



VOLUMEN II, NÚMERO 3 | Enero-junio

ISSN: 2954-3398 2023

Vivienda adecuada: ¿derecho social o bien financiarizado?, **María Salomé Magaña Martínez**

¿Una constitución para el siglo XXI? El proyecto constitucional fallido de Chile, **Rodrigo René Cruz Apaza**

El desordenamiento territorial del Valle de Guadalupe, Ensenada, Baja California, **Ricardo del Monte Núñez**

La inconventionalidad de la remoción libre de los trabajadores al servicio del estado, **María Fernanda Cervantes Moreno**

Caso Ana Estrada: ¿Derecho a morir con dignidad?, **José Rolando Cárdenas Gonzáles**

Desafíos de la libertad de expresión, **José Fernando Vázquez Avedillo**

Del concepto cristiano de dignidad a su objetivación en el marco de los derechos humanos: el caso de la vejez, **Ricardo Soto de la Cruz, Luis Enrique Concepción Montiel y Alejandro Sánchez Sánchez**

La falta de cultura y su impacto en el principio de igualdad, **Nancy Nelly González Sanmiguel, Karla de Jesús Charles Manzano y Grecia Marroquín Mireles**

Publicación Semestral

CimaLex



Volumen II, número 3, enero-junio, 2023



Universidad Autónoma de Baja California



Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Luis Enrique Palafox Maestre
Rector

Dr. Joaquín Caso Niebla
Secretario General

Dr. Óscar Omar Ovalle Osuna
Coordinador de Planeación y Desarrollo Institucional

Dr. Jesús Adolfo Soto Curiel
Vicerrector Campus Mexicali

Dra. Lus Mercedes López Acuña
Vicerrectora Campus Ensenada

Dra. Haydeé Gómez Llanos Juárez
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

Dr. Luis Xavier Garavito Torres
Coordinador de Extensión y Vinculación

Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Coordinador de Investigación y Posgrado

Publicación Semestral



CimaLex

**Volumen II, número 3,
enero-junio 2023**

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
Dr. 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. II, núm. 3, enero-junio, 2023

Directorio

Directora editorial

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Coordinación editorial

Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa

Lic. Leobardo Sarabia Quiroz

Formación y diseño editorial: Metro Editores

Diseño de portada y formato de interiores: Raymundo Larios Gallegos

Soporte digital: Raymundo Larios Gallegos

Asistencia editorial: Issa Jensen, Leopoldo Gardea.

CIMALEX, Volumen II, número 3, enero-junio 2023, 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 15 de enero de 2023, 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

Presentación , Marina del Pilar Olmeda García y Fernando Manuel Castro Figueroa	9
Vivienda adecuada: ¿derecho social o bien financierizado? , María Salomé Magaña Martínez	15
¿Una constitución para el siglo XXI? El proyecto constitucional fallido de Chile , Rodrigo René Cruz Apaza	47
El desordenamiento territorial del Valle de Guadalupe, Ensenada, Baja California , Ricardo del Monte Núñez	87
La inconvencionalidad de la remoción libre de los trabajadores al servicio del estado , María Fernanda Cervantes Moreno	127
Caso Ana Estrada: ¿Derecho a morir con dignidad? , José Rolando Cárdenas Gonzáles	159
Desafíos de la libertad de expresión , José Fernando Vázquez Avedillo	185

Del concepto cristiano de dignidad a su objetivación en el marco de los derechos humanos: el caso de la vejez, Ricardo Soto de la Cruz, Luis Enrique Concepción Montiel y Alejandro Sánchez Sánchez 217

La falta de cultura y su impacto en el principio de igualdad, Nancy Nelly González Sanmiguel, Karla de Jesús Charles Manzano y Grecia Marroquín Mireles 241

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Autonomía universitaria, análisis jurisprudencial de la autoregulación, autogobierno, libertad de cátedra y manejo de su patrimonio, Alina del Carmen Nettel Barrera 277

Parámetros para la concesión de la suspensión del acto reclamado en el amparo, José Alonso Garibaldi Leyva 287

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Violación de los derechos humanos de las niñas y los niños. El abandono familiar, Juan Pablo Venegas Contreras, por Ivonne Adriana Gaytán Bertruy y Rolando Castillo Santiago 297

El patrimonio de familia: una garantía social de la familia en México, María Salomé Magaña Martínez, Yolanda Sosa y Silva García y Jesús Rodríguez Cebreros, por Amanda Columba Real Beltrán 303

PRESENTACIÓN

Es altamente satisfactorio presentar este tercer número de la revista científica jurídica *CimaLex*, una publicación de la Facultad de Derecho Mexicali, FDM, de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), que busca constituirse como un pilar sólido de la literatura jurídica en el noroeste de México. En esta edición nuestra revista se nutre de los resultados de investigación y análisis de profesionales del Derecho, destacados académicos, juristas y expertos comprometidos con el estudio de temas pertinentes del ámbito jurídico, con argumentaciones y debates que trascienden fronteras y disciplinas.

Ahora, *CimaLex* articula temas globales con la expresión de académicos extranjeros y del pensamiento de México mediante temáticas particulares de esta región transfronteriza. Los artículos que se presentan en esta edición, provienen de reconocidos expertos que abordan importantes temas jurídicos contemporáneos relevantes para el entendimiento, aplicación y solución a las problemáticas sociales, políticas y en particular jurídicas.

En un primer trabajo, Salomé Magaña Martínez presenta el artículo titulado “Vivienda adecuada ¿Derecho social o bien financiarizado?”, en el que explora la intrincada relación entre el acceso a una vivienda digna y los mecanismos financieros que afectan el ejercicio de este derecho fundamental. La autora sostiene que la vivienda adecuada es un derecho humano y su alcance como un bien financiarizado lo reduce a un objeto de riqueza. En consecuencia, plantea: ¿el contexto nacional y convencional que regula la vivienda adecuada lo considera un derecho humano de naturaleza social o solo es un bien financiarizado?

Seguidamente, desde el Estado Plurinacional de Bolivia, Rodrigo René Cruz Apaza nos introduce en un análisis crítico sobre el “Proyecto Constitucional Fallido de Chile”, en el que explora con el debido detenimiento el impacto e implicaciones de este proyecto. El propósito del autor es presentar un análisis del proyecto de Constitución de Chile de 2022 en el marco de los principios fundamentales del constitucionalismo. Explica el autor sobre las razones que condujeron al pueblo chileno a la impugnación y desecho de esta constitución.

Por su parte, Ricardo del Monte Núñez, en su artículo “El desordenamiento territorial del Valle de Guadalupe”, plantea como objetivo de este trabajo explicar el desordenamiento territorial del Valle de Guadalupe, explorar sus causas, consecuencias y posibles medidas preventivas que eviten se repita el suceso en los otros valles vitivinícolas de la región. Destaca el autor la necesidad de afrontar los desafíos relacionados con el desarrollo urbano y la preservación del medio ambiente en esta importante región vitivinícola, catalogada como una de las regiones productoras del mejor vino del mundo. Con su alta experiencia como notario público, el autor sostiene que el incremento de la actividad vitivinícola y el gusto por el vino han sido el detonante de una modalidad turística relativamente nueva en Baja California. Este desarrollo turístico se caracteriza por visitas a los viñedos y a las bodegas de las casas productoras de vino, que han sido complementadas con servicios de alimentación y hospedaje durante todo el año, en especial en las épocas de los festejos tradicionales del ciclo productivo de la vid, como son las Fiestas de la Vendimia.

Más adelante, María Fernanda Cervantes Moreno, reconocida laboralista de Baja California, aborda la cuestión de la “Inconvencionalidad de la remoción libre de los tra-

bajadores al servicio del Estado”. La autora desentraña los dilemas éticos y jurídicos que rodean en torno a esta problemática particular del sector burocrático en México. Sostiene la autora que es a partir de una deficiente interpretación del artículo 123 constitucional, que se ha pretendido justificar una actitud restrictiva del Estado, impidiendo que los órganos jurisdiccionales practiquen efectivamente el control de convencionalidad para tutelar los derechos mínimos de estos trabajadores. En ese sentido, este trabajo conlleva la intención de presentar una reflexión sobre la inconvencionalidad de la remoción libre de los trabajadores al servicio del Estado.

Desde Perú, se presenta un estudio por José Rolando Cárdenas Gonzáles, sobre el “Caso Ana Estrada ¿Derecho a morir con dignidad?”, a partir del examen de la cuestionada solicitud de morir con dignidad, desde la óptica para permitir o no su práctica con apego a los derechos fundamentales. El autor busca dilucidar si se tiene un derecho a morir con dignidad, mediante el estudio de la *Dignidad* a lo largo de la historia; observa y explica su repercusión en el Derecho Constitucional contemporáneo.

En otro trabajo, Fernando Vázquez Avedillo, desde la Universidad Autónoma de Querétaro, explora el tema de la “Libertad de expresión”, sin duda asunto de importancia en la sociedad contemporánea. En este artículo, el autor explica la naturaleza de la libertad de expresión como piedra angular de una democracia funcional, y advierte la necesidad de conocer los alcances y restricciones de su legal ejercicio para una sana convivencia al seno de la sociedad, y aportar elementos a la gobernabilidad democrática, sin olvidar que el exceso del mismo tiene consecuencias punibles que resultan compatibles con el ejercicio de los derechos humanos.

