic-plan-2020-23/>

FUENTES NORMATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consultada el 06 de enero de 2022)

Ley Federal de Protección de Datos Personal en Posesión de los Particulares, México, 2010.

Ley General de Protección de Datos Personal en Posesión de Sujetos Obligados, 2017.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

Tesis 1a. CCXI/2017 (10a), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, p. 407, Décima Época, registro 2015715.

Tesis 1ª. CXLVIII/2007 (10a), Tomo XXVI, julio de 2007, Página 272. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Tesis 1a. XLVIII/2014 sustentada por la Primera Sala del Máximo Tribunal, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Página: 642, Registro 2005526, de rubro: DERECHO A LA VIDA PRIVADA. EL RESPETO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR NO ESTÁ LIMITADO A ASPECTOS DE LA VIDA PROPIA, SINO QUE SE EXTIENDE A LOS DE OTRAS PERSONAS CON QUIENES SE TIENE UNA VINCULACIÓN ESTRECHA.

Tesis: 1a. XLIX/2014 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, febrero de 2014, Tomo I, Página: 641, Registro 2005525, de rubro: DERECHO A LA VIDA PRIVADA. ALCANCE DE SU PROTECCIÓN POR EL ESTADO

DETENCIÓN PREVENTIVA EN COLOMBIA: BREVE ANÁLISIS DE ALGUNAS DE SUS PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS

MARGARITA MARÍA GUZMÁN RAMÍREZ*

RESUMEN

En este trabajo se presenta los resultados de una investigación relativa a la detención preventiva en Colombia, a través del análisis de la trascendencia, de sus efectos y daños que generar tanto para a quien se le aplique, como a la familia, al medio profesional y al contexto en el que se desenvuelva el inculcado. En este sentido, el trabajo encuentra su justificación precisamente en los efectos y afectaciones a los derechos humanos que puede producir la detención preventiva. La investigación está delimitada al marco constitucional y legislativo en general de Colombia y tiene por objetivo abordar el estudio de la institución de la detención preventiva y las problemáticas que derivan de su aplicación. Entre estas problemáticas se encuentran: graves vulneraciones a los derechos humanos y garantías fundamentales de los individuos. Estas consecuencias negativas son en algunos casos de carácter irreversible, pueden afectar a los allegados de la persona procesada como familiares, amistades y ámbito profesional. En el estudio se examinan algunas de las problemáticas más representativas y se desarrollarán de manera breve. Asimismo, este texto tiene como propósito invitar al

* Abogada de la Universidad de La Sabana. Especialista en Derecho Penal del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Coautora de textos de derecho penal y conexos. Docente de cursos y diplomados. Conferencista y profesora invitada en varias organizaciones y universidades de Colombia, Chile, Filipinas, México, Brasil, Perú, Ecuador, Portugal, Panamá y Bolivia. Correo: guzmanramirezmargarita@gmail.com

ente acusador a limitarse a solicitar la detención preventiva de manera excepcional.

PALABRAS CLAVE: Detención preventiva, medida de aseguramiento, presunción de inocencia, derechos humanos, libertad.

ABSTRACT

This paper presents the results of an investigation related to preventive detention in Colombia, through the analysis of the transcendence, its effects and damages that it generates both for those who apply it, as well as for the family, the professional environment and to the context in which the defendant develops. In this sense, the work finds its justification precisely in the effects and effects on human rights that preventive detention can produce. The research is limited to the constitutional and legislative framework in general of Colombia and aims to address the study of the institution of preventive detention and the problems that derive from its application. Among these problems are: serious violations of human rights and fundamental guarantees of individuals. These negative consequences are in some cases irreversible, they can affect the relatives of the processed person such as family, friends and professional environment. The study examines some of the most representative problems and will briefly develop them. Likewise, this text has the purpose of inviting the accusing entity to limit itself to requesting preventive detention on an exceptional basis.

KEYWORDS: Preventive detention, security measure, presumption of innocence, human rights, freedom.

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

La Constitución Nacional de 1991 y el actual Código de Procedimiento Penal colombiano, han establecido, que ante algunas circunstancias, es posible restringir ciertos derechos y libertades de la persona procesada penalmente. Las restricciones son denominadas por la norma procesal penal colombiana como “medidas de aseguramiento”, y en teoría, solamente proceden cuando se cumple con una serie de requisitos y exigencias, acompañadas de una carga demostrativa.

Lamentablemente, en el marco de estas medidas de aseguramiento y en especial de la privación preventiva de la libertad, se producen afectaciones graves que vulneran los derechos humanos y las garantías fundamentales de los procesados. Asimismo, producto de la privación preventiva de la libertad, el individuo y su familia, pueden sufrir consecuencias negativas e incluso secuelas irreversibles. De acuerdo con el Prof. César San Martín:

[...] la privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto como resalta Andrés Ibáñez,” [...] incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica” (Presunción de inocencia y prisión sin condena, 1996: 19).¹

La solicitud irreflexiva de la detención preventiva, tiene como consecuencia que la realidad se aleje de los estándares nacionales e internacionales, en los que, la libertad es la regla general y la privación de la libertad es una excepción. Lo anterior, pese a que la misma Fiscalía General de la Na-

¹ San Martín Castro, César, “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. *Derecho & Sociedad*, n.º 20 (mayo), 2003, p. 160.

ción ha solicitado a sus fiscales, no alejarse de este estándar internacional. El panorama de la detención preventiva resulta desalentador y múltiples falencias se han desprendido de este contexto.

2. NOCIONES BÁSICAS PARA UNA ADECUADA COMPRESIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

A continuación, se abordan algunas nociones básicas sobre la detención preventiva. Así, el lector podrá comprender de manera sencilla y adecuada el contexto colombiano y las problemáticas derivadas a la privación preventiva de la libertad.

2.1 CONCEPTO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Se propone la siguiente definición de la institución objeto de estudio: la detención preventiva es una medida de aseguramiento privativa de la libertad, que supone una restricción efectiva de la libertad personal o de locomoción de un individuo procesado penalmente. La restricción obedece a evitar las siguientes circunstancias: i) Que la persona procesada represente un peligro para la sociedad; ii) Que la persona procesada represente un peligro para la o las víctimas; iii) Que se pueda presentar una obstrucción a la justicia; iv) Que exista algún riesgo de no comparecencia. Wilson García Jaramillo, define la detención preventiva, como:

La palabra detención significa aprehender, encarcelar, hacer prisionero a alguien. Por su parte, el adjetivo preventivo señala la idea de evitar, impedir, precaver. Si se analizan las dos palabras en conjunto se puede decir que la aprehensión procede con el fin de evitar, impedir o precaver algo.

...Lo lógico es que la privación de la libertad sea la consecuencia de sentencia condenatoria, con el fin de dar cumplimiento al principio universal de presunción de inocencia consagrado en el art. 29 de la Constitución, en la ley 74 de 1968, sobre derechos y garantías civiles y en el art. 2 del C. de P.P. Sin embargo, para los intereses de la investigación y de la justicia, y la efectividad la sanción, es indispensable que los funcionarios, antes de proferir sentencia condenatoria.²

La privación preventiva de la libertad, puede materializarse ya sea en establecimiento carcelario, en el domicilio del procesado e incluso centro de salud si así el juez lo establece. Esta medida de aseguramiento, también recibe el nombre de: i) Prisión preventiva; ii) Privación preventiva de la libertad; iii) Medida de aseguramiento privativa de la libertad y iv) Medida de aseguramiento a secas (nombre impreciso).

Aun cuando en la actualidad sea frecuente, no es preciso referirse detención preventiva simplemente como la medida de aseguramiento (a secas). Si bien es cierto, la detención preventiva es una especie dentro del género de medidas de aseguramiento, se expondrá más adelante, que existen otras medidas de aseguramiento contempladas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Es preciso referirse a la detención preventiva como: Medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión o medida de aseguramiento privativa de la libertad en domicilio, dependiendo del caso.

La detención preventiva no debe ser equiparada a la privación de libertad como sanción ante una infracción de tipo penal. En la primera el sujeto todavía goza de su presunción

² García, William, “la detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano y los estándares del sistema interamericano de derechos humanos” [tesis]. Bogotá. Universidad Libre, 2011.

de inocencia y en la segunda, ya existe un fallo en sentido condenatorio que declara su responsabilidad penal. Además, la detención preventiva es impuesta por un juez con función de control de garantías, mientras que la pena de prisión, es establecida vía sentencia por un juez de conocimiento.

Tampoco se debe confundir la detención preventiva con las medidas de seguridad. Aunque ambos términos resultan bastante similares, las medidas de seguridad resultan ser consecuencia de una infracción penal, ante la imposibilidad de imponer una sanción “regular” debido a factores como la inimputabilidad por trastorno mental. Las medidas de seguridad se encuentran recopiladas en el artículo 69 del Código Penal Colombiano “Ley 599 de 2000”, de la siguiente manera:

Artículo 69. Medidas de Seguridad. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.³

Por otra parte, es incorrecto equiparar la medida de aseguramiento privativa de la libertad con la captura, ya que la segunda es la simple aprehensión de un individuo que podría ser autor o participe de un delito. Esta aprehensión opera bajo orden judicial o ante una situación de flagrancia y tras la aprehensión, el individuo debe ser puesto a disposición de un juez con función de control de garantías. Para comprender mejor la institución objeto de estudio por Mejía y Valoyes manifiestan que:

las medidas de aseguramiento como mediada excepcional-

³ Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Código Penal. Diario oficial 44097. Art 69.

les que se establecen cuando con el previo cumplimiento de cualquiera de las tres siguientes causales: que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado se constituya en un peligro para la sociedad o la víctima; y que resulte probable que el imputado no acudirá al proceso o no cumplirá la sentencia.

Contextualizando, la Corte Constitucional, a través de jurisprudencia plantea su posición ante las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, caracterizándolas y resaltando la necesidad de brindar plenas garantías a los derechos constitucionales de los sindicados (Sentencia C – 695 Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, 2013):

Dentro de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad se encuentran:: (i) la detención preventiva en establecimiento de reclusión y (ii) la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. Las medidas de aseguramiento que restringen otros derechos y libertades corresponden a la obligación de someterse a (i) un mecanismo de vigilancia electrónica; (ii) la vigilancia de una persona o institución determinada; (iii) presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe; (iv) observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. Igualmente, comprende prohibiciones como: (v) salir del país, del lugar de residencia o del ámbito territorial que fije el juez; (vi) concurrir a determinadas reuniones o lugares; (vii) comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y/o (viii) salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. A su vez, el juez también puede ordenar que el indiciado o acusado (ix) preste una caución real adecuada, por sí o por otra persona, mediante depósito de dinero, valo-

res, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas, salvo que se trate de una persona de notoria insolvencia.

Partiendo de la sentencia de referencia, se tiene que además, las medidas de aseguramiento privativas de la libertad tienen impacto directo en los costos de operación del sistema penitenciario y carcelario colombiano. Pero, no se trata de establecer asuntos materiales, económicos, ni financieros, es cuestión de realizar una reflexión acerca de la magnitud de los efectos sobre la naturaleza, esencia y dignidad del ser humano como elemento central de la sociedad.⁴

2.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA PRIVACIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA

Fabián Sorza afirma, que: “Por restringir, limitar o afectar derechos constitucionales garantizados en la Constitución Política del Estado como son la libertad y la propiedad patrimonial del imputado, las medidas cautelares deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y estar expresamente previstas y reglamentadas en las leyes procesales. “Las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental” (Binder, 1993).”⁵

En el caso de la Constitución Política de Colombia en su artículo 13, consagra que: “Todas las personas nacen libres

⁴ Mejía, Fernando, Jairo Valoyes, “Medidas de aseguramiento privativas de la libertad y sus garantías constitucionales” [tesis]. Bogotá. Universidad Cooperativa de Colombia; 2020, p. 19.

⁵ Sorza Cepeda, Fabián Antonio, “La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos”. *Revista Análisis Internacional* (Cesada a partir de 2015) 6 (2), 54.

e iguales ante la ley”.⁶ Por su parte el numeral 1 del artículo 250 constitucional, establece que una de las tareas de la fiscalía es:

1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.⁷

En esta forma, el constituyente justificó la restricción de ciertos derechos y libertades en el marco de un proceso penal. Dentro de estas restricciones se encuentra la privación de la libertad del procesado. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal Colombiano “Ley 906 de 2004” (En adelante C.P.P.), en el capítulo I del título IV “Régimen de libertad y su restricción”, establece las siguientes disposiciones:

Artículo 295. Afirmación de la Libertad. *Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.*

Artículo 296. Finalidad de la Restricción de la Libertad. *La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de*

⁶ Constitución Política de Colombia, 20 de julio 1991. *Gaceta Constitucional* 116. Art 13.

⁷ Ibid., Art 250.

*las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.*⁸ (Cursivas fuera del texto original).

En consecuencia, tanto la Constitución Política colombiana, como la norma infra-constitucional, facilitan la privación preventiva de la libertad. Sin embargo, el legislador procesal penal omitió establecer directrices de protección de derechos en el marco de la detención preventiva. De acuerdo con Fabián Sorza:

La Ley 906/2004 respecto a la detención preventiva se muestra insuficiente para proteger derechos de los particulares dentro del juicio penal, lo que implica la vulneración de los derechos fundamentales para las personas inmersas en un proceso penal en Colombia. El Estado colombiano también ha sido víctima del régimen de la detención preventiva por las demandas recibidas a causa del mal empleo de la imposición de la privación de la libertad. Esta realidad genera la necesidad de hacer un análisis sobre la dinámica de la detención preventiva: cómo se utiliza y aplica en el procedimiento penal colombiano y su impacto económico y social para las víctimas.⁹

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Algunas características de la detención preventiva son:

- Una privación de la libertad para prevenir y no para sancionar.
- Una medida excepcional.
- Debe atender a unos requisitos y necesidades, para que proceda su imposición.

⁸ Ley 906 de 2004, 31 de agosto de 2004. Código de Procedimiento Penal. *Diario oficial* 45658. Art 295 - 296.

⁹ Sorza Cepeda, Fabián Antonio, “La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos”. *Revista Análisis Internacional* (Cesada a partir de 2015) 6 (2), 54..

- Una especie del género de medidas de aseguramiento.
- Se debe imponer exclusivamente, cuando las otras medidas sean insuficientes para satisfacer la necesidad o necesidades que impulsan la solicitud.

3. PROBLEMÁTICA DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO REGLA GENERAL EN LA PRÁCTICA

En desconocimiento de los mandatos establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, existe un abuso de solicitudes y declaraciones de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y en especial las materializadas en centros de privación de libertad. A lo largo y ancho del territorio colombiano, esta práctica, ha ayudado a que la privación de la libertad sea la regla general. En opinión de Fernando Mejía y Jairo Valoyes:

[...] el uso generalizado de la privación preventiva de la libertad personal, de los procesados que aún no han sido condenados con una sentencia de responsabilidad penal, se quebranta lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reduce la detención preventiva a criterios de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y excepcionalidad. *El problema de la prisión preventiva en la legislación Colombiana, se ha convertido cada vez más, en una regla y no una excepción, como debería ser, ya que su decreto, está definido de una parte, en causales meramente objetivas, en casi, un 80% de las conductas penales, descritas en el código penal.* Sin embargo al ser un factor objetivo determinado en la ley, obliga al funcionario judicial, después de analizar el subjetivo, a usar la medida de manera sistemática, generando así un costo económico adicional para el Estado, ya que se tendría que adicionar los recursos, destinados a la población carcelaria que está purgando una condena

en firme. Es urgente que el legislador, siga cambiando de postura, y reformé las causales meramente objetivas, haciéndolas menos restrictivas, y de esa forma, comprenda un grupo mínimo de delitos, si esto no fuera plausible, se deje a discrecionalidad del funcionario judicial disponer en qué clase de delitos impone una medida de aseguramiento privativa de la libertad, atendiendo los criterios tantas veces mencionados de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Es un estudio más amplio en el que se evalúan las medidas de aseguramiento desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario.¹⁰

En la doctrina moderna, la prisión preventiva se caracteriza por ser la medida de carácter cautelar que más se aplica en el desarrollo del sistema procesal penal. Filadelfo Robayo analiza, que:

Se aparta del contenido económico para la satisfacción del Estado y por el contrario este se especializa en asumir los altos costos financieros que implican la manutención y el cuidado de los privados de la libertad, amén de ser indirectamente el generador de la nueva problemática social del siglo XXI, “la ausencia de los páter - familia y el desamparo de otros órdenes y/o factores sociales.”¹¹

El sistema penal nacional ha permitido que en forma desproporcionada se incremente el número de personas que año tras año es sometido a medidas privativas de la libertad en centro carcelarios, así como también se aprecia el incremento generalizado de medidas extramurales, (domiciliarios, elec-

¹⁰ Mejía, Fernando, Jairo Valoyes, “Medidas de aseguramiento privativas de la libertad y sus garantías constitucionales” [tesis]. Bogotá. Universidad Cooperativa de Colombia; 2020, p. 11.

¹¹ Robayo, Filadelfo. “La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal” [tesis]. Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada, 2013, p. 8.

trónicos, etc.). Producto de numerosas e irreflexivas solicitudes e imposiciones de detención preventiva, se incrementan las posibilidades de condenas nacionales e internacionales al Estado colombiano, por privaciones injustas de la libertad. Además, la avalancha de detenciones preventivas intramurales, empeora el fenómeno del hacinamiento o sobrepoblación carcelaria, que impide la efectiva realización de hasta las actividades humanas más básicas, y que hoy en día, con la presencia de la pandemia SARS- CoV-2, supone un riesgo para la vida y salud de privados de libertad, trabajadores de los centros de privación de libertad y sus familias. Ya que, es irrealizable el distanciamiento social.

El preocupante panorama de exceso de solicitudes e imposiciones de la detención preventiva, llevó a la misma Fiscalía General de la Nación, a expedir la Directiva 001 del año 2020, “Por medio de la que se establecen lineamientos generales respecto a la solicitud de medidas de aseguramiento”.¹² En este instrumento la Fiscalía General, recordó a sus fiscales lo siguiente:

La libertad personal de los ciudadanos es la regla, su limitación -sin arbitrariedades y dentro del marco de lo razonable y proporcionado- es la excepción. En el caso de las medidas de aseguramiento es preciso tener siempre en consideración esta máxima, que busca conservar uno de los elementos estructurales del orden constitucional. La presente Directiva tiene como fin desarrollar pautas para lograr el efectivo cumplimiento del carácter excepcional de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, exigencia constante, no solo por parte de la jurisprudencia a constitucional, sino también del sistema regional de protección de los derechos humanos.¹³

Así, la fiscalía está invitando a sus fiscales, a que solo

¹² Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 del 02 de junio de 2020.

¹³ *Ibíd.*

soliciten las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, de modo excepcional. De ese modo, también disminuirán las imposiciones de prisión preventiva por parte de los jueces de garantías. Sobre la excepcionalidad de las medidas de aseguramiento, en sentencia C-469 de 2016, la Corte Constitucional, ha dispuesto que:

El tercer límite sustancial de las medidas de aseguramiento es su excepcionalidad. Estas, en el trámite del proceso penal, implican unas de las injerencias más invasivas del Estado en los derechos fundamentales del imputado, como se ha subrayado. Por esta razón y bajo el entendido de que son preventivas y su imposición está sujeta a precisas justificaciones, solo pueden ser decretadas de forma excepcional. Este límite proviene de mandatos constitucionales y de normas internacionales en materia de derechos humanos. La Corte ha sostenido:

Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que “no debe ser la regla general”, pero que “su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo”, al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales a los que se acaba de aludir se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por esto, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas.¹⁴

4. OTRAS PROBLEMÁTICAS DERIVADAS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

4.1 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA IDEALMENTE SE DEBE DEFENDER EN LIBERTAD

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencias como la C- 289 de 2012, se ha referido a la presunción de inocencia como:

[...] una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. STC C-469 del 31 de agosto de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito “hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad”.¹⁵

Numerosas detenciones preventivas, son y han sido caprichosas y arbitrarias. Pero incluso, las que en efecto son solicitadas reflexivamente y declaradas en cumplimiento del rigor y exigencia de la norma procesal penal, resultan ser vulneratorias de la garantía fundamental de presunción de inocencia como arista del debido proceso. La presunción de inocencia es abordada por el artículo 29 de la Constitución, con las siguientes palabras: “[...] Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”.¹⁶ En efecto, mientras el individuo, no haya sido vencido en juicio y declarado penalmente responsable, mediante sentencia proferida por el juez de conocimiento, o no haya aceptado la responsabilidad penal por los cargos que la fiscalía endilga, Goza de una presunción de inocencia incólume. Esta presunción de inocencia idealmente debe ser defendida en libertad. En la práctica, el sistema dispone un tratamiento casi idéntico a detenidos y condenados, quienes deben soportar flagelos deshumanizantes mientras se encuentren tras las rejas.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. STC C-289 del 18 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶ Constitución Política, Art 29.

4.2 ¿PROCESADOS CUMPLIENDO CONDENAS?

En conexión con el punto anterior, varias personas poseedoras de una presunción de inocencia, completan largas estancias en prisión durante el proceso penal que se adelanta en su contra. Estos periodos pueden acercarse o igualar el tiempo establecido como sanción por el delito por el que apenas están siendo procesados.

En Colombia, existen procesos penales que se extienden por años debido a las cotidianas postergaciones de diligencia y otras razones. Esta tardanza del proceso penal, deriva el fenómeno de mantener al procesado en detención preventiva durante un periodo similar o igual al establecido en la norma como sanción. Esto sin haber tenido la posibilidad de ser vencido en juicio o declarado penalmente responsable por un fallo en sentido condenatorio.

4.3 IMPOSIBILIDAD DE RESTRINGIR ÚNICAMENTE LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN EN CONTEXTOS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CENTRO DE RECLUSIÓN

En contextos de privación de libertad, es imposible que solo se restrinja la libertad de locomoción de acuerdo con Paz Francés y Diana Restrepo: “la prisión nunca podrá llegar a limitar únicamente el derecho de libertad de movimiento de quien sufre el encierro como debería ser en teoría, sino que afecta directamente a un sinnúmero de derechos de las personas prisioneras.”¹⁷

Otros de los tantos derechos que se afectan mientras a persona se encuentra en situación de privación de libertad son: i) Derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos; ii)

¹⁷ Francés, Paz y Diana Restrepo, ¿Se puede terminar con la prisión?: Críticas y alternativas al sistema de justicia (Madrid: Catarata, 2019), p. 45.

Derecho a un trabajo y a un salario digno (mínimo vital); iii) Derecho a la salud (física y mental); iv) Derecho a la asociación; v) Derecho a la recreación; vi) Derecho a difundir y expresar pensamientos e ideas; vii) Derecho a la educación; viii) Derechos sexuales y reproductivos; ix) Derecho a la intimidad personal y familiar; x) Derecho a la libertad religiosa; xi) Derecho a una alimentación suficiente y balanceada; xii) Derecho a la vida (en algunos casos).¹⁸

La Honorable Corte Constitucional desde el año 1998 ha declarado y reiterado el Estado de Cosas inconstitucional del Sistema de privación de libertad, en consideración a que no solo alberga a condenados sino a procesados. La declaración y reiteraciones del Estado de Cosas Inconstitucional, es producto de la existencia de una estructural, generalizada y masiva violación de derechos fundamentales de la población privada de la libertad. Algunas de las sentencias más importantes relativas al Estado de Cosas Inconstitucional las sentencias i) T-153 de 1998; ii) T-388 de 2013; iii) T-762 de 2015.

Si bien es cierto, la persona procesada es quien más sufre graves afectaciones a sus derechos y a su dignidad, en el marco de la detención preventiva, el sufrimiento se extiende a sus familiares y allegados más próximos. Como se explica en la obra “Personas privadas de libertad y familiares consecuencias del alejamiento penitenciario”, existen afectaciones que sufren los familiares de privados de libertad entre ellos los procesados detenidos. Los autores recuerdan que ciertos derechos deben ser respetados como: “El derecho del menor a la unidad familiar en relación al interés superior del menor y el derecho a estar en una prisión cercana al lugar de residencia familiar”.¹⁹

¹⁸ Ej. Riña, motín, epidemia/ pandemia, enfermedad no atendida adecuadamente.

¹⁹ Parés, Albert, Iñaki Rivera, Carlos García, “Personas privadas de liber-

Por su parte, la familia también ha sido considerada por parte de la cultura del castigo, como un método de control de reincidencia. De acuerdo con Máximo Sozzo la familia:

En el marco de la doble y paradójica consideración del medio familiar simultáneamente como una de las causas del delito del preso –todas las referencias diversas a los “desajustes” y “malfuncionamientos” familiares en el proceso de “socialización”- y como uno de los potenciales mecanismos de control informal del preso una vez liberado para que no vuelva a cometer delitos, al menos desde fines del siglo XIX se promueve el contacto del individuo secuestrado con su familia, tanto en el interior como en el exterior de la prisión. Este contacto familiar se ha ido estructurando a través de diversos mecanismos en los distintos escenarios: las visitas semanales de familiares al preso, las visitas “íntimas” para parejas, las salidas del preso para visitar a los familiares, etc.²⁰

Perder la libertad también significa perder el control sobre la vida misma. De acuerdo con Jaime Alberto Echeverri Vera:

La situación de prisión conlleva la imposibilidad cierta de decidir sobre la evolución de las propias circunstancias personales, familiares y sociales. Como en cualquier otra situación, siempre existe un margen de decisión, una opción personal que elegir. Sin embargo, dentro de ésta el abanico de posibilidades que se ofrece al recluso es mínimo y, en todo caso, está absolutamente limitado por la situación carcelaria. La absoluta normativización a la que la persona se ve abocada y la total dependencia externa

tad y familiares consecuencias del alejamiento penitenciario”. Barcelona: OSPDH, 2018.

²⁰ Sozzo, Máximo, “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”. URVIO. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. n° 1, 90, 2007.

provoca, en primer término, un cierto abandono respecto a su capacidad de decisión. La progresiva y creciente adaptación del individuo al medio le permite ir adoptando elecciones que, aunque aparentemente tienen una mínima trascendencia sobre su situación global, sí son importantes de cara a su recuperación personal. El recluso decide, en primer lugar, cuál va a ser su actitud general respecto a su situación carcelaria: de rebeldía, protesta, queja, sumisión, aceptación, lucha, superación o esfuerzo. Dichas opciones, una vez asumidas y puestas en marcha, permiten al interno superar sus fuertes limitaciones personales impuestas por la situación carcelaria. Este conjunto de decisiones iniciales dan paso o actúan como referente de otras secundarias que afianzan la postura psicológica del recluso. Existe, sin duda, una importante falta de control sobre la propia vida referida a la evolución de los acontecimientos externos. Hay una práctica imposibilidad física de participar de eventos, situaciones que se producen constantemente en el mundo externo y que exigen de nuestro posicionamiento personal e, incluso, poner en marcha nuestra capacidad de decisión; esta sería dificultad, este muro que separa al recluso de la evolución normalizada de los acontecimientos externos, es vivida como un sentimiento de enorme frustración personal, bloqueando, en ocasiones, a la persona.²¹

4.4 DIFICULTAD LOGÍSTICA DE SEPARAR A DETENIDOS DE SENTENCIADOS EN ALGUNOS CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En sentencia T-197/17, la honorable Corte Constitucional,

²¹ Echeverri Vera, Jaime Alberto, “La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación”. *Pensando Psicología* - Revista de la Facultad de Psicología Universidad Cooperativa de Colombia. 6 (11), 2010, p. 163.

recuerda que ya se había identificado esta problemática en sentencias previas como la T-762 de 2015, así:

Elementos fácticos de la Sentencia T-762 de 2015

En la Sentencia T-762 de 2015[47], este Tribunal se pronunció sobre dieciocho expedientes acumulados que abarcaban la situación de 16 centros de reclusión del país. De manera general, en todos ellos se discutía la violación de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad con ocasión de las condiciones en que sobrevivían. Lo anterior, en atención a que en dichos centros se evidenciaba hacinamiento, insuficiencias en la infraestructura y en las condiciones sanitarias, falta de servicios asistenciales de salud, dificultades de acceso a posibilidades de resocialización de la pena, carencia de lugares para desarrollar la visita íntima e *incumplimiento en el deber de separar a las personas privadas de la libertad entre las sindicadas y aquellas condenadas tras haber sido vencidas en un juicio*".²² (Cursivas fuera del texto original).

Adicionalmente, en la mencionada sentencia de 2017, se dispuso que, dentro del plan de atención, Debía cumplirse con la exigencia de separación de detenidos y sentenciados en un plazo máximo de dos (2) años.

(iii) *Frente a la no distinción de las personas condenadas respecto de las sindicadas*. Según se afirma en la demanda, en las cárceles de La Unión y Túquerres, por problemas de infraestructura, se están mezclando indistintamente a condenados con detenidos. Lo anterior implica que no se está cumpliendo con la clasificación de internos que ordena el artículo 63 del Código Penitenciario y Carcelario, así como con los tratados internacionales que regu-

²² Corte Constitucional de Colombia. STC T-197 del 03 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

lan la materia, ni con las reglas de las Naciones Unidas sobre el tratamiento de los reclusos. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 10, numeral 2, dispone que: “Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento distinto adecuado a su condición de personas no condenadas”. Por su parte, las mencionadas reglas de las Naciones Unidas establecen que: “85. 1) Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados

Como parte del plan de atención, y entendiendo que la problemática planteada no es ajena a las dificultades de infraestructura y de hacinamiento, se ordenará al INPEC, a los Alcaldes Municipales y a los Directores de cada uno de los centros de reclusión objeto de este fallo que, en el ámbito de sus competencias, previo censo de la situación jurídica de cada uno de los internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios de Mediana Seguridad de Pasto, Ipiales, Tumaco, Túquerres y *La Unión*, adopten las medidas necesarias para que, en el plazo máximo de dos (2) años, se logre una separación definitiva de los detenidos.²³

4.5 SOBREPoblación EN CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

De acuerdo con Dejusticia:

[...] en Colombia hay 235 personas privadas de la libertad por cada 100 000 habitantes, y el 29 % de la población carcelaria está en prisión preventiva. A corte de abril de 2020, según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), había un total de 121 010 personas privadas de la libertad, con un hacinamiento del 49.4 %, teniendo en cuenta que el sistema está habilitado para alo-

²³ Ibidem.

jar a 80 709 personas. En varias ocasiones, la Corte Constitucional colombiana ha declarado el Estado de Cosas Inconstitucional (eci) en el sistema penitenciario y carcelario, debido a una política criminal reactiva y populista, así como a las condiciones indignas al interior de los centros de reclusión, sin condiciones mínimas de salubridad y alimentación (13).²⁴ (Cursivas fuera del texto original).

A su vez, Mejía y Valoyes indican que:

[...] una de las situaciones que más alarma genera por su magnitud, es la del hacinamiento penitenciario que se vive en este momento en el país, como consecuencia de la actual política criminal colombiana y sus medidas de restricción de la libertad (Angarita Rojas, 2017).

De esta manera, se configuran las medidas de aseguramiento como mediada excepcionales que se establecen cuando con el previo cumplimiento de cualquiera de las tres siguientes causales: que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado se constituya en un peligro para la sociedad o la víctima; y que resulte probable que el imputado no acudirá al proceso o no cumplirá la sentencia.²⁵

El hacinamiento o sobrepoblación dentro de los centros de privación de libertad, compromete hasta las actividades y necesidades más básicas del ser humano como el descanso, la alimentación y los procesos de higiene personal y del es-

²⁴ Dejusticia (Del miedo a la acción #002: Aliviar el hacinamiento carcelario: Salvavidas en tiempos de Covid, 2020), acceso 10 de septiembre de 2021, <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/07/DMAA-2-CEDD-Nuevo2.pdf>.

²⁵ Mejía, Fernando, Jairo Valoyes. “Medidas de aseguramiento privativas de la libertad y sus garantías constitucionales” [tesis]. Bogotá. Universidad Cooperativa de Colombia; 2020, p. 19.

pacio. Asimismo, con la llegada de la pandemia Covid-19, el hacinamiento es un riesgo para la vida y salud de privados de libertad y trabajadores de los centros de reclusión. Adicionalmente, en la sentencia T-388/13, la Corte Constitucional dijo que: “La sobrepoblación carcelaria, por sí misma, propicia la violencia”.²⁶ Sobre este punto, la doctora Diana Restrepo ha mencionado lo siguiente:

[...] quizá., con las prisiones asiáticas, las latinoamericanas y africanas, en donde los derechos humanos son una ilusión, y las altas tasas de hacinamiento, entre otros problemas estructurales, impiden las condiciones de vida digna, e incluso, en muchas de ellas, la vida misma, por los insoportables problemas de higiene, atención en salud, y los altos índices de violencia tanto por parte de quienes garantizan la vigilancia como entre las personas privadas de la libertad.²⁷

4.6 FALTA DE PROGRAMAS EDUCATIVOS, LABORALES Y DE RECREACIÓN DENTRO DE LOS CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Reflejo de la realidad colombiana, en los centros de privación de libertad, no hay posibilidades de empleo ni educación para todos. Además, existen unos escasos programas recreativos. Muchos privados de libertad, no tienen la oportunidad de acceder a programas que les permitan adquirir conocimientos o generar ingresos. Tampoco hay suficientes programas de recreación. Detenidos y condenados, desper-

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. STC C-388 del 28 de junio de 2013. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

²⁷ Restrepo, Diana, “Prisión global: dicotomías del encierro en la actualidad”, Revista *Direito e Praxis* 12, n.º 1 (2021): 2623, doi: 10.1590/2179-8966/2020/57201.

dician valiosos meses y años útiles de sus vidas tras las rejas. Esto, afecta su economía personal y familiar, sus expectativas de salir adelante e incluso su recreación y desperdicia sus talentos. Sobre el presente punto, la Corte Constitucional ha considerado que:

[...] el trabajo, la educación y las distintas actividades que se realicen en el curso de la detención, son parte del núcleo esencial del derecho a la libertad, pues se constituyen en un mecanismo indispensable para lograr la resocialización de la persona reclusa en prisión, de lo que se deriva que para los centros carcelarios debe ser una prioridad que los internos puedan acceder a los programas que les permita redimir pena durante las diferentes fases del tratamiento penitenciario (observación, alta, mediana, mínima seguridad y confianza)”²⁸.

En este orden de ideas, el autor Francisco José Scarfó explica, que:

La necesidad de garantizar a los detenidos el derecho a la educación es de vital importancia, no solo por ser un derecho, que hace a la esencia de todo ser humano, sino también por el beneficio personal de quién recibe educación y el impacto auspicioso de una EDH en la participación y pertenencia real en la sociedad y en la construcción de la cultura en el marco de los DH.²⁹

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. STC T-498 del 22 de octubre de 2019. Magistrada Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁹ Scarfó, Francisco, “El derecho a la educación en las cárceles como garantía de la educación en derechos humanos”. *Revista IIDH*. N°36, 2002, p. 239.

4.7 ESTIGMATIZACIÓN SOCIAL DEL INDIVIDUO QUE ESTUVO DETENIDO

Una consecuencia no solo de la privación de libertad, sino del mismo proceso penal, es la estigmatización o etiquetamiento del individuo por parte de la sociedad. La profesora Marta Gonzáles Rodríguez manifiesta que:

Conjuntamente con la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a *la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal*. La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, *la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues “trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta”*. La estigmatización como “*corolario informal de la reacción formal contra el delito*”, constituye un sufrimiento impuesto al justiciable que como padecimiento queda fuera del control y de las intenciones del Sistema Penal. Si consideramos que el individuo es un sujeto social y que la estigmatización afecta precisamente su condición de ser social, podrá comprenderse en parte la trascendencia que para la actividad del reo (tanto laboral, social, comunal, etc.) tendrá este proceso colateral dañoso.³⁰

Independiente a la decisión judicial de absolución o condena, un sujeto que ha sido procesado penalmente, cargará por el resto de sus días con un estigma que afectará su vida

³⁰ González Rodríguez, Marta, “El derecho penal desde una evaluación crítica”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 11(10), 2008, 11:4.

personal, familiar y social. Esta estigmatización se presenta al momento de buscar una oportunidad laboral o educativa. Esto puede ser considerado un juicio social. De acuerdo con Elías Escaff la estigmatización:

[...] fue entendida como el juicio social ejercido sobre el antecedente de haber estado privado de la libertad. Es importante destacar que hoy la estigmatización implica que el sujeto “estigmatizado” se concibe como poseedor de cualidades que de alguna manera la sociedad rechaza y no comparte, por ser “contrarias” a lo socialmente esperable. Conforme a esta situación, el sujeto estigmatizado es denigrado y puesto en un rango inferior por la sociedad (Haydith, 2009).

No obstante, los efectos estigmatizadores de la sociedad que recaen sobre sujetos privados de libertad, declarados luego inocentes, prácticamente son los mismos que en el caso de los autores efectivos del delito. Donde “la sociedad ha sido condicionada para tener prejuicios contra todos aquellos que comienzan un proceso penal o son recluidos en algún centro penitenciario” (Haydith, 2009).

La estigmatización mencionada tiene la característica de estar constantemente enjuiciando y, por tanto, remarcando al sujeto bajo el rótulo de imputado. Dicha situación lleva a una tajante marginación y exclusión de estos sujetos al momento de su reintegración a la sociedad.

Cabe destacar la estigmatización ejercida por la propia familia y por el barrio en el que el sujeto reside. Estas dos entidades también etiquetan al sujeto constantemente, lo que genera una cadena de sucesivas y arbitrarias discriminaciones y exclusiones (Aniyar de Castro, 1977).³¹

³¹ Escaff-Silva, Elías, et al, “Consecuencias psicosociales de la privación de libertad en imputados inocentes”. *Revista Criminalidad*, 55 (3), 2013, 296.

Sobre la estigmatización dentro del sistema penal la Prof. Catalina Pérez Correa argumenta, que:

El sistema penal, y sobre todo nuestra actual forma de castigo basada en la exclusión de ciertos grupos, genera una (correcta) percepción de injusticia y de falta de neutralidad del sistema y de las autoridades. La teoría sobre justicia procedimental muestra que cuando esto sucede, se reduce la confianza hacia las autoridades y las instituciones legales, lo que repercute negativamente en el cumplimiento del derecho y la futura cooperación con la autoridad.

Los estudios sobre la estigmatización muestran, además, que si suficientes individuos de un grupo determinado son estigmatizados, el estigma comenzará a ser parte de la identidad grupal y aquéllos adoptarán actitudes y comportamientos asociados con esa marca. Es decir, dentro del grupo el estigma de criminal dejará de ser una marca individual para convertirse en una característica grupal.³²

4.8 AFECTACIONES A LA SALUD, SECUELAS FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS A RAÍZ DE LA DETENCIÓN

Como se mencionó en el numeral 4.3, es imposible que solo sea restringido el derecho a la libertad de locomoción mientras se está detenido, el derecho a la salud (física y mental) también se ve afectado. De acuerdo con Jeniffer Hernández y Luz Mejía:

[...] a excepción de Argentina y España, los centros de reclusión en otros países presentan importantes limitacio-

³² Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho”. *Revista mexicana de sociología* 75 (2), 2013, p. 287-311. 306.

nes para garantizar el derecho a la salud de la población reclusa, principalmente por deficiencias en la infraestructura locativa, insuficiente personal asistencial y escaso suministro de medicamentos. En Colombia, a pesar de que se han desarrollado mecanismos y acciones para mejorar la salud de esta población, el sistema de salud penitenciario aún presenta deficiencias que obstaculizan el acceso a los servicios de salud. El reto de la sociedad y del Estado es superar estos obstáculos y garantizar el acceso a los servicios de salud de la población reclusa que se entiende como altamente vulnerable.³³

Dentro de los centros de privación de libertad, la prestación del servicio de salud es bastante precario y modesto. Como consecuencia de la privación de libertad, el individuo puede verse afectado en su salud física y psicológica. Con la llegada de la pandemia Covid - 19, la salud y vida de los privados de la libertad, se encuentra en constante riesgo. Pero, el sistema no es capaz de proporcionar condiciones que permitan la preservación de la salud física y mental de los seres humanos que alberga. Tampoco es capaz de atender las anomalías de salud que el individuo padecía antes de su detención o que aparecen en prisión. Varias de estas anomalías pueden surgir a causa de las condiciones precarias e inhumanas de las prisiones. No es un secreto, que la privación de libertad es una situación traumática para el individuo y sus familiares. Así que la restricción de la libertad, aunque se dé un lugar con condiciones de dignidad, puede derivar afectaciones en la salud mental. Más aun, cuando en la situación penitenciaria colombiana, el individuo privado de la libertad es despojado de múltiples derechos e incluso, se le priva de su dignidad.

³³ Hernández A, Jeniffer y Luz Mejía, “Accesibilidad a los servicios de salud de la población reclusa colombiana: Un reto para la salud pública”. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública* 28 (2), 2010, p. 246.

4.9 RIESGO A LA INTEGRIDAD FÍSICA A RAÍZ DE LA PÉRDIDA DE CONTROL DEL CUERPO DE CUSTODIA EN LOS CENTROS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En reiteradas oportunidades se ha perdido el control de los centros de privación de libertad, riñas, motines y otras situaciones, han afectado de manera dramática la tranquilidad y la seguridad de privados de libertad y cuerpo de custodia. Algunos de los más recientes sucesos se han presentado en Colombia y Ecuador. En marzo de 2020, se desarrolló un motín en uno de los centros de privación de libertad más importantes de Colombia (Cárcel la Modelo de Bogotá), Producto de los hechos, 23 personas privadas de la libertad perdieron la vida y decenas resultaron heridas. Meses después, medios de comunicación siguen dando a conocer, aterradores informes que establecen el excesivo uso de la fuerza por parte del cuerpo de custodia. Por ejemplo: el día 21 de marzo de 2021, el famoso diario colombiano *El Tiempo*, en nota que tituló “Los graves hallazgos de investigación por noche de horror en La Modelo”, menciona que se presentaron: “excesos en el uso de la fuerza, actos contra la dignidad de los presos, torturas y hasta posibles ejecuciones extrajudiciales”.³⁴

Por su parte, en Ecuador, decenas de privados de la libertad, han perdido la vida a causa de motines similares. Además, decenas de prisioneros y algunos agentes estatales han resultado heridos. El 22 de julio de 2021, el medio France 24 en la nota periodística titulada “Motines en cárceles de Ecuador dejan 21 muertos”, manifestó que “Las cárceles de Guayas y de Cotopaxi fueron dos de las cuatro prisiones en las que se produjeron sangrientas revueltas simultáneas en febrero, con saldo de 79 reclusos muertos y una veintena de heridos, incluidos policías”³⁵. Estas fatídicas circunstancias,

³⁴ “Los graves hallazgos de investigación por noche de horror en La Modelo,” *El Tiempo* (Bogotá D.C.), 21 de marzo de 2021.

³⁵ “Motines en cárceles de Ecuador dejan ocho muertos y veinte he-

facilitan inferir que en ocasiones el cuerpo de custodia es incapaz de mantener el control de los penales y a raíz de esto, no solo la tranquilidad, sino la vida e integridad de seres humanos, están en constante peligro.

5. CONCLUSIONES

La situación de detención preventiva no solo limita la libertad de locomoción del procesado, también restringe múltiples derechos y garantías. El individuo que ingresa a un centro de privación de libertad en calidad de procesado, por lo general recibe un tratamiento casi idéntico al de los condenados. En ambas situaciones, se sufren graves afectaciones a los derechos humanos, garantías e incluso su dignidad humana. Los privados de libertad, pierden control de sus vidas y sus decisiones mientras se encuentren en contextos intramurales. Además, el sistema sufre una insuficiencia de programas vocacionales, educativos, laborales y de recreación para todos, llevan a que las estadías en prisión sean periodos desperdiciados.

La privación de libertad puede producir afectaciones en la salud mental y física de los individuos y es irrealizable la prestación de un servicio de salud de calidad en los centros de privación de libertad, lo que afecta negativamente la calidad de vida durante detención y luego de su liberación. A su vez, la pérdida de control de las prisiones, ha causado muertes y afectaciones a la integridad física de privados de libertad y agentes estatales. Lo anterior, genera un sentimiento de inseguridad y de riesgo latente. La detención preventiva, ha derivado numerosas problemáticas que afectan no solo derechos humanos y garantías fundamentales, sino la misma confianza en el sistema.

ridos, “France 24 en Español” (Bogotá D.C.), 22 de julio de 2021. Acceso 10 de septiembre de 2021. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210722-motines-en-c%C3%A1rcel-de-ecuador-dejan-ocho-muertos-y-veinte-heridos>

Existe un abuso en las solicitudes de medidas de aseguramiento privativas de la libertad. De modo frecuente se realizan solicitudes caprichosas e irreflexivas, sin obedecer al rigor exigido por los criterios y requisitos establecidos por la norma procesal penal. Este exceso del uso de la prisión preventiva ha convertido la privación de libertad en la práctica, alejándose de estándares de respeto a los derechos humanos. En consecuencia, empeora la crítica situación de sobrepoblación en centros de reclusión, que impide la realización de actividades humanas elementales y la satisfacción de necesidades básicas. También, la sobrepoblación afecta la tranquilidad del recinto y propicia la violencia. Y por si fuera poco, la aglomeración, supone un riesgo latente para la salud y vida de privados de libertad y trabajadores, en épocas de Covid-19.

Por su parte, la sociedad se ha encargado de estigmatizar y cerrar puertas a los individuos que han sido procesados penalmente especialmente a quienes hayan estado privados de libertad. Por el resto de sus vidas, serán objeto de reproches y condenas sociales, aunque nunca hayan sido declarados culpables por el sistema de justicia penal. Aminorando sus oportunidades sociales, educativas y laborales.

Las problemáticas abordadas, y muchas otras que surgen en contextos de detención preventiva, llevan a poner en duda la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, ya que va traer consecuencias nefastas y muchas veces irreversibles para la persona detenida e incluso para su familia y allegados. Por todo lo anterior, este texto respalda el llamado hecho por la Fiscalía General de la Nación, de abstenerse de abusar de la solicitud medida de aseguramiento privativa de la libertad y solamente hacerlo de modo excepcionalísimo. Esto disminuirá la declaración de estas medidas y obedecerá al mandato nacional e internacional de materializar la libertad como la regla general, y la privación de libertad como

excepción. Además, ayudará a atender otras problemáticas como las que se mencionaron en el desarrollo de este artículo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Dejusticia. Del miedo a la acción #002: Aliviar el hacinamiento carcelario: Salvavidas en tiempos de Covid, 2020, Acceso 10 de septiembre de 2021, <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/07/DMAA-2-CEDD-Nuevo2.pdf>
- Echeverri Vera, Jaime Alberto, “La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación”. *Pensando Psicología* - Revista de la Facultad de Psicología Universidad Cooperativa de Colombia. 6 (11). 157-166, 2010. Acceso 28 noviembre https://www.academia.edu/24562555/A_La_prisionalización_sus_efectos_psicológicos_y_su_evaluación_1_Imprisonment_its_psychological_effects_and_evaluation.
- Escaff-Silva, Elías, Feliú-Vergara, María de la Paz., Estévez-Merello, María Ignacia y Torrealba-Henríquez Camila A. 2013. “Consecuencias psicosociales de la privación de libertad en imputados inocentes”. Revista *Criminalidad*, 55 (3), 291-308. Acceso 13 de octubre <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4709767>
- Fiscalía General de la Nación. Directiva 001 del 02 de junio de 2020.
- Francés Paz, Restrepo Diana, ¿Se puede terminar con la prisión?: Críticas y alternativas al sistema de justicia. Madrid: Catarata, 2019.
- García, William. “La detención preventiva en el sistema penal acusatorio colombiano y los estándares del Sis-

- tema Interamericano de Derechos Humanos” [tesis]. Bogotá. Universidad libre; 2011.
- Gonzáles Rodríguez, Marta, “El derecho penal desde una evaluación crítica”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 11(10), 2008, 11.1-11.23. Acceso 24 de noviembre <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf>
- Hernández P. Jeniffer A., y Mejía O. Luz M., “Accesibilidad a los servicios de salud de la población reclusa colombiana: Un reto para la salud pública”. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública* 28 (2), 2010, 241-249 Acceso 13 de octubre <https://revistas.udea.edu.co/index.php/fnsp/article/view/4771>.
- Ley 906 de 2004, 31 de agosto de 2004. Código de Procedimiento Penal. Diario oficial 45658.
- Restrepo Diana, “Prisión global: dicotomías del encierro en la actualidad”, *Revista Direito e Praxis* 12, n.º 1 (2021): 2619-2643. Doi: 10.1590/2179-8966/2020/57201.
- “Los graves hallazgos de investigación por noche de horror en La Modelo,” *El Tiempo* (Bogotá D.C.), 21 de marzo de 2021.
- Mejía Fernando, Valoyes Jairo. “Medidas de aseguramiento privativas de la libertad y sus garantías constitucionales” [tesis]. Bogotá. Universidad Cooperativa de Colombia; 2020.
- “Motines en cárceles de Ecuador dejan ocho muertos y veinte heridos, “France 24 en Español” (Bogotá D.C.), 22 de julio de 2021. Acceso 10 de septiembre de 2021. <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210722-motines-en-c%C3%A1rceles-de-ecuador-dejan-ocho-muertos-y-veinte-heridos>.
- Parés Albert, Rivera Iñaki, García Carlos, *Personas privadas de libertad y familiares consecuencias del alejamiento penitenciario*. Barcelona: OSPDH, 2018.

- Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho”. *Revista mexicana de sociología*. 75 (2), 2013, 287-311. Acceso el 24 de noviembre, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0188-25032013000200005
- Robayo, Filadelfo, “La detención preventiva, excepción o regla en el actual proceso penal” [tesis]. Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada ; 2013.
- San Martín Castro, César, “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. *Derecho & Sociedad*, n.º 20 (mayo), 2003, 160-73. Acceso 12 de octubre. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17300>.
- Scarfó, Francisco, “El derecho a la educación en las cárceles como garantía de la educación en derechos humanos”. *Revista IIDH*. N°36, 2002, 291-324. Acceso 24 de noviembre <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7131005>
- Sorza Cepeda, Fabián Antonio, “La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos”. *Revista Análisis Internacional (Cesada a partir de 2015)* 6 (2), 2016, 39-66. Acceso 12 de octubre <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/1078>.
- Sozzo, Máximo, “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”. URVIO. *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 1, 2007, 88-116. Acceso el 24 de noviembre.

Fuentes normativas:

Constitución Política de Colombia, 20 de julio 1991. Gaceta Constitucional 116.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-153 del 28 de abril de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-289 del 18 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-388 del 28 de junio de 2013. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-762 del 16 de diciembre de 2015. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. STC C-469 del 31 de agosto de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-197 del 03 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. STC T-498 del 22 de octubre de 2019. Magistrada Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Decreto 2001 de 2001, 09 de septiembre de 2002. Diario Oficial 44.930

Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Código Penal. Diario oficial 44097.

APATÍA POLÍTICA DE LOS JÓVENES ORIGINARIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMEALCO, QUERÉTARO

JUAN DANIEL UGALDE RAMÍREZ*

AGUSTÍN MARTÍNEZ ANAYA**

RESUMEN

La apatía que se observó en la participación política de los jóvenes indígenas, resulta de varias circunstancias, entre ellas la educación deficiente, los medios de comunicación en cuanto a la información errónea y la poca especialización de las instituciones para atender a este sector en especial. Mediante la observación en el municipio de Amealco de Bonfil, Querétaro, la recolección de datos de fuentes literarias, noticieros, y la plataforma de acceso a la información, nos percatamos que estas son las causas. El problema es no atender características socioeconómicas, políticas, jurídicas, lingüistas y culturales específicas de cada pueblo. Por lo que concluimos que, para combatir este fenómeno, en necesario empezar desde la educación primaria, hasta la superior, generando mejores condiciones de acceso a la educación y adecuando los programas a cada pueblo, además, las instituciones del estado pueden programar capacitaciones para cada pueblo, atendiendo su cosmovisión particular. Lo anterior en aras de lograr una participación activa de este sector y con ello escuchar la voz de quienes han permanecido callados durante años, mejorando las políticas públicas al in-

* Estudiante de noveno semestre de la Licenciatura en Derecho, campus Amealco, de la Universidad Autónoma de Querétaro

** Profesor de tiempo completo en la Licenciatura en Derecho campus Amealco en la Universidad Autónoma de Querétaro

cluir las necesidades de cada pueblo originario. Y sobre todo conservar la cultura de nuestro país, basado en el respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE: Indígenas, participación política, elecciones, cosmovisión.

ABSTRACT

The apathy that was observed in the political participation of indigenous youth is the result of various circumstances, including poor education, the media regarding misinformation, and the lack of specialization of institutions to serve this particular sector. Through the observation in the municipality of Amealco de Bonfil, Querétaro, the collection of data from literary sources, newscasts, and the information access platform, we realize that these are the causes. The problem is not addressing the specific socio-economic, political, legal, linguistic and cultural characteristics of each people. Therefore, we conclude that, to combat this phenomenon, it is necessary to start from primary to higher education, generating better conditions of access to education and adapting programs to each town, in addition, state institutions can schedule training for each people, attending to their particular worldview. The foregoing in order to achieve an active participation of this sector and with it listen to the voice of those who have remained silent for years, improving public policies by including the needs of each indigenous people. And above all, preserve the culture of our country, based on respect for the rights of indigenous peoples.

KEYWORDS: Indigenous people, political participation, elections, cosmovision.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge por el interés que, como joven perteneciente al municipio de Amealco, tengo en la vida política del municipio, y al observar que son muy pocos quienes nos interesamos en estos asuntos, inicie a indagar las causas que generan esta apatía política, especialmente en los jóvenes indígenas, pues a pesar de que somos un municipio con población indígena, que según datos del INAFED (Instituto Nacional para el Desarrollo para el Federalismo y el Desarrollo Municipal) en 2010, contamos con 14,800 hablantes de la lengua otomí. Los jóvenes no participan en la vida política, encontrando un problema serio ante el no ejercicio de los derechos de este grupo de la población, ya que, de acuerdo con la constitución mexicana en su artículo segundo, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la vida pública, y además este mismo ordenamiento señala que los gobiernos deben llevar a cabo acciones tendientes a que se puedan ejercer estos derechos. En este sentido, la realidad que se vive en un municipio con alta población indígena, es muy distinta a la que señala la constitución, al observar la poca o casi nula participación de jóvenes de este sector en la vida política del municipio. En una primera aproximación al objeto de estudio consideramos algunas hipótesis, como la falta de conocimiento de sus propios derechos y la falta de acciones gubernamentales tendientes a desarrollar la participación de estos jóvenes.

A lo largo de esta investigación, nos dimos cuenta que, tanto las instituciones Estatales como municipales, han sido omisas al mandato constitucional, pues poco han hecho para generar la educación adecuada y participación política en esta región.

En un primer apartado nos enfocamos a los derechos de los pueblos indígenas, en segundo lugar se hace un análisis

de la democracia y la apatía política de los jóvenes indígenas, tocando algunos elementos que consideramos inciden en esta conducta, para continuar en un siguiente punto mencionando las acciones que ejecuta el Instituto Electoral del Estado de Querétaro, y se compara con el estado de Chiapas, ya que consideramos que es uno de los estados con mayor presencia indígena, además de ser un referente en la lucha por los derechos de los pueblos indígenas. Para concluir con las propuestas que consideramos necesarias para combatir la apatía política de los jóvenes indígenas y así puedan tener mayor participación en la política de nuestro municipio.

Consideramos de suma importancia este tema, ya que como lo enuncia nuestra constitución, somos una nación pluricultural, sustentada originalmente en su pueblos indígenas, y es por ello que en su artículo segundo, se reconocen los derechos de estos pueblos, con la finalidad de preservarlos y seguir enriqueciendo la cultura de nuestro país, y es aquí donde resulta necesario escucharlos, para lo cual tenemos varios mecanismos, como es la consulta y la participación directa de sus representantes ante los órganos de gobierno, lo que contribuye para generar políticas públicas adecuadas a sus necesidades e intereses que propicien un desarrollo integral, sociocultural y político de estos pueblos, apegado a su cosmovisión. Ello es posible solo si se dan las condiciones adecuadas que pongan en marcha mecanismos eficaces para atender a este sector de la población. Y sin duda los jóvenes son clave en este desarrollo, su participación como representantes de sus pueblos puede llevar a entender sus necesidades y conocer sus intereses, para atenderlos de manera responsable, de tal suerte que, la brecha entre la norma y la realidad cada vez sea más reducida.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

La población indígena en México representa la riqueza del país, mediante distintas luchas tanto armadas como ideológicas, se ha logrado un reconocimiento constitucional a sus derechos como pueblo originario del país, reconociendo su cultura, lengua, tradiciones, etc. El artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su fracción III, reconoce los derechos políticos de los pueblos indígenas, desde elegir a sus representantes por usos y costumbres, hasta ocupar los cargos públicos para los que fueron electos. Además, en el inciso B, señala como obligación de las autoridades, promover la igualdad de oportunidades y “determinar las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales serán diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”. De este mandato podemos inferir que, para generar estas políticas, se debe escuchar a los pueblos originarios, una de las formas para lograrlo es brindarles los espacios suficientes en los gobiernos, mediante sus representantes, y por ello es tan importante que participen en la política, desde sus comunidades hasta los ayuntamientos, legislatura o estados.

El derecho a participar en la vida pública del país es de suma importancia, pues al ser reconocidos como sujetos de derechos, se debe contar con los mecanismos adecuados para que en la realidad puedan ejercer estos derechos, y no queden solo plasmados en la norma jurídica. Además la importancia de la participación política radica en la figura de la representación, de un grupo de personas con similitud de ideologías, cosmovisión, características, etc.; “cuando decimos que alguien o algo es «representativo de algo» estamos expresando una idea de similitud, de identificación, de ca-

racterísticas compartidas.”¹ Es por ello que la participación de los pueblos indígenas genera certidumbre en el ejercicio de sus derechos, en la satisfacción de sus necesidades y en el desarrollo autónomo de su cultura.

El derecho a la autodeterminación, es un elemento fundamental para su existencia (de los pueblos indígenas), sin ella tienden a desaparecer y si esto sucede la humanidad pierde parte de su riqueza, se deshumaniza; lo mismo que sucede cuando un hombre pierde su libertad.”² En el caso que nos ocupa, si los jóvenes no encuentran las oportunidades de ser quienes lleven a las instituciones públicas los intereses de sus pueblos, posiblemente esto conduzca a la pérdida de la cultura, de la identidad, de la lengua y tradiciones de este sector.

Estos derechos no solo han sido reconocidos a nivel país, también en distintos instrumentos internacionales como es el caso de convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), se ha reconocido sus derechos, en el Artículo 2 1, señala: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.” Entre otros, se desprende el derecho a participar en la política interna de su comunidad, en su municipio, entidad y país, lo cual genera una apertura a la posibilidad de ser escuchados para la formación y desarrollo de programas gubernamentales, que pretenden el desarrollo integral de la sociedad mexicana.

De igual forma, en el artículo 6 del convenio mencionado, se establece una obligación a cargo de los gobiernos, de

¹ Lifante Vidal, Isabel, “Sobre el concepto de representación”, *Doxa*, 32, (2009), p.506.

² López Bárcenas, Francisco. “Autonomía y derechos indígenas en México”, México, Ed. CEIIH/UNAM, Ediciones Coyoacán, 2005.

generar la participación de los pueblos indígenas en todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, responsables de políticas y programas que les conciernan. De estas disposiciones normativas tenemos claro que los pueblos indígenas tienen el derecho a participar, mientras que los gobiernos están obligados a generar los medios por los cuales se haga efectivo su derecho.

A pesar de este reconocimiento a sus derechos, aún estamos lejos de ver a los integrantes de pueblos indígenas teniendo una participación activa en la política del Estado Mexicano, sus características particulares hacen muy difícil el debido ejercicio de estos derechos, entre estas y de las más importantes, se encuentra la falta de conocimiento de sus propios derechos, derivado de una educación deficiente e inadecuada a cada pueblo originario que conforma nuestro país.

Lo anterior se ve reflejado en la ausencia de esta población en los gobiernos de todos los niveles, por la falta de oportunidades para participar en la política.

Los gobiernos aún no desarrollan sistemas efectivos de información y capacitación para estas comunidades, quedando, la mayoría de las ocasiones, en el discurso de algunas instituciones del Estado.