Desde el ámbito local fronterizo, Ricardo Soto de la Cruz,

Alejandro Sánchez Sánchez y Luis Enrique Concepción Montiel, ofrecen una mirada a la “Objetivación jurídica del concepto de Dignidad Humana”, a la que visualizan como un principio esencial para la protección de los derechos fundamentales. Los autores enfatizan la posibilidad de objetivar este concepto jurídicamente; se expuso la necesidad de analizar la Dignidad Humana alejado de los alcances filosóficos. En este trabajo, se ofrecen alternativas de teorías objetivistas que aportan a la interpretación jurídica desde el realismo y el objetivismo jurídico.

Se cierra el desarrollo de la sección de artículos con la aportación de Nancy Nelly González Sanmiguel, Karla de Jesús Charles Manzano y Grecia Marroquín Mireles, desde la Universidad Autónoma Nuevo León, con el artículo sobre “La falta de cultura y su impacto en el Principio de Igualdad”. Las autoras invitan a reflexionar sobre cómo la falta de conciencia cultural influye en la igualdad de oportunidades, sostienen que el principio de igualdad es la base de la construcción de una sociedad.

En la sección de análisis jurisprudencial, se integró el trabajo de Alina del Carmen Nettel Barrera, académica de la Universidad Autónoma de Querétaro, quien revisa varios criterios emitidos por la autoridad jurisdiccional en relación al ejercicio de la autonomía en el contexto de las universidades públicas en México, en el trabajo titulado “Autonomía universitaria, autoregulación, autogobierno, libertad de cátedra y manejo de su patrimonio”. En este análisis jurisprudencial, se abordan algunos de los temas de frontera en la vida universitaria, en relación a su autonomía, como esencia de la naturaleza de la universidad pública en México, y como consecuencia, su autoregulación, autogobierno, libertad de cátedra y manejo del patrimonio.

Como segundo trabajo en esta sección, se integró el aná-

lisis de José Alonso Garibaldi Leyva, quien presenta una reflexión sobre los “Parámetros para la concesión de la suspensión del acto reclamado en el amparo”. El autor presenta los criterios jurisprudenciales de la figura jurídica de la medida cautelar que es distintiva del proceso constitucional mexicano en materia de la preservación de los derechos humanos y garantías constitucionales, institución jurídica conocida como suspensión de acto reclamado. Ambos trabajos enriquecen aún más el abanico de temas abordados en esta revista.

Se cierra este tercer número de nuestra revista *CimaLex* con la sección de reseñas. El primero de los trabajos que integran esta sección es el presentado por Ivonne Adriana Gaytán Bertruy y Rolando Castillo Santiago, quienes ofrecen una mirada crítica sobre la obra del doctor Juan Pablo Venegas Contreras, titulada *Violación de los derechos humanos de las niñas y los niños, el abandono familiar*, en el que se desentrañan los desafíos en la protección de los derechos de los más vulnerables. El autor hace mención sobre algunas aproximaciones teóricas del reconocimiento, protección del niño y de la familia como elemento o componente en la construcción de la identidad y desarrollo de la personalidad del niño, reconociendo su autonomía como principio de integración social.

Una segunda reseña de esta sección es la que presenta Amanda Columba Real Beltrán, sobre la obra de Salomé Magaña Martínez, Yolanda Sosa y Silva García y Jesús Rodríguez Cebreros, titulada *El patrimonio de familia: una garantía social de la familia en México*, en la que se presenta una discusión sobre la protección del patrimonio familiar en el contexto jurídico mexicano. Se explica a través de los tres ejes temáticos de la obra, como las autoras y el autor analizan de manera exhaustiva a la familia a la luz de los derechos

humanos, quienes toman como punto de partida la reforma constitucional del 2011. Esta obra posiciona a la familia, rompiendo paradigmas sobre la obligatoriedad interpretativa de los derechos humanos a partir de su más reciente reforma en México.

Extendemos una cordial invitación a investigadores, académicos y profesionales de la disciplina jurídica y áreas afines a participar activamente en nuestra revista, para contribuir con sus ideas y análisis a fomentar el debate constructivo que impulse el desarrollo de la ciencia jurídica y la promoción de una justicia más equitativa y humana.

Marina del Pilar Olmeda García
Fernando Manuel Castro Figueroa

VIVIENDA ADECUADA: ¿DERECHO SOCIAL O BIEN FINANCIARIZADO?

MARÍA SALOMÉ MAGAÑA MARTÍNEZ*

RESUMEN

En los últimos años, México impulsa políticas públicas en materia de vivienda alineadas a poderes transnacionales como los organismos internacionales o incluso corporaciones internacionales. A través del método teórico-descriptivo con enfoque cualitativo, se examina el marco normativo nacional e internacional que regula el derecho a una vivienda adecuada, para determinar si visualiza a éste como un derecho de naturaleza social, o bien, lo transforma en un bien financiarizado que se rige por la ley de la oferta y la demanda del mercado inmobiliario al que se encuentra sujeto regulado por el poder adquisitivo de las personas.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales; vivienda adecuada; vivienda financiarizada

ABSTRACT

In recent years, national public policies have been implemented on the subject of housing in Mexico, many of them promoted by transnational powers such as international organizations or even international corporations. Through the

* Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Autónoma de Baja California (ROR Institucional: <https://ror.org/05xwcq167>), Coordinadora de Formación Profesional en la Facultad de Derecho Mexicali, Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8900-8943>.

theoretical-descriptive method with a qualitative approach, the national and international regulatory framework that regulates the right to have adequate housing is examined to determine if it is viewed as a right of a social nature that guarantees people a level of adequate life, or, transforms it into a financialized asset that is governed by the law of supply and demand of the real estate market to which it is subject, which is regulated by the purchasing power of people.

KEYWORDS: Social rights; adequate housing; financialized housing.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día el tema de la vivienda cobra una especial atención. Mucho se ha escrito acerca de la vivienda adecuada desde la perspectiva de un derecho humano de naturaleza social o solo como un bien financiarizado. El referente del tema de la vivienda en México encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Constitución. Existe un amplio marco normativo nacional que construye el concepto y alcance de una vivienda adecuada, el cual recoge los parámetros impuestos por diversos instrumentos internacionales. No obstante, en los últimos años, el Estado mexicano trasladó su deber de garantía de este derecho a la iniciativa privada para el desarrollo de vivienda, lo que trajo como consecuencia que este bien inmueble fundamental para el desarrollo y seguridad de las personas que lo habitan, sea objeto de la oferta y demanda que impera en el mercado inmobiliario.

Por ello, en el marco de los Programas Nacionales Estratégicos (PRONACES), particularmente el destinado a la *Vivienda* se presenta el presente ensayo, toda vez que en éste se afirma que México enfrenta el desafío de garantizar el acce-

so a una vivienda adecuada, sustentable y en equilibrio con el entorno natural, que amplíe las oportunidades de los grupos vulnerables y que propicie, además de una vida digna, el desarrollo de una economía social sólida, solidaria y estable, en el que se busca promover agendas de investigación e incidencia que contribuyan a resolver problemas nacionales complejos asociados a la vivienda y el hábitat sustentable.¹ En este tenor, el Plan Nacional de Vivienda 2019-2024 (PNV 2019-20204), define la estrategia prioritaria 1.5 Impulsar la asequibilidad de la vivienda a través de soluciones financieras como créditos hipotecarios y de mejoramiento, esquemas de cofinanciamiento, ahorro voluntario, entre otros, que permitan que todas las personas tengan acceso a opciones de vivienda adecuada.²

Conforme a lo anterior, esta investigación tiene como objeto contribuir a las actividades de retribución social para promover el acceso universal al conocimiento científico y sus beneficios sociales con diferentes estrategias para la aplicación de los resultados de investigación y su comunicación, para el mejoramiento de las condiciones de vida de las familias y las comunidades.³

En ese contexto, se parte del siguiente planteamiento: ¿el contexto nacional y convencional que regula la vivienda adecuada lo considera un derecho humano de naturaleza social o solo es un bien financiarizado? Al respecto, el objetivo planteado es revisar el marco teórico conceptual y normativo que fundamenta a la vivienda adecuada como un

¹ Conacyt, *Programa Nacional Estratégico Vivienda*, <https://conacyt.mx/pronaces/pronaces-vivienda/>, consultado el 15 de noviembre de 2022.

² Programa Nacional de Vivienda 2019-2024, <https://www.gob.mx/shf/documentos/plan-nacional-de-vivienda-pnv-2019-2024>, p. 36.

³ Conacyt, *Anexo 1. Actividades de retribución social*, www.astro.ugto.mx/recursos/Formatos/Anexo1_Actividades_de_Retribucion_Social.pdf, consultado el 15 de diciembre de 2022.

derecho humano y su alcance como un bien financiarizado que lo reduce a un objeto de riqueza. En cuanto al enfoque metodológico, se propone un análisis cualitativo con un enfoque teórico-descriptivo, reforzada con la revisión de diversa información documental publicada en los últimos años las cuales exponen información reciente y actualizada del objeto de estudio.

I. DERECHOS SOCIALES: BREVE CONFIGURACIÓN TEÓRICO-DOCTRINAL

Los derechos sociales se identifican con un amplio catálogo de derechos que garantizan a las personas una vida digna, pueden ser definidos como un *conjunto de expectativas y pretensiones de derechos, bienes y recursos con objeto de satisfacer necesidades materiales mínimas de los individuos más vulnerables o desprotegidos de la sociedad*.⁴ En este sentido, estos derechos están estrechamente vinculados con el principio de dignidad de la persona.