Por ejemplificar, se llevó a cabo el proceso electoral 2020/2021 en el que se eligieron a 500 diputados que ocuparan los curules en el congreso, así mismo, hubo contienda en 15 entidades federativas para elegir a sus gobernadores. En el estado de Querétaro se llevó a cabo la elección para elegir a su gobernador, a los 25 cargos de diputados locales, así como a sus 18 ayuntamientos. Lo que podemos destacar en estas elecciones electorales, es la ausencia de jóvenes originarios de comunidades indígenas como candidatos o inte-

grantes de alguna fórmula (según el informe a través de la plataforma de acceso a la información solicitada al IEEQ, en 2021)

En particular, la población indígena del municipio de Amealco (del cual formamos parte) no ha tenido gran participación en los comicios, su ausencia nos genera un gran interés en saber las causas que impiden la participación de los indígenas en asuntos políticos de un municipio que alberga gran cantidad de personas originarias, lugar que en los últimos años se ha promovido las artesanías indígenas como sello distintivo del municipio.

Pero la ausencia más preocupante es la de los jóvenes de las comunidades originarias de Amealco de Bonfil, Querétaro. De acuerdo con los datos oficiales del IEEQ, la planilla del Ayuntamiento de Amealco de Bonfil, se encuentra integrada por 9 regidores, de los cuales ninguno es indígena menor de 30 años. Esto es un indicador importante de que las cosas no se están haciendo bien, y la ley no se ha cumplido. Los derechos de este sector de la población no están debidamente atendidos.

DEMOCRACIA Y APATÍA POLÍTICA DE LOS JÓVENES INDÍGENAS

Para hablar de la participación política de los ciudadanos y la forma en que se ejerce el mecanismo del voto, primero es necesario entender la palabra democracia. Así, en la antigüedad se tiene la idea de la democracia directa, “cuyo ejercicio se cumplía en la manifestación de la voluntad pública en el ágora: los antiguos pensaban sobre todo en quienes deciden.”³ En esta concepción de democracia, la participación directa del pueblo en la toma de decisiones es lo más im-

³ Rentería Díaz, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*. México, Ediciones Coyoacán, 2014. p.33

portante, debido a que cada individuo es parte de la organización y por tanto, cada uno puede participar directamente. Aquí, podemos darnos cuenta que es una forma aceptable, siempre y cuando el grupo sea pequeño, ya que en grupos muy numerosos sería muy difícil llegar a tomar acuerdos, debido a la diversidad de ideas e intereses, además de otros factores sociales, económicos, incluso emocionales de los integrantes del grupo.

Hoy, aquella idea de democracia no corresponde a nuestra realidad, “la democracia en que pensamos los modernos es la democracia representativa, cuyo ejercicio fundamental consiste... en la elección de quienes decidirán.”⁴ Lo anterior, conlleva el concepto de la representatividad, que nos da una forma distintiva de pensar el concepto de democracia, al tener representantes se facilita la toma de decisiones, pues el grupo es reducido y existen condiciones más aptas para que existan acuerdos.

En este orden de ideas, los problemas que enfrenta la democracia representativa se enfocan en la forma de elegir, y a quien elegir, tema que abordaremos en líneas siguientes.

Hoy en día, la democracia la entendemos como una forma de vida, en donde la mayoría de ciudadanos de un país pueden sentirse conformes y seguros con este sistema, el cual nos da la oportunidad de gozar de ciertos derechos político-electorales, como es el sufragio, mediante el cual, podemos acceder a algún cargo público, representando los intereses de muchos de nuestros semejantes. Además de poder agruparnos, tener garantizados el ejercicio de derechos y también, la participación fuera del poder público en sus distintas manifestaciones, claro ejemplo de ello son las organizaciones civiles, quienes también forman parte importante de la democracia.

⁴ Rentería Díaz, Adrián, op.cit

Retomando la idea de la democracia representativa, una de las formas de elegir es mediante el voto personal, directo y secreto, por el cual la ciudadanía manifiesta su voluntad de que uno de entre varios candidatos sea quien los represente ante los órganos del Estado, llevando la representación del grupo social al que pertenece.

Otra de las preocupaciones es, a quien se elige para representarnos, y es aquí donde podemos centrar una de las causas del problema analizado, pues durante años, en nuestro país, se ha manifestado el fenómeno de la corrupción de nuestros representantes, personas que lejos de velar por los intereses de sus grupos sociales, benefician los personales, convirtiéndose en personas poderosas, tanto política como económicamente. La gran desconfianza que se ha generado derivado de este fenómeno, puede influir para que los jóvenes se aparten de la política, pues ven en ella todo un sistema corrupto, tanto de partidos políticos, órganos del estado y candidatos.

También es importante resaltar que, para garantizar la participación de varios sectores desfavorecidos de la población, se han creado acciones afirmativas, obligando a los partidos políticos a integrar a sus fórmulas, personas que representan estos grupos, lo cual puede ser un avance en materia de representación, siempre y cuando sea una representación real y no una simple estampa con la que se cumpla con la ley, como suele suceder.

La participación de los jóvenes en la política juega un rol importante, al ser la población que puede generar cambios importantes, de acuerdo con “La encuesta nacional de la dinámica demográfica ENADID, 2018, en México hay 30.7 millones de jóvenes (de 15 a 29 años) y representan 24.6% del total de habitantes”.⁵ Mientras tanto, “La población in-

⁵ INEGI, “En México hay 30.7 millones de jóvenes de 15 a 29 años”, *Noticias*, 15 abril 2021,

<https://889noticias.mx/noticias/finanzas/en-mexico-hay-30-7-millones-de-jovenes-de-15-a-29-anos-inegi/>

dígena tiene una composición importante de niños y niñas y adolescentes entre los 0 y 17 años de edad, suman 4.6 millones de personas y representan el 37.9% del total nacional de la población indígena.”⁶ De lo que podemos desprender que forman un grupo bastante numeroso en cuanto a su composición, pero poco en su participación.

La apatía que surge de las nuevas generaciones de jóvenes, lamentablemente repercute de manera directa: “De acuerdo al INE, para este periodo electoral 25 millones 662 mil 773 jóvenes de entre 18 y 29 años se encuentran habilitados para ejercer su voto, cifra que representa el 29% de la lista nominal, no obstante la cifra, en las elecciones pasadas (2021), participó solo el 65 por ciento de los jóvenes de 18 años, mientras que quienes tenían entre 19 y 34 contribuyeron de forma significativa más baja, con 55%.”⁷ Cifras que nos hablan de una gran parte de jóvenes que no participa en los comicios, cuando podríamos suponer que se trata de la población más interesada en el desarrollo de su país.

Gran porcentaje de los jóvenes muestran un desinterés en formar parte o participar en procesos electorales “A la pregunta: ¿Qué tanto te interesas en la política?, los jóvenes mexicanos, en general, mencionan estar “poco” (46%) o “nada” (43.2%) interesados en la política. Estas percepciones parecen respaldar el supuesto de que los jóvenes presentan una extendida apatía hacia la política, la cual redituaría

⁶ INPI, “La población indígena tiene una composición importante de niños y niñas”, Gobierno de México, 18 de abril de 2021, <https://www.gob.mx/inpi/articulos/ninas-ninos-y-adolescentes-indigenas-datos-de-la-encuesta-intercensal-2015>

⁷ Senadores, Morena, “Necesario, promover participación de los jóvenes en el Proceso Electoral 2021”, 15 de mayo de 2021, <https://morena.senado.gob.mx/2020/09/16/necesario-promover-participacion-de-los-jovenes-en-el-proceso-electoral-2021/>

negativamente en el funcionamiento de la democracia.”⁸ La indiferencia en cada proceso electoral es más notable y mucho más en los jóvenes pertenecientes a las comunidades indígenas, varios factores son los que causan esta displicencia:

A) REDES SOCIALES

¿Qué son las redes sociales?

En primer lugar, es necesario comprender a que se refiere el término Redes Sociales. “Por definición, una red social es una estructura social de la que forman parte varias personas u organizaciones. Por ejemplo, podría ser un grupo de amigos o una familia, porque son personas que comparten vínculos y que se comunican entre ellas. Es un concepto que se utiliza en sociología, la ciencia que se encarga de estudiar la sociedad humana.”⁹ Las redes sociales juegan un papel muy importante en pleno siglo XXI, pues si bien es sabido que los partidos políticos implementan estas plataformas para llegar a más audiencia, lamentablemente, también existe mucho consumo de información política errónea, lo que llega a generar un hartazgo en la población en general y en mayor medida, en los jóvenes, quienes pasan horas frente a sus dispositivos y al estar viendo este tipo de información, les genera un descontento, ya que mucha de esta no tiene importancia

⁸ “Los jóvenes en la política”, en Encuesta nacional de valores en juventud 2012, (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas) <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3221/19.pdf>

⁹ Ros, Laila, “Las redes sociales, una revolución comunicativa, ¿Qué son las redes sociales?”, *Vanguardia*, 29 de Junio del 2020 <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20200629/482009621616/dia-redes-sociales.html> (29 de abril 2021)

ni trascendencia, Mucha de la información que circula en redes es chatarra virtual. “Tanto las encuestas oficiales como los trabajos académicos coinciden en que los jóvenes mexicanos consumen muy poca información política.”¹⁰ Siendo una causa importante para que la apatía política aumente.

Las personas que utilizan estas plataformas, se retroalimentan de información que tal vez desconozcan o sea algo totalmente nuevo en sus vidas, comparten información para que más personas en otros lugares puedan analizar y disfrutar del contenido. Muchas empresas, personas famosas, políticos etc., utilizan estas plataformas para llegar a los usuarios, a través del marketing digital y así crear un impacto mediático de lo que quieren transmitir, en este caso nos enfocaremos en el ámbito político. Si bien es cierto que algunos políticos alcanzaron su objetivo utilizando estas plataformas como lo fue Barack Obama, en su campaña para ser presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, “Barack Obama se diseñó en gran medida con base en el uso de la *mobile communication* donde la mayoría de los jóvenes votó a favor del candidato.”¹¹ No es el caso de México, en donde estas plataformas, más que ayudar al favorable voto de un candidato, hacen que este se vea más afectado por las *fake news* y así de alguna manera indirecta, fomentar la apatía entre la comunidad juvenil.

¹⁰ Echeverría Victoria, Martín, “¿Apatía o desencuentro? Patrones de consumo y recepción de información política y gubernamental en jóvenes” *Global Media Journal*, (2011): 42-65.

¹¹ Castro Martínez, Leyvi, “El marketing político en Estados Unidos: el caso Obama”, *Norteamérica*, 7, (2012). 209-222.

B) GRADO DE EDUCACIÓN

Sin duda la educación es un factor determinante en la participación política de los jóvenes, y en mayor medida en el sector indígena, ya que, a menor conocimiento de los derechos político-electorales, resulta poco probable que se ejerza el derecho a participar. Este factor es un detonante para que se desarrolle la apatía, lo podemos relacionar con el caso del municipio de Amealco, en donde existe un déficit importante en materia de educación, la mayoría de jóvenes no estudia un nivel superior por distintas causas, entre ellas la falta de recursos económicos, mientras que para la población indígena se complica más, debido a las distintas características que los ponen en una desventaja frente al resto de la población, por lo que un gran porcentaje de los adolescentes prefieren dejar de lado sus estudios y optar por un oficio en la región. “Empíricamente se ha demostrado que la cantidad de conocimiento político puede predecir la participación política: a mayor información, mayor participación,”¹² a pesar de que la mayoría de los adolescentes tienen en sus programas educativos de educación básica alguna materia relacionada con el civismo, no es suficiente para aumentar la participación política de esta población.

A diferencia de quienes tienen acceso a la educación media superior o superior, quienes son los que participan en algunos ámbitos de la política de su comunidad o municipio, incluso de su estado. Claro ejemplo son algunos egresados de la Universidad Autónoma de Querétaro, quienes pertenecen a comunidades indígenas y se encuentran inmersos en los asuntos políticos de distintos niveles de gobierno. Pero estos casos son contados, la mayoría de jóvenes no se ven interesados en temas políticos, dejando este espacio vacante.

¹² Victoria, “¿Apatía o desencuentro?...” 43

C) MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Como siguiente punto abordaremos los medios de comunicación y en la tabla se muestran los porcentajes de los dispositivos que utilizan los mexicanos, a fin de poder determinar la influencia de estos ante la apatía de los jóvenes, pues de inicio podríamos suponer que son un conducto por el cual los jóvenes indígenas pueden conocer sus derechos político-electorales. Y de esta forma al informarse de su contenido, generar mayor participación.

Cuadro 1.- Uso de tecnología¹³

Telefonía celular	Se estima que el país cuenta con 86.5 millones de usuarios de esta tecnología, lo que representa el 75.1% de la población de seis años o más y un incremento de 3.6 puntos porcentuales respecto de 2015.	9 de cada 10 usuarios cuentan con un teléfono inteligente
Computadora	El 43.0% de la población de 6 años o más es usuaria de computadora (49.4 millones).	
Televisión digital	El 92.5% de los hogares cuenta al menos con un televisor	El 96.0% de los hogares del país reciben la señal de televisión digital a partir de televisor digital, señal de televisión de paga o decodificador

Al respecto, la mayoría de las familias mexicanas tienen alguno de estos dispositivos en sus hogares, ya sea una televisión o un radio. En este proceso electoral (2021) gran parte de los noticieros se enfocaron en hablar de los partidos polí-

¹³ Comunicado de prensa Núm. 352/21 22 de junio de 2021, Instituto Federal de Telecomunicaciones
https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/Otr-TemEcon/ENDUTIH_2020.pdf

ticos y sus candidatos, lo que no suele ser muy relevante para los jóvenes. En muchas ocasiones, los escándalos que suelen llevarse en contra de los políticos, ya sea por desvío de recursos, nexos con el crimen organizado, o cualquier tema de escándalo político, hace que la política se vuelva irrelevante para la juventud y prefieran ver o escuchar cualquier otro contenido. “La televisión en relación a la política genera desconfianza, en particular cuando se le piensa en menor medida como un medio tecnológico y en mayor medida como una institución con sus propios fines e intereses.”¹⁴ La televisión y cualquier dispositivo móvil, debería ser una herramienta tecnológica para crear vínculos entre los jóvenes referentes a información de clasificación informativa y/o educativa y así establecer relación entre las instituciones y la juventud, a fin de que estos se vean más involucrados en procesos político- electorales.

Los documentales, los noticieros, las páginas informativas, sitios web oficiales de las dependencias e instituciones públicas son programas que poca población consume, derivado de un desinterés hacia temas de interés público, sin embargo, los escándalos, la corrupción, y en general la información que tiende a culpar o acusar a los políticos, es un atractivo que lejos de formar buenos ciudadanos, genera desconfianza en el sistema político.

Para muchos, es mejor consumir otro tipo de información banal en los medios de comunicación “consecuentemente, estos otros contenidos y particularmente los de ficción (principalmente telenovelas, para el caso mexicano) pudieran estar modelando en mayor medida elementos de cultura política que tuvieran, a la postre, repercusiones en las formas de participación política de los jóvenes.”¹⁵ Es normal que en la mayoría de las familias mexicanas las telenovelas sean un

¹⁴ Victoria, ¿Apatía o desencuentro?, 46.

¹⁵ Ibidem.

centro de atención en el hogar, para los pequeños del hogar, estos contenidos van formando una idea de la política mexicana que muchas veces es ajeno a la realidad, malversando la actividad de los órganos del Estado y creando una conciencia colectiva de desconfianza y hartazgo político.

Por lo que podremos decir que los medios de comunicación no cumplen una función de difusión de los derechos de los pueblos indígenas en materia política-electoral. Siendo un medio que se ha desaprovechado y que ha sido utilizado, en muchas ocasiones, con otros fines, como el de divertirnos.

Estos medios de comunicación se encuentran prácticamente al alcance de todos, incluyendo una parte de los pueblos indígenas, y en particular de los jóvenes, quienes son un punto clave para sus comunidades, ellos son quienes han vivido la transición hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en México, por lo que representan la nueva generación de población indígena en el país ya como sujetos de derechos. Además de ser la parte de la población que tiene mayor acceso a los medios de comunicación y por ende, pueden obtener mayor información de sus derechos como pueblos originarios.

Sin embargo, el desinterés por las cuestiones políticas del país es alarmante, por mencionar un ejemplo; “Según la encuesta nacional de valores juventud 2012 se realizó la pregunta ¿Qué tanto te interesas en la política?, En lo que un alto porcentaje respondió *nada*.”¹⁶

Así podemos darnos cuenta que los jóvenes indígenas no tienen interés en participar en la vida pública de su comunidad, municipio y estado.

Es preocupante la situación que se vive con la población

¹⁶ Encuesta Nacional de Valores en Juventud 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Octubre 2012, <http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/envaj/pdf/resumen.pdf>

indígena joven, pues estamos hablando de una generación que tiene mayor acceso a la información que sus ancestros, pues los medios de comunicación han acortado las brechas entre los grupos indígenas y el resto de la población. Este sector joven, es quien debería invocarse más en temas políticos, pues se trata de personas que están informadas y que viven en esas comunidades, futuros padres y madres de familia y que además de criar a sus hijos, tienen la carga de transmitir su cultura a fin de evitar su desaparición, que cada vez es más evidente.

Sin embargo, no es una responsabilidad individualizada de los jóvenes indígenas, sino compartida con las instituciones del Estado, pues como ya lo hemos referido, la preservación de la cultura es una tarea de todos, incluyendo a las instituciones quienes deberían generar mecanismos suficientes y eficientes para promover que esta parte de la población tenga mayor interés y participación en la política.

D) LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO.

En el caso de Querétaro, el Instituto Electoral del Estado de Querétaro, como organismo encargado de promover los derechos político –electorales, tiene ciertas facultades, entre ellas la capacitación político-electoral de la población, mediante acciones tendientes a difundir conocimientos en este ámbito y generar el interés y participación de los ciudadanos de los diferentes sectores de la población, es de mencionarse que al respecto, este Instituto cuenta con diversos departamentos, entre los cuales se encuentra; la comisión de educación cívica y participación, y la comisión de asuntos indígenas e inclusión.

A fin de poder analizar la actividad que las instituciones del Estado llevan a cabo, relacionada con la educación, pro-

moción y participación de los jóvenes indígenas en el estado de Querétaro, mediante una solicitud de información pública al IEEQ, se solicitó a la dependencia correspondiente (Dirección Ejecutiva de Organización Electoral Prerrogativas y Partidos Políticos), la cantidad de presidentes municipales que se haya otorgado constancia de mayoría relativa para el cargo de presidentes, menores de 30 años de edad. A lo que se informó lo siguiente:

1. Para el proceso electoral de 2017-2018, no existen registros de que el Instituto Electoral del estado de Querétaro, en los que se les haya otorgado constancia de mayoría para el cargo de las presidencias municipales a personas menores de 30 años.
2. A la fecha, no se tienen registros de personas electas para el cargo de diputación local y que se hayan autoadscrito como indígenas menores de 30 años.¹⁷

De la misma forma, se solicitó información, para saber el tipo de capacitación que se brinda a la población indígena, para promover la participación política de los jóvenes, de lo cual se informó que, efectivamente se realizan algunas actividades tendientes a capacitar a los jóvenes en general, “obviamente se contempla a los jóvenes indígenas” (señala la institución), en esta afirmación que realiza el Instituto, supone que, al ser programas dirigidos a la población joven, quienes son indígenas necesariamente están contemplados, situación que no se encuentra acreditada, al no mencionar cuantos jóvenes indígenas han acudido a estas capacitaciones, ni los aspectos de las mismas que van dirigidos a este sector, lo que nos hace suponer que, esa obviedad, solo se

¹⁷ IEEQ, Informe mediante solicitud de acceso a la información, (18 de mayo del 2021)

trata de una justificación en dirigir sus acciones a un sector que se encuentra olvidado, reflejado en el trato generalizado de grupos con características especiales, quienes deberían ser tratados de forma distinta, ya que poseen características diferentes al resto de la población, basta mencionar que cada pueblo indígena tiene una estructura sociopolítica y económica diferente y en algunos casos, única, como sus sistemas jurídicos, sistemas de elecciones, autoridades diversas, etc. por lo que no pueden ser tratados en una generalidad, ya que al hacerlo, vamos en contra de la pluriculturalidad.

En este informe del instituto, señala algunos programas como el de: “la importancia de la partición, o el Derecho Electoral Mexicano,” entre otros, de los cuales se desprende que, los programas no son especialmente dirigidos a los jóvenes y menos aún, son específicos de alguna cultura o pueblo indígena del Estado.

Lo que genera un descuido total al sector joven de las comunidades indígenas del estado, pues como lo hemos mencionado, cada pueblo tiene una cosmovisión distinta y, por lo tanto, los programas deben estructurarse atendiendo las cualidades y necesidades de cada una de estas poblaciones, a fin de poder incidir en la difusión de sus derechos, y generar (respetando el derecho de autodeterminación) una participación política con miras al desarrollo de su pueblo, apegado a su propia cosmovisión.

Sin duda, los pueblos indígenas de Querétaro, especialmente en el municipio de Amealco, no son el único caso en donde las instituciones no han tomado en cuenta sus características propias y que muchas veces son incompatibles con las del resto de la población (no indígena). Es por ello que solicitamos información al Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana de Chiapas, por ser uno de los estados con mayor población indígena, además, de ser un referente en la lucha por los derechos de los pueblos indígenas.

Mediante esta solicitud, pedimos información acerca de las capacitaciones impartidas a los jóvenes, de educación cívica-política, a lo que manifestaron que, cuentan con diferentes procesos de capacitación hacia la población en general y algunos otros enfocados al sector juvenil, como son las pláticas cívicas, que “contribuye en la construcción de la cultura cívica, política y democrática, así como el fortalecimiento de la participación ciudadana, dirigido a la población estudiantil en particular y a la ciudadanía en general...”¹⁸

Lamentablemente, estos programas tampoco son especializados para los jóvenes indígenas, lo que ocasiona un abandono hacia esta población, que si bien, no tienen un obstáculo para tomar la plática o la capacitación, al no dirigirlo a ellos en particular, no están estructurados para ajustarse a la cultura de cada uno de los pueblos originarios, a sus tradiciones, y sistemas sociopolíticos, económicos y jurídicos. Pese a que Chiapas es un referente en materia indígena, no solo a nivel nacional, sino internacional, al parecer sus instituciones tampoco han podido enfocar sus acciones a escuchar y generar mecanismos adecuados para los pueblos originarios. Quedando solo en el papel los derechos de este sector.

Retomando el caso del municipio de Amealco de Bonfil, Querétaro, sostuvimos una entrevista el día 14 de mayo de 2021, con quien ocupó la Regiduría de la juventud, la licenciada en Desarrollo Local -Viviana Jurado Hernández- que durante la administración (2018-2021) se desempeñó y colaboró en diferentes actividades relacionadas con el trabajo y fomento de los jóvenes originarios para combatir el desencuentro que se vive en el sur del Estado. En cuanto a la existencia de regidores menores de 30 años y si estos eran

¹⁸ Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana, Chiapas. 08 de febrero de 2019.

<https://www.iepc-chiapas.org.mx/educacion-civica-2/actividades-presenciales/platicas-civicas>

de comunidad indígena, así como el impulso que se les da a los jóvenes de estos sectores para la participación; señaló que “es la única regidora menor de 30 años en el cabildo, sin embargo, a partir de la siguiente administración será obligatorio, por ley, designar al menos un regidor joven. Por lo general, se dice que los jóvenes somos muy apáticos referente a temas políticos, repetimos la ideología que viene desde casa, donde si la mamá dice que los políticos no hacen más que robar, los niños crecerán escuchando argumentos negativos referentes al sistema gubernamental de nuestro país”. En esta entrevista, no preciso en que ley se exige la presencia de un regidor joven, por lo que no podemos tener la certeza de ello.

Dentro de las gestiones de la regidora, se creó un Consejo Ciudadano de la Juventud, “una de sus comisiones era destinada solamente a los asuntos indígenas; asimismo, el coordinador de dicha comisión fue un joven originario de comunidad indígena, lamentablemente no se logró la respuesta esperada por parte los jóvenes.” En este punto, tampoco precisa cual fueron las causas por las que no se logra la respuesta, ni las acciones que dicho coordinador realizó tendientes a la participación de este sector. Por lo que encontramos inconsistencias en su dicho de que el municipio si está realizando acciones para lograr la participación del sector joven de los pueblos indígenas.

Si bien, se tienen proyectos bien intencionados destinados para los jóvenes, incluyendo a las comunidades originarias, implementados tanto por el municipio como por los destinados directamente desde el Instituto Electoral del Estado de Querétaro; sin embargo, se han olvidado que cada pueblo indígena tiene su propia cosmovisión, lo que representa lengua, cultura, tradiciones, sistemas sociales, económicos y jurídicos distintos, incluso a otras comunidades indígenas, por lo que no puede resultar obvio para las instituciones que, las

acciones enfocadas a la juventud en el estado, satisfagan las necesidades de los pueblos indígenas, pues no comparten las mismas características, generado con ello, una segregación de este sector y por tanto, la apatía política cada vez más marcada. De esta forma solo se hace más grande la brecha que existe entre las oportunidades de quienes son indígenas y quienes no lo son.

PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

Al tener identificadas las causas que genera la apatía política en lo jóvenes indígenas del municipio de Amealco, Querétaro, consideramos que son factores que se pueden corregir, a fin de generar en ellos el interés de participar en la política de su comunidad, municipio y estado.

En primer lugar, consideramos de suma importancia la educación, si bien, en las comunidades se tienen escuelas primarias, algunas secundarias, y escuelas de bachillerato en donde se imparte la educación media superior, también en el municipio se cuenta con una extensión de la Universidad Autónoma de Querétaro, donde se imparte la licenciatura en derecho, en contaduría, administración y en desarrollo local, así como una ingeniería agroindustrial. Sin embargo, son pocos los jóvenes indígenas que llegan a este nivel. Los factores son variados, desde la falta de recursos económicos, la desinformación, las distancias entre las comunidades y la universidad, o incluso la falta de orientación profesional en las preparatorias, lo que genera un acceso limitado a la educación superior.

Nuestra propuesta consiste en, generar mecanismos efectivos por parte del municipio, estado y de la propia Universidad para que atraigan a los jóvenes indígenas del municipio a estudiar algún programa de educación superior, mediante

una mayor promoción en los medios de comunicación locales, así como por medio de incentivos, que puede consistir en: becas para estudiantes de comunidades indígenas, apoyo con transporte o una casa del estudiante, que les permita a esta población tener oportunidades reales para estudiar. Entre mayor sea la población joven que estudia un nivel superior, más conocimiento tiene de sus derechos (como integrante de una comunidad indígena) y por tanto esto puede detonar en que lleve a su comunidad este conocimiento, generando un interés mayor en la participación política, incluso se puede generar la intención de representar a su pueblo tanto al interior como al exterior, casos reales son algunos delegados y subdelegados que ha egresado de la Universidad en este municipio. Sin duda, la educación abre el abanico de posibilidades para cambiar realidades.

En cuanto a las instituciones del Estado y específicamente al IEEQ, proponemos que se generen programas de capacitación especiales para los jóvenes indígenas, y esto es posible mediante el mecanismo de la consulta previa, informada y adecuada, en donde se puede recolectar la información más conveniente para conocer la cultura de cada uno de estos pueblos, y de esta forma ajustar los programas de capacitación a la cosmovisión que tienen. Lo anterior resulta necesario para que los jóvenes indígenas se sientan incluidos en los programas estatales, pero, además, que se genere un sentido de pertenencia, y no una invasión o imposición de ideas occidentalizadas que pretendan suplantar sus sistemas milenarios. Un ejemplo de una práctica inadecuada de intervención en los pueblos indígenas, es el sistema de elecciones, que hasta hace poco tenía la comunidad de Santiago Mexquititlán, en donde la elección de su autoridad se hacía mediante asamblea, en donde se presentaban a los candidatos, posteriormente cada candidato hacia una fila de personas que lo

apoyaban, y la fila más numerosa era la del candidato que obtenía el cargo de autoridad.

Lamentablemente, las instituciones del estado han implantado la elección mediante voto en urnas organizada por el IEEQ, lo que ocasionó, sin duda, una invasión a este sistema de elección, y por tanto, la violación a la autodeterminación de los pueblos, y al derecho de autonomía, destruyendo un sistema milenario de elección de un pueblo indígena. Lo anterior es un claro ejemplo de cuando se quiere ayudar o genera programas públicos, pero sin información y sin considerar las características que cada pueblo originario posee, se obtienen resultados que afectan a toda una población. Sin embargo, este no es un tema a tratar en este artículo, aunque representa un problema vigente. La propuesta consiste en que, las capacitaciones que hace el instituto en general, como lo manifiesta en su informe, no constituyan actos de imposición, invasión y violación a los derechos de los pueblos indígenas, por no toman en cuenta sus características, y entonces, en lugar de ser programas que benefician la participación, resulte adverso, al violar sus derechos y capacitarlos en un sistema que no corresponde a su realidad. De tal suerte que se sientan ajenos y, por tanto, excluidos.

Capacitar, pero no imponer figuras o sistemas generales que violenten la autodeterminación, basado en el respeto a la autonomía, por ello es de suma importancia que las instituciones cuenten con la información correcta de los pueblos indígenas, que conozcan la cultura de cada uno de ellos y, con base en este conocimiento, generar los mecanismos adecuados tendientes a fomentar la participación política de los jóvenes indígenas.

También parte de nuestra propuesta consiste en que estas capacitaciones no se limiten a etapas preelectorales, sino que sean recurrentes para jóvenes de la comunidad indígena, pues

una capacitación cada tres años es insuficiente para lograr el objetivo de generar mayor participación de este sector de la población. Se requiere que, a partir de que el adolescente se encuentre cursando la educación básica, al IEEQ, intervenga con programas creados para los pueblos originarios, incluso, en su lengua materna, generando así, un seguimiento en su capacitación y con ello, el interés de inmiscuirse en temas de política.

En cuanto al municipio de Amealco, es necesario que la autoridad tome en cuenta que la población indígena debe tener participación en la toma de decisiones en que se involucren sus derechos y dejen de utilizar a las personas indígenas solo como un atractivo turístico, o solo para cumplir algunos requisitos y así, aparentar ser un municipio que promueva y respete la identidad de los pueblos originarios. Que se generen las condiciones de respeto a la autonomía y autodeterminación de estos pueblos, sin imposiciones, permitiendo que se den las condiciones necesarias para que estos pueblos sigan practicando sus tradiciones y costumbres.

Asimismo, es necesario que el municipio genere los espacios suficientes y adecuados para que los integrantes de estas comunidades puedan participar en la toma de decisiones, y en especial los jóvenes, quienes pueden tener mayor acceso a la información y contribuir, de forma activa, al desarrollo de propuestas y programas que benefician a la conservación de la lengua, los sistemas socioeconómicos, culturales, políticos y jurídicos de sus pueblos.

Es importante recalcar que la representación activa en una democracia genera mayores condiciones para el desarrollo comunitario, además de la adecuación de los programas sociales hacia los pueblos originarios sin provocar cambios en su cosmovisión, al contrario, se trata de recuperar las tradiciones y conservarlas, buscar que la riqueza cultural de estos pueblos no se pierda con el paso generacional.

En cuanto a los medios de comunicación y redes sociales, se requiere que tanto instituciones como organizaciones de la población civil, se inmiscuyan más activamente con los contenidos adecuados dirigidos a los jóvenes y en especial a los indígenas, de forma que podamos contar con información cierta e interesante.

De lo anterior podemos concluir que, aunque el estado y el municipio tienen contempladas a estas comunidades, lamentablemente, con sus acciones, solo nos demuestran que siguen siendo abandonados y excluidos, el hecho de no tomar en cuenta sus derechos, su cultura y cosmovisión, es suficiente para que este sector siga siendo invisible a los ojos de la política mexicana, dejando los derechos de los pueblos indígenas solo plasmados en leyes y tratados intencionales. Lo que necesariamente está ocasionando la muerte lenta de nuestros pueblos originarios, y con ello la pérdida de la riqueza cultural de nuestro país.

A lo largo de la historia, nos hemos dado cuenta que tratar de generalizar a todos los mexicanos es un error, pues ello elimina la multiculturalidad, tratar de homogeneizar los sistemas de elecciones, la lengua, la educación, y en general la cultura, solo nos lleva por el camino de la pérdida de las identidades culturales de las que nos hemos sentido orgullosos.

Mientras no se trate de forma particular las diferencias, no podemos hablar del cumplimiento de la ley, ni de la garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Es necesaria la atención especializada basada en la información y adecuación a la multiculturalidad de nuestro país. La tarea principal es hacerlos visibles, escucharlos y generar en conjunto, las mejores condiciones para su desarrollo, así, tal vez podamos ver algún día jóvenes indígenas siendo diputados, senadores, secretarios, gobernadores, presidentes municipales o representantes de sus pueblos.

BIBLIOGRAFÍA

- Comunicado de Prensa Núm. 352/21 22 de junio de 2021, Instituto Federal de Telecomunicaciones
https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/OtrTemEcon/ENDUTIH_2020.pdf
- CPU. Ver Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (México 2015) Artículo 2, apartado A, fracción I.
- IEEQ. Ver_ Instituto Electoral del Estado de Querétaro, Educación Cívica, Capacitaciones.
https://ieeq.mx/educacion_civica/
- IEPC. Ver_ Chiapas, Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana. Capacitaciones, Pláticas Cívicas.
<https://www.iepc-chiapas.org.mx/educacion-civica-2/actividades-presenciales/platicas-civicas>
- INEGI, “En México hay 30.7 millones de jóvenes de 15 a 29 años”, *Noticias*, 15 abril 2021,
<https://889noticias.mx/noticias/finanzas/en-mexico-hay-30-7-millones-de-jovenes-de-15-a-29-anos-inegi/>
- INPI, “La población indígena tiene una composición importante de niños y niñas”, Gobierno de México, 18 de abril de 2021,
<https://www.gob.mx/inpi/articulos/ninas-ninos-y-adolescentes-indigenas-datos-de-la-encuesta-intercensal-2015>
- “Los jóvenes en la política”, en Encuesta Nacional de Valores en Juventud 2012, (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas)
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3221/19.pdf>
- Leyvi Castro Martínez, “El marketing político en Estados Unidos: el caso Obama”, *Norteamérica*, 7, (2012). 209-222.

- Lifante Vidal, Isabel. “Sobre el concepto de representación”, *Doxa*, 32, (2009).
- López Bárcenas, Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, CEIIH/UNAM, Ediciones Coyoacán, 2005.
- Martín Echeverría Victoria, “¿Apatía o desencuentro? Patrones de consumo y recepción de información política y gubernamental en jóvenes” *Global Media Journal*, (2011)
- Martínez Anzures Roberto, “Antecedentes, actualidad y retos de la democracia en México” Tesis de maestría, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2013.
- Rentería Díaz, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, ediciones Coyoacán, 2014.
- Ros Laila, “Las redes sociales, una revolución comunicativa, ¿Qué son las redes sociales?”, *Vanguardia*, 29 de Junio del 2020
<https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20200629/482009621616/dia-redes-sociales.html> (29 de abril 2021)
- Senadores, Morena, “Necesario, promover participación de los jóvenes en el Proceso Electoral 2021”, 15 de mayo de 2021,
<https://morena.senado.gob.mx/2020/09/16/necesario-promover-participacion-de-los-jovenes-en-el-proceso-electoral-2021/>

INSTALACIÓN LEGAL Y MATERIAL DE LOS CENTROS DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADOS EN BAJA CALIFORNIA

JUAN PABLO VENEGAS CONTRERAS*

RESUMEN

La convivencia familiar es un derecho de las niñas, niños y adolescentes, así como una obligación de sus padres. Este derecho de convivencia se garantiza conforme al principio del interés superior de la niñez, de acuerdo al artículo 4to de la Constitución Mexicana. Hay ocasiones en que estas convivencias solo pueden llevarse a cabo bajo supervisión de autoridad para que se respeten los derechos de la infancia, en este sentido, el objetivo de esta investigación fue analizar la doctrina y norma jurídica aplicable de los centros de convivencia y observar, si en Baja California estos centros ya estaban operando, de lo que resulta conforme a la metodología de análisis documental que no están instalados tales centros.

PALABRAS CLAVE: Familia; Convivencia familiar; Centros de convivencia; Custodia compartida

ABSTRACT

Family life is a right of children and adolescents, as well as an obligation of their parents. This right of coexistence is guaranteed in accordance with the principle of the best interests of children, according to article 4 of the Mexican

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Profesor Investigador de Tiempo Completo de la misma Universidad, perfil Prodep. jpvnegas@uabc.edu.mx. Orcid: (0000-0003-0438-6863)

Constitution. There are times when these coexistences can only be carried out under the supervision of authorities so that the rights of children are respected, in this sense, the objective of this research was to analyze the doctrine and applicable legal norm of the coexistence centers and observe, if in Baja California these centers were already operating, which results according to the documentary analysis methodology that such centers are not installed.

KEYWORDS: Family; Family coexistence; Coexistence centers; Shared custody.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es un avance de análisis jurídico y descriptivo de los Centros de Convivencia Familiar Supervisados del Poder Judicial del Estado de Baja California como órganos auxiliares de la administración de la justicia familiar que, recientemente se reincorporaron en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, publicadas en el *Periódico Oficial del Estado* con fechas 25 de octubre del 2013 y 08 de septiembre de 2017.

El objetivo de este estudio es analizar la doctrina y la normatividad aplicable de los Centros de Convivencia y observar si en Baja California estos centros ya están operando. La hipótesis es demostrar si están o no instalados legal y materialmente los Centros de Convivencia Familiar supervisados en Baja California por parte de la autoridad gubernamental.

Esta investigación es de tipo descriptivo-jurídico, partiendo de la conceptualización de convivencia y por ende, de convivencia familiar como factor o elemento de paz social y familiar, se parte de que los Centros de Convivencia Familiar son un instrumento práctico de las relaciones jurídico

familiares entre hijos y padres en el ejercicio de la patria potestad y custodia, mediante los centros jurídicos de apoyo estatal, esto es, la creación y puesta en marcha de los Centros de Convivencia Familiar Supervisados del Poder Judicial del Estado de Baja California, son un derecho más de los derechos especiales de la infancia consagrados en el artículo 4to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con el principio del interés superior de la niñez.

Es importante advertir que este trabajo es uno de los hallazgos que integran avances parciales de la investigación documental y formal que se realiza en la Universidad Autónoma de Baja California, México, con el título: “El Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Poder Judicial del Estado de Baja California. Su Naturaleza Jurídica y Aplicabilidad”. Que tiene como objetivo principal analizar la institución “El Centro de Convivencia Familiar Estatal”, así como la funcionalidad social y jurídica que debe garantizar el derecho al bienestar general e integral de la niñez en conflictos parentales, en el ejercicio de la custodia compartida.

La convivencia familiar reviste importancia a nivel personal y familiar. El Estado como garante de la paz social familiar, debe promover a través de los instrumentos e instituciones que refuercen el núcleo familiar, y muy en particular, en los conflictos que ponen en peligro los derechos de la infancia, donde los padres no se ponen de acuerdo en el ejercicio de la custodia, haciendo necesaria la presencia del Estado. La convivencia familiar es entonces, un mecanismo de ejecución de derechos y facultades de tipo familiar que se garantiza por parte del Estado en beneficio de la niñez.

La estructura de este artículo está sistematizada en seis apartados en los que explicamos la importancia de la convivencia familiar y de los Centros de Convivencia Familiar Supervisados: ¿Qué es un Centro de Convivencia Familiar?

Los antecedentes de un Centro de Convivencia y la reforma legal en Baja California, así como los intentos prácticos para instalarlos en el Estado de Baja California.

II. DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR Y LA CUSTODIA

El concepto convivencia de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, es la acción de convivir; y convivir, es vivir en compañía de otro u otros.¹ Entonces la convivencia es una acción implícita del ser humano, es parte de la persona y de la familia. De este modo, convivencia es consustancial al ser humano y la social, por ende, la convivencia familiar, resulta una figura necesaria de la guarda y custodia del ejercicio de la patria potestad.

Se parte de que la familia es la institución esencial para el desarrollo de la persona y del niño conforme a lo expuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos² que establece que es de vital importancia la familia para el niño, que el derecho a convivir de este con ambos padres adquiere total relevancia. Por otra parte, la convivencia familiar se entiende como las relaciones jurídicas derivadas del parentesco que permiten el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos. Esta proximidad o convivencia, es parte en sí, de la titularidad y ejercicio de la patria potestad,³ como institución de guarda y custodia en favor del niño.

A partir del siglo XX, con la nueva perspectiva de visualización de los derechos de la familia y los hijos se enfatiza la obligación parental y la obligación protectora de los padres, que más que derechos, son deberes de estos en el ejercicio de

¹ *Diccionario de la Lengua Española*, Versión 2020, <https://dle.rae.es/convivencia?m=form>.

² Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³ Idea tomada Echarte Feliú, Ana María, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial* (España, Ed. Comares, 2000), p. 112.

la patria potestad. Carla Villalta, expone que a principios de las primeras décadas del siglo XX comenzó a formularse un discurso sobre la familia que enfatizaba fundamentalmente en las obligaciones de los padres respecto de sus hijos y que se hizo hincapié en las responsabilidades de éstos en el plano normativo.⁴

En consecuencia, las obligaciones parentales son las bases de atención, cuidado y protección de las niñas, niños y adolescentes en el goce de sus derechos humanos. Obligaciones parentales que son aquellas que tienden a la subsistencia, establecimiento y atención de la función nutricia, que corresponde al aspecto material, psicológico y la función normativa, referida a la humanización y socialización del niño.⁵

De este modo, la custodia familiar se convierte en una institución básica en el seno de la familia y del ejercicio de la patria potestad, siendo un derecho –deber de la guarda y cuidado de los niños.⁶ Por lo que el ejercicio de la patria potestad por ambos padres no convivientes, se cumple con la tutela preferente del interés superior de los hijos, con la custodia compartida y entendida entre ambos padres, implicando la concurrencia en el cumplimiento de los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de manera convenida.⁷ Así como con el oportuno interés en desarrollar

⁴ Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comps.), *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones* (1880-1960), (Rosario, Pro historia, 2010), pp. 71-93.

⁵ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, (México, Ed. Beilis, 2011). p. 138.

⁶ Méndez Corcuera, Luis Alonso, *Temas actuales del derecho familiar*, (México, Ed. Flores, 2018), p. 79.

⁷ Guarda y custodia compartida. Su naturaleza jurídica y modalidades. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2007478. Ins-

debidamente la guarda y custodia de manera compartida, no obstante la no convivencia de los padres, el bienestar de la niña, niño o adolescente.⁸

Cabe destacar que el “derecho de visita” apareció como expresión legal por primera vez, en la jurisprudencia francesa, en una sentencia de la Corte de Casación del 8 de julio de 1857, en el que un abuelo pidió la visita con su nieto en casa de la madre de este. Se dijo, que el caso fue resonante porque por primera vez un juez autorizaba la visita de familiares directos en el domicilio del visitado.⁹ De este modo, la expresión “visita familiar” se refirió a un modo muy particular del ejercicio de tal derecho que alude a la forma de materializar la comunicación efectiva y afectiva inherente a la persona con diferentes vínculos de la relación paternal, de formación y de las necesidades propias de la persona visitada.¹⁰

Es oportuno indicar el contenido y alcance del principio del interés superior de la infancia, como un parteaguas importante en la referencia de los derechos materiales y efectivos de los mismos y por supuesto, de la aplicación general en su beneficio. La idea prevalente de los derechos de la infancia en el pasado fueron desconocidos, no era un fenómeno jurí-

tancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: II.1o.11 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, página 2426. Tipo: Aislada.

⁸ GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. PROTECCIÓN MÁS AMPLIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2007477. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Constitucional, Civil. Tesis: II.1o.13 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2425. Tipo: Aislada.

⁹ Dreyzibn de Klor, Adriana, *Restitución Internacional de niñas y Niños*, (Ed. Jurídica Continental, 2013), p. 127.

¹⁰ *Ibidem*.

dico – público, sino un fenómeno privado dentro del seno de la familia que no requería de la intervención estatal.¹¹ Con el surgimiento de los Estados modernos y el derrumbamiento del régimen feudal, nacieron nuevas formas de vida familiar de lo privado a lo público, hasta llegar al momento y necesidad de proteger a la infancia como en la actualidad.¹²

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), sostuvo sobre la institución de la familia y de los derechos de los niños, en relación al fenómeno de la violencia, que: “trasciende la esfera privada e incide directamente en el funcionamiento de la sociedad, y por esa razón que el Estado, a través de diversas iniciativas, como la expedición de normas jurídicas busca prevenirla, sancionarla y erradicarla, así como dar asistencia y protección a quienes la sufren”.¹³ Así como la tesis jurisprudencial de la Novena Época, de la SCJN que conceptualizó al principio del interés superior del niño, como el desarrollo de éste y del pleno ejercicio de sus derechos como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.¹⁴

Ahora bien, una de las formas de garantizar el interés superior del niño, es a través de la convivencia familiar con

¹¹ Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, España, Universidad de Zaragoza, 2006), trabajo 17..

¹² García de Ghiglini, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, (Argentina, Ed. Hammulabi, 2010), p. 297.

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar; temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, VIII.

¹⁴ INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. (TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

sus padres no convivientes o no casados a través de la visita familiar que se desprende de la custodia compartida que se debe ejercer, de manera convenida o impuesta por una decisión judicial y que para una mayor salvaguarda, en un espacio institucional que garantice el mismo. Entonces es oportuno preguntarnos: ¿Qué es un Centro Especial de Convivencia Familiar?

III. ¿QUÉ ES UN CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR?

Un Centro de Convivencia Familiar es el espacio idóneo y adecuado para el desarrollo de las relaciones formadoras de la familia que permitan, por ende, la convivencia sana y pacífica. Se convierte en una instancia material de las relaciones familiares que tienen como objetivo la salvaguarda de los derechos de la infancia y los derechos de la familia, cuando estas no pueden llevarse a cabo de manera respetuosa y en paz. Es en esencia, una instancia para ejercer de manera eficaz tal ejercicio del interés superior del menor.

Mandata el artículo 23 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que estos tendrán en todo tiempo, el derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos (estrictamente indispensables) que el órgano jurisdiccional competente determine que la convivencia es perjudicial para la niña, niño o adolescente.¹⁵ Tomando en cuenta las políticas gubernamentales que se deben propiciar para el oportuno fortalecimiento familiar y de convivencia de quienes ejercen la patria potestad, custodia o tutela.¹⁶

¹⁵ Artículo 23 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

¹⁶ Artículo 22, in fine parte de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Los Centros de Convivencia Familiar son la forma institucional de preservar la premisa fundamental de mantener las relaciones parentales de los niños con sus padres y familiares; y hacer efectiva su comunicación en donde se aprecie, de algún modo, un tipo de conflicto por la propia separación parental (padres no convivientes), siendo aquel, un órgano de auxilio gubernamental directo. Al respecto, se encuentra la tesis de la Primera Sala de la SCJN, con título: Interés Superior del Menor en la que se determina, que “La Convivencia Paterno-Filial Supervisada en un Centro de Convivencia Familiar, constituye una medida acorde con este principio”.¹⁷

Por lo tanto, el Estado tiene el deber ineludible de dictar todas las medidas tendientes a proteger a la infancia contra toda forma de perjuicio o maltrato, aun cuando sólo se manifieste como una mera posibilidad, y que además, no debe esperar a que el niño sufra un daño o maltrato, debiendo ordenar la convivencia del menor con el progenitor (que no tiene la guarda y custodia) y en su caso, que se realice en los Centros de Convivencia Familiar Supervisada, como forma de preservar el derecho de convivencia con ambos progenitores y mantener contacto directo preservando las relaciones familiares.

¹⁷ Interés Superior del menor. La Convivencia Paterno-Filial Supervisada en un Centro de Convivencia Familiar, Constituye una medida acorde con este principio (Legislación del Distrito Federal). Registro Digital: 2011388. Localización: 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del S.J.F.*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, p. 1123, [A], Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CI/2016 (10a.).

IV. ANTECEDENTES DE UN CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y LA REFORMA LEGAL EN BAJA CALIFORNIA

La idea de un centro de ayuda en materia de convivencia familiar articulada con la acción directa del Estado, constituye un mecanismo de reciente creación en el sistema judicial mexicano a la luz, de lo establecido en el artículo 4to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que indica, que el interés superior del menor es un mandato de autoridad para la salvaguarda de los derechos esenciales de la infancia, teniendo como primer antecedente el evento inaugural que llevó a cabo el entonces Tribunal Superior Justicia del Distrito Federal en el año 2000,¹⁸ hoy Ciudad de México,¹⁹ anunciando la institución de la convivencia familiar supervisada.

Más adelante, diversos Estados de la República Mexicana, replicaron el modelo de institución de convivencia familiar regulado por el Poder Judicial como órgano auxiliar en la impartición de justicia, denominándolos centros de convivencia familiar. Tales estados son: Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Estado de México, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.²⁰

Ahora bien, del informe de actividades de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, actualmente existen veinticinco Centros de Convivencia Familiar que tienen como objetivos funda-

¹⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Alienación parental", editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

¹⁹ Este centro de convivencia es de competencia territorial de la Ciudad de México, por ser la materia civil familiar de índole local.

²⁰ Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, <https://conatrib.org.mx/objeto-y-fines/>.

mentales, permitir la sana y regular convivencia de los hijos con sus padres, cuando así lo ordena una autoridad judicial, con el apoyo de trabajo social, psicología, salud, entre otros.²¹

Las características de los Centros de Convivencia Familiar, son que deben ser el lugar que fomente el espacio adecuado, amigable, pro-infantil, terapéutico y reparador de relaciones parentales de la niña, niño o adolescente con sus padres, en las que deben establecerse reglas claras del ejercicio de convivencia, promoverse la comunicación, dar valor respectivo a las actas o documentos que se generen para tal fin, ejercerse el debido control de entrega o recepción del infante o de la convivencia, entre otros.

Para el caso del Estado de Baja California, se adicionó el Capítulo XIV denominado “Del Centro de Convivencia Familiar Supervisada” a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California, a través del Decreto 590, publicado en el *Periódico Oficial del Estado*, el día 25 de octubre del 2013, modificado por Decreto 120, publicado en el mismo periódico oficial el día 08 de septiembre de 2017, para quedar:²²

De los centros e instalaciones de convivencia familiar supervisada

Artículo 197 TER. Los Centros de Convivencia Familiar Supervisada son órganos administrativos del Poder Judicial del Estado de Baja California, con autonomía técnica y operativa, que tiene por objeto facilitar la convivencia paterno filial en aquellos casos que, a juicio de los titulares de los Juzgados de lo Familiar, ésta no puede realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor.

Los servicios de los Centros de Convivencia Familiar

²¹ Ibidem.

²² En la reforma del 2017, se adicionó en plural “De los centros [...]”.

Supervisada, se otorgarán de forma gratuita en sus instalaciones o en aquellas que se designen para tales efectos. Los Centros de Convivencia Familiar Supervisada propios del Poder Judicial serán administrados y vigilados por el Consejo de la Judicatura de Baja California, el cual expedirá las bases para su organización y funcionamiento, incluyendo aquellos que por diversas asociaciones o patronatos presten sus instalaciones para tales efectos.

Los Centros de Convivencia Familiar Supervisada contarán con un Titular y el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones, ya sea propio del Poder Judicial o aquellos que éste acredite para tales efectos. Deberá igualmente, contar con Secretarios Auxiliares que sean necesarios para dar fe de actos.

Para ser Titular del Centro de Convivencia Familiar Supervisada se deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I, III, IV y V del artículo 65 de esta Ley, además deberá poseer título con antigüedad de cinco años a nivel licenciatura en: Pedagogía, Psicología, Sociología, Trabajo Social o su equivalente, y acreditar la experiencia y capacidad indispensables para el desempeño del cargo.

Los Centros de Convivencia, se crearon de orden administrativo y jurisdiccional para atender en el ejercicio de la convivencia co-parental de padres no convivientes²³ las relaciones de vida familiar, para garantizar las comunicaciones y la aproximación material (custodia) de la niña, niño o adolescente, con ambos padres, en tiempo efectivo distinto, para mantener las relaciones jurídicas derivadas en comunicación permanente, así como de la proximidad o convivencia fami-

²³ Nota: Ya que si lo padres o custodios son convivientes en el seno de la familia no tendría del todo razón la activación de los mecanismos de protección y promoción de los derechos de convivencia del menor con sus padres, pues serían en su caso otros mecanismos o remedios legales en el orden del derecho de familia y del derecho procesal familiar.

liar propiamente del ejercicio de la patria potestad y custodia.²⁴

Los centros deben tener autonomía técnica y operativa para brindar el apoyo y auxilio para la realización de las convivencias, materia de su objeto. Debe prestarse como una extensión de la administración de la justicia familiar y por ende, debe ser gratuita. Su administración y vigilancia quedan a cargo del Consejo de la Judicatura del Estado de Baja California, el cual deberá expedir las bases de organización y funcionamiento, así como la participación en su caso, con asociaciones o patronatos de la sociedad civil.²⁵

Es importante cuidar la parte administrativa y organizativa de estos centros, como el nombramiento de un titular y personal suficiente para el cumplimiento de las funciones y objetivos de los Centros de Convivencia, con personal propio del Poder Judicial o personal certificado,²⁶ así como la función de un secretario auxiliar con facultades de dar fe de “actos”.²⁷ El titular nombrado para el centro deberá reunir los requisitos establecidos en la ley para el cargo de Secre-

²⁴ Idea tomada Echarte Feliú, Ana María, “Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial”, (España, Ed. Comares, 2000), p. 112.

²⁵ Tómesese en cuenta la existencia en su caso de las siguientes leyes: Ley de Centros de Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil del Estado de Baja California del 29 de mayo del 2015, la Ley de Instituciones de Asistencia Social Privada para niñas, niños y adolescentes para el Estado de Baja California de fecha 17 de abril del 2015, la Ley para la Protección y Defensa de los Derechos de niñas, niños y adolescentes del Estado de Baja California de fecha 17 de abril de 2015.

²⁶ Sin especificarse a qué personal certificado se refiere, ya sea público o privado.

²⁷ Consideramos que esos actos deberán ser los derivados propios de las actividades que resulten de las controversias familiares en la ejecución de la convivencia y de acuerdo a lo ordenado por el Juez de lo Familiar, en razón de registrar diversas circunstancias, entre ellas, hora de entrega de la niña, niños o adolescente, condiciones generales de los mismos, apariencia, aseo, entre otras.

rio de Acuerdos,²⁸ esto es, ser mexicano en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, tener 25 años y no más de 65 años de edad al día de la designación, además, poseer título con antigüedad de cinco años a nivel de licenciatura en pedagogía, psicología, sociología, trabajo social o su equivalente, con lo que se aprecia claramente la capacidad subjetiva que se espera del servidor público para tales funciones.

Es importante advertir, que conforme al artículo 175 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado en análisis, hasta el momento no se encuentra señalado en la lista de órganos auxiliares o unidades administrativas a los Centros de Convivencia Familiar Supervisados,²⁹ más sin embargo, el día 10 de junio de 2021, se publicó el Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar Supervisada del Poder Judicial del Estado de Baja California, aprobado por el Pleno del Consejo de la Judicatura en sesión ordinaria el día 27 de mayo de 2021, que consta de 26 artículos repartidos en VII capítulos.

V. LOS CENTROS DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADA DE BAJA CALIFORNIA

A nivel nacional se exigió la política de protección infantil y demás mecanismos en aras del interés superior, que sirviera para atenuar problemas sociales derivados de los conflictos familiares, mediante distintas líneas, entre ellas, la figura de

²⁸ Artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California.

²⁹ Artículo 175.- Para su adecuado funcionamiento, el Consejo de la Judicatura del Estado contará cuando menos con las siguientes unidades administrativas: I.- El Instituto de la Judicatura; II.- El Archivo Judicial y de Notarios; III.- El Boletín Judicial; IV.- La Contraloría; V.- La Oficina de Partes; VI.- El Centro Estatal de Justicia Alternativa, y VII.- El Administrador Judicial.

las convivencias –familiares- supervisadas.³⁰ El Poder Judicial del Estado de Baja California informó que no es ajeno a tales tendencias político - jurídicas de salvaguarda de mecanismos legales de convivencia familiar formalizadas, por lo que, la Legislatura local,³¹ tuvo a bien a emitir la normativa correspondiente incorporando en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, un órgano auxiliar de la administración de justicia, llamado de los Centros de Convivencia Familiar.³²

La reforma a la Ley Orgánica de Poder Judicial del Estado de Baja California, en su artículo 197 ter del año 2013, con la subsecuente modificación del 2017, se creó como ya se dijo, a los Centros de Convivencia Familiar Supervisados, como órganos administrativos del Poder Judicial, con autonomía técnica y operativa para ejercer sus funciones respectivas, teniendo como principal objeto facilitar la convivencia paterno filial en aquellos casos que, a juicio del Juez de lo Familiar competente, dicha convivencia no pueda realizarse de manera libre entre los miembros de la familia y con el debido respeto a los derechos de las niñas, niños o adolescentes.

El criterio de tesis jurisprudencial titulado: Interés Superior del Menor, al determinar, que la convivencia paterno-filial supervisada en un Centro de Convivencia Familiar, constituye una medida acorde con este principio,³³ ratifica

³⁰ <http://transparencia.pjbc.gob.mx/Documentos/pdfs/varios/PEProyecto/2017/NuevosProyectos.pdf>.

³¹ Congreso del Estado de Baja California.

³² *Ibidem*.

³³ Interés superior del menor. La convivencia paterno-filial supervisada en un centro de convivencia familiar, constituye una medida acorde con este principio (legislación del distrito federal). Registro Digital: 2011388. Localización: 10a. Época, 1a. Sala, Gaceta del S.J.F., Libro 29, abril de 2016, Tomo II, p. 1123, [A], Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CI/2016 (10a.). Rubro (Título/Subtítulo).

que el Estado tiene en todo tiempo el deber ineludible de dictar las medidas tendientes para proteger a la infancia contra toda forma de perjuicio o maltrato, aun cuando sólo se manifieste como una posibilidad y que una de esas medidas, es ordenar la convivencia del menor con el progenitor (que no tiene la guarda y custodia) y que se realice en los Centros de Convivencia Familiar Supervisada, como una forma de salvaguarda de mantener contacto directo con las niñas, niños o adolescentes con sus padres, preservando por ende, las relaciones familiares.

Los Centros de Convivencia Familiar Supervisados tienen el deber de facilitar la convivencia paterno filial en casos que, a juicio de la Jueza o Juez de lo familiar, las convivencias no se puedan llevar a cabo de manera libre, con orden, respeto y que ponga en riesgo el interés superior del menor. Así también, deben ser un lugar digno, gratuito y que garanticen una participación y desarrollo familiar en el que se respete la salud emocional, integridad física y moral de los menores,³⁴ teniendo como propuesta de estructura administrativa la integración de un área de psicología, trabajo social, área de supervisión, comité de convivencia familiar supervisada, médicos y enfermería.³⁵

A su vez, las normas regulatorias del entorno de familia y la situación jurídica de las niñas, niños y adolescentes sujetos al ejercicio de la patria potestad de ambos padres que no viven juntos y que se deriva de un proceso jurisdiccional sobre la custodia compartida, nace la necesidad a juicio del Juez de lo Familiar, de solicitar la actuación administrativa de los Centros de Convivencia Familiar Supervisada del Poder Judicial del Estado de Baja California, para garantizar el adecuado respecto, debido comportamiento y sano desarrollo de guarda y custodia respectiva de los padres y del

³⁴ <http://transparencia.pjbc.gob.mx/Documentos/pdfs/varios/PEProyecto/2017/NuevosProyectos.pdf>.

³⁵ *Ibidem*.

desarrollo legal y administrativo de y para los centros.

Las funciones y servicios de los Centros de Convivencia Familiar Supervisada del Poder Judicial del Estado de Baja California son, en perspectiva resolver y generar un ambiente de paz y armonía, procurando que el impacto de los conflictos jurídico familiares, donde se involucren a las niñas, niños y adolescentes al ejercer los derechos de convivencia compartida por los padres, no les afecte en su persona, cognición y moralidad. Además, de prevenir de manera anticipada conflictos o en su defecto ayudar en el desarrollo y proceso de los conflictos judicializables sobre la guarda, custodia y convivencia compartida.

VI. INTENTOS PRÁCTICOS PARA INSTALAR LOS CENTROS DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADOS DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Conforme a las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California, en su artículo 197 ter, antes indicado, Capítulo XIV, Título Décimo Primero de los Centros de Convivencia Familiar Supervisada, del 25 de octubre de 2013 y del 08 de septiembre de 2017, se caracterizó a estos centros como órganos administrativos del Poder Judicial, con el objeto de promover y facilitar a instancia y por orden del juzgador competente las convivencias paterno-filiales, las actividades reglamentarias y administrativas para sus instalaciones, son de momento parciales, puesto que no está claro, donde funcionarán las instalaciones ni las operaciones jurídico – administrativas, tomando en cuenta que conforme al 1ro transitorio de la reforma de 2013, la normativa entró en vigor el día 1ro de enero de 2015.