Dentro de éstos se identifican el derecho al trabajo (derechos laborales individuales y colectivos, incluyendo el derecho a huelga y los de seguridad social), el derecho a la protección de la familia, el derecho a un nivel de vida adecuado (incluyendo alimentos, vestido y vivienda), derecho a la salud, derecho a la educación, y derecho a participar de la vida cultural.⁵ También comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad,

⁴ Espinoza de los Monteros, Javier, “Los desafíos del constitucionalismo social en el siglo XXI”, en Astudillo, Cesar, Carpizo Jorge (coord.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 37, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/18.pdf>.

⁵ Abramovich, Víctor, Añon María José, Curtis Christian, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías más democracia”, *Derechos sociales, instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006, p. 55.

derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, prohibición de toda discriminación, protección del matrimonio y de la familia, la obligación social de la propiedad y derecho a un ambiente sano.⁶ Como se observa, los derechos sociales se dirigen a la realización de la justicia social buscando asegurar a las personas a un nivel decoroso de bienestar.⁷

Para María del Pilar Suárez Sebastián los derechos sociales se refieren a aspectos fundamentales en la vida de las personas, que tienen que ver con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Dentro de estos se encuentran derechos como la educación, la vivienda, la alimentación, la salud y el trabajo, entre otros.⁸

Ahora, Gabriela Mendizábal Bermúdez señala que el derecho social es *un derecho de comunión o de integración, diferente al derecho privado, en el cual se dan relaciones de coordinación y del derecho público, donde aparecen vínculos de subordinación*.⁹ Este derecho está íntimamente relacionado con la sociedad contemporánea, la cual requiere del derecho social para establecer un conjunto normativo específico a través de sus diversas ramas que coadyuve a la obtención del bien común y de la justicia social. Es un con-

⁶ Villar Borda, Luis, “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 20, diciembre de 2007, p. 83.

⁷ Pahuamba Rosas, Baltazar, “Desarrollo y eficacia de los derechos sociales en el contexto actual”, en Pahuamba Rosas, Baltazar, et al., *Aplicación de los derechos humanos*, México, Editorial Novum, 2014, p. 155.

⁸ Suárez Sebastián, María de Pilar, “Aspectos fundamentales de los DESC”, en González Mongi, Pablo Elías, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Libre de Colombia, 2009, p. 62, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>, consultado el 8 de noviembre de 2022.

⁹ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Hacia la construcción de un derecho social comparado”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año LVV, número 162, septiembre-diciembre de 2021, <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>.

junto normativo que les permita igualdad de oportunidades de desarrollo a los miembros de una sociedad, independientemente de su situación económica, cultural o social.¹⁰

Rodolfo Arango describe el mapa conceptual que los derechos sociales, en el indica que éstos son derechos subjetivos cuyo contenido son prestaciones positivas fácticas del Estado, en cuya estructura identifica tres elementos: el titular del derecho, los sujetos obligados y objeto del derecho o prestación. En cuanto al primer elemento, el titular del derecho es la persona natural o individuo, toda vez que el destinatario directo de la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo o la seguridad social es la persona humana. Indica que es el individuo quien sufre de hambre, enfermedad, desempleo, falta de techo o de protección social en la vejez. Por lo que hace al segundo elemento, afirma que los derechos sociales pueden tener diversos y múltiples obligados: el legislador, en caso de derechos sociales legales; el constituyente, en caso de derechos sociales fundamentales; el Estado o los jueces constitucionales o internacionales en caso de derechos sociales humanos, incluso personas particulares. En cuanto al tercer elemento, el objeto de los derechos sociales prioritariamente son obligaciones fácticas positivas, aunque también pueden incluirse obligaciones de no hacer o abstención. Menciona que los derechos sociales se fundamentan en la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Por último, en cuanto a su exigibilidad, destaca dos planos: el político y el jurídico. En el primer plano, dice que la movilización activa de las organizaciones sociales y de las asociaciones cívicas, las experiencias comparadas, el *lobby* político, el desarrollo doctrinal, las decisiones macroeconómicas, los acuerdos o convenios internacionales y el litigio internacional lograron los avances políticos para

¹⁰ Ídem.

garantizar el goce efectivo de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales. El segundo plano se desarrolla desde el derecho internacional de los derechos humanos con base al principio de progresividad y prohibición de regresividad y el constitucionalismo social de algunos países latinoamericanos.¹¹

Al respecto, cabe advertir que en la actualidad un número significativo de decisiones políticamente relevantes se han trasladado de modo progresivo desde la sede política (Poder Legislativo y Ejecutivo), al campo de los tribunales de justicia, a esto se le conoce como judicialización de la política, como una forma de conocer la Constitución.¹² En ese sentido, *los derechos sociales son derechos fundamentales que requieren de la oportuna intervención legislativa, sujeta a límites, y de una interpretación judicial que los proteja en su estatus móvil de derechos fundamentales.*¹³ Es decir, el reconocimiento de la existencia de un derecho social como derecho, no es simplemente la conducta cumplida por el Estado sino la existencia de algún poder jurídico que lo tutele en caso de incumplimiento de la obligación debida. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene:

¹¹ Arango, Rodolfo, “Derechos sociales. Un mapa conceptual”, en Morales Antoniazzi, Mariela, et. al., *Internacionalización de los DESCAs en el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020, pp. 37-43.

¹² Alvarado Rojas, Silva Irrarázaval, Luis Alejandro, “Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿Hacia la judicialización de la política?”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 2, 2020, p. 33, <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n2/0718-0012-iusetp-26-02-32.pdf>.

¹³ Cascajo Castro, José Luis, “Derechos sociales”, en Cascajo Castro José Luis, et al., *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España*, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2012, p. 37.

El Estado mexicano tiene el deber de garantizar de manera inmediata la protección del núcleo esencial de los derechos sociales. Esta obligación se justifica porque existen violaciones tan graves a los derechos sociales que no sólo impiden a las personas gozar de otros derechos, sino que atacan directamente su dignidad, luego se entiende que se viola el núcleo esencial de los derechos sociales cuando la afectación a éstos, atenta la dignidad de las personas. Por tanto, los tribunales, en cada caso, deberán valorar si la afectación a un derecho social es de tal gravedad que vulnera la dignidad de las personas y de ser así, deberán declarar que se viola el núcleo esencial de ese derecho y ordenar su inmediata protección.¹⁴

Por ello, los atributos esenciales de los derechos sociales fundamentales explícitos deben ser complementados con aquellos asegurados por las definiciones y garantías de tales derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos; debe existir el deber jurídico de aseguramiento, protección, garantía y promoción de derechos sociales fundamentales implícitos obtenidos por vía de interpretación sistemática, y existir una fuerza normativa horizontal, determinando la subordinación a ellos también de las relaciones entre privados.¹⁵

De ahí, que la protección de los derechos sociales en el marco normativo mexicano necesita no solo del reconocimiento legal, sino la aplicación de políticas públicas que los hagan accesibles y la protección del Poder Judicial a través del cual se exija su satisfacción:

¹⁴ Registro digital: 2015130, Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, página 217.

¹⁵ Alvarado, op. cit., nota 13, p. 39.

En consecuencia, la inclusión y reconocimiento de los derechos sociales en el marco constitucional y reglamentario permiten su desarrollo y expansión en el sistema jurídico mexicano, y sus postulados sociales han sido reconocidos a nivel mundial, e incluso han influenciado en otros sistemas constitucionales. Así, en la Constitución mexicana se manifiestan no solo aspectos políticos sino también sociales en la medida que no solo toca el ejercicio y las relaciones de poder sino también el ámbito de las relaciones sociales. En tal sentido, tenemos todo un sistema legal en el que los poderes públicos se convierten en promotores y protectores de estos derechos.¹⁶

Los derechos sociales son verdaderos derechos humanos y fundamentales. El amplio reconocimiento de los derechos sociales asegura la inclusión de todos en el proceso democrático como ciudadanos libres, capaces y plenos.¹⁷ Hoy más que nunca los derechos sociales se encuentran vinculados con la sociedad actual, pues la crisis pandémica dio lugar inesperadamente a una anhelada reivindicación de los derechos sociales, sobre todo de aquellos relacionados con la garantía de un nivel de vida adecuado,¹⁸ particularmente el derecho a una vivienda adecuada.

¹⁶ Magaña Martínez, María Salomé, Yolanda Sosa y Silva García y Jesús Rodríguez Cebreros, *El patrimonio de familia; una garantía social de la familia en México*, Universidad Autónoma de Baja California, 2021, p. 43.

¹⁷ Arango, op. cit., nota 12, p. 44

¹⁸ Bonet de Viola, Ana María, et al., “La primicia de los derechos sociales relacionados con un nivel de vida adecuado: una reivindicación (in) esperada de la pandemia, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, No. 134, p. 95, <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a04>.

II. DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA: CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL A PARTIR DE SU REGULACIÓN NACIONAL Y CONVENCIONAL

A nivel internacional, el derecho a una vivienda adecuada encuentra fundamento en diversos instrumentos jurídicos. El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala el concepto y los estándares internacionales sobre la vivienda adecuada; el artículo 27 de la Convención de Derechos de las Niñas y Niños se encuentra correlacionado con el derecho a la vivienda adecuada como un estándar de protección esperado para niñas y niños; el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial regula el derecho a la vivienda adecuada como un estándar de protección esperado para personas de grupos en condiciones de vulnerabilidad por su origen étnico racial; el artículo 14 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que el derecho a la vivienda adecuada como un estándar de protección esperado para personas en vulnerabilidad por las condiciones estructurales relacionadas con las mujeres; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce originalmente el derecho a la vivienda adecuada como un derecho fundamental. Además, la Observación General No. 4 de las Naciones Unidas establece que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia.¹⁹

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señala que el derecho a una vivienda adecuada no debe interpretarse de

¹⁹ Programa Nacional de Vivienda, op. cit., nota 3, p. 6.

forma restrictiva, sino entenderse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Las características del derecho a una vivienda adecuada están definidas principalmente en las Observaciones Generales del Comité No. 4, relativa al derecho a una vivienda adecuada (1991) y No. 7, relativa a los desalojos forzosos (1997),²⁰ de las cuales se desprende que este derecho abarca algunas libertades tales como la protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar, el derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia, el derecho de elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación. Además, conlleva implícito el ejercicio de otros derechos, como los relativos a la seguridad de la tenencia de la tierra, la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio, el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada, y la participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad.²¹ Según el marco internacional, una vivienda adecuada debe reunir los siguientes requisitos: la seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y la adecuación cultural.²²

Ahora, en el plano nacional, la vivienda se reconoce en diversos preceptos de la Constitución Política de los Esta-

²⁰ Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada, ONU, <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing>, consultado el 13 de noviembre de 2022.

²¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (ACNUDH), *Folleto informativo n. 21, El derecho a una vivienda adecuada*, 2010, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf, consultado el 8 de noviembre de 2022.

²² Ídem.

dos Unidos Mexicanos, es decir, se garantiza como un derecho humano fundamental de naturaleza social lo cual se desprende del contenido normativo de los artículos 2, inciso C, fracción IV (financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda en comunidades indígenas); 4, párrafo séptimo (el derecho de toda familia de contar con una vivienda digna y decorosa); 123, Apartado A, fracción XII (la obligación del patrón a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas) y Apartado B, fracción XI, inciso f (el deber del Estado de garantizar a sus trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas).

Además, en diversas leyes generales se describe su alcance y contenido, a saber: Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (establece el derecho a la ciudad como un mecanismo de acceso a la vivienda adecuada como uno de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente); la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (señala la planeación de plantea estándares y criterios para contribuir al logro de los objetivos de la política ambiental, la planeación del desarrollo urbano y la vivienda adecuada; la Ley General de Protección Civil (señala que se establecerán las bases de coordinación entre los distintos órdenes de gobierno en materia de protección civil y condiciones adecuadas para la vivienda); la Ley General de Víctimas (reconoce el derecho a la vivienda como una condición necesaria para el desarrollo social).²³

Otras legislaciones federales que hacen referencia al derecho a una vivienda adecuada lo son: la Ley de Vivienda (regula la política nacional, los programas, los instrumentos y apoyos para que toda familia pueda disfrutar de vivienda digna y decorosa, bajo los principios de equidad e inclusión

²³ Programa Nacional de Vivienda, op. cit., nota 3, p. 8.

social de manera que toda persona, sin importar su origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias o el estado civil pueda ejercer su derecho constitucional a la vivienda; definición de la vivienda digna y decorosa; regulación del Sistema Nacional de Vivienda; disposiciones generales para el financiamiento de vivienda; oferta y adquisición de suelo para vivienda; calidad y sustentabilidad de la vivienda; producción social de la vivienda y la denuncia popular y régimen de responsabilidades); la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (dispone que este instituto es el organismo de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio, tiene por objeto administrar los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda y generar un sistema a través del cual puedan obtener crédito accesible para la vivienda adecuada); la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (señala que este organismo tiene por objeto establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente, mediante préstamos con garantía hipotecaria); la Ley de Expropiación (dispone procedimientos para la expropiación de bienes con fines de utilidad pública, esto, como un posible mecanismo de acceso a la vivienda adecuada con sentido social); la Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal (regulan la operación y funcionamiento de esta entidad pública).²⁴

Por último, dentro de los decretos que tienen relación con el derecho a una vivienda adecuada se destacan: el Decreto de Instituto Nacional de Suelo Sustentable en el cual se define que este organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio

²⁴ Ídem.

propios, así como con autonomía técnica y de gestión, tiene por objeto la gestión y regularización del suelo, con criterios de desarrollo territorial, planificado y sustentable, de acuerdo con los ejes rectores sustantivos que se desprenden de los programas, documentos e instrumentos normativos que contienen y regulan la política del Sector, así como el Decreto del Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado como órgano desconcentrado del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, cuyo objeto es establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente, mediante préstamos con garantía hipotecaria.²⁵

En cuanto a los criterios interpretadores que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el tema de la vivienda adecuada, se destaca el reconocimiento de los parámetros internacionales con los cuales se configura este derecho, pues señala que es un derecho fundamental del ser humano tutelado tanto por el derecho internacional como por la Constitución mexicana, el cual protege a todas las personas, por tanto, no es excluyente, y lo conceptualiza como el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a acceder y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad. Añade que este derecho debe comprender además de una infraestructura básica adecuada, elementos, tales como servicios indispensables para la salud, la seguridad y otros servicios sociales (hospitales, clínicas, escuelas), así como la prohibición de establecerlos en lugares contaminados o de proximidad inmediata a fuentes de contaminación. Concluye estableciendo que los Estados deben asegurarse de que las viviendas tengan acceso a la prestación de servicios como recolección de basura, transporte

²⁵ Ídem.

público, servicio de ambulancias o de bomberos.²⁶

Como se observa, el derecho a una vivienda adecuada, se caracteriza por reconocer un estándar de protección para todas las personas sin distinción de edad, sexo, origen étnico racial o vulnerabilidad por condiciones estructurales, lo constituye en un derecho fundamental de naturaleza social que busca que las personas alcancen un nivel de vida adecuado y mejoren las condiciones de su existencia que les da el derecho de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Estos estándares internacionales se recogen en el marco constitucional, en diversas legislaciones y en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por tanto, es un derecho humano fundamental de naturaleza social el cual abarca más que un espacio físico, toda vez que se vincula con el desarrollo humano y la dignidad de las personas que la habitan. Al ser un derecho interdependiente, la falta de acceso y su disfrute deficiente incide en una vulneración de otros derechos sociales esenciales. La esfera de protección de este derecho como los bienes jurídicos tutelados por el mismo, trascienden a ámbitos distintos a los de la propiedad en su concepción clásica. Por tratarse de un derecho deben asegurarse ciertas medidas para considerarse efectivamente protegido.

De ahí que no cabe duda que el derecho a una vivienda adecuada tiene como fin último proporcionar una vida digna, segura y en paz de todas las personas. Bajo esta premisa en la que se fundamenta la protección legal de este derecho, cabe

²⁶ Registro digital: 2006169. Tesis 1a. CXLVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página 798; Registro digital: 2001103. Tesis XXIV.1o.2 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro X, julio de 2012, Tomo 3, página 1835; Registro digital: 2009348. Tesis 1a. CCV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 583.

examinar el fenómeno de la mercantilización de la vivienda en México y su impacto en la garantía y acceso a contar con una vivienda adecuada.

III. FINANCIARIZACIÓN DE LA VIVIENDA ADECUADA

Como se indicó, el derecho a la vivienda adecuada se construye desde el ámbito internacional, toda vez que *las Naciones Unidas es la fuente institucional que da origen a las directrices sobre asentamientos humanos para los países que la integran*.²⁷ Estos parámetros se construyeron desde la época de los cuarenta del siglo pasado a través de diversos documentos considerando el *diagnóstico de áreas residenciales en el mundo como adecuadas o inadecuadas, y sus pobladores, en franjas estratificadas de ingreso económico*.²⁸ Al respecto, Mónica Mejía-Escalante señala que:

La evaluación de la provisión de vivienda adecuada desde el discurso de las Naciones Unidas se detalla... de manera temporal entre 1946 y 2020, desde las nociones análogas a la vivienda adecuada descubiertas con lema, y mostrando en los subtítulos entre comillas, acompañadas del programa de acción, su vigencia entre paréntesis, y el medio de difusión que corresponde a los protocolos de derecho internacional y a las conferencias mundiales.²⁹

La autora destaca en un primer momento, que Naciones

²⁷ Mejía-Escalante, Mónica, “La vivienda adecuada financierizada según el ingreso. El discurso de las Naciones Unidas. *Revista de Arquitectura*, Bogotá, No. 1, enero-junio de 2021, p. 43. <https://doi.org/10.14718/RevArq.2021.3330>, consultada el 10 de noviembre de 2022.

²⁸ Ídem.

²⁹ *Ibidem*, p. 44.