Ahora bien, el primer antecedente gubernamental registrado, está en el anuncio publicado en los medios de comu-

nicación de fecha 28 de octubre del 2019, con motivo de la inauguración de un centro de convivencia, que se trató de instalar en las oficinas de la Comandancia Municipal de Mexicali, en coordinación con el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar en Mexicali A.C.³⁶ y del propio Poder Judicial del Estado.³⁷ Si bien es cierto que se publicó por diversos medios, no hay más antecedente ni registro de tareas de ejecución o aplicación de un centro de convivencia en términos de materia familiar, solo del centro de violencia familiar.

Un segundo intento, se advierte en las noticias públicas el día 05 de marzo de 2021, cuando se anunció la inauguración de las instalaciones del centro al interior de los espacios del Bosque de la Ciudad de Mexicali, Baja California,³⁸ con la intención de prestar las actividades de convivencia respectivas en un ambiente familiar favorable para los niños sujetos a las actividades de convivencia judicial, sin encontrarse más información al caso.

El 10 de junio de 2021, se publica el Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar Supervisada del Poder Judicial del Estado de Baja California, aprobado por el Pleno del Consejo de la Judicatura en sesión ordinaria el día 27 de mayo de 2021, que consta de 26 artículos repartidos en VII capítulos.

Un tercer intento, se advierte, conforme al contenido del comunicado de prensa del Poder Judicial del Estado de Baja

³⁶ No obstante hay diversas tareas y actividades de atención del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar, A.C, que por el momento no nos corresponde analizar. <http://www.cavim.org.mx/>

³⁷ <https://radartecatenews.com/2022/02/10/exhortan-a-instalar-centros-de-convivencia-familiar/>

³⁸ <https://www.elimparcial.com/mexicali/mexicali/Marina-anuncia-centro-de-convivencia-familiar-en-Bosque-de-la-Ciudad-20210305-0010.html>

California de fecha 09 de junio de 2021, con registro número CCSRP/66/2021, en el que se informó:

Con ello inició el funcionamiento, por primera vez en el Estado, de un Centro de Convivencia Familiar (CECOFAM) del Poder Judicial de Baja California.

El objetivo es garantizar el acceso a una sana convivencia de familiares con niñas, niños y adolescentes (NNA).³⁹

Así mismo, el comunicado indicó que se dieron las primeras operaciones del Centro de Convivencia Familiar en el Estado a través de la realización de la primera convivencia supervisada, la cual, se llevó a cabo en las instalaciones del CECOFAM Xochimilco en la Ciudad de Mexicali, Baja California.⁴⁰

Cabe apuntar, que el comunicado indica que el proyecto del centro es parte del eje rector de Justicia Familiar de la administración del Poder Judicial y del Consejo de la Judicatura del mismo órgano.

Se advierten los siguientes pasos del comunicado en análisis:

1. Que es una prioridad [sic] para las niñas, niños y adolescentes porque ellos merecen un espacio digno para la convivencia con sus padres y familiares.
2. Que la primera convivencia fue realizada de acuerdo a una serie de preparativos, los cuales, consistieron en que el Juzgado Familiar⁴¹ notifica al Centro que ingrese la solicitud de un caso para ser agendado para una entrevista y una convivencia.

³⁹ <http://pjbc.gob.mx/pdfs/comunicados/66%20PRIMERA%20CONVIVENCIA%20CECOFAM.PDF>

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ El comunicado no indica qué Juzgado de lo Familiar ordenó la convivencia familiar respectiva.

3. Que después se contempla una entrevista por separado con cada uno de los convivientes (que pueden ser los padres o familiares solicitantes), en donde se brinda la información sobre el funcionamiento del centro y el desarrollo del encuentro.
4. Luego, el Centro informa si es viable la primera convivencia supervisada y notifica al Juzgado, para que este, en el ejercicio de sus funciones notifique a las partes lo que proceda.
5. En el registro de las convivencias supervisadas, la primera se denomina de “reencuentro”, donde previo al inicio de la misma, el especialista explica a la niña, niño o adolescentes⁴² en qué consistirá la convivencia y sobre el uso del espacio en el centro.⁴³
6. Se indica además en el comunicado, que, en la convivencia de reencuentro será la única en la que estará presente en todo momento, el o la especialista adscrito al caso, ya que en las subsecuentes solo se realizarán en las instalaciones y de manera supervisada.⁴⁴
7. Por último, que el primer CECOFAM que ofrece el servi-

⁴² Por ello indicamos en esta investigación que el ejercicio de los derechos de la infancia se deben desarrollar y entender bajo un esquema y lenguaje pro-infantil no adulto-centrista, donde siempre se garantice que los mismos sean bajo los principios de prevención (información veraz y oportuna a la niña o niño), detección (incursión en el seno de la familia por las entidades de gobierno) y restitución (garantía de no repetición y en su caso de reposición de proyecto de vida) citado líneas arriba.

⁴³ El centro debe contar con los espacios, formas y atributos para atender a las niñas, niños y adolescentes donde se minimice al máximo una experiencia estresante. Orientaciones prácticas para la aplicación del principio del interés superior del niño, Curso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Los derechos de la infancia y el acceso a la justicia, verano de 2021.

⁴⁴ Con las mismas observaciones, ya que no se indica en reglamento alguno, cuáles son esas funciones de supervisión y hasta qué grado de intervención en la vida privada de los participantes.

cio referido tiene su domicilio en la Avenida Paso Villa Esperanza, Calzada de Mexicali, y que se están desarrollando otras instalaciones en el Bosque de la Ciudad, además, de iniciar con preparativos para la instalación en las ciudades de Tijuana, Ensenada y Tecate.⁴⁵

El 24 de septiembre de 2021, mediante el dictamen 15 del Congreso del Estado de Baja California, se aprobó la solicitud hecha por el Poder Judicial del Estado para reorientar recursos del presupuesto aprobado del 2021,⁴⁶ con el fin de realizar la obra “Construcción del Centro de Convivencia Familiar Supervisada” dentro del Bosque de la Ciudad de Mexicali, Baja California.⁴⁷

⁴⁵ <http://pjbc.gob.mx/pdfs/comunicados/66%20PRIMERA%20CONVIVENCIA%20CECOFAM.PDF>

⁴⁶ https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Dictamenes/20210923_15_HACIENDA.pdf

⁴⁷ En los considerandos de la petición del Poder Judicial se indicó: Primero. El H. Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Baja California, de conformidad con lo dispuesto en los resolutivos Primero y Tercero del Dictamen número 151 de la Comisión de Hacienda y Presupuesto de la H. XXIII Legislatura Constitucional del Estado de Baja California en la distribución del Techo Financiero aprobado para el ejercicio 2021, asignó recursos hasta por la cantidad de \$6'000,000.00 (Son seis millones de pesos 00/100 M.N.), para la habilitación de Centros de Convivencia Familiar en los municipios de Mexicali y Tecate, esto de acuerdo con los requerimientos que los proyectos presentaban al momento de realizar la referida distribución presupuestal en las partidas específicas que se muestran en el siguiente cuadro [...]. SEGUNDO: Es importante resaltar que en el presente año, a dicho proyecto se adicionó la creación del Centro de Convivencia Familiar en el Bosque de la Ciudad de la capital del Estado, con el propósito de contar con dos sedes especializadas; la primera denominada “CECOFAM xochimilco” destinada a la celebración de Convivencias Supervisadas que requieren de criterios de supervisión y seguimiento más estrictos y la segunda denominada “CECOFAM Bosque de la Ciudad”, misma que por

Posterior a ello, con el comunicado de prensa CCS-RP/99/2021, de fecha 21 de diciembre de 2021, del Poder Judicial del Estado, anunció la inauguración de las instalaciones del Centro de Convivencia Familiar en la Ciudad de Tecate, Baja California, sito en la colonia Lázaro Cárdenas, donde expuso se ofrecerá el espacio adecuado para llevar las convivencias familiares bajo la supervisión de especialistas en atención familiar.⁴⁸ Asimismo, se indicó que el Centro es el espacio donde se busca garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes para convivir con sus madres o padres en condiciones dignas y supervisadas por profesionales, a pesar de que estos se encuentren separados o divorciados, con el propósito de fortalecer el vínculo entre ambas partes.⁴⁹

Cabe apuntar, que de acuerdo con la nota informativa de fecha 11 de febrero de 2022, el Congreso del Estado de Baja California, aprobó un punto de acuerdo para exhortar al Pre-

su ubicación estratégica facilitará al padre no custodio la celebración de Convivencias de Tránsito haciendo uso de las instalaciones del Bosque de la Ciudad; además de contar con los espacios idóneos para impartir cursos, talleres o seminarios para los menores y sus padres, así como la fase de Expansión, misma que tiene como objetivo enriquecer el proceso de vinculación entre el Conviviente, niñas, niños y adolescentes en un ambiente diferente al de las instalaciones de CECOFAM, en espacios abiertos y controlados para el desarrollo de la convivencia con diversas alternativas recreativas, lo que permitirá que las habilidades de crianza se fortalezcan. Esta fase se realizará a través de las Convivencias semi-libres, donde la o el Facilitador verificará la entrega al Conviviente de la niña, niño y adolescente para su ingreso y al término de la convivencia la devolución al Responsable Custodio o Tercero Emergente. La convivencia será en los horarios y Espacios Semi-libres disponibles, que para tal efecto acuerden las Autoridades del CECOFAM, el Responsable Custodio y el Conviviente

⁴⁸ <https://www.poder-judicial-bc.gob.mx/pdfs/comunicados/99%20CENTRO%20CONVIVENCIA%20FAMILIAR%20TECATE.PDF>

⁴⁹ *Ibidem*.

sidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado, para que inicie con las instalaciones de dichos centros de convivencia a la brevedad.⁵⁰ Lo que nos indica el atraso político – judicial en la materia que nos ocupa. El punto de acuerdo fue presentado por la Comisión de Asuntos Fronterizos y Migratorios y aprobado en lo económico por el Congreso del Estado de Baja California, para exhortar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado, a fin de que instale a la brevedad los Centros de Convivencia Familiar (CECOFAM) presupuestados en el ejercicio fiscal 2022, firmado en la sesión ordinaria de la Legislatura del día 10 de febrero de 2022.⁵¹

Lo que permite concluir, con el desarrollo cronológico de las acciones gubernamentales de instalación de los Centros de Convivencia Familiar Supervisado, que de momento no están funcionando como se pretende en la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California.

VII. CONCLUSIONES

Primera. La convivencia familiar es un derecho fundamental y prevalente en favor de las niñas, niños y adolescentes, como instrumento efectivo de las relaciones jurídico familiares en el ejercicio de la patria potestad, tomando en cuenta que, la custodia familiar es un derecho propio de aquellos, consagrado en el artículo 4to. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Segunda. La convivencia familiar promueve los lazos afectivos en el seno de la familia, entre los hijos y los padres,

⁵⁰ <https://www.uniradioinforma.com/noticias/bajacalifornia/658559/congreso-de-bc-pide-al-tsabc-instalar-centros-de-convivencia-familiar.html>.

⁵¹ https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Iniciativas/20220210_ACUERDO_ROMANCOTA.PDF

en razón de la protección y bienestar general en la esfera personal, moral y jurídica de las niñas, niños y adolescentes.

Tercera. Los Centros de Convivencia Familiar son un espacio idóneo y adecuado para el desarrollo de las relaciones formadoras de la familia que permitan, por ende, una convivencia sana y pacífica. Se convierten en una instancia pacificadora de las relaciones jurídico familiares, donde se debe respetar los derechos de la infancia y los derechos de familia, cuando aquellas no pueden llevarse a cabo de manera respetuosa y en paz.

Cuarta. En el estado de Baja California, se adicionó el Capítulo XIV denominado "Del Centro de Convivencia Familiar Supervisada" en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California, en el decreto 590, publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el día 25 de octubre del 2013, y su modificación en el Decreto 120, publicado en el mismo *Periódico Oficial*, el día 08 de septiembre de 2017, donde se establecen la existencia de los Centros de Convivencia Familiar supervisados.

Quinta. Conforme al objetivo de esta investigación, consistente en analizar la doctrina y la norma jurídica aplicable de los centros de convivencia, conforme a las reformas legales citadas en la conclusión arriba citada, Baja California sí ha cumplido con la emisión normativa, pero aún no están debidamente instalados, no obstante varias acciones para su implementación por parte del Estado, inclusive pendientes, no obstante el requerimiento del Congreso del Estado de Baja California, mediante el exhorto de fecha 11 de febrero de 2022.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- Calvo García, Manuel, *Análisis socio-jurídico de la Ley Orgánica de medidas y protección integral contra la violencia de género*, España, Universidad de Zaragoza, trabajo 17, 2006.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Alienación parental*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
- Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, <https://conatrib.org.mx/objeto-y-fines/>.
- Dreyzibn de Klor, Adriana, *Restitución Internacional de niñas y Niños*, Ed. Jurídica Continental, 2013.
- Echarte Feliú, Ana María, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, España, Ed. Comares, 2000.
- Galicia García, Olga Leticia, "La evaluación psicológica forense en juicios familiares", en García López, Erik (Director), *Fundamentos de psicología jurídica y forense*, México, Ed. Oxford, 2010, p.657. De igual manera recordemos la teoría del apego que es aquellas conductas y roles de acercamiento entre el infante y sus padres.
- García de Ghiglino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra, *Protección contra la violencia familiar*, Argentina, Ed. Hammulabi, 2010.
- Lionetti, Lucía y Míguez, Daniel (comps.), *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1880-1960)*, Pro historia, Rosario, 2010.
- Méndez Corcuera, Luis Alonso, *Temas actuales del derecho familiar*, México, Ed. Flores, 2018.

Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, México, Ed. Beilis, 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Violencia familiar, temas selectos de derecho familiar*, México, 3, 2011, VIII.

Normatividad

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Convención Sobre los Derechos del Niño.

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Baja California.

Internet

<https://dle.rae.es/convivencia?m=form>.

<http://pjbc.gob.mx/pdfs/comunicados/66%20PRIMERA%20CONVIVENCIA%20CECOFAM.PDF>

<https://radartecatenews.com/2022/02/10/exhortan-a-instalar-centros-de-convivencia-familiar/>

<http://transparencia.pjbc.gob.mx/Documentos/pdfs/varios/PEProyecto/2017/NuevosProyectos.pdf>.

<http://transparencia.pjbc.gob.mx/paginas/MarcoJuridico.aspx?opc=2>.

<https://www.elimparcial.com/mexicali/mexicali/Marina-anuncia-centro-de-convivencia-familiar-en-Bosque-de-la-Ciudad-20210305-0010.html>

https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Dictámenes/20210923_15_HACIENDA.pdf

<https://www.poder-judicial-bc.gob.mx/pdfs/comunicados/99%20CENTRO%20CONVIVENCIA%20FAMILIAR%20TECATE.PDF>

<https://www.uniradioinforma.com/noticias/bajacalifornia/658559/congreso-de-bc-pide-al-tsjsbc-instalar-centros-de-convivencia-familiar.html>.

https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/Proceso-Parlamentario/Iniciativas/20220210_ACUERDO_ROM.

Jurisprudencia

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2007478. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: II.1o.11 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2426. Tipo: Aislada.*

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. PROTECCIÓN MÁS AMPLIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2007477. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Constitucional, Civil. Tesis: II.1o.13 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2425. Tipo: Aislada.*

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. (TA); 9ª. Época; 1ª. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 265. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. La Convivencia Paterno-Filial Supervisada en un Centro de Convivencia

Familiar, Constituye una medida acorde con este principio (Legislación Del Distrito Federal). Registro Digital: 2011388. Localización: 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, p. 1123, [A], Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CI/2016 (10a.).

PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO. Noveno Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Amparo directo 460/2007. 30 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: María del Carmen Meléndez Valerio.

CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO PREDIAL PARA EL MUNICIPIO DE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, RESPECTO DE PREDIOS BALDÍOS

JESÚS FERNANDO VILLARREAL GÓMEZ*

RESUMEN

Las normas que regulan el impuesto predial, como el resto de las contribuciones, deben observar la equidad y proporcionalidad tributaria. Fallar en hacerlo constituye una violación a los principios estipulados en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal Mexicana. El Poder Judicial de la Federación ha emitido criterios en los que resuelve que las disposiciones tributarias que establecen un impuesto predial con tasas diferentes entre los predios edificados y aquellos sin construcciones, transgreden el principio de equidad tributaria, incluso, el de proporcionalidad tributaria. Para el desarrollo del presente trabajo se empleó el método analítico. Se concluye que las disposiciones que establecen una tasa diferencial del impuesto predial para predios baldíos de la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022 violan los principios tributarios ya mencionados.

* Abogado prestador de servicios en los sectores público, privado y social; profesor universitario de la asignatura de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC. Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad del Valle de México (UVM); Maestro en Impuestos por la Facultad de Ciencias Administrativas Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC); y actual alumno del Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC. Contacto: fvillareal@uabc.edu.mx.

PALABRAS CLAVE: Impuesto predial, equidad tributaria, proporcionalidad tributaria, tasa diferencial, predio baldío.

ABSTRACT

The norms that regulate the property tax, as the rest of taxes, must observe tax equity and proportionality. Failing to do so constitutes a violation to the principles stipulated in article 31, sub-section I of the Federal Mexican Constitution. The Federal Judicial Branch has issued case law in which resolves that tax regulations that establish a property tax with different fees between a built property and those without any buildings infringe the tax equity principle, and even the tax proportionality principle. For the development of this work, the analytic method is used. It is concluded that the provisions that establish a differential fee of the property tax for vacant lots in the Municipal Income Law of Mexicali, Baja California

KEYWORDS: Property tax, tax equity, tax proportionality, differential fee, vacant lot.

INTRODUCCIÓN

El gobierno municipal de Mexicali, Baja California tiene, entre sus principales fuentes de ingresos propios, con el impuesto predial. Como toda contribución, el impuesto predial debe apegarse a los principios tributarios previstos en nuestra Carta Magna. Entre éstos, se encuentran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria, este último vinculado a la capacidad económica del contribuyente. Cabe señalar que el impuesto predial es la principal contribución de aquéllas que se imponen sobre la propiedad inmobiliaria. Los factores de dicha trascendencia radican en las características

técnicas y administrativas del impuesto, además de que la naturaleza contribución abona a la promoción y a la regulación del desarrollo urbano.¹

OBJETIVO

La metodología en el presente trabajo es analítica a través de la doctrina, la legislación nacional y los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación. Se identifican los fundamentos constitucionales del impuesto predial, se analiza el marco normativo local del impuesto predial en el municipio de Mexicali, Baja California. Se incluyen desde luego la Constitución Local, la Ley de Hacienda Municipal del Estado y la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022.

En su estructura, además del análisis doctrinal y normativo en el trabajo se integra un apartado relativo a los conceptos de equidad y proporcionalidad tributaria. Estos conceptos se vinculan con ciertos elementos esenciales de las contribuciones, entre ellos la tasa o tarifa. De esta vinculación, se correlacionan los principios de equidad y proporcionalidad tributaria con el impuesto predial.

Posteriormente, se expone un estudio de varios criterios emitidos por los diversos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, tanto tesis aisladas como de jurisprudencia. Estos criterios abordan la constitucionalidad del impuesto predial con motivo de las cuotas, tasas o tarifas sobre predios no edificados. Finalmente, se exponen las conclusiones que se formulan a partir del método analítico sobre la constitucionalidad de la tasa diferencial para predios baldíos en el municipio de Mexicali, a la luz de los diversos criterios judiciales estudiados y el contexto de sus pronunciamientos.

¹ INDETEC, “Administración del impuesto predial”, *Especiales*, 1995, p. 38.

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO PRE-DIAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 36 en su fracción I establece, dentro de cierto catálogo de obligaciones del ciudadano, la relativa a inscribirse en el catastro de la municipalidad, en el que se debe manifestar la propiedad que el ciudadano tenga.

Por su parte, el artículo 115 constitucional, fracción IV, inciso a) estipula el fundamento constitucional para el cobro de contribuciones municipales sobre la propiedad inmobiliaria:

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

I. a III. (...)

IV. Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso:

Percibirán las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que establezcan los Estados sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles.

Los municipios podrán celebrar convenios con el Estado para que éste se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de esas contribuciones.

Como se puede apreciar del precepto constitucional último citado, son las legislaturas de las entidades federativas

las competentes para establecer las contribuciones a favor de los municipios. Este requisito de que sea el poder legislativo local el que expida la norma que establecerá las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, incluido el impuesto predial, garantiza el principio de legalidad tributaria.

También se puede corroborar dicho principio de legalidad en lo previsto por los párrafos antepenúltimo y penúltimo de esa misma fracción IV:

Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán a las legislaturas estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria.

Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos de los municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles, y deberán incluir en los mismos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que perciban los servidores públicos municipales, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 127 de esta Constitución.

La Constitución Federal faculta a los ayuntamientos para proponer a las legislaturas estatales las cuotas o tarifas aplicables al impuesto predial y las tablas de valores unitarios de suelo y construcción que sirvan de base para su cobro, y la legislatura estatal es la competente para aprobar la ley de ingresos municipal que prevea dicha contribución. Lo anterior es congruente con el principio *nullum tributum sine lege*, el principio de legalidad tributaria.

El principio de legalidad tributaria, junto a los principios de equidad y proporcionalidad tributaria se encuentran consagrados en el artículo 31 fracción IV de nuestra Carta Mag-

na, como se puede apreciar a continuación:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos: I. a III. (...)

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Cabe destacar que el impuesto predial es la principal fuente de ingresos propios de los municipios, y que la reforma constitucional a principios de la década de los años ochenta, precisamente, se encaminó a otorgar la competencia del cobro de este impuesto a los municipios para fortalecer su hacienda pública con ingresos propios.

El Instituto Nacional para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC), en una de sus publicaciones especiales denominada *Administración del Impuesto Predial*, sostuvo que, hasta antes de 1984, una de las principales carencias de las haciendas públicas de los municipios era la falta de ingresos propios.²

II. MARCO NORMATIVO DEL IMPUESTO PREDIAL EN EL MUNICIPIO DE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California establece dos preceptos que se relacionan con el cobro de las contribuciones municipales: los artículos 27, fracción XI y 85. Ambas disposiciones de la constitución

² INDETEC, “Administración del impuesto predial”.

local fungen como fundamentos para las leyes de ingresos municipales en las que se incluye al impuesto predial.

Dentro del Título Tercero de la constitución local, denominado *Del Poder Legislativo*, se contiene un Capítulo II intitulado *De las prerrogativas de los diputados y de las facultades del Congreso*. Este capítulo básicamente se cubre con el artículo 27, en el que se enuncian, a través de diversas fracciones, las facultades del Congreso del Estado.

El artículo 27 de la constitución estatal bajacaliforniana fracción XI, faculta al Congreso del Estado, entre otras atribuciones, para examinar, discutir, modificar, aumentar, reducir y aprobar, para cada ejercicio fiscal, las leyes de ingresos de los municipios.

Por otra parte, el Título Sexto de la referida constitución estatal se denomina *De los Municipios* y su Capítulo V se intitula *Del patrimonio y la hacienda pública municipal*. Este capítulo incluye el artículo 85 al que se hace mención.

El artículo 85, segundo párrafo, junto a su fracción I, refiere que el 115 de la Carta Magna faculta a los municipios para cobrar contribuciones sobre propiedad inmobiliaria.

La Hacienda Municipal se formará de los rendimientos de los bienes que le pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que el Congreso establezca a su favor, y en todo caso:

I. Percibirá las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que se establezcan sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora, así como las que tengan por base el cambio de valores de los inmuebles.

Los municipios podrán celebrar convenios con el Estado para que éste se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de estas contribuciones.³

³ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, artículo 85.

Del texto transcrito se puede detectar su similitud con el texto constitucional del artículo 115, fracción IV, inciso a) de la Constitución Federal. Esta disposición prevé que la hacienda de los municipios se constituirá, entre otros ingresos, por las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que se establezcan sobre la propiedad inmobiliaria. En este supuesto normativo constitucional encuadra el hecho imponible del impuesto predial.

Las demás fracciones de ese segundo párrafo del artículo 85 de la constitución local del Estado de Baja California, de la II a la IV, refieren a otros tipos de ingresos que integran la hacienda pública municipal, entre los que se encuentran las participaciones federales y estatales, el cobro de derechos por servicios públicos prestados, entre otros recursos previstos en el presupuesto de egresos del Estado para la satisfacción de funciones o prestación de servicios públicos exclusivamente por los municipios.

El quinto párrafo del mencionado precepto de la constitución estatal otorga al gobierno municipal la facultad de proponer al Congreso del Estado ciertos elementos esenciales de las contribuciones, especialmente de aquellos relativos a la propiedad inmobiliaria:

Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán al Congreso del Estado las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios del suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria. Los ayuntamientos, de manera exclusiva, tendrán la facultad de presentar al Congreso del Estado para su aprobación, la Iniciativa de la Ley de Ingresos y las modificaciones a la misma.⁴

⁴ *Ibíd.*

Este quinto párrafo del artículo 85 de la constitución local es el fundamento jurídico de la atribución del municipio para proponer al Congreso del Estado las cuotas y tarifas aplicables para el impuesto predial y la tabla de valores unitarios del suelo y construcciones que son utilizados como base para la determinación del mismo impuesto predial.

LEY DE HACIENDA MUNICIPAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Ya plenamente identificados los fundamentos constitucionales, federales y locales, para proponer, aprobar y percibir el impuesto predial, se debe abordar la legislación secundaria.

Para cubrir las erogaciones del gasto público de la administración pública municipal y de sus obligaciones, la hacienda municipal empleará los recursos provenientes de los diversos ingresos que, para cada ejercicio fiscal, le apruebe el Congreso del Estado, observando también la Ley de Hacienda Municipal para el Estado de Baja California. Se debe hacer hincapié en que las autoridades municipales no estarán facultadas para recaudar ningún gravamen que no se encuentre previamente dispuesto en la ley de ingresos del respectivo municipio para el correspondiente ejercicio fiscal del que se trate.⁵

Por lo que respecta al impuesto predial, la referida Ley de Hacienda Municipal establece esta contribución en su artículo 75 BIS A. Este artículo fue adicionado a la ley el 31 de diciembre de 1988, lo que cronológicamente coincide con los efectos de la reforma constitucional de 1983 al artículo 115 de nuestra Constitución Federal y que tuvo sus primeros cambios en 1984. Es decir, la potestad tributaria para establecer contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria anteriormente correspondía a los estados y con esta reforma constitucional se transfieren a los municipios, en aras de for-

⁵ Ley de Hacienda Municipal del Estado de Baja California (1954), artículos 1 y 2.

talecer sus haciendas públicas con ingresos propios.

El artículo 75 BIS A regula el impuesto predial con sus elementos esenciales: sujeto, objeto, base, tasa y época de pago. Incluso, su fracción VII, que fija el lugar y la época de pago anual, también prevé la posibilidad de que las leyes de ingresos municipales otorguen estímulos a aquellos contribuyentes que realicen el pago oportuno de este impuesto.⁶

El mismo artículo estipula que el objeto del impuesto predial consiste en la propiedad o posesión de predios urbanos y rústicos y las construcciones permanentes existentes en ellos. Además, el inciso a) de la fracción IV del referido artículo prevé que la base del impuesto, tratándose de predios urbanos y rústicos, será el valor catastral que resulte de la aplicación de la tabla de valores unitarios aprobada para cada municipio. En caso de que el predio no se encuentre contemplado en la tabla mencionada, el inciso d) de esta fracción IV estipula que la base del impuesto será el valor de avalúo que practique la autoridad municipal.⁷

Al examinar el elemento esencial del impuesto relativo a la tasa, el primer párrafo de la fracción V del multicitado artículo 75 BIS A realiza una remisión legislativa a otro ordenamiento fiscal, particularmente a la ley de ingresos de cada municipio para el ejercicio fiscal del que se trate: “V.- La tasa del Impuesto que corresponda pagar, será la que se determine en la Ley de Ingresos de cada Municipio del Estado, para el ejercicio fiscal correspondiente.”⁸ Con esta remisión legislativa, corresponde a las leyes de ingresos municipales para cada ejercicio fiscal regular un elemento esencial del impuesto predial: la tasa.

⁶ Ley de Hacienda Municipal del Estado de Baja California, artículo 75 BIS A.

⁸ *Ibidem*.

⁸ *Ibid*.

LEY DE INGRESOS DEL MUNICIPIO DE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA PARA EL EJERCICIO FISCAL 2022

El Pleno de la XXIV Legislatura del Estado de Baja California, el 23 de diciembre de 2021, aprobó el Dictamen número 49 de la Comisión de Hacienda y Presupuesto relativo a la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022.

Dentro del Dictamen número 49 de la Comisión de Hacienda y Presupuesto, lo único que se detecta de referencia a tasas del impuesto predial se encuentra en el Considerando Décimo Primero, que menciona la viabilidad del artículo 2 de la Iniciativa de la Ley de Ingresos, en relación con decrementos equivalentes entre el 25% y 40%. Entre otros decrementos, menciona al relativo a predios sociales, religiosos, educativos y de organizaciones sindicales.⁹ No obstante, en este dictamen legislativo no se hace referencia alguna a predios baldíos, ni su correlación en la exposición de motivos de la Iniciativa de Ley.

Esta ley fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Baja California*, número 109, tomo CXXVIII del 31 de diciembre de 2021, junto con el Decreto número 60 mediante el que se aprueba la Tabla de Valores Catastrales Unitarios, base del Impuesto Predial del Municipio de Mexicali, Baja California, para el Ejercicio Fiscal 2022.

De conformidad con el artículo 1 de esta ley de ingresos municipal, para el ejercicio fiscal 2022, el municipio de Mexicali percibirá un total de ingresos por \$4,569,687,742.00 pesos m.n. (cuatro mil quinientos sesenta y nueve millones seiscientos ochenta y siete mil setecientos cuarenta y dos pesos 00/100 moneda nacional). De esa totalidad de ingresos, \$827,929,732.00 pesos m.n. (ochocientos veintisiete millo-

⁹ Poder Legislativo del Estado de Baja California, “Dictamen 49 de la Comisión de Hacienda y Presupuesto de la XXIV Legislatura del Estado de Baja California” (2022).

nes novecientos veintinueve mil setecientos treinta y dos pesos 00/100 moneda nacional) se recaudarán por concepto del impuesto predial; lo que representa más de un 18% de los ingresos totales.¹⁰ Esto lo convierte en su principal contribución y en su principal fuente de ingresos propios.

El primer párrafo del artículo 2 de la citada ley de ingresos municipal, establece que el impuesto predial se causará conforme a los siguientes ordenamientos jurídicos: la Ley de Hacienda Municipal y la Ley de Catastro Inmobiliario, ambas para el Estado de Baja California, el Reglamento de Catastro Inmobiliario para el Municipio de Mexicali, Baja California, así como de conformidad con la Tabla de Valores Catastrales Unitarios que el Congreso del Estado aprobó para este municipio.¹¹

El artículo 2, segundo párrafo de la ley de ingresos municipal es el receptor de la remisión legislativa de la fracción V del artículo 75 BIS A de la Ley de Hacienda Municipal del Estado, puesto que a partir de aquél se establecen las diversas tasas del impuesto predial.

La fracción I prevé una tasa de 9.00 al millar para los predios baldíos o no edificadas, y la fracción II establece la misma tasa para aquellos predios que aun teniendo edificaciones, se encuentren en estado de abandono. Mientras que las demás tasas que se prevén para otro tipo de predios en las demás fracciones son inferiores, como se aprecia del siguiente texto:

T A S A S

I. Predios Baldíos o no edificadas..... 9.00 al millar

II. Predios que teniendo construcciones, se encuentren en estado de abandono 9.00 al millar

¹⁰ Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022, § III (2022), artículo 1.

¹¹ *Ibidem*.

- III. Predios Comerciales ubicados en plazas y corredores..... 6.00 al millar
- IV. Predios Industriales..... 6.00 al millar
- V. Predios Comerciales ubicados en Zona Valle..... 6.00 al millar
- VI. Predios Habitacionales:
- a). En uso exclusivo en el que habite el propietario..... 3.00 al millar
- b). Cuando el predio sea habitado exclusivamente por su propietario y/o cónyuge, y esté registrado a su nombre, siendo éste pensionado, jubilado, persona con discapacidad o persona mayor de sesenta años que acredite esta condición con identificación oficial expedida por Institución Pública, en la que se especifique el domicilio del predio a pagar gozará de un descuento del 50% de la tasa precisada en esta fracción.
Cuando se aplique el beneficio de este inciso, el impuesto predial resultante, no podrá ser menor a 2 veces la Unidad de medida y actualización vigente.
- c). Predios habitacionales en uso o goce de terceras personas..... 3.00 al millar
- VII. Predios de asociaciones, sociedades u organizaciones de productores que realicen actividades agropecuarias y pesqueras..... 3.00 veces Unidad de Medida y Actualización
- VIII. Predios de asociaciones y sociedades que su actividad principal sea realizar programas Asistenciales con fines no lucrativos, siempre y cuando se encuentren debidamente constituidas, registradas, reconocidas y que los predios se encuentren a nombre de éstas..... 5.00 veces Unidad de Medida y Actualización
- IX. Predios sociales, religiosos, educativos y de organizaciones sindicales..... 6.00 al millar

Los predios Educativos que se encuentren debidamente adscritos ante la Secretaría de Educación Pública, podrán acceder de una disminución de un valor de 1.50 al millar
X. Predios de agrupaciones debidamente constituidas y reconocidas por la autoridad correspondiente..... 6.00 al millar

XI. Predios ubicados en zonas habitacionales, para uso industrial, comercial o mixto..... 6.00 al millar

XII. Predios ubicados en las Zonas Urbanas de los Ejidos o Poblados Rurales en uso habitacional exclusivamente..... 3.00 al millar

XIII. Predios de reserva urbana o reserva territorial..... 3.00 al millar

a). Que tengan factibilidad de servicios y no cuenten con los mismos a pie de terreno..... 6.00 al millar

b).- Que cuenten con los servicios básicos a pie de terreno..... 6.00 al millar

XIV.- Predios dedicados permanentemente a fines:

a).- Agrícolas..... 3.00 al millar

b).- Ganaderos..... 3.00 al millar

c).- Forestal..... 3.00 al millar

d).- Acuícola..... 3.00 al millar

e).- De extracción de pétreos..... 3.00 al millar

f).- Arenosos y cerril..... 3.00 al millar

XV.- Predios ubicados en zonas urbanas de los ejidos o poblados rurales que no estén destinados a la explotación agropecuaria o a uso habitacional, pagarán el Impuesto Predial, de acuerdo a la tasa establecida para el uso y destino del suelo.

XVI.- Predios de propiedad de particulares que se encuentren destinados a un servicio público a cargo del Gobierno Municipal, que se encuentren en proceso o sean destinados para ser donados a favor del Municipio, previa

calificación que realice la Autoridad Fiscal competente..... 0.00 al millar.¹²

Como se puede apreciar de las fracciones transcritas del artículo 2 de la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022, las tasas más altas corresponden a los predios baldíos o no edificados, así como aquellos que contando con construcciones se encuentren en estado de abandono. Lo anterior, independientemente de la zona en la que se encuentren o de su valor catastral unitario.

Por la propiedad o posesión de los predios baldíos o no edificados, así como aquellos que cuenten con construcciones pero que se encuentran en estado de abandono, se establece una tasa de 9.00 al millar. Esta tasa representa un 200% (doscientos por ciento) más que la tasa 3.00 al millar correspondiente a los predios de uso habitacional, y un 50% de la tasa de 6.00 al millar correspondiente a los predios de uso comercial e industrial.

III. LA EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA DEL IMPUESTO PREDIAL

El fortalecimiento del predial, como impuesto directo, podría reducir la desigualdad, mediante una mayor contribución por aquellos con mayor capacidad, así como con registros tributarios que midan seriamente la desigualdad; lo que incrementaría el potencial de redistribución de este tributo.¹³

¹² Ibidem.

¹³ Ruelas Ávila, Ignacio, “Evaluación de las características del impuesto predial en México”, *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, n.o 12 (17 de diciembre de 2015): p. 96, <https://doi.org/10.32457/riem.vi12.363>. Evaluación de las características del impuesto predial en México, *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, n.o 12 (17 de diciembre de 2015): p. 96, <https://doi.org/10.32457/riem.vi12.363>.

Los factores que influyen para que Baja California sea una entidad con una recaudación exitosa del impuesto predial, comparada con otras entidades federativas, consisten en los procesos uniformes que el marco legal estatal establece para la valuación catastral entre municipios y la obligación de la actualización del registro geográfico a través del uso de las tecnologías, así como su revisión anual.¹⁴

El presente documento trata sobre la constitucionalidad respecto de los principios de equidad y proporcionalidad en el impuesto predial sobre predios baldíos en el municipio de Mexicali, Baja California. En relación a estos principios, la maestra Ixchel Tenorio Cruz nos dice que:

El principio de proporcionalidad tributaria considera que las cargas tributarias se distribuirán atendiendo a la capacidad de pago del sujeto pasivo, debido a sus ingresos. Esto conlleva que los contribuyentes con mayores ingresos pagarán un impuesto mayor, donde el legislador establece la proporción en la que la contribución incrementará. En cuanto al principio de equidad tributaria, hace referencia a lo establecido por la Suprema Corte, relativo a la misma hipótesis de causación, donde aquellos contribuyentes que se encuentren en condiciones iguales reciban un trato igual mientras, aquellos en situación desigual reciban un trato desigual. Para ello, el legislador debe establecer diversas categorías de contribuyentes con base en criterios objetivos que justifiquen el trato diferencial.¹⁵

{\i{}Revista Iberoamericana de Estudios Municipales}, n.º 12 (17 de diciembre de 2015)

¹⁴ Espinosa, Salvador et al. «¿Por qué algunos municipios en México son mejores recaudadores de impuesto predial que otros?», *Gestión y Política Pública* 27, n.º 2, 2018, p. 390.

¹⁵ Tenorio Cruz, Ixchel, “Conceptos constitucionales de la contribución o del derecho al mínimo vital”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa* Año V, n.º Núm. 1, enero de 2013, p. 5. los conceptos constitucionales de las contribuciones, detalla brevemente en qué consisten los

Quizás el trato diferencial se intentará justificar con una supuesta plusvalía. Pero ni el Estado ni el gobernado, por sí solos, son generadores de la plusvalía de un inmueble, puesto que resulta de las mejoras provenientes del recurso ejercido de impuestos; por lo tanto, el Estado no debe confiscar la plusvalía ya que vulneraría el derecho a la propiedad privada.¹⁶

Es importante considerar, que el hecho imponible previsto en una disposición fiscal establece el supuesto de causación. Por lo tanto, el legislador debe clasificar a los sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria en categorías de contribuyentes. El principio de equidad tributaria representa una garantía de que los contribuyentes en una misma hipó-

principios constitucionales previstos en el artículo 31, fracción IV constitucional, y las principales funciones que cumplen, haciendo especial referencia a los principios de proporcionalidad y equidad tributaria, a fin de analizar y establecer los medios que garanticen el derecho al mínimo vital, que implica que todos aquellos ingresos que estén destinados a la satisfacción de las necesidades esenciales del individuo, se reconozcan como un patrimonio protegido de causación, para lo cual, se analiza la tesis jurisprudencial 2a./J. 164/2007, y la ejecutoria pronunciada por el Pleno de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 2237/2009, así como al derecho comparado, en el que ha encontrado su origen, entre otros, los principios de dignidad humana y solidaridad.»»call-number»:»Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del TFJA»»container-title»:»PRAXIS de la Justicia Fiscal y Administrativa»»issue»:»Núm. 1»»journalAbbreviation»:»PRAXIS»»note»:»Contenido Revista: Año V, Núm. 12, 2013»https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/rev12.html»»page»:»21»»title»:»Conceptos constitucionales de la contribución o del derecho al mínimo vital»»volume»:»Año V»»author»:»[{«family»:»Tenorio Cruz»,«given»:»Ixchel» }],»issued»:»{«date-parts»:»[[«2013»,1]]} }»,»schema»:»https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json»}

¹⁶ Rodríguez Sánchez, Hortencia, “El entorno jurídico del impuesto predial en México”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa Revista de Investigación Jurídica*, enero-junio 2020, n.o 27, 2020, p. 191.

tesis de causación deban recibir un trato igual por la norma fiscal, mientras aquellos que se encuentren en un supuesto desigual deberán tener un trato desigual frente al gravamen.

Respecto de la capacidad de pago individual de los contribuyentes, se conoce como capacidad económico-contributiva, o también llamada capacidad contributiva. De lo anterior, se desprende que las cargas tributarias deben imponerse apegándose al principio de proporcionalidad tributaria. Este principio se funda en la capacidad económico-contributiva, la que, como lo explicó Tenorio Cruz, atiende a la proporción de los ingresos del contribuyente, o en este caso del impuesto predial, a su patrimonio constituido por la propiedad inmobiliaria.

Es pertinente distinguir la diferencia entre la capacidad económica y la capacidad contributiva (esta última también referida como capacidad económico-contributiva). A la capacidad económica de un contribuyente, persona física, por ejemplo, se le debe reservar un mínimo vital (también conocido como mínimo existencial) para cubrir sus necesidades básicas, y el remanente será identificado como la capacidad contributiva.

El fiscalista Francisco Tejeda Uscanga define a la capacidad contributiva, llamándola capacidad económico-contributiva, de la siguiente manera:

[...] un potencial económico de quien es titular y tiene disponibilidad de la riqueza propia u obtenida, y que con ello pueda acreditar su posibilidad real y suficiente de hacer frente a la exigencia de una obligación contributiva particularizada que la administración hacendaria está facultada, lo mismo para recibir como para reclamar su cumplimiento.¹⁷

¹⁷ Tejeda Uscanga, Francisco, “El principio de capacidad económico-contributiva”, en *Derechos de los contribuyentes*, de Carlos Espinosa

Respecto de los principios de proporcionalidad y equidad tributarias, la Suprema Corte, en la tesis de rubro “Proporcionalidad y equidad tributarias establecidas en el Artículo 31, Fracción IV, Constitucional”, expuso que las contribuciones deben establecerse en relación con la capacidad económica de cada sujeto pasivo y que dicha proporcionalidad se atiende al fijar tarifas progresivas; mientras que la equidad se alcanza con un tratamiento igual, ante la ley tributaria, a los sujetos pasivos de un mismo tributo.¹⁸ De esta tesis, se desprende el importante vínculo entre la proporcionalidad tributaria y la capacidad económica del sujeto pasivo.

Para profundizar sobre el vínculo entre la proporcionalidad tributaria y la capacidad económica del sujeto pasivo, la tesis explica que los sujetos pasivos que obtengan elevados ingresos deberán aportar tributos en forma cualitativa superior a aquellos sujetos pasivos que obtengan recursos medianos o reducidos.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad tributaria debe garantizar que el impuesto grave de manera diferencial la capacidad económica de cada sujeto pasivo, atendiendo a los ingresos o rendimientos obtenidos. El impacto del impuesto sobre el patrimonio de los contribuyentes variará cualitativamente en cada caso, según su respectiva manifestación de la riqueza.

Del mismo criterio de la Corte se identifica que la ley tributaria debe dar un trato igual a aquellos contribuyentes que se encuentren en una misma hipótesis de causación, teniendo como única variación la tarifa que aplique; pero esta variación debe atender siempre a la capacidad contributiva del sujeto obligado. Este pronunciamiento jurisprudencial

Berecochea, 1a. ed. (Ciudad de México: Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C., 2019), 310.

¹⁸ Pleno, “tesis 232309”, *semanario judicial de la federación*, séptima época, volumen 187-192, n.o primera parte (s. f.): página 113.

expresa el vínculo existente en las contribuciones entre el principio de equidad y el de proporcionalidad.

Se observa en la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022, que el impuesto predial se encuentra dentro de la clasificación de los impuestos sobre el patrimonio. Es decir, el impuesto predial es un impuesto directo que se enfoca, no en las manifestaciones de la riqueza a través del consumo, sino a través de los activos económicos de los sujetos pasivos.

Entre la clasificación realizada por la doctrina respecto a las contribuciones, se destaca aquella que distingue a los impuestos directos de los indirectos. Se consideran tributos directos aquellos aplicados sobre utilidades y rendimientos de los contribuyentes. Mientras que los indirectos son aquellos que gravan el consumo de los referidos sujetos pasivos.¹⁹ Ahora bien, en el caso del impuesto predial, no es un ingreso lo que se grava sino el activo del patrimonio constituido por determinado bien inmueble del contribuyente. Cabe recordar, que las contribuciones se estructuran con los elementos: sujeto, objeto, base, cuota o tarifa, así como época de pago. En dos elementos del impuesto predial se realiza un trato económicamente diferenciado para su determinación: en el elemento de la base gravable y en la tasa o tarifa.

El valor que tiene el predio, como el aspecto conformador de la base gravable del impuesto predial, es identificado como el principal elemento de la contribución que se vincula a la capacidad contributiva del sujeto pasivo del impuesto.²⁰ Sin embargo, el elemento de la tasa también atiende a tal vínculo con esta capacidad contributiva.

La diferenciación en las diversas tasas del impuesto predial se ha enfocado principalmente en el uso o destino de los

¹⁹ Arrijo Vizcaíno, Adolfo, *Derecho fiscal*, 23a. ed., Ciudad de México: Editorial Themis, 2020, p. 638.

²⁰ INDETEC, “Administración del impuesto predial”, p. 68.

predios sobre los que se determina la contribución de que se trate, particularmente en el caso de las leyes de ingresos del municipio de Mexicali a través de los distintos ejercicios fiscales anteriores y el actual.

IV. CRITERIOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO PREDIAL CON TASA DIFERENCIADA SOBRE PREDIOS BALDÍOS

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales del Poder Judicial de la Federación, han emitido diversos criterios judiciales respecto de la constitucionalidad del impuesto predial correspondiente a predios baldíos o no edificados. Estas resoluciones se han pronunciado particularmente sobre la transgresión o no a los principios de equidad y proporcionalidad tributaria por la expedición y aplicación de estas normas fiscales.

TESIS P./J. 60/96 (REGISTRO DIGITAL 200032)

El rubro de esta tesis jurisprudencial es PREDIAL. EL PÁRRAFO TERCERO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 149 DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA AL ESTABLECER DIVERSOS FACTORES PARA LA DETERMINACION DEL IMPUESTO ATENDIENDO A LA FINALIDAD A QUE SE DESTINE EL INMUEBLE.

Esta tesis jurisprudencial versa sobre el principio de equidad tributaria frente al trato diferencial en la determinación del impuesto predial. La disposición fiscal del Código Financiero del Distrito Federal preveía un factor más elevado en la tarifa en aquellos supuestos en los que el inmueble se destinase para un uso distinto al habitacional. El Pleno de la Corte resolvió que dicho trato diferencial no violaba el

principio de equidad tributaria, toda vez que atendía a un fin extrafiscal: contribuir a solucionar el problema de la vivienda. El artículo 4º constitucional dispone que la ley establezca instrumentos para dicho fin.²¹

TESIS P. CXII/96 (REGISTRO DIGITAL 200047)

El rubro de la tesis es IMPUESTO PREDIAL. EL ARTICULO 21 BIS-8, TERCER PÁRRAFO, DE LA LEY DE HACIENDA PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE ESE ESTADO EL 31 DE DICIEMBRE DE 1993, NO ES VIOLATORIO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

Conforme a esta tesis aislada, las tasas aplicadas para el impuesto predial a predios con edificaciones comerciales, industriales, de servicios o cualquier uso distinto al de casa habitación con un 0.5 al millar más elevados que la tasa habitacional, no contravienen el principio de equidad tributaria. El Pleno de la Corte concluyó lo anterior con base en la situación distinta en la que se encuentran los demás causantes diversos a aquellos que destinan su inmueble a uso habitacional, teniendo una tasa igual entre ellos.²²

TESIS P. LXXXIV/2000 (REGISTRO DIGITAL 191695)

El rubro de esta tesis aislada es PREDIAL. EL ARTÍCULO 152, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, QUE REGULA LA FORMA DE CALCULAR DICHO IMPUESTO CUANDO SE TRATE DE INMUEBLES SIN CONSTRUCCIONES, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

Esta tesis considera que tanto los propietarios y poseedores de inmueble habitacional como aquellos de predios sin

²¹ Tesis P./J. 60/96, Tomo IV Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (Pleno 1996).

²² Tesis P. CXII/96, Tomo IV Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 177 (Pleno 1996).

construcciones, o con una construcción menor al 10% de la superficie, forman una misma categoría de contribuyentes. Por lo tanto, no existe justificación para que el Código Financiero del Distrito Federal establezca el pago de una cuota adicional a aquellos contribuyentes cuyos predios no tengan construcciones. Dicha disposición coloca injustificadamente a los sujetos pasivos en un plano de desigualdad. En virtud de ello, el Pleno de la Corte resolvió que tal disposición viola el principio de equidad tributaria.²³

TESIS 1A. LIII/2000 (REGISTRO DIGITAL 190620)

El rubro de esta tesis aislada es PREDIAL. EL ARTÍCULO 2o. DE LA LEY DE INGRESOS PARA EL MUNICIPIO DE PLAYAS ROSARITO, BAJA CALIFORNIA, VIGENTE EN 1997, QUE REGULA LA FORMA DE CALCULAR DICHO IMPUESTO, CUANDO SE TRATE DE PREDIOS URBANOS CON O SIN CONSTRUCCIONES, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

Para la emisión de esta tesis aislada, la Primera Sala consideró que la disposición fiscal que establece una tasa más elevada del impuesto predial para aquellos contribuyentes con predios urbanos no edificadas, o con construcciones cuyo valor no alcance el 50% del valor del terreno, viola el principio de equidad tributaria. Lo anterior, puesto que dicha disposición coloca a estos contribuyentes en un plano de desigualdad frente al resto de los propietarios o poseedores, aun cuando todos ellos forman parte de una misma categoría de contribuyentes. La Primera Sala agrega que el hecho imponible es el mismo: la propiedad o la posesión de un predio con o sin construcciones. Por lo que, no se justifica que los propietarios o poseedores de predios no edificadas, o con construcciones de valor menor al 50% del valor del predio,

²³ Tesis P. LXXXIV/2000, Tomo XI *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 32 (Pleno 2000).

paguen una tasa mayor que el resto de los contribuyentes.²⁴

TESIS IV.2o.A.36 A (REGISTRO DIGITAL 185155)

INMUEBLES BALDÍOS, TASA ANUAL APLICABLE A LA BASE DEL IMPUESTO PREDIAL PARA LOS. EL ARTÍCULO 21 BIS-8 DE LA LEY DE HACIENDA PARA LOS MUNICIPIOS DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN QUE LA ESTABLECE, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.

En la tesis se consideró que la tasa del impuesto predial para predios baldíos prevista en la ley en comento es desproporcional e inequitativa. Esto toda vez que se cobra una tasa de 6 al millar para los predios baldíos de ciertos municipios mientras que establece una tasa de 3 al millar para los predios baldíos ubicados en otros municipios del mismo estado. En la tesis se argumenta que no existe justificación para la distinción y, por lo tanto, la disposición no atiende a la capacidad contributiva de los sujetos obligados del impuesto. Consecuentemente, la norma es inequitativa porque da un trato desigual a contribuyentes de un idéntico supuesto de causación. Lo anterior, transgrede el artículo 31, fracción IV constitucional.²⁵

TESIS XXI.3o.12 A (REGISTRO DIGITAL 184293)

El rubro de esta tesis aislada es PREDIAL. EL ARTÍCULO 6o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY DE INGRESOS DEL MUNICIPIO DE JOSÉ AZUETA, GUERRERO, PARA EL EJERCICIO FISCAL DEL AÑO 2002, NÚMERO 435, QUE REGULA LA FORMA DE CALCULAR DICHO IMPUESTO CUANDO SE TRATE DE INMUEBLES SIN CONSTRUCCIONES, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

²⁴ Tesis 1a. LIII/2000, Tomo XII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 254 (Primera Sala 2000).

²⁵ Tesis IV.2o.A.36 A, Tomo XVII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 1799 (Tribunales Colegiados de Circuito 2003).

El Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito consideró que la Ley de Ingresos del Municipio de José Azueta, Guerrero, lo que establece una cuota a razón de 20 al millar a los propietarios de predios sin construcciones, viola el principio de equidad tributaria previsto en la fracción IV del artículo 31 constitucional. Esto, toda vez que coloca en una situación de desigualdad a estos propietarios frente a los de predios con construcciones adheridas, a pesar de que se encuentran en una misma categoría de contribuyentes. Por tal motivo, no existe una justificación para que se le establezca una cuota mayor a aquellos propietarios de predios sin construcciones, quienes deben recibir un trato idéntico al encontrarse en una situación igual frente a la norma tributaria.²⁶

TESIS 1A. XLI/2003 (REGISTRO DIGITAL 183231)

El rubro de esta tesis aislada es PREDIAL. EL ARTÍCULO 21 BIS-8 DE LA LEY DE HACIENDA PARA LOS MUNICIPIOS DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, VIOLA LOS PRINCIPIOS TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

Esta tesis aislada expresa que, respecto de los principios de equidad y proporcionalidad tributaria consagrados en la fracción IV del artículo 31 constitucional, las autoridades exactoras deben observar que los sujetos pasivos de una contribución reciban un trato igual ante la norma aplicable y que dicho gravamen sea acorde a su verdadera capacidad económica. Por lo tanto, la Ley de Hacienda Municipal del Estado de Nuevo León, al establecer un impuesto predial con una tasa de 6 al millar sobre los predios baldíos para ciertos municipios de la entidad y otra tasa de 3 al millar para el mismo tipo de predios en los municipios restantes, viola los principios de equidad y proporcionalidad tributaria. La Pri-

²⁶ Tesis XXI.3o.12 A, Tomo XVII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 1248 (Tribunales Colegiados de Circuito 2003).

mera Sala resuelve lo anterior toda vez que, a pesar de que los supuestos normativos regulan las mismas características objetivas, realizan el mismo hecho generador y los contribuyentes pertenecen a la misma categoría, el artículo 21 bis-8 proporciona un trato desigual que no se justifica. Además, la Primera Sala añade que dicha contribución desatiende a la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo del impuesto.²⁷

TESIS XXII.1o.36 A (REGISTRO DIGITAL 182795)

El rubro de esta tesis aislada es PREDIAL. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY DEL IMPUESTO PREDIAL DE LOS MUNICIPIOS DEL ESTADO DE QUERÉTARO, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2003, QUE REGULA LA FORMA DE CALCULAR DICHO IMPUESTO, CUANDO SE TRATE DE PREDIOS URBANOS BALDÍOS, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

El artículo 24 de la Ley del Impuesto Predial de los Municipios del Estado de Querétaro viola el principio de equidad tributaria, al establecer una tasa de 7 u 8 al millar a los propietarios y poseedores de predios urbanos baldíos mientras que a los propietarios y poseedores de predios urbanos edificados les impone una tasa 1.4 o 1.6 al millar. Se consideró que ambos tipos de sujetos obligados del gravamen, tanto los propietarios y poseedores de predios urbanos con edificaciones, así como aquellos sin edificaciones adheridas, constituyente una misma categoría de contribuyentes, por lo que merecen un tratamiento igual ante la ley. Lo cual no acontece en dicha disposición. El Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito aclaró, además, que, si bien el legislador puede establecer gravámenes de la misma naturaleza como parte de instrumentos de política financiera, económica o social que el Estado pretenda impulsar, en el caso de la nor-

²⁷ Tesis 1a. XLI/2003, Tomo XVIII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 294 (Primera Sala 2003).

ma en estudio eso no aconteció, puesto que no se desprende algún fin extrafiscal ni de la exposición de motivos ni de la propia ley.²⁸

TESIS IV.2o.A.55 A (REGISTRO DIGITAL 182236)

CATASTRO. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN, VIGENTE EN 2002, QUE REGULA LA FORMA PARA CALCULAR LA TARIFA DEL IMPUESTO PREDIAL CUANDO SE TRATE DE PREDIOS URBANOS BALDÍOS, ES VIOLATORIO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

El artículo 21 bis-8 de la Ley de Hacienda para los Municipios de Nuevo León es violatorio del principio de equidad tributaria, puesto que establece una tasa de 2 al millar anual aplicado a la base, excepto cuando se trate de predios baldíos, para los cuales se establece una tasa de 6 al millar anual. Es decir, establece tasas mayores a los propietarios o poseedores de predios urbanos por el sólo hecho de que éstos carezcan de construcciones. Sin embargo, estos causantes forman parte de una misma categoría de contribuyentes y debiesen tener un trato igual ante la ley. No se justifica que se establezca una tasa mayor del impuesto a los propietarios o poseedores de predios sin construcciones adheridas a él o cuya construcción sea menor al 20% de la superficie, puesto que el hecho imponible es el mismo que el de la propiedad o la posesión de predio con construcciones.²⁹

TESIS I.8o.A.78 A (REGISTRO DIGITAL 176897)

El rubro de esta tesis aislada es PREDIAL. EL ARTÍCULO 152, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE ENERO DE DOS MIL

²⁸ Tesis XXII.1o.36 A, Tomo XVIII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 1002 (Tribunales Colegiados de Circuito 2003).

²⁹ Tesis IV.2o.A.55 A, Tomo XIX *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 993 (Tribunales Colegiados de Circuito 2004).

CUATRO, AL ESTABLECER UNA SOBRECUOTA A LOS INMUEBLES SIN CONSTRUCCIÓN, O QUE TENIÉNDOLA SU SUPERFICIE SEA INFERIOR A UN DIEZ POR CIENTO DE LA DEL TERRENO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIA.

Esta tesis aislada considera que el artículo 152, fracción III del Código Financiero del Distrito Federal, vigente desde enero de 2004, viola los principios de equidad y proporcionalidad tributarias, toda vez que impone una cuota adicional cuando se trate de propietarios o poseedores de predios sin construcciones o con edificaciones menores al 10% de la superficie de dicho predio. Al excluir del pago de la cuota adicional a los propietarios o poseedores de predios con construcciones de 10% o más de la superficie, se genera un gravamen adicional para los primeros, a pesar de que ambos tipos de sujetos pasivos se encuentran en una misma situación jurídica ante la ley. Adicionalmente, el Tribunal Colegiado argumenta que dicho gravamen rompe con la progresividad de la tarifa prevista en el artículo 152 que se basa en el valor catastral, toda vez que se supedita, además, a la existencia o no de construcciones adheridas al terreno. La aplicación de esta cuota adicional resulta inequitativa.³⁰

TESIS XXI.1o.P.A.43 A (REGISTRO DIGITAL 176666)

PREDIAL. EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, INCISOS A) Y C), DE LA LEY NÚMERO 418 DE INGRESOS PARA EL MUNICIPIO DE ACAPULCO DE JUÁREZ, GUERRERO, PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 2005, QUE REGULA LA FORMA DE CALCULAR DICHO IMPUESTO CUANDO SE TRATE DE PREDIOS URBANOS Y SUBURBANOS BALDÍOS Y EDIFICADOS, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

El Primer Tribunal Colegiado en materias penal y admi-

³⁰ Tesis I.8o.A.78 A, Tomo XXII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 2442 (Tribunales Colegiados de Circuito 2005).

nistrativa del Vigésimo Primer Circuito resolvió que los incisos a) y c) de la fracción I del artículo 8 de la Ley de Ingresos del Municipio de Acapulco de Juárez, Guerrero para el Ejercicio Fiscal 2005 viola el principio de equidad tributaria prevista en la fracción IV del artículo 31. Dichas disposiciones establecen un impuesto predial con una cuota de 20 al millar a los propietarios o poseedores de predios urbanos y suburbanos baldíos, mientras que a aquellos propietarios o poseedores de predios con edificaciones se les establece una cuota de 12 al millar. Este trato desigual se aplica a sujetos que forman una misma categoría de contribuyentes que se encuentra frente a una misma situación ante la ley. Puesto que el hecho imponible consiste en tener la propiedad de un predio con o sin construcciones adheridas a él, no existe justificación para que aquellos propietarios de predios baldíos paguen una cuota mayor que los otros.³¹

TESIS XXI.2o.P.A.48 A (REGISTRO DIGITAL 172958)

Rubro: PREDIAL. EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, INCISOS A) Y C), DE LA LEY NÚMERO 21 DE INGRESOS PARA EL MUNICIPIO DE ACAPULCO DE JUÁREZ, GUERRERO, PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 2006, QUE REGULA LA FORMA DE CALCULAR DICHO IMPUESTO CUANDO SE TRATE DE PREDIOS URBANOS Y SUBURBANOS BALDÍOS Y EDIFICADOS, NO VIOLA LOS PRINCIPIOS TRIBUTARIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

La Ley de Ingresos para el Municipio de Acapulco de Juárez para el Ejercicio Fiscal 2006 estipula que el impuesto predial será calculado con una tarifa de 20 al millar sobre el valor catastral cuando se trate de predios urbanos y suburbanos baldíos; mientras que será de 12 al millar cuando se

³¹ Tesis XXI.1o.P.A.43 A, Tomo XXII *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 913 (Tribunales Colegiados de Circuito 2005).

trate de predios urbanos y suburbanos edificados. Esta tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Vigésimo Primer Circuito pronuncia que el artículo 8o, fracción I, incisos a) y c) de dicha ley no transgrede las garantías de proporcionalidad y equidad tributarias previstas en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Federal. Lo anterior, en virtud de que dicho Tribunal considera que los propietarios o poseedores de predios urbanos y suburbanos baldíos no se encuentran en la misma categoría de contribuyentes que aquellos propietarios o poseedores de predios urbanos y suburbanos con edificaciones. En la tesis se argumenta que el impuesto predial, además de atender a la ubicación, ya sea urbana o suburbana, también considera el aspecto de la existencia o no de edificaciones en dicho predio. Por lo tanto, la distinción realizada no es desproporcional ni inequitativa, puesto que ambos aspectos se encuentran relacionados con el valor del predio. El Segundo Tribunal Colegiado afirma que el legislador hace que los propietarios de predios urbanos y suburbanos paguen conforme a su auténtica capacidad contributiva, atendiendo al estado edificado o no del predio; ya que esto radica en la propiedad o posesión de inmuebles. De esta forma, la norma da un trato diferenciado conforme a los valores económicos de los predios y con base en sus características.³²

TESIS 2a./J. 109/2007 (REGISTRO DIGITAL 172170)

El rubro es: PREDIAL. EL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN I, INCISOS A) Y C), DE LAS LEYES DE INGRESOS PARA EL MUNICIPIO DE ACAPULCO DE JUÁREZ, GUERRERO, PARA LOS EJERCICIOS FISCALES DE 2005 Y 2006, TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIA.