Unidas se pronunció en diversas resoluciones con el fin de enfrentar el alojamiento de emergencia como noción análoga a la vivienda adecuada en una Europa que se encontraba devastada por la guerra. Al respecto, destaca la Resolución 53 denominada *Vivienda y urbanismo* (1946) y los *Informes sobre la situación social en el mundo* (1952 y 1961). Otro momento evolutivo lo ubica entre 1957 y 1975 donde identifica que el problema a solucionar es el de la vivienda económica y servicios comunales conexos, producto de la migración de las poblaciones rurales a las zonas urbanas, lo que trajo como consecuencia insuficiencia en los servicios básicos (agua potable, energía, eliminación de excretas y residuos). Para mitigar esta situación se propuso que los gobiernos aceptaran financiación externa, la construcción apoyada por la asistencia técnica y que los procesos constructivos permitieran la tipificación, prefabricación y la auto construcción como forma de desarrollo urbano. Con esto se buscaba que los Estados asuman la función de permitir que se construyeran y se vendieran viviendas.³⁰

Así, la adjetivación de la vivienda adecuada la ubica en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966 y 1991), en cuya primera versión se enuncia como un recurso para lograr el derecho a un nivel de vida digno, y la segunda, ya como un derecho humano. Destaca que en la *Declaración del Milenio* (2000-2015) se establece en el indicador «Familia que vive en asentamiento precario» que se carece de dos o más de las siguientes condiciones: vivienda construida con materiales durables, que no cuente con más de 2 personas por habitación; que tenga acceso a agua potable; que cuente con saneamiento y sanitario privado o colectivo para un número razonable de personas,

³⁰ *Ibidem*, pp. 44-45.

y cuente con seguridad jurídica de la tenencia.³¹ El último momento evolutivo lo ubica con la *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, cuyo objetivo 11 busca que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, resilientes y sostenibles para asegurar el acceso de todas las personas a la vivienda y a los servicios básicos adecuados y seguros, además de asequibles.³² También señala el análisis internacional de la Conferencia sobre las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), de la cual destaca que:

La vivienda es interpretada en Hábitat I-1976 como un componente del derecho a un nivel de vida adecuado; Hábitat II-1996 acoge la definición y los siete elementos del Derecho a la Vivienda Adecuada del PIDESC de 1991; Hábitat III-2016 delimita de nuevo a la vivienda como componente integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y ratifica la realización progresiva del derecho a la vivienda a partir de mecanismos de financiación para su provisión y su acceso.³³

De lo anterior, advierte *los ODM-2015 y los ODS-2030 reafirman la cualificación de lo adecuado de la vivienda desde la conexión a los servicios básicos y urbanos, como servicios a los que se puede acceder por medios económicos, mediante instrumentos financieros*.³⁴ Conforme al plano internacional descrito, es evidente que estos parámetros para la financiarización de la vivienda fueron adoptados por el Estado mexicano a través de diversas políticas públicas implementadas en los últimos tres sexenios las cuales se materializaron en los PNV.

³¹ *Ibidem* 46-47.

³² *Ibidem*, p. 47.

³³ *Ídem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 47.

Particularmente, se destaca el PNV 2019-2024, en el que se hace un diagnóstico de la situación actual de la vivienda adecuada conforme a los elementos descritos antes (la seguridad de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura; asequibilidad; habitabilidad; accesibilidad; ubicación y la adecuación cultural). Respecto al examen realizado del elemento *Asequibilidad*, señala que una vivienda asequible es aquella cuyo costo no compromete la capacidad de las personas para acceder a otros satisfactores básicos (alimento, salud, vestimenta, entre otros). Por lo anterior, se considera que los gastos asociados a la vivienda no deberían superar el 30% del ingreso familiar. En México, se estima que el decil más pobre de los hogares del país destina alrededor del 61% de su ingreso a la vivienda y sus servicios. La cifra para los siguientes dos deciles es de 34%, mientras que para el resto no supera el 30%.³⁵

En este sentido, se advierte que el reto de la asequibilidad de la vivienda en México está marcado por la desigualdad, y para abordarlo se requiere atender al menos dos desafíos: su costo y el acceso a financiamiento. El primero, tiene que ver con precios de mercado y el nivel de ingresos de la población; si se toma en cuenta que el ingreso medio anual de los hogares en 2018, fue de aproximadamente \$198,440 MXN y el precio promedio de una vivienda nueva de MXN \$800,98223, esto significa que una familia tendría que destinar alrededor de cuatro veces su ingreso anual total para adquirir una vivienda media, pagada de contado. La falta de asequibilidad se vuelve más pronunciada en el caso de las mujeres, quienes en 2018 percibieron un ingreso promedio mensual de \$13,595 MXN, frente al de los hombres que fue de \$21,962 MXN; es decir, por cada diez pesos que percibieron los hombres, las mujeres percibieron seis. En el caso

³⁵ Plan Nacional de Vivienda, op. cit. Nota 3, p. 17.

de la población indígena, donde el ingreso promedio de los hombres fue de \$16,076 MXN y el de las mujeres de \$9,373 MXN, esta situación se agrava.³⁶

El segundo desafío de asequibilidad es el acceso insuficiente e inequitativo a opciones de financiamiento. En México, existe una baja penetración de crédito para la vivienda: en 2015, solo 20.8% de las viviendas particulares adquiridas o construidas por sus dueños fueron financiadas a través del Infonavit, el FOVISSSTE, PEMEX o del Fondo Nacional de Habitaciones Populares, mientras que 4.9% había utilizado un crédito bancario, de sociedades financieras de objeto limitado o de cajas de ahorro. Esto implica que, en ese año, 7 de cada 10 viviendas fueron financiadas con recursos propios.³⁷ La problemática principal, arrastrada por muchos años, es que los instrumentos financieros en este sector están enfocados principalmente a la adquisición de vivienda por parte de población derechohabiente, lo cual cubre únicamente a 44% de la fuerza laboral en México. Esto genera una dinámica que excluye a las personas que laboran en el sector formal pero con ingresos limitados, a las que laboran en el sector informal, a quienes acceden a la vivienda a través de arrendamiento y a quienes construyen su vivienda en un lote familiar.³⁸

En cuanto a los programas de subsidio, se aclara que en México existen en particular para los grupos en condición de vulnerabilidad. Sin embargo, este mecanismo no logra garantizar el derecho a la vivienda adecuada. Esto se debe en gran medida a que el acceso a subsidios suele estar supeditado al acceso a un crédito hipotecario, para lo cual es necesario que las familias receptoras cuenten con determinado

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

³⁸ *Ibidem*, pp. 17-18.

nivel de ingresos; esto limita el acceso a los subsidios por parte de la población de menores ingresos. Adicionalmente, la mayoría de los programas de subsidio se han enfocado principalmente a incentivar la construcción de vivienda, cuando el rezago habitacional se concentra en las necesidades de autoconstrucción, ampliaciones y remodelaciones.³⁹

Se reconoce que en el acceso a la vivienda adecuada intervienen diversos actores, no solo el Estado mexicano, pues la iniciativa privada y las organizaciones sociales juegan un papel esencial en la atención a los retos del sector de la vivienda, sobre todo aquella para los grupos en mayor pobreza y condición de vulnerabilidad. El sistema de vivienda en México, incluye a constructoras y desarrolladoras, inmobiliarias, instituciones financieras, cámaras de la industria, centros de educación y organismos no gubernamentales, entre otros.⁴⁰

Ahora bien, el PNV 2019-2024, plantea 5 objetivos prioritarios y diversas estrategias prioritarias:

Cuadro No. 1. Objetivos prioritarios PNV 2019-2024

Objetivos prioritarios	Estrategias prioritarias	Acciones
1. Garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada a todas las personas, especialmente a los grupos en mayor condición de discriminación y vulnerabilidad, a través de soluciones financieras, técnicas y sociales de acuerdo con las necesidades específicas de cada grupo de población.	6	39
2. Garantizar la coordinación entre los organismos nacionales de vivienda y los distintos órdenes de gobierno para el uso eficiente de los recursos públicos de las que se destacan aquellas que inciden en su costo y el acceso a financiamiento.	5	38

³⁹ *Ibidem*, p.18.

⁴⁰ *Ibidem*, 29.

3. Fomentar conjuntamente con el sector social y privado, condiciones que propicien el ejercicio del derecho a la vivienda.	35	24
4. Asegurar el derecho a la información y rendición de cuentas en todos los actores del sistema de vivienda adecuada.	3	12
5. Establecer un modelo de ordenamiento territorial y gestión de suelo que considere la vivienda adecuada como elemento central de planeación de territorio	4	32

Fuente: Elaboración propia con datos del PNV 2019-2024

De este conjunto, se destacan los objetivos prioritarios, estrategias prioritarias y acciones que tienen relación con los costos, el acceso a financiamiento y los programas de subsidio para el acceso a una vivienda adecuada.

Cuadro No. 2. Políticas de financiamiento PNV 2019-2022

<i>Objetivo prioritario 1.</i> Garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada a todas las personas, especialmente a los grupos en mayor condición de discriminación y vulnerabilidad, a través de soluciones financieras, técnicas y sociales de acuerdo con las necesidades específicas de cada grupo de población.	
<i>Estrategia prioritaria 1.1</i> Promover el acceso a la vivienda adecuada, especialmente para grupos en condiciones de vulnerabilidad, enfatizando la disminución del rezago habitacional, la seguridad en la tenencia, la adecuación cultural y la igualdad de género.	1.1.5 Ofrecer más facilidades de pago para los créditos y financiamientos con los que cuentan las personas.
<i>Estrategia prioritaria 1.2</i> Desarrollar programas para fomentar la habitabilidad de las viviendas por medio del mejoramiento, ampliación y sustitución de aquellas en rezago.	1.2.1 Apoyar, a través de mecanismos de financiamiento, a las viviendas con mayor rezago.