Esta tesis jurisprudencial emitida por la Segunda Sala

³² Tesis XXI.2o.P.A.48 A, Tomo XXV *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 1743 (Tribunales Colegiados de Circuito 2007).

proviene de la contradicción de tesis 109/2007-SS. La Segunda Sala resuelve que los incisos a) y c) de la fracción I del artículo 8o. que establecen un trato desigual con una tasa de 20 al millar sobre la propiedad o posesión predios urbanos y suburbanos baldíos y de 12 al millar sobre aquellos predios con construcciones adheridas a éstos, sí transgrede los principios de proporcionalidad y equidad tributarias consagrados en la fracción IV del artículo 31 constitucional. Dicha transgresión se configura toda vez que el legislador dio un trato desigual con el solo motivo de que los predios sean baldíos o edificados, a pesar de que se trata del mismo hecho generador y de la misma categoría de contribuyentes, al tener las mismas características objetivas.³³

TESIS PC.III.A. J/24 A (10a.) (REGISTRO DIGITAL 2013540)

El rubro de esta tesis jurisprudencial es PREDIAL. EL ARTÍCULO 41, FRACCIÓN II, INCISO B), DE LA LEY DE INGRESOS DEL MUNICIPIO DE ZAPOPAN, JALISCO, PARA EL EJERCICIO FISCAL 2015, AL ESTABLECER TASAS DIFERENCIADAS PARA PAGAR DICHO IMPUESTO, CUANDO SE TRATE DE PREDIOS URBANOS CON O SIN EDIFICACIÓN, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA, AL NO ACREDITARSE UN FIN EXTRAFISCAL.

En esta tesis de jurisprudencia, el Pleno en materia administrativa del Tercer Circuito, resolvió, derivado de la contradicción de tesis 3/2016, que el artículo 41, fracción II, inciso B) de la Ley de Ingresos del Municipio de Zapopan, Jalisco transgrede el principio de equidad tributaria de la fracción IV del artículo 31 de nuestra Carta Magna. Lo anterior, en virtud de que establece una tasa del 0.23 sobre el valor real del predio edificado, mientras que se impone una

³³ Tesis 2a./J. 109/2007, Tomo XXV *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* 336 (Segunda Sala 2007).

tasa del 0.81 sobre el valor real de aquellos no edificados. Los sujetos obligados forman parte de una misma categoría de contribuyentes, al contar con las mismas características objetivas: son propietarios o poseedores de predios urbanos y de las construcciones ubicados en ellos. Además, el hecho generador de la contribución que realizan dichos contribuyentes es el mismo: tener la propiedad o tenencia de un predio urbano y de las construcciones a éste adheridas. A pesar de lo anterior, el legislador da un trato desigual a aquellos propietarios o poseedores de predios urbanos no edificados. En esta jurisprudencia se hace referencia al fundamento legal de los fines extrafiscales previsto en el artículo 25 constitucional. Este precepto constitucional establece que tales fines pueden constituir un instrumento eficaz de política financiera, económica y social, cuando el Estado tenga interés por impulsar, orientar o desincentivar ciertas actividades o usos sociales, siempre que se consideren útiles o no para el desarrollo armónico de población. Sin embargo, el cobro desigual en las tasas entre predios edificados y no edificados no cuenta con una justificación objetiva ni razonable para que se encuadre como un fin extrafiscal. Lo anterior, aun cuando, en la exposición de motivos de la iniciativa, el legislador motivó que la diferenciación en las tasas pretende regular cierta conducta de los propietarios y poseedores. El Pleno de Circuito consideró que tal sustento en realidad no justifica dicha distinción.³⁴

TESIS III.1o.A.52 A (10a.) (REGISTRO DIGITAL 2021415)

El rubro de esta tesis aislada es IMPUESTO PREDIAL. EL ARTÍCULO 22, FRACCIÓN I, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE INGRESOS DEL MUNICIPIO DE GUADALAJARA, JALISCO, PARA EL EJERCICIO FISCAL 2019, AL ESTABLECER UNA SOBRETASA PARA SU PAGO TRA-

³⁴ Tesis PC.III.A. J/24 A (10a.), Libro 38, Tomo III *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* 1744 (Plenos de Circuito 2017).

TÁNDOSE DE PREDIOS BALDÍOS, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.

El precepto sobre el cual trata esta tesis aislada es el artículo 22, fracción I, penúltimo párrafo, de la Ley de Ingresos del Municipio de Guadalajara para el Ejercicio Fiscal 2019. En dicho precepto se establece una sobretasa del 100% sobre el valor real de predios baldíos. Lo anterior, atendiendo a fines extrafiscales que, según la exposición de motivos de la iniciativa la ley, derivan de la necesidad de evitar el deterioro de la imagen urbana, los tiraderos clandestinos de residuos, focos de infección que dañan la salud pública y propician la inseguridad. Con base en lo anterior, el fin extrafiscal de dicha sobretasa, pretende incentivar a los propietarios y poseedores de predios baldíos para que den un uso más productivo, mejorando así el medio ambiente y la calidad de vida de la población del municipio, así como una alineación a las políticas públicas en materia de desarrollo urbano y repoblamiento. Se hace referencia que los fines extrafiscales tienen su fundamento constitucional en el artículo 25 de la Constitución Federal, el cual estipula que los fines extrafiscales fungen como un instrumento eficaz de política financiera, económica y social cuando se pretende impulsar, orientar o desincentivar ciertas actividades o usos sociales, si éstos se consideran útiles o no para el desarrollo armónico de la población. A pesar de lo puntualizado en la exposición de motivos de la iniciativa, el legislador da un trato desigual a sujetos obligados que tienen iguales características objetivas y realizan el mismo hecho generador del gravamen, por lo cual forman una misma categoría de contribuyentes. Este trato desigual que realiza el legislador sobre los contribuyentes con predios baldíos transgrede el principio de equidad tributaria consagrado en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto, toda vez que la distinción realizada

por el legislador no se sustenta en una justificación objetiva ni razonable para encuadrarla como característica de un fin extrafiscal. Lo anterior, puesto que aquello planteado como fin extrafiscal en la exposición de motivos de la iniciativa de ley, en realidad corresponde a las autoridades realizar a través de diversos mecanismos, medidas y disposiciones de carácter administrativo, incluyendo sanciones, así como el combate a la inseguridad, la protección del medio ambiente y la salud pública. Las autoridades deben atender dichas necesidades, pero no mediante el establecimiento de categorías artificiales de contribuyentes que transgreden el principio de equidad tributaria. Por lo tanto, se resolvió que dicha disposición fiscal con las tasas diferenciales viola dicho principio de equidad tributaria.³⁵

Se expresan estos comentarios sobre los criterios del Poder Judicial de la Federación respecto de la constitucionalidad del impuesto predial con tasa diferenciada sobre predios baldíos:

Aunque algunas tesis sí analizan el desapego de la norma tributaria a la capacidad contributiva del sujeto pasivo y la violación al principio de proporcionalidad tributaria, es el principio de equidad tributaria el que constantemente hace referencia en este trato desigual con las cuotas, tasas o tarifas sobre los predios no edificadas.

La mayoría de los criterios analizados son tesis aisladas, aunque se incluye jurisprudencia. El primer criterio data de 1996, siendo tesis de jurisprudencia. La segunda tesis de jurisprudencia se creó por contradicción, respecto de las tasas del impuesto predial sobre predios baldíos, en las leyes de ingresos del municipio de Acapulco de Juárez, Guerrero, para el ejercicio fiscal 2005 y 2006. Finalmente, la tercera

³⁵ Tesis III.1o.A.52 A (10a.), Libro 74, Tomo III Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 2587 (Tribunales Colegiados de Circuito 2020).

tesis jurisprudencial que se analizó también derivó de una contradicción, pero en ésta se resuelve, por el Pleno de Circuito, sobre la ley de ingresos del municipio de Zapopan, Jalisco para el ejercicio fiscal 2015.

En el caso de diversas tesis relativas a la Ley de Hacienda Municipal para el Estado de Nuevo León, la inequidad tributaria esencialmente radica en una diferencia de tasas para predios baldíos, con base en el municipio en el que se ubica-se el inmueble. La mayoría de las tesis estudiadas pertenecen a la Novena Época, salvo las últimas dos que son las más recientes, que pertenecen a la Décima Época.

De las tesis analizadas, la más antigua se pronunció en un sentido opuesto a las más recientes. La más antigua sostenía que las tasas que imponían un trato desigual sobre los propietarios o poseedores de predios baldíos no violaban el principio de equidad tributaria. Mientras que las más recientes se pronuncian por una violación a la equidad y proporcionalidad tributarias.

V. CONCLUSIONES

Del análisis doctrinal, contextual, normativo y jurisdiccional, se formulan diversas conclusiones. En el impuesto predial, los sujetos obligados que son propietarios y poseedores de predios, con o sin construcciones adheridas a éstos, tienen la misma característica objetiva. El hecho generador del gravamen es igual: la propiedad o tenencia de un predio con o sin construcciones adheridas. Así, estos sujetos pasivos constituyen una misma categoría de contribuyentes. En virtud del principio constitucional de equidad tributaria, estos contribuyentes deben gozar de un trato igual ante la ley tributaria.

Conforme a las tesis jurisdiccionales analizadas, aque-

llas disposiciones fiscales que establecen cuotas, tarifas o tasas diferenciales entre propietarios y poseedores de predios edificados y de predios baldíos, que en realidad forman una misma categoría de contribuyentes, sin una justificación objetiva o razonable, violan el principio de equidad tributaria previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cuando la norma que prevé un impuesto predial con tasas diferentes, aun tratándose de un mismo supuesto de causación, sin contar con una justificación objetiva y razonable para tal distinción, resulta inequitativa y desproporcional. Puesto que esta distinción injustificada crea, a partir de una misma categoría de contribuyentes, ciertas categorías artificiales que no atienden realmente a la verdadera capacidad contributiva del sujeto obligado, esta disposición fiscal, además de violar el principio de equidad tributaria, también transgrede el principio de proporcionalidad tributaria previsto en nuestra Carta Magna.

Los fines extrafiscales, que tienen su fundamento en artículo 25 constitucional como un instrumento eficaz de política financiera, económica o social para impulsar, orientar o desincentivar ciertas actividades o usos sociales, si éstos se consideran útiles o no para el desarrollo armónico de la población, debe justificarse objetiva y razonablemente en la norma o en la exposición de motivos de su iniciativa. Una tasa diferencial o una sobretasa dirigida a incentivar a los propietarios o poseedores de predios baldíos para que den un mejor uso o aprovechamiento a su predio, para prevenir el deterioro de la imagen urbana, la contaminación del medio ambiente, daños a la salud pública o la proliferación de la inseguridad, no se encuentra sustentada debidamente como característica de un fin extrafiscal. Toda vez que la atención a dichas necesidades corresponde a las autoridades, a través

de diversos mecanismos y disposiciones administrativas, y no por el establecimiento de categorías artificiales en cuotas, tasas o tarifas desproporcionales e inequitativas del impuesto predial.

De la exposición de motivos de la iniciativa de la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California, para el Ejercicio Fiscal 2022, no se desprende un fin extrafiscal que el legislador justifique objetiva y razonablemente un trato desigual en el establecimiento de una distinción de tasas entre los propietarios o poseedores de predios edificados y aquellos de predios baldíos o edificados que se encuentren en estado de abandono.

Las disposiciones previstas en el artículo 2, fracciones I y II de la Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022, al establecer tarifas de 9.00 al millar para predios baldíos o no edificados y para predios que teniendo construcciones se encuentren en estado de abandono, distintas a la tarifa de 3.00 al millar a predios habitacionales o a la tarifa de 6.00 al millar a predios industriales y comerciales, violan los principios de equidad y proporcionalidad tributarias. Lo anterior, toda vez que el legislador da un trato desigual a sujetos obligados que tienen iguales características objetivas y realizan el mismo hecho generador del gravamen, que es la propiedad o tenencia de predios con o sin construcciones, y que, consecuentemente, forman una misma categoría de contribuyentes. Estas disposiciones crean categorías artificiales que no atienden a la capacidad contributiva del sujeto pasivo del impuesto predial. Además, no se justifica objetiva ni razonablemente la característica de fin extrafiscal alguno.

Al transgredir los principios de equidad y proporcionalidad tributaria previstos en el artículo 31, fracción IV de nuestra Carta Magna, las disposiciones que prevén tasas del impues-

to predial para predios baldíos o con construcciones abandonadas son inconstitucionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arrioja Vizcaíno, Adolfo. *Derecho fiscal*. 23a. ed. Ciudad de México: Editorial Themis, 2020.

Cámara de Diputados del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

Espinosa, Salvador, Jennifer Martínez, y Christine Martell. «¿Por qué algunos municipios en México son mejores recaudadores de impuesto predial que otros?» *Gestión y Política Pública* 27, n.o 2 (2018): p. 375-395.

INDETEC. «Administración del Impuesto Predial». *Especiales*, 1995.

Pleno. «Tesis 232309». *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 187-192, n.o Primera Parte (s. f.): p. 113.

Poder Judicial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis 1a. LIII/2000, Tomo XII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 254 (Primera Sala 2000).

———. Tesis 1a. XLI/2003, Tomo XVIII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 294 (Primera Sala 2003).

———. Tesis 2a./J. 109/2007, Tomo XXV Semanario Judi-

cial de la Federación y su Gaceta 336 (Segunda Sala 2007).

- . Tesis I.8o.A.78 A, Tomo XXII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 2442 (Tribunales Colegiados de Circuito 2005).
- . Tesis III.1o.A.52 A (10a.), Libro 74, Tomo III Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 2587 (Tribunales Colegiados de Circuito 2020).
- . Tesis IV.2o.A.36 A, Tomo XVII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 1799 (Tribunales Colegiados de Circuito 2003).
- . Tesis IV.2o.A.55 A, Tomo XIX Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 993 (Tribunales Colegiados de Circuito 2004).
- . Tesis P. CXII/96, Tomo IV Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 177 (Pleno 1996).
- . Tesis P. LXXXIV/2000, Tomo XI Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 32 (Pleno 2000).
- . Tesis PC.III.A. J/24 A (10a.), Libro 38, Tomo III Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 1744 (Plenos de Circuito 2017).
- . Tesis P./J. 60/96, Tomo IV Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (Pleno 1996).
- . Tesis XXI.1o.P.A.43 A, Tomo XXII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 913 (Tribunales Colegiados de Circuito 2005).
- . Tesis XXI.2o.P.A.48 A, Tomo XXV Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 1743 (Tribunales Colegiados de Circuito 2007).

- . Tesis XXI.3o.12 A, Tomo XVII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 1248 (Tribunales Colegiados de Circuito 2003).
- . Tesis XXII.1o.36 A, Tomo XVIII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta 1002 (Tribunales Colegiados de Circuito 2003).
- Poder Legislativo del Estado de Baja California. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California (1953). https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_I/20211206_CONSTBC.PDF.
- . Dictamen 49 de la Comisión de Hacienda y Presupuesto de la XXIV Legislatura del Estado de Baja California (2022). https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Dictamenes/20211223_49_HACIENDA.pdf.
- . Ley de Hacienda Municipal del Estado de Baja California (1954). https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_II/30112018_LEYHAMUN.PDF.
- . Ley de Ingresos del Municipio de Mexicali, Baja California para el Ejercicio Fiscal 2022, § III (2022). <https://wsxtbc.ebajacalifornia.gob.mx/CdnBc/api/Imagenes/ObtenerImagenDeSistema?sistemaSolicitante=PeriodicoOficial/2021/Diciembre&nombreArchivo=Periodico-109-CXXVIII-20211231-SEC-CI%C3%93N%20III.pdf&descargar=false>.
- Rodríguez Sánchez, Hortencia. «El entorno jurídico del impuesto predial en México». *PRAXIS de la Justicia*

- Fiscal y Administrativa Revista de Investigación Jurídica* Enero-Junio 2020, n.o 27 (2020): p. 149-194.
- Ruelas Ávila, Ignacio. «Evaluación de las características del impuesto predial en México». *Revista Iberoamericana de Estudios Municipales*, n.o 12 (17 de diciembre de 2015): p. 67-102. <https://doi.org/10.32457/riem.vil2.363>.
- Tejeda Uscanga, Francisco. «El principio de capacidad económico-contributiva». En *Derechos de los contribuyentes*, de Carlos Espinosa Berecochea, p. 299-344, 1a. ed. Ciudad de México: Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C., 2019.
- Tenorio Cruz, Ixchel. «Conceptos constitucionales de la contribución o del derecho al mínimo vital». *PRACTIS de la justicia fiscal y administrativa*, Año V, n.o. 1 (enero de 2013): p. 21.

HOSTIGAMIENTO: NUEVO DELITO TIPIFICADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE BAJA CALIFORNIA

DANIEL ALBERTO CABRERA MIRANDA*

El pasado 10 de febrero de 2022, el Pleno del Poder Legislativo del Estado de Baja California, aprobó una reforma que incorporó al Código Penal de nuestra entidad, el artículo 160 Quater relativo al delito de Hostigamiento. El presente artículo hace un recorrido panorámico de este proceso legislativo y describe las principales razones y argumentos que impulsaron a las y los legisladores a establecer esta nueva hipótesis normativa de reproche social.

En el marco de los trabajos ordinarios de la XXIV Legislatura del Estado de Baja California, la diputada local Gloria Arcelia Miramontes Plantillas, presentó una iniciativa de reforma para incorporar al Código sustantivo penal, los artículos 185 Sexties, 185 Septies y 185 Octies, con el propósito de crear el tipo penal de Ciberacoso, así como sus agravantes. La propuesta original fue formulada en los siguientes términos:

* Licenciado en Derecho, Univer Noroeste (2001-2004). Maestro en Gestión y Políticas Públicas, Universidad Iberoamericana (2008-2010). Maestro en Educación Basada en Competencias, Universidad del Valle de México (2012-2014). Maestro en Derecho Procesal Penal, Centro de Estudios de Posgrado (2017-2019). Actualmente cursa estudios de Doctorado en Derecho Penal en el Centro de Estudios de Posgrado. Profesor de asignatura nivel licenciatura y maestría en diversas universidades. Desde el año 2010, se desempeña como abogado del Poder Legislativo del Estado de Baja California, adscrito al área de Consultoría Legislativa, responsable del estudio y dictamen técnico de los proyectos legislativos que se presentan ante ese parlamento.

CAPITULO VI
CIBERACOSO

Artículo 185 Sexties. Tipo y punibilidad. - Al que asedie a cualquier persona, por medio de las Tecnologías de la Información y Comunicación, tales como redes sociales, mensajería instantánea, correo electrónico o cualquier otro medio digital; mediante el envío de mensajes de texto, videos, impresiones gráficas, sonoras o fotografías, se le impondrá de dos a cinco años de prisión y de doscientas cincuenta a cuatrocientas veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA) vigente, así como tratamiento psiquiátrico especializado.

Artículo 185 Septies. Agravación de la pena.- Las penas a que se refiere el Artículo 185 Sexties se incrementarán hasta en una mitad cuando:

I.- Se cometa en contra de un menor de dieciocho años de edad o persona incapaz de comprender el hecho.

II.- Se cometa con fines lascivos.

III.- Se cometa por quien se aproveche de su posición jerárquica, derivada de relaciones laborales, docentes, domésticas o de cualquier otra clase, que implique subordinación de parte de la víctima.

Artículo 185 Octies. Ciberacoso con fines de comercio y explotación sexual: Al que asedie a cualquier persona, por medio de las Tecnologías de la Información y Comunicación, tales como redes sociales, mensajería instantánea, correo electrónico o cualquier otro medio digital, con el fin de inducirla, solicitarle o reclutarla para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo, se le impondrá de tres a seis años de prisión y de doscientas a cuatrocientas

veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA) vigente, así como tratamiento psiquiátrico especializado.

Cuando se cometa en contra de un menor de dieciocho años de edad o persona incapaz de comprender el hecho, la pena será de cinco a diez años de prisión y de cuatrocientas a ochocientas veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA) vigente, así como tratamiento psiquiátrico especializado.

Este delito se perseguirá a petición de la parte ofendida o sus tutores, en caso de que la víctima sea menor de edad o por cualquier circunstancia sea incapaz de comprender el delito.

El sujeto activo tendrá prohibido el uso de cualquier dispositivo para acceder a Internet, por un lapso de diez años contados a partir de la fecha de comisión del delito.

Acorde a la naturaleza de la propuesta, la iniciativa fue turnada a la Comisión de Justicia, responsable de su dictaminación y presentación ante el Pleno la pieza legislativa para su discusión y votación correspondiente, de conformidad con lo establecido en los artículos 39, 56 fracción VII y 60 inciso d) de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Baja California.

En el estudio de fondo, la Comisión de Justicia, razonó que “el hostigamiento es una forma de agresión en la que las personas intimidan, acosan o dañan repetida e intencionalmente a una víctima que consideran menos poderosa, señalando que en la mayoría de los casos las personas ‘blanco’ de estas conductas son consideradas por los hostigadores como personas diferentes o menos poderosas que los demás por diversos factores como su condición social o económica, su tamaño físico o fuerza, por presentar alguna discapacidad, razones étnicas, raciales, religiosas u orientación sexual, entre otras” y que el hostigamiento puede realizarse por diver-

sas vías de ejecución “física, verbal, psicológica o social y de forma virtual (hostigamiento cibernético)”

Así, la Comisión dictaminadora acertadamente advirtió que, la conducta genérica del sujeto activo del delito es *el hostigamiento*, con independencia del medio que se valga para cumplir con sus fines antijurídicos.

En orden de lo anterior y con base en las facultades legislativas que expresamente otorga la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Baja California a las Comisiones de dictamen legislativo, como también apoyados en el criterio jurisprudencial 1a./J. 32/2011 de rubro PROCESO LEGISLATIVO. LAS CÁMARAS QUE INTEGRAN EL CONGRESO DE LA UNIÓN TIENEN LA FACULTAD PLENA DE APROBAR, RECHAZAR, MODIFICAR O ADICIONAR EL PROYECTO DE LEY O DECRETO, INDEPENDIENTEMENTE DEL SENTIDO EN EL QUE SE HUBIERE PRESENTADO ORIGINALMENTE LA INICIATIVA CORRESPONDIENTE¹ las y los integrantes de la multitudinaria Comisión, recogieron la esencia, el espíritu legislativo y las principales motivaciones de la inicialista, y procedieron a modificar el texto original, observando la exigencia de la norma constitucional penal, particularmente los principios de seguridad jurídica, exacta aplicación de la ley penal, tipicidad, taxatividad, razonabilidad y proporcionalidad.

El texto penal aprobado tanto en Comisión como por el Pleno, fue el siguiente:

CAPÍTULO XI HOSTIGAMIENTO

Artículo 160 Quater.- Hostigamiento.- Al que de forma directa o indirecta, por cualquier medio físico, verbal, escrito, tecnológico o cibernético, asedie de forma dolosa a una persona con el fin de menoscabar sus derechos, liber-

¹ <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/162318>

tades o integridad personal, se le impondrá pena de seis meses a un año de prisión, y de cincuenta a cien veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización.

El principal argumento en el que las y los legisladores de Baja California apoyaron la procedencia jurídica del nuevo ilícito de Hostigamiento, fue el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece claramente que “*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento*” de lo anterior, es claro que el constituyente federal no distinguió entre modalidades, es decir, medios físicos o tecnológicos, que empleó la persona que causa las molestias, en tal virtud, al ser esto un valor constitucionalmente protegido, resulta dable y fundado que el legislador local proteja estos bienes jurídicos en la legislación secundaria, tomando en cuenta que el párrafo tercero del artículo 1 de nuestra Carta Magna ordena lo siguiente: “*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*”.

Así, conforme a los elementos descriptivos, normativos y configurativos, previstos por el legislador de Baja California, para actualizar el delito de Hostigamiento, se requiere:

- Asediar de forma directa o indirecta a otra persona.
- Que se valga de cualquier medio físico, verbal, escrito, tecnológico o cibernético.

- Que la conducta sea de forma dolosa².
- Que el propósito del activo sea lesionar derechos, libertades o comprometer la integridad de la víctima.³

La reforma, fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Baja California*, el 25 de febrero de 2022, y cobró vigencia el día siguiente de su publicación. El lector podrá encontrar mayores detalles, razones y argumentos, en los siguientes documentos y enlaces legislativos de carácter público:

Iniciativa

https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/Proceso-Parlamentario/Iniciativas/08122021_INICIATIVA%206DIP.%20MIRAMONTES%20CODIGO%20PENAL%20SEGURIDAD%20SEXUAL.PDF

Dictamen

https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Dictamenes/20220210_4_JUSTICIA.pdf

² Artículo 14 fracción I del Código Penal para el Estado de Baja California: Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización de la conducta o hecho descrito por la ley.

³ Artículo 3 del Código Penal para el Estado de Baja California: Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material.- Para que la acción o la omisión sean punibles, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, algún bien jurídico tutelado por la Ley penal, salvo el caso del delito imposible.

Decreto

<https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Decretos/XXIVDECRETO%20No.%2078.pdf>

Publicación oficial

<https://wsxtbc.ebajacalifornia.gob.mx/CdnBc/api/Imagenes/ObtenerImagenDeSistema?sistemaSolicitante=PeriodicoOficial/2022/Febrero&nombreArchivo=Periodico-16-CXXIX-2022225-INDICE.pdf&descargar=false>

ANÁLISIS SOBRE LAS CONSECUENCIAS LEGALES DE ACTOS ANTIJURÍDICOS CON LA INTENCIÓN DE ADQUIRIR O TRANSMITIR UNA PROPIEDAD A LA LUZ DE DECISIONES JUDICIALES

ONÉSIMO NÚÑEZ SÁNCHEZ*

En el presente, existe una problemática especial respecto al régimen de propiedad y la forma de transmitirla. Se da el caso de personas que sin tener derechos sobre un bien, ni autorización del propietario, simulan actos traslativos de dominio como compraventas mediante falsificación de contratos, identificaciones falsas, poderes no otorgados, escrituras públicas apócrifas y otros actos igualmente inmorales e ilegales. Incluso, en algunas situaciones, sus acciones fraudulentas alcanzan hasta para realizar las escrituraciones en el Registro Público de la Propiedad, dando la apariencia de legitimidad, para posteriormente transmitir la propiedad a terceras personas de buena fe. Esta situación pone en riesgo la seguridad, la certeza jurídica y el patrimonio de los legítimos propietarios.

Ante la situación descrita, el presente trabajo representa un esfuerzo por explicar la situación jurídica de estos hechos de falsedad o simulación que realizan algunas personas para apropiarse de un bien inmueble, que incluso en algunos casos posteriormente transfieren su propiedad de buena fe. Así, el objetivo de este análisis es por una parte, denunciar este tipo de actos inmorales e ilegales, y por otra, explicar posi-

* Licenciado y Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California. Abogado postulante. Catedrático de las materias Instituciones del Derecho Procesal Constitucional y Seminario de Práctica Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California

bles soluciones a través de lo que ofrecen las resoluciones jurisprudenciales entorno a este tema. Cabe considerar que la base normativa de este caso, se encuentra prevista en el en el artículo 2874 del Código Civil para el Estado de Baja California, mismo que establece:

...los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una Ley prohibitiva o de interés público.

Desafortunadamente la redacción de este precepto da lugar a diversas interpretaciones. En la praxis, esta interpretación no es nada fácil, en particular, la excepción contenida en el segundo párrafo de este precepto, con motivo de aquellas conductas que transgreden una norma de naturaleza civil que causan un daño de tipo patrimonial al propietario, además de un tercero adquirente de buena fe.

Como antecedente de este tema, en el Código Civil para el Estado de Baja California, en su artículo 2143 se establece que, “Nadie puede vender sino lo que es de su propiedad”, por lo que se debe tomar en cuenta que al celebrarse un contrato si se omite algún requisito o formalidad que establece la ley dada la naturaleza jurídica del mismo, es decir, de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir un derecho, el artículo 2144 de este mismo Código Civil mandata que: “La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe;

debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el Título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe” y asimismo, lo que establece el artículo 2100: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”.

A este respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la resolución por la contradicción de tesis número 160/2013, determinó que la inscripción de un acto jurídico en el Registro Público de la Propiedad no da validez a los actos que sean nulos; sin embargo, el Registro protege los derechos adquiridos por terceros de buena fe, que hayan sido inscritos, y que provengan de un acto jurídico celebrado con el titular registral, aun cuando después se anule el derecho de éste último, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) La persona haya adquirido un derecho real sobre un bien inmueble de que se trate quien aparece como titular registral, por virtud de un acto jurídico que se presuma válido al momento de la adquisición o de una resolución judicial;
- b) Que el derecho real adquirido a su vez haya sido inscrito en el Registro Público de la Propiedad a favor del tercero adquirente;
- c) Que la adquisición sea a título oneroso, entendiendo por tal, que debe existir una proporción razonable entre el valor de la cosa y el precio pagado; y
- d) Que los vicios del título del vendedor no se desprendan claramente del Registro Público de la Propiedad y no haya indicios suficientes de su conocimiento por parte del tercero.¹

¹ Tesis: 1a./J. 82/2013 (10a.) <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2004657>

Ante este criterio, cabe considerar que los ya citados preceptos 2873 y 2874, prevén el beneficio de la legitimación registral respecto de terceros adquirentes de buena fe, es decir, de aquellos que adquieren la propiedad desconociendo los vicios del título de quien les vende, pero que aparece como propietario ante el Registro Público de la Propiedad. La excepción a esta protección se establece en los contratos gratuitos, actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una Ley prohibitiva o de interés público.

Ahora bien, ante esta situación, surge la interrogante en relación a la correcta interpretación de la ya citada excepción contenida en el artículo 2874, la que textualmente establece “Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una Ley prohibitiva o de interés público”.

Para dar respuesta a esta interrogante, es útil el criterio del máximo Tribunal Jurisdiccional Mexicano, aplicado en el amparo directo en revisión número 2892/2021, a través de la sentencia de la que derivó la Tesis “EXCEPCIÓN A LA BUENA FE REGISTRAL. EL ARTÍCULO 1255, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO QUE LA PREVÉ, CUANDO LA COMPRAVENTA SE EJECUTA EN CONTRAVENCIÓN A UNA LEY PROHIBITIVA O DE INTERÉS PÚBLICO, NO VIOLA LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y POSESIÓN, ASÍ COMO SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICAS”. Publicada el viernes 20 de mayo de 2022, en el *Semanario Judicial de la Federación*, la cual es consultable bajo número de registro 2024655².

Si bien, esta Tesis se refiere al hecho de que la excepción a la protección que se establece a favor del adquirente de buena fe en el artículo 1255, segundo párrafo del Código Civil del Estado de Jalisco, no viola los derechos de propiedad

² <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024655>

y posesión, seguridad y certeza jurídicas. Lo interesante para el tema que nos ocupa, es el contenido de la sentencia dictada por la Sala, en consideración que, para poder entrar al estudio de la constitucionalidad de la norma, primeramente, parte de establecer los hechos relevantes y posteriormente la interpretación correcta de la misma.

Los hechos de este asunto, se refieren a que una institución bancaria demandó la nulidad absoluta de una escritura pública por medio de la que se formalizó por terceros la compraventa de un inmueble de su propiedad, ya que sus representantes no firmaron ese documento, mismo que fue inscrito en el Registro Público de la Propiedad y sirvió de antecedente para que posteriormente vendiera la propiedad a un tercero, contrato que también se hizo constar en escritura pública y fue inscrita. El Juez de Primera Instancia determinó procedente la acción de nulidad, al tener por demostrado que la primera escritura no correspondía al índice del notario al que se le atribuía y, por ello, la posterior había derivado de un acto celebrado en contravención a las leyes prohibitivas y de interés público. En contra de esta sentencia, el demandado interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Estado de Jalisco, el cual fue declarado procedente por la Sala, para el efecto de que quedara intocada su escritura. La institución bancaria promovió juicio de amparo directo, que le fue concedido “para el efecto de que se considerara que el demandado se encontraba dentro del supuesto de excepción contenido en el multicitado artículo 1255 del Código Civil del Estado de Jalisco”.

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al precepto ya citado 1255 del Código Civil del Estado de Jalisco, aplicó un caso de excepción a la protección registral que no alcanza al último adquirente, aún cuando cumpla con los requisitos para ser consi-

derado de buena fe, porque en el caso que su adquisición, se violaron disposiciones prohibitivas o de interés público, es decir, que el acto que sirve de antecedente para la inscripción del último titular esté viciado de nulidad absoluta. De tal manera, que si la venta celebrada con el tercero de buena fe, se encuentra sustentada en un documento apócrifo de su vendedor, aun sin existir prueba de que ese tercero comprador conocía el vicio del título de su vendedor, al estar el mismo fundado en un hecho calificado de ilegal, debe estimarse actualizado el supuesto de excepción que impacta al tercero de buena fe, previsto en el segundo párrafo del precepto en estudio; esto es, la existencia de un acto celebrado en violación a una ley prohibitiva, pues la compra del terreno encuentra sustento en un documento afectado de nulidad, por lo que el acto celebrado por ese tercero es violatorio de esta ley, aun cuando desconozca el vicio.

En esta forma, los tribunales federales han definido al precedente como un elemento que nos proporciona una base para resolver un caso idéntico o similar que se presente posteriormente y que involucre una cuestión de derecho similar.³ Por lo que, para efectos de determinar la aplicabilidad del razonamiento de la Corte para interpretar el sentido del artículo en estudio 2874 del Código Civil del Estado de Baja California, se debe considerar, si entre este y las disposiciones del Código sustantivo del Estado de Jalisco, existen diferencias sustantivas esenciales que impidan la aplicación por analogía.

Los artículos 2874 del Código Civil del Estado de Baja California y su correlativo 1255 del también Código Civil del Estado de Jalisco, solo tienen diferencias accidentales, las que se destacan a continuación:

³ <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024187>

Artículo 2874. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero de buena fe, una vez *inscritos*, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una Ley prohibitiva o de interés público.

Artículo 1255. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro Público de la Propiedad aparezcan con derechos para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero de buena fe, una vez *registrados*, aunque después se anulen o se resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohibitiva o de interés público.

Derivado de lo anterior tenemos que, el precedente dictado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien, no tiene carácter obligatorio conforme a lo dispuesto por el artículo 215 de la Ley de Amparo, si tiene un carácter orientador, que puede servir para interpretar el artículo 2874 del Código Civil para el Estado de Baja California, en el sentido de que, cuando el vendedor adquiere el bien mediante un acto fraudulento en el que no existió el consentimiento del dueño del inmueble, dicho acto está afectado de nulidad absoluta y esto incide sobre el tercero adquirente de buena fe, alcanzando la nulidad del acto jurídico del antecesor y la de los actos posteriores emitidos con sustento en aquél.

Resulta de relevancia para profundizar en el tema el engrosce de la sentencia por medio de la cual la Primera Sala resolvió el amparo directo en revisión 2892/2021, pendiente de incorporar al módulo de sistematización, pero que puede consultarse en la siguiente liga:

<https://ppstesis.scjn.gob.mx/TesisPS/TesisPS/>

DANIEL OCTAVIO VALDEZ DELGADILLO, ANA EDITH CANALES MURILLO Y LAURA ALICIA CAMARILLO GOVEA, *COVID-19: EFECTOS JURÍDICOS DE UNA PANDEMIA*. MEXICALI, UABC, 2021.

JORGE HUMBERTO VARGAS RAMÍREZ*

Covid-19: efectos jurídicos de una pandemia es un texto escrito por veintinueve autores en el contexto de una situación inédita para nuestra generación: la aparición, expansión y casi normalización en nuestra vida diaria de la enfermedad Covid-19, provocada por el coronavirus SARS-COV-2, cuyo origen se atribuye a un pangolín o un murciélago comido por algún ser humano en China. El libro, coordinado por tres reconocidos académicos de la Universidad Autónoma de Baja California: Daniel Octavio Valdez Delgadillo, Ana Edith Canales Murillo y Laura Alicia Camarillo Govea, se propone explorar, desde diversas perspectivas jurídicas, las secuelas de esta excepcional situación. No es dato menor que esta obra se escribiera y publicara en el año que más repercusiones tuvo la pandemia Covid-19: 2020; ello revela la preocupación de nuestra Universidad, por impulsar y editar un texto de difusión y divulgación precisamente en un entorno social afectado en todas las actividades por la pandemia.

Los autores de los ensayos son profesores universitarios que van desde algunos con una amplia trayectoria como docentes hasta quienes recién ingresan a la academia, pero con una base sólida de estudios de posgrado; En este sentido

* Profesor investigador titular de tiempo completo nivel B de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (México). Maestro en Derecho (UABC). Responsable de difusión cultural. Miembro del CA Paradigmas Constitucionales y Derechos Fundamentales.

dentro del primer extremo tenemos a académicos como las doctoras y doctores Marina del Pilar Olmeda García, Luz Berthila Burgueño Duarte, Yolanda Sosa y Silva García, Sixto Luna Cruz y Agustín Manuel Velázquez Bustamante, profesores y autores con varias publicaciones, inclusive con traducciones al inglés, como en el caso de la doctora Olmeda. Asimismo, docentes en madurez intelectual y en plena producción como Michell Álvarez López, Roxana Rosas Fregoso, José de Jesús Díaz de la Torre, Eduardo Elías Gutiérrez López, Roberto Castro Pérez, Luis Alberto Bautista Arciniega, María Salomé Magaña Martínez, Noé López Zúñiga, Juan Pablo Venegas Contreras, Karen Yarely García Arizaga y Luis Xavier Garavito Torres; académicos con responsabilidades de dirección en la administración universitaria y que sin embargo demuestran en este libro su compromiso con las labores de investigación, como los doctores Daniel Octavio Valdez Delgadillo, Ana Edith Canales Murillo, Laura Alicia Camarillo Govea, Emigdio Julián Becerra Valenzuela o Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza. Destaca también la participación de académicos, aunque jóvenes, con una sólida formación profesional como Elizabeth Nataly Rosas Rábago, Javier Palacios Xochipa, Víctor Hugo Saldaña Guevara y Carmen Amalia Plazola Rivera. Por otra parte, resulta significativa la participación de egresados de nuestros programas de posgrado como Raquel Fernanda García Ojeda, Moisés Sotelo Sánchez y Jorge David Aguilar Alonzo.

A partir de investigaciones, análisis y reflexiones, *Covid-19: efectos jurídicos de una pandemia*, nos ofrece diversas visiones del fenómeno de la pandemia estructurada a partir de divisiones temáticas, según la perspectiva desde la que se aborda: 1. Derecho Constitucional; 2. Derechos Humanos; 3. Derechos Sociales; 4. Derechos Económicos, y 5. Efectos en las dinámicas sociales. En cada una de es-

tas áreas jurídicas, los especialistas nos presentan aquellos aspectos jurídicos que son relevantes para la comprensión del impacto de la pandemia en nuestra sociedad, desde una descripción del marco constitucional de las situaciones de excepción hasta problemáticas específicas del impacto de esta morbilidad universal.

En el capítulo primero, referido a temática constitucional, podemos leer contribuciones indispensables para conocer el marco constitucional y legal que prevé situaciones de excepcionalidad como puede ser una pandemia, las autoridades que intervienen para elaborar y aplicar disposiciones válidas durante este fenómeno; las características del régimen jurídico denominado Estado de excepción y su variable prevista en nuestra constitución como *Suspensión de Derechos* (hay que leer la versión española: Estado de Alarma), que curiosamente se aplicó solo parcialmente y sin hacer la declaratoria ad hoc, por lo que los análisis y reflexiones contenidas en este capítulo resultan esclarecedoras. No hay que dejar de leer el abordaje de situaciones específicas como el confinamiento social y el desbordamiento del sistema de salud.

En el capítulo correspondiente a los derechos humanos, encontramos tres interesantes contribuciones: partiendo de la base de que estaríamos ante una pandemia, es decir de carácter mundial, es necesario leer “Los retos y desafíos del derecho internacional de los derechos humanos (un derecho hipotéticamente en expansión) frente al Covid-19, para comprender qué le correspondería hacer a este derecho respecto al fenómeno. Asimismo, la lectura del cruzamiento del derecho al desarrollo sustentable en esta inédita situación es pertinente; Finalmente, en el ensayo elaborado por la doctora Olmeda y la maestra Raquel García, nos ponemos al tanto de algunos aspectos del derecho a la información, la transparencia del accionar de los gobiernos y ciertos derechos hu-

manos que durante la pandemia revelaron una problemática que las académicas abordan con claridad y profesionalismo.

El capítulo tercero se refiere a los derechos sociales durante la pandemia y comienza con un análisis y reflexiones respecto a dos derechos especialmente sensibles en la coyuntura del Covid-19: el derecho a la salud y a la vivienda digna. Asimismo, la situación de los trabajadores, su presencia física en los centros de trabajo, la suspensión de la relación de trabajo y el derecho a la salud en el contexto pandémico es abordado con precisión y claridad en tres trabajos: respecto a los trabajadores en general y los médicos del sector salud.

La cuarta parte de esta obra presenta una temática muy especializada, ya que se refiere a aspectos muy específicos de los derechos económicos y fiscales con cuatro interesantes ensayos que van desde las implicaciones jurídico fiscales para los contribuyentes suspendidos en su relación laboral durante esta pandemia, la problemática de la suspensión de las actividades económicas en las maquiladoras, el dilema de la esencialidad de las cadenas de suministro durante la coyuntura mórbida y un planteamiento respecto de la situación específica de los contratos, su cumplimiento, la situación de las obligaciones y derechos que de ellos se deriva en esta situación especialísima de la pandemia.

Finalmente, en la última parte del libro, tenemos la perspectiva de los efectos de la pandemia SARS Covid-19 en las dinámicas sociales con cinco trabajos: la exacerbación de las conductas delictivas por causa de la pandemia y su problemática resultante; la dinámica al interior de las familias en esta etapa de la vida social. La mediación y sus retos a fin de disminuir la violencia derivada del confinamiento por la pandemia; los cambios en la educación, sus modelos y estrategias en esta situación nunca antes vista por nuestras generaciones y el rol de la sociedad frente a la epidemia por Covid-19.

A pesar de su nombre, *Covid-19: efectos jurídicos de una pandemia*, es más que una visión jurídico académica de la incursión del virus SARS-COV-2 en la sociedad mexicana, también incluye la lectura reflexiva de aspectos educativos, familiares y psicosociales. Para quienes nos ha tocado vivir esta etapa inédita en la vida social, resulta indispensable la lectura de obras como la que el lector tiene a la mano. Así comprenderemos el marco constitucional y legal dentro del cual nos desempeñamos autoridades y sociedad, nos hará visible algunas situaciones que tal vez conocemos solo por referencias; nos permitirá advertir los efectos jurídicos de algunas de las situaciones y conductas desarrolladas durante la pandemia y observaremos y comprenderemos mejor diversos fenómenos vistos solo esta época a través de una visión académica de los autores.

MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA, *ÉTICA PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO*. MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA, 2020.

ALFREDO ISLAS COLÍN*

Ética, ejercicio profesional y derecho, son los tres elementos torales de la obra de la doctora Marina del Pilar Olmeda García, la que se hace necesaria en tiempos de crisis sociales, corrupción y faltas a la democracia alrededor del mundo; es por ello que se resalta la pertinencia del estudio de la ética en el derecho, como herramienta para atender las incidencias en la abogacía.

La obra inicia con un marco conceptual de la ética, a través de sus orígenes en la Antigua Grecia con grandes filósofos como Sócrates, Platón y Aristóteles, que se cuestionaban acerca del carácter y las virtudes del hombre, donde el debate y las ideas filosóficas presentadas permitieron alcanzar una conceptualización que prevalece hasta la actualidad.

Se entiende la ética como una ciencia, y se erige con gran trascendencia en una teoría de los valores que en letras de diversos estudiosos del derecho puede integrarse o en su defecto, derivarse en subcampos de la filosofía.

Derivado de la complejidad de una conceptualización universal de la ética, o por la simple categorización dentro de un campo científico, se encuentran problemas éticos concretos relacionados intrínsecamente con el Derecho, como

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Sorbona, París, Francia, División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Investigador Nacional Nivel III CONACYT, islas40@hotmail.com. Líneas de investigación: derechos humanos y argumentación jurídica

la fecundación artificial, aborto, eutanasia, suicidio, entre otros.

En el capítulo 2 se estudia la relación de la ética con el derecho y otras ciencias, como filosofía, sociología, psicología, antropología, historia, economía, entre otras ciencias, en las que la autora nos adentra a un amplio panorama donde la ética toma protagonismo pues se encuentra con los métodos de diversas ramas científicas pero mantiene su esencia, es decir, guiar la conducta humana.

Dentro de la primera parte de esta obra, la autora nos comparte su tesis sobre la libertad en el ámbito ético, sostiene que la libertad, más allá de estar alejada de las leyes se dispone en el reconocimiento de las mismas y la posibilidad de hacerlas obrar con la finalidad de alcanzar el bien común.

Sustenta que los valores poseen una objetividad particular que se distingue de la objetividad meramente natural o física de los objetos. Por último, finaliza la primera parte de la obra con un repaso de las doctrinas éticas desde los griegos, pasando por los cristianos y culmina con las teorías del siglo XX. Sin duda alguna, la primera parte de *Ética profesional en el ejercicio del derecho*, ofrece al lector una descripción puntual, vasta y específica para sumergirnos en los elementos precedentes de la ética y su relación con la conducta humana tanto en lo social como en lo científico.

En una segunda parte del libro, la autora define a la ética profesional como el “conjunto de reglas de naturaleza moral que tienden a la realización del bien, en el ejercicio de las actividades propias de la persona física que se dedica a una profesión determinada”, en el caso concreto, a quienes se ostentan como profesionales del Derecho, por otro lado, estos deben regirse por principios como dignidad, verdad, servicio, entre otros.

En el capítulo siguiente se señala el régimen jurídico del

ejercicio profesional, el cual se robustece desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de las leyes sustantivas de las entidades federativas, los contratos de prestación de servicios profesionales, mandatos y la legislación complementaria.

Como profesional del derecho, la autora describe cada una de las aristas que se desarrollan dentro del marco jurídico del ejercicio profesional y los procedimientos existentes para adquirir tal calidad tanto para nacionales como para extranjeros.

Además, se relatan los antecedentes de las asociaciones de profesionales en México, existe una correlación con la necesidad de colegiación y sus finalidades, dentro de las que destacan la vigilancia del ejercicio profesional con objeto que esta se realice dentro del más alto plano legal y moral.

En el entendido que estos cuerpos colegiados nacen como organismos veladores de la correcta implementación de los saberes en el ejercicio profesional, pues ante la inminente corruptela de diversas instituciones o incluso autoridades, es necesario repensar el objetivo principal de estas asociaciones profesionales, si coadyuvan al seguimiento de hechos que constituyan una falta legal y moral, donde por supuesto, la ética adquiere un lugar primordial para la formación de futuros profesionales, y de reforzamiento, así como de recordatorio, para quienes ejercen alguna ciencia.

De igual forma, estos cuerpos colegiados permiten la constante actualización en habilidades docentes, científicas, y de investigación, ya que la globalización exige personal cada vez más capacitado para afrontar los sucesos específicos de estudio en cada región del planeta.

Por último, en una tercera parte, se atiende el origen de la profesión jurídica en Sumeria con el Código de Hammurabi, la India con las Leyes de Manú, el pueblo judío con la Biblia

y los griegos y romanos, con sus instituciones jurídicas.

La parte primordial de la obra es el profesional del derecho, el abogado, el cual, en palabras de Pérez Valera, debe sobresalir en cuatro virtudes: la cordura, la fortaleza, la prudencia y la justicia, pues en el ejercicio profesional del derecho se encontrarán con victorias y derrotas que llenan de aprendizaje a quienes se deciden por esta profesión tan involucrada en las necesidades sociales.

Previene la autora que la abogacía es difícil, ya que es un campo de lucha, del uso de la fuerza, para reivindicar los derechos de sus representados, el esfuerzo necesario para la defensa en los tribunales y la batalla incansable ante las autoridades corruptas. La doctora Olmeda García se cuestiona sobre la importancia y pertinencia de los profesionales en derecho, dando pinceladas a la participación de estos en la impartición de justicia, la seguridad jurídica, la vida democrática así como del fortalecimiento de los valores del ser humano.

De ahí la preocupación de los docentes y formadores de profesionales en derecho de dejar de ser simples observadores y comenzar a involucrarse a través de una formación transformativa que impacte en la vida social y profesional de cada uno de los estudiantes que en el futuro repercutirá en sus actos dentro de la abogacía.

Para terminar esta obra, la doctora Marina del Pilar Olmeda García cierra con el derecho y la ética pública, recalca la importancia de los valores como fundamento de la conducta humana, asimismo en la rendición de cuentas en la administración pública. La ética juega un papel esencial para dirigir los actos de quienes dirigen las instituciones de gobierno en todos los niveles. Es por ello que los códigos de ética y el valor que se les otorga a los mismos forman una protección para que nadie cometa acciones en contra de lo legal y lo

moral, pues como se estudió en el principio de la obra, esa libertad con la que cuentan las personas debe traducirse a ejercer las leyes que los rigen.

Ética profesional en el ejercicio del derecho no deja de tener vigencia y toma especial relevancia para las y los abogados mexicanos, ya que ante una sociedad llena de estereotipos y prejuicios es necesario levantarse con un ejercicio profesional de calidad por el bien de todas y todos. Es fundamental regresar a los principios del derecho, a los principios de la ética y la moral, a los principios de la justicia, pues como actores sociales en busca de un país justo y democrático tenemos la responsabilidad de actuar bajo los más altos estándares de legalidad.

Esta obra versátil para la docencia y la investigación pertenece a la literatura primera para quienes se encuentran en plena formación en el Derecho.

LUIS CARLOS CASTRO VIZCARRA, *EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. CASO BAJA CALIFORNIA*. MÉXICO, TIRANT LO BLANCH, 2021.

JOSÉ FABIÁN RUIZ*

El texto que hoy comento, representa una importante aportación al análisis jurídico, en la medida en que contribuye con datos y reflexiones a partir de la implementación institucional de un derecho de relevancia constitucional.

Contamos con una biblioteca completa abocada al estudio del derecho de acceso a la información pública, reconocido en el artículo 6to. de la Constitución federal desde el año 1977. Sin embargo, es recién en 2002 que se publica la primera ley federal de transparencia y acceso a la información pública. Como señala Castro Vizcarra, “las palabras en el texto constitucional de 1977 a 2002, fueron solamente eso: palabras, no existía un organismo garante, una ley reglamentaria o algún mecanismo para el ejercicio del acceso” (p. 102).

En el caso de Baja California, la primera ley sobre el tema es de 2010 y en 2016 se aprobó una nueva norma, que enmarca el trabajo que comentamos. Sin embargo, es de destacar que el análisis de Castro Vizcarra se basa en legislación federal, local, tratados en la materia, derecho comparado, además de un análisis de los recursos presentados ante el órgano garante en Baja California (el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Baja California, Itaip BC), entre los años 2013 y 2015, a la que se suman entrevistas realizadas por el autor entre los consejeros y secretarios ejecutivos del Itaip BC, que se desempeñaron entre 2011 y 2018.

* Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad Libre de Derecho de Monterrey

La obra consta de una introducción, cuatro capítulos (el primero analiza el derecho humano de acceso a la información pública; el segundo, su marco constitucional; el tercero presenta un estudio comparado entre México y España, complementado por los casos de Francia, Reino Unido, Estados Unidos y el Sistema Interamericano; el cuarto, analiza el caso de Baja California), y conclusiones. Se trata de una obra ágil, muy bien escrita, amigable de leer. Sistematiza y analiza fuentes legales y doctrinarias, junto con información generada por el propio autor del trabajo. Esto permite conocer de primera mano cómo se implementa el derecho de acceso a la información pública en la entidad, así como las opiniones de las y los encargados de su tutela efectiva. Permite, además, la facilidad de consultar sus diferentes capítulos de forma independiente, según los intereses de quién la consulte, lo que convierte al libro en una fuente de consulta accesible para quienes deseen conocer o trabajen el tema.

Repasando brevemente sus contenidos, el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano relacionado con la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana efectiva en los asuntos públicos. Esto impacta directamente sobre la calidad de la democracia y el estado de derecho, en tanto que el acceso a la información pública permite evaluar el desempeño de los funcionarios, conocer el uso que hacen de los recursos y bienes públicos y, de ser el caso, reclamar ante la arbitrariedad y el abuso por parte de las autoridades en el desempeño de sus funciones.

Sin embargo, el acceso a la información pública no es indiscriminado. Siempre existen áreas de reserva (como las relacionadas con la seguridad pública, o la salud), que establecen restricciones necesarias para la publicación de documentos y datos relevantes, que puedan poner en riesgo la gobernabilidad del régimen político. Lamentablemente, en

muchas ocasiones las autoridades establecen de forma arbitraria tales reservas informativas, para evitar el conocimiento público de la información que ellos administran, pero de la que no son propietarios.

Justamente, la función de los órganos garantes, consiste en revisar tales clasificaciones, resolver los recursos interpuestos por los ciudadanos contra las mencionadas reservas, y en algunos casos, imponer las sanciones ante las reservas injustificadas. Cuando no, la obstaculización lisa y llana del acceso a la información pública. Justamente, la falta de sanciones adecuadas, aplicadas por órganos imparciales, inhibe la correcta clasificación y reserva de la información pública.

Enfocándonos en el caso de Baja California, encontramos que más del 60% de los recursos que se interpusieron ante el Itaip BC, entre 2013 y 2015, contra los sujetos estatales obligados, se resolvieron en contra las autoridades. Esto nos señala la reticencia que aún persiste a la publicidad de los actos de la autoridad. En consecuencia, se ordenó brindar la información requerida. Más aún, en muchos de esos casos, se había clasificado como reservada a la información pública. De tal forma, “la investigación de campo nos arrojó que las autoridades estatales no cumplen con el mandato constitucional, los requisitos legales establecidos en las normas locales y federales de transparencia y en el test de proporcionalidad que establece la doctrina y la corte en materia de límites de los derechos humanos al reservar documentos públicos” (p. 126). Esto es así, porque en la ley estatal de transparencia no se prevén sanciones expresas a quienes reserven la información. Más aún, la ley de transparencia remite a la ley de responsabilidades, que tampoco establece sanciones para tales casos. Esto hecho, “suma a la opacidad gubernamental y lesiona la transparencia” (p. 125-126).

A través de las entrevistas, podemos profundizar en este

punto. Al ser consultados respecto de qué tan bien garantizado se encuentra el derecho de acceso a la información pública en Baja California, solo un entrevistado consideró que se encuentra bien garantizado; cuatro consideraron que se encuentra garantizado, aunque presenta áreas de oportunidad; y cinco consideraron que no se encuentra garantizado. A pesar de esto, todos los entrevistados consideraron que hubo una evolución en el ejercicio, garantía y conocimiento del acceso al derecho en la entidad.

Respecto a qué tan adecuados son los mecanismos de inconformidad frente a la falta de acceso a la información pública, seis consultados manifestaron su acuerdo y otros cuatro establecieron que el recurso no es del todo propicio y que podría mejorar en cuanto a su conocimiento, eficacia y rapidez.

Al ser consultados sobre lo adecuado de las sanciones que prevé la ley, dos manifestaron que son suficientes y los ocho restantes destacaron su insuficiencia. Continuando con el tema, la totalidad de entrevistados manifestaron que es necesario reformar la ley en cuanto a los sujetos obligados. Sin embargo, cuatro consultados destacaron se debe aplicar sanciones más severas.

Finalmente, la cuestión sin duda más interesante, es que al ser consultados sobre si el Itaip BC debe ser quien imponga las sanciones de los recursos que revisa, cuatro entrevistados señalaron su conformidad, uno señaló no estar seguro y otros cinco respondieron que no. Este hecho nos mueve a confirmar que, en el tema de garantizar efectivamente derechos humanos, no solo debemos contar con instituciones “con dientes” como se menciona en la literatura especializada a aquellas que cuentan con las atribuciones necesarias para llevar a cabo sus funciones, sino que además es indispensable contar también con funcionarios con vocación y

valentía. De lo contrario, el derecho de acceso a la información pública será una fantasía.

Específicamente, en el caso comentado, las opiniones apuntan a que el derecho de acceso a la información pública no se encuentra debidamente garantizado en la entidad, a pesar de los progresos en la materia; los mecanismos de inconformidad podrían ser mejorados; las sanciones legales resultan insuficientes; la norma en la materia requiere modificaciones; y para terminar, la mayoría de quienes ocuparon puestos de responsabilidad en el Itaip BC mostraron su renuencia aplicar sanciones a las autoridades incumplidas. Este panorama resulta altamente revelador.

El libro nos deja con algunas reflexiones que deben ser destacadas. La información pública no es de los funcionarios, sino que estos solo administran (y facilitan) su acceso. En segundo lugar, aunque contamos con un sistema garante del acceso a la información público, el mismo exhibe numerosas áreas de oportunidad. Lejos de postular su desaparición, Luis Carlos Castro plantea correctamente que debemos seguir buscando vías de reforma orientadas a su mejoría y en este sentido, la obra es altamente propositiva.

En tercer lugar, podemos sancionar leyes sofisticadas, establecer órganos garantes complejos, establecer procedimientos rigurosos para designar a las y los consejeros, pero si tales funcionarias y funcionarios carecen de voluntad para ejercer plenamente sus funciones para hacer respetar los mecanismos de acceso a la información, y sancionar a quienes no los respetan, seguiremos careciendo de este insumo fundamental para afianzar la democracia y al estado de derecho. Existe un círculo virtuoso entre las leyes, las instituciones y los funcionarios íntegros, con perfiles adecuados y vocación de servicio público. Esta verdad, por conocida, no debe ser desdeñada.

En síntesis, *El derecho humano de acceso a la información pública. Caso Baja California*, de Luis Carlos Castro Vizcarra, es una obra actual, amena e interesante, que nos permite conocer a profundidad los alcances y limitaciones que enfrenta la implementación de un derecho humano fundamental para el afianzamiento de la democracia de calidad en una de nuestras entidades federativas. Por tal motivo, se trata de una obra de consulta fundamental para los interesados y estudiosos del tema.

La revista *CimaLex*, vol. I, número 2, julio-diciembre 2022, se terminó de imprimir el 5 de julio de 2022 en Artificios Media, Abelardo L. Rodríguez 747, Colonia Maestros Federales, Mexicali, Baja California CP 21370. www.artificios.club El tiraje consta de 150 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Leobardo Sarabia. En su composición, se usó la tipografía Times Roman, 11 y 12 puntos.



Universidad Autónoma de Baja California