<p><i>Estrategia prioritaria 1.3</i> Impulsar el desarrollo e implementación de soluciones alternativas a la compra de vivienda que mejoren la asequibilidad de ésta para todas las personas, con especial enfoque en grupos históricamente discriminados.</p>	<p>1.3.1 Desarrollar instrumentos que incentiven el desarrollo de programas y proyectos habitacionales distintas a la adquisición, por ejemplo: cooperativas de vivienda, vivienda en renta, alquiler con opción a compra, lotes con servicios, entre otros.</p>
<p><i>Estrategia prioritaria 1.4</i> Promover la asequibilidad de la vivienda mediante subsidios que atiendan prioritariamente a las personas que habitan en condiciones de rezago habitacional, que carecen de vivienda o que no tienen acceso a financiamientos para acceder a una vivienda.</p>	<p>1.4.2 Otorgar subsidios mediante programas de desarrollo social que contribuyan al otorgamiento de certeza jurídica a la población que se encuentran en condición de rezago social.</p>
	<p>1.4.3 Reorientar los esquemas de subsidios para apoyar a la población no afiliada, obedeciendo a la demanda real a nivel nacional.</p>
	<p>1.4.4 Focalizar la política de subsidios hacia sectores de menores ingresos o en condiciones de rezago.</p>
	<p>1.4.5 Promover, diseñar e implementar acciones e instrumentos específicos que incrementen el acceso a subsidios dirigidos particularmente a mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores, jóvenes y otros grupos en condiciones históricamente discriminados.</p>

<p><i>Estrategia prioritaria 1.5</i> Impulsar la asequibilidad de la vivienda a través de soluciones financieras como créditos hipotecarios y de mejoramiento, esquemas de cofinanciamiento, ahorro voluntario, entre otros, que permitan que todas las personas tengan acceso a opciones de vivienda adecuada.</p>	<p>1.5.1 Diseñar esquemas financieros y de ahorro para ampliar la cobertura de soluciones de vivienda.</p> <p>1.5.2 Instrumentar lineamientos financieros que requieran esquemas de créditos hipotecarios, cofinanciamiento y ahorro previo dirigidos a la población no afiliada y en situación de vulnerabilidad</p>
	<p>1.5.3 Ampliar el programa responsabilidad compartida y las estrategias de conversión de créditos de Veces Salarios Mínimos (VSM) a pesos</p>
	<p>1.5.4 Ampliar la oferta de soluciones financieras dirigidas a grupos de población específicos que por sus características laborales y económicas no cumplen con las condiciones prevalentes para la solicitud de un crédito Infonavit</p>
	<p>1.5.5 Ofrecer una alternativa de financiamiento y asesoría técnica para autoproducción de vivienda del Infonavit, que represente un financiamiento asequible, accesible y adecuado a las necesidades y posibilidades del derechohabiente</p>
	<p>1.5.6 Ofrecer productos financieros en conjunto con otros organismos, con el propósito de maximizar su capacidad crediticia para la adquisición de una vivienda nueva o usada de mejor calidad.</p>

	1.5.7 Otorgar créditos hipotecarios bajo nuevos esquemas crediticios, alineados a las necesidades de los derechohabientes más vulnerables, para adquisición de vivienda nueva o usada, reparación, ampliación o mejoramiento de vivienda, construcción y redención de pasivos.
	1.5.8 Establecer criterios de priorización en el otorgamiento de créditos hipotecarios, para favorecer a viviendas en sectores de menores ingresos o en condiciones de rezago.
	1.5.9 Premiar a derechohabientes que han cumplido puntualmente en el pago de sus créditos.
	1.5.10 Colaborar con la banca de desarrollo y la banca comercial para flexibilizar productos financieros dirigidos a la vivienda (p.ej. micro financiamientos hipotecarios), indagando en apoyos que pueda otorgar el Estado para tal fin (p.ej. garantías).
<i>Objetivo prioritario 3.</i> Fomentar conjuntamente con el sector social y privado, condiciones que propicien el ejercicio del derecho a la vivienda.	
<i>Estrategia prioritaria 3.1</i> Incentivar la participación del sector privado y social para mejorar el desarrollo de vivienda adecuada en sus diferentes modalidades	3.1.1 Establecer criterios de operación claros para los programas de estímulo a la vivienda, así como metodologías adecuadas para evaluar el otorgamiento de financiamientos.

	3.1.3 Establecer alianzas con las instituciones bancarias y organismos nacionales de vivienda, para promover nuevos mecanismos de financiamiento de créditos con garantía hipotecaria.
<i>Estrategia prioritaria 3.3</i> Generar alianzas estratégicas con el sector privado y social para impulsar el financiamiento de vivienda e infraestructura del país con enfoque en un desarrollo sustentable.	3.3.1 Publicar de forma mensual un boletín estadístico que muestre las tasas de interés de hipotecas y otras soluciones financieras para vivienda ofrecidas por cada banco, buscando incrementar la competitividad de los mismos.
	3.3.3 Llevar a cabo pruebas de implementación de microcréditos colectivos y fideicomisos de terrenos comunitarios, para evaluar si existen condiciones para su ejecución a escala.
	3.3.5 Generar incentivos a la banca comercial y a la banca de desarrollo para ampliar la cobertura de financiamientos a grupos en condición de vulnerabilidad, por ejemplo, a través de tasas preferenciales.
	3.3.8 Colaborar con la banca privada para que brinde financiamiento a la construcción de vivienda para renta; así como generar un diálogo con otros actores del sector privado que contribuyan a evaluar y fomentar la viabilidad de este modelo (p.ej. administradores de propiedades).

Fuente: Elaboración propia con datos del PNV 2019-2024

Si bien el derecho a la vivienda adecuada es un derecho humano fundamental, también lo es que no escapa de la mer-

cantilización como un bien sujeto a la oferta y demanda de quien puede financiar un esquema crediticio para su obtención, toda vez que también los *derechos sociales tienen relación con la dinámica financiera de los Estados los cuales someten su acción gubernamental a la planificación y disponibilidad de recursos*.⁴¹ Pese al reconocimiento constitucional y convencional de este derecho su aplicación pasa por la ejecución material, los criterios políticos y disponibilidad de recursos para su materialización, lo que limita su realización frente a la organización pública. Al respecto, se sostiene que:

Se puede considerar que los sujetos que disponen de mayores riquezas pueden satisfacer de forma permanente sus necesidades, en consecuencia, los derechos sociales pueden tener un grado de mayor satisfacción en las clases sociales de mayor nivel económico que tributan más. Sin embargo, el Estado debe intervenir para satisfacer los derechos a los sectores menos favorecidos y “más débiles” en lo económico, pues es la razón de ser de tales derechos y justifica concepciones como el Estado social de derecho.⁴²

La política pública analizada recoge los parámetros internacionales antes expuestos en cuanto a la definición y principios que rigen el derecho humano fundamental de la vivienda adecuada. También reconoce la necesidad de ofrecer esquemas accesibles de pago, créditos y financiamiento para que las personas cuenten con una vivienda, particularmente para aquellos grupos sociales más vulnerables y rezagados

⁴¹ Andara Suárez, Lenin José, Angello Peña Barrios, “Presupuesto público y derechos sociales: perspectiva general sobre el cumplimiento de los derechos”, *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, No. 14, vol., 1, enero-junio 2022, p. 75, DOI: https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.248.

⁴² *Ibidem*, p. 87.

(mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores, jóvenes y otros grupos en condiciones históricamente discriminados). Reconoce la necesidad de impulsar la asequibilidad de la vivienda a través de soluciones financieras diversas (cooperativas de vivienda, vivienda en renta, alquiler por opción a compra, lotes con servicios, microcréditos colectivos y fideicomisos de terrenos comunitarios y otros) en coordinación con la banca de desarrollo y la banca comercial.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los derechos sociales son verdaderos derechos humanos fundamentales, los cuales aseguran la inclusión de todos. El derecho a una vivienda adecuada se caracteriza por reconocer un estándar de protección para todas las personas sin distinción de edad, sexo, origen étnico racial o vulnerabilidad por condiciones estructurales, el cual busca que alcancen un nivel de vida adecuado y mejoren las condiciones de su existencia y les da el derecho de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

En ese sentido, se observa que el marco nacional recoge los parámetros internacionales con los que se configura este derecho (la seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y la adecuación cultural), por ello va más allá del derecho a la propiedad. En ese contexto, la política pública mexicana actual busca reivindicar el sentido social de este derecho, alejándose de los esquemas de financiarización poco accesibles que impulsó el mercado inmobiliario en los últimos años.

Se afirma entonces que es un derecho humano fundamental y una necesidad social. Por tanto, las políticas públicas deben garantizar el acceso a este derecho a todas las perso-

nas, no solo aquellas que cuentan con un nivel de ingresos económico suficiente para acceder a un crédito hipotecario. Si bien las instituciones públicas que subsidian los créditos para vivienda en México diversificaron sus esquemas financieros para hacer asequible este derecho, lo cierto es que se requiere que las instituciones financieras particulares también faciliten esquemas hipotecarios más accesibles para la población en general, pues como se observó solo los trabajadores particulares o del Estado tienen acceso a este bien a través de un crédito social.

Por tanto, se requiere que las instituciones públicas y privadas propongan esquemas financieros más justos, diversos y asequibles para que todas las personas tengan acceso a una vivienda adecuada, más aún aquellas en situación de vulnerabilidad y rezago social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, Víctor, Añon María José, Courtis Christian, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías más democracia”, *Derechos sociales, instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.
- Alvarado Rojas, Claudio, Silva Irarrázaval, Luis Alejandro, “Supremacía constitucional y derechos sociales: ¿hacia la judicialización de la política?”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 2, 2020, <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v26n2/0718-0012-iusetp-26-02-32.pdf>.
- Andara Suárez, Lenin José y Angello Peña Barrios, “Presupuesto público y derechos sociales: perspectiva general sobre el cumplimiento de los derechos”, *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, No. 14, vol., 1, enero-junio 2022, p. 75, DOI: https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.248.
- Arango, Rodolfo, “Derechos sociales. Un mapa conceptual”, en Morales Antoniazzi, Mariela, *et. al.*, *Internacionalización de los DESCAs en el caso Cuscul Pivaval de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Bonet de Viola, Ana María, A. Vidal, Elisabet, Piva Esteban Saidler Selene, “La primicia de los derechos sociales relacionados con un nivel de vida adecuado: una reivindicación (in)esperada de la pandemia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 51, No. 134, <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a04>.
- Cascajo Castro, José Luis, “Derechos sociales”, en Cascajo Castro José Luis, *et al.*, *Derechos Sociales y Principios Rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalista de España*, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2012.

- Conacyt, “Anexo 1. Actividades de retribución social”, www.astro.ugto.mx/recursos/Formatos/Anexo1_Actividades_de_Retribucion_Social.pdf.
- Conacyt, Programa Nacional Estratégico “Vivienda”, <https://conacyt.mx/pronaces/pronaces-vivienda/>.
- Espinosa de los Monteros, Javier, “Los desafíos del constitucionalismo social en el siglo XXI”, en Astudillo, César, Carpizo Jorge (coord.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/18.pdf>.
- Magaña Martínez, María Salomé, Sosa y Silva García, Yolanda, Rodríguez Cebreros, Jesús, *El patrimonio de familia; una garantía social de la familia en México*, Universidad Autónoma de Baja California, 2021.
- Mejía-Escalante, Mónica, “La vivienda adecuada financiada según el ingreso. El discurso de las Naciones Unidas”, *Revista de Arquitectura*, Bogotá, No. 1, enero-junio de 2021, <https://doi.org/10.14718/RevArq.2021.3330>.
- Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Hacia la construcción de un derecho social comparado”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año LVV, número 162, septiembre-diciembre de 2021, <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (ACNUDH), *Folleto informativo n. 21, “El derecho a una vivienda adecuada”*, 2010, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf.
- Pahuamba Rosas, Baltazar, “Desarrollo y eficacia de los derechos sociales en el contexto actual”, en Pahuamba

- Rosas, Baltazar, et al., *Aplicación de los derechos humanos, México*, Editorial Novum, 2014.
- Programa Nacional de Vivienda 2019-2024, México, <https://www.gob.mx/shf/documentos/plan-nacional-de-vivienda-pnv-2019-2024>.
- Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada, ONU, <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-housing/human-right-adequate-housing>.
- Suárez Sebastián, María de Pilar, “Aspectos fundamentales de los DESC”, en Pablo Elías González Mongi, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Libre de Colombia, 2009, p. 62, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, (Registro digital: 2001103), *Tesis XXIV.1o.2 K (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro X, julio de 2012, Tomo 3, página 1835.
- _____
Registro digital: 2006169. Tesis 1a. CXLVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, página 798.
- _____
Registro digital: 2009348. Tesis 1a. CCV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 583.
- _____
Registro digital: 2015130, Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, página 217.
- Villar Borda, Luis, “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”, *Revista Derecho del Estado*, Colombia, núm. 20, diciembre de 2007.

¿UNA CONSTITUCIÓN PARA EL SIGLO XXI? EL PROYECTO CONSTITUCIONAL FALLIDO DE CHILE

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA*

RESUMEN

El proceso constituyente que experimentó el Estado chileno, producto de las movilizaciones efectuadas en las postrimerías de 2019, constituye un momento constitucional de cavilación y sopeso para los Estados aledaños y los remotos, en cuanto se perfila como el episodio más lozano y serio del ejercicio del poder constituyente. No obstante, las expectativas fueron postergadas por el rechazo del soberano chileno al proyecto presentado por la convención constitucional en 2022. En razón de que la experiencia conllevó cuestiones positivas como negativas útiles para reflexionar sobre los procesos de enmienda constitucional, el propósito del presente estudio es analizar el proyecto de Constitución en el marco de los principios fundamentales del Constitucionalismo, a fin de poder precisar las razones que condujeron al pueblo chileno a su impugnación y desecho. La investigación es preeminentemente teórica, emplea un paradigma amplio del fenómeno jurídico (considera cuestiones principialistas, axiológicas, normativas, y fácticas), y esgrime la metodología bibliográfico-doctrinal.

* Investigador Independiente. Licenciado y Maestrante en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón. Líneas de investigación: derecho constitucional y derecho procesal. Correo electrónico: rodriggcruz@gmail

PALABRAS CLAVE: Constitución para el siglo XXI, Proyecto constitucional fallido, Constituyente chileno.

ABSTRACT

The constituent process undergone by the Chilean State, as a result of the mobilizations carried out at the end of 2019, constitutes a constitutional moment of reflection and weighing up for the neighboring and remote States, as it is shaping up as the freshest and most serious episode of the exercise of the constituent power. However, the expectations were postponed by the rejection of the Chilean sovereign to the project presented by the constitutional convention in 2022. Since the experience entailed both positive and negative issues useful to reflect on the processes of constitutional amendment, the purpose of this study is to analyze the draft Constitution within the framework of the fundamental principles of Constitutionalism, in order to be able to pinpoint the reasons that led the Chilean people to challenge and reject it. The research is preeminently theoretical, employs a broad paradigm of the legal phenomenon (it considers principled, axiological, normative, and factual issues), and uses the bibliographic-doctrinal methodology.

KEYWORDS: Constitution for the 21st Century, Failed constitutional project, Chilean Constituent Assembly.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución codificada y rígida es la modalidad constitucional campante en el siglo XXI, al ser adoptada por la mayoría de las democracias constitucionales de la comunidad internacional. En la región sudamericana, las constituciones

comenzaron a proliferar durante los siglos XIX y parte del XX, siendo el Estado chileno uno de ellos.

Pero, dotarse de una Constitución y sustantivarla son dos planos distintos; se tiene el ejemplo de los pueblos hispano-americanos, que durante la época decimonónica han dado al traste con los preceptos que se suponían regirían sus vidas políticas. Las razones principales de este pasado luctuoso son el predominio del liderazgo caudillista y la endeble cultura constitucional.

Ahora estamos en el tercer año de la segunda década del siglo XXI, tiempo que ha sido testigo de que los cambios constitucionales pueden efectuarse con amplia participación democrática (caso constitucional de Ecuador y Bolivia, en 2008 y 2009, respectivamente).

Esto es así porque siendo los escenarios políticos más estables, es harto complejo que en la actualidad se admitan reformas constitucionales por el imperio del poder de las armas; las reformas no obstante serán necesarias en su debido momento a causa de que la sociedad es un cuerpo dinámico, y por ende, las constituciones, que son productos culturales del hombre afectadas por esta cualidad, requieren enmiendas cuando la tesitura social, política y económica que las configuró se modifica.

Los factores para la promoción de este momento, a criterio de una amplia mayoría del pueblo chileno, concurrieron a finales del año 2019 acompañadas de protestas sociales contra el sistema vigente. ¿Cuál fue el resultado? La erección de un organismo extraordinario con competencia para moldear una “Nueva Constitución”: la Convención Constitucional.

Empero, así como se sumaron una serie de sucesos para fomentar hondas reformas constitucionales, se conglomeró un cúmulo de razones que fundamentaron el veredicto negativo del soberano chileno.

Al ser este el episodio de enmienda constitucional más lozano y comprometido de nuestro continente, resulta necesario efectuar un análisis de los móviles que impelieron a la mayoría del pueblo de Chile a descartar el proyecto de Constitución de 2022. Cavilar y sopesar este proceso constituyente será asaz provechoso para el Derecho Constitucional Comparado, en cuanto se perfila como un mosaico de referencias del cual podemos rescatar directrices para futuros momentos de reforma constitucional.

Se advierte al lector que la presente investigación es de índole teórica, orientada por un paradigma amplio de la experiencia jurídica (considera cuestiones principialistas, axiológicas, normativas y fácticas), y utiliza el método bibliográfico-doctrinal.

2. RUMBO A LA CONSTITUYENTE

En general, las constituciones se han instituido precedidas de un escenario social desasosegado, verbigracia: la más celebre Constitución del mundo, la de Filadelfia (1787), tuvo lugar después de una pluralidad de pugilatos sociales y comerciales entre los miembros de la Confederación, que provocaron la inestabilidad de la Unión; y la Constitución Vitalicia de Bolivia (1826) que fue aprobada después de la victoria en la guerra de independencia contra la Metrópoli española.

Entonces, no resulta sorpresivo que el flamante proceso constituyente de Chile se haya suscitado después de una prolongada serie de protestas ciudadanas, *id est*, no fue la excepción a la regla.

2.1. EPISODIOS DE FORMACIÓN

Según Ignacio Escudero, el “estallido social”¹ puede atribuirse al alza de costo de la Red de Transporte Público Metropolitano el 6 de octubre de 2019, que consistía en un incremento de \$30 en el servicio de metro (particularmente en horario punta y valle) y de \$10 en los servicios de la Red Metropolitana de Movilidad. Esto, sin embargo, es cuestionado porque la elevación no cubría a estudiantes o adultos mayores, y porque en horario bajo la tarifa se reducía en un \$30. La respuesta a esta decisión fueron las primeras acciones de protesta: evasión de pago de peaje por estudiantes e irrupción en las estaciones del metro.

Ante el incremento de movimientos sociales el presidente, Sebastián Piñera Echeñique, decretó el 19 de octubre de 2019 el Estado de Excepción bajo su modalidad emergencia en las provincias de Santiago y Chabuco, y comunas de Puente Alto y San Bernardo, por el plazo de 15 días (art. 1 del decreto). Las razones principales que motivaron al Jefe de Estado a recurrir a este mecanismo constitucional de protección y garantía del orden público, quedan registradas en sus considerandos, particularmente el primero, que al tenor declara: “Que, con esta fecha, han tenido lugar en diversos sectores de la Región Metropolitana múltiples atentados contra la propiedad pública y privada, especialmente contra medios de transporte público de pasajeros, lo que se ha materializado en la destrucción de buses y la total paralización de la red del Metro de Santiago, incluyéndose respecto de este último servicio la quema y destrucción de sus bienes e instalaciones en diversas estaciones, además de la quema, saqueo y destrucción de edificios y locales comerciales.

¹ Dazarola, Gabriela, “Cronología del proceso previo al acuerdo por una Nueva Constitución”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2020, pp. 2.

Todo ello significó para la ciudadanía el no contar con medios de transporte para su normal desplazamiento a través de la región”.

El hecho fue de notoria repercusión constitucional, en cuanto significaba la: “primera vez que este mecanismo, que adquirió rango constitucional en 1980, se utiliza en democracia”.² Pero la gallardía fue más pronunciada que la autoridad, haciendo befa de las restricciones impuestas a derechos como la libertad de locomoción y reunión, diversos ciudadanos continuaron con sus manifestaciones; es así el que el 25 de octubre se marca un hito histórico para los anales con la bautizada “La marcha más grande de Chile”³, de 1,2 millones de personas.

En el referido suceso la coordinadora de Unidad Social, enrolándose en las voces expresadas en movilizaciones previas, manifestó la necesidad de formular una nueva Constitución por medio de una Asamblea Constituyente, la cual tuvo amplia aceptación y apoyo popular.

Posteriormente, aunque no hubo transcurrido 15 días, el 28 de octubre de 2019 el Estado de Emergencia fue anulado por el presidente con la finalidad de recuperar “la normalidad institucional”⁴ en el país. A causa de esta decisión, el Estado

² Heiss Bendersky, Claudia, “El estado de emergencia que no logró controlar el estallido en Chile”, *Agenda Pública*, 11 de noviembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13934/estado-emergencia-no-logro-controlar-estallido-chile>

³ Romero, Cristina, “A tres años de la ‘marcha más grande Chile’: ¿Cuáles son y cómo han cambiado las urgencias sociales según los sondeos?”, *Emol*, 25 de octubre de 2022, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/10/25/1076509/marcha-del-25-de-octubre2019.html>.

⁴ “Piñera levanta el estado de emergencia en Chile para ‘contribuir’ a que el país ‘recupere la normalidad institucional’”, *BBC News Mundos*, 28 de octubre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50206441>.

de Excepción fue estimado como un mecanismo ineficiente e inidóneo para resolver la problemática social planteada, que tuvo como saldo hasta ese entonces de 20 fallecidos y aproximadamente 1200 heridos.

En esta misma fecha se convocaron cabildos ciudadanos que versaron entre otros temas, sobre la propuesta de dotar a Chile de una “Nueva Constitución”, a través de una institución constituyente distinta al Congreso; recuérdese el primer cabildo abierto de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, el 28 de octubre.⁵ Este hecho social amerita encomios, por cuanto que los cabildos no sean un instrumento democrático registrado expresamente en la Constitución de 1980, no fue óbice para que fuesen dinamizados por la ciudadanía.

Pero las manifestaciones no cesarían, el 4 de enero de 2019 se citó a un gran paro nacional en señal de disconformidad con la administración del ejecutivo y legislativo nacional. Algunos días después, el 7 de enero, la Asociación Chilena de Municipalidades decidió llamar a plebiscito nacional el 7 de diciembre, con el propósito de consultar, entre otras cosas, si era necesaria una nueva Constitución.

El 12 de noviembre, Unidad Social propuso una “Huelga General” cuya principal demanda era una nueva Constitución configurada en una asamblea constituyente; a criterio de Gabriel Muñoz, este hecho constituyó “el punto más alto de la rebelión popular de 2019”⁶.

⁵ “Facultad de Ciencias Sociales realiza su Primer Cabildo ciudadano”, *Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Chile*, 29 de octubre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://facso.uchile.cl/noticias/158865/comunidad-de-ciencias-sociales-realiza-su-primer-cabildo-ciudadano>.

⁶ Muñoz, Gabriel, “Política Chile. A 3 años de la ‘Huelga general’ del 12 de noviembre: Cuando el gobierno de Piñera temió su caída”, *La izquierda diario*, 12 de noviembre de 2022, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.laizquierdadiario.com/A-3-anos-de-la-Huelga-general-del-12-de-noviembre-Cuando-el-gobierno-de-Pinera-temio-su-caida>.

Episodios como los narrados abundaron y recrudecieron con el decurso de los días, incluso el presidente, quien en su momento declaró “Estamos en guerra”, tuvo que pedir perdón a sus conciudadanos por su “falta de visión”, debido a que las protestas se encaminaron a exigir su renuncia y la liberación de los detenidos frente al Palacio de la Moneda⁷.

Fueron las movilizaciones precisadas las que configuraron una sólida plataforma sobre la cual peticionar –o mejor, exigir– una nueva norma suprema y fundamental que respondiera mejor a la realidad social y orqueste idóneamente la vida política de Chile.

2.2. ECLOSIÓN: INSTITUCIÓN DE LA CONVENCION CONSTITUCIONAL

El pedido de una nueva Constitución para Chile fue un pronunciamiento recurrente en las protestas, pero la primera vez que se menciona su necesidad desde un espacio de poder se suscita el 21 de octubre de 2019, por boca del presidente del senado Jaime Quintana Leal, quien considerando necesario efectuar una “autocrítica profunda”, por parte de la clase política señaló: “Pero también hay un aspecto que trabajar, que es la participación. La gente quiere participar, no basta solo con los actores políticos. Tenemos que recoger el espíritu que en algún momento se tuvo con el proceso de participación ciudadana para una Nueva Constitución y que quedó a mitad de camino; responsabilidad también transversal de la política, no solo del actual gobierno. En esa oportunidad, se hicieron cabildos, encuentros autoconvocados en todo el

⁷ “Chile: manifestantes exigen la renuncia de Piñera frente a La Moneda por la represión de la policía | FOTOS”, *El Comercio*, 19 de noviembre de 2020, <https://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/chile-en-vivo-manifestantes-exigen-la-renuncia-de-sebastian-pinera-frente-a-la-moneda-por-la-represion-de-carabineros-fotos-noticia/>.

país, y se generaron expectativas en la población”.⁸

Habiéndose pronunciado una figura sobresaliente del foro legislativo, el departamento del ejecutivo no pudo guardar silencio y, por medio del Ministro del Interior, Gonzalo Blumel, manifestó que: “Nosotros, como Gobierno, hemos tomado la decisión de impulsar el debate constitucional [...], vamos a impulsar un mecanismo de cambio constitucional [...]”; concluyó afirmando que para tratar los asuntos planteados: “un congreso constituyente es una muy buena alternativa”.⁹ Ergo, la propuesta del Gobierno era dotar al Congreso de poderes constituyentes para canalizar e introducir las demandas sociales pertinentes.

La noticia fue recibida de manera positiva, pero distintos personajes políticos manifestaron su negativa a que sea el Congreso el escenario constituyente para zanjar las agitaciones sociales; como: Heraldo Muñoz, Matías Walker, Manuel José Ossandón, y Gabriel Boric (entonces diputado).

El sentir popular y la oposición institucional fueron efectivos, el 12 de noviembre el Presidente del Estado llamó a un “Acuerdo Trino”: Por la Paz y contra la Violencia, Por la Justicia, para impulsar una robusta agenda social, y Por una Nueva Constitución en el marco de la institucionalidad democrática. Respecto al último punto, sostuvo que este debía efectuarse: “con una clara y efectiva participación ciudadana, con un plebiscito ratificatorio para que los ciudada-

⁸ Quintana Leal, Jaime, “Declaraciones del Presidente del Senado tras reunión de los tres poderes del Estado en La Moneda”, *Senado de la República de Chile*, 21 de octubre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.senado.cl/noticias/presidente-del-senado/declaraciones-del-presidente-del-senado-tras-reunion-de-los-tres-poderes>.

⁹ “Ministro Blumel propone “congreso constituyente” para responder a la demanda de nueva constitución”, *T13*, 10 de noviembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.t13.cl/noticia/politica/ministro-blumel-propone-congreso-constituyente-responder-demanda-nueva-constitucion>.

nos participen no solamente en la elaboración de esta nueva Constitución, sino que también tengan la última palabra en su aprobación y en la construcción del nuevo pacto social que Chile necesita”¹⁰.

Pocos días después, el 15 de noviembre, cristaliza el “Acuerdo por la Paz social y una Constitución”. Entre los puntos más significativos que lograron acuerdo se tuvo: a) plebiscito de acceso (apruebo o rechazo) para una nueva Constitución en 2020, b) definición del órgano competente, c) plebiscito de despacho (ratificación o denegatoria), e d) institución de una comisión técnica constituyente.

En diciembre, también se presentan hechos de envergadura. El día 6, la comisión técnica constituyente sugiere el número de integrantes, 155 para una Convención Constituyente, y 172, para una Convención Constituyente Mixta (en caso fuera integrada por constituyentes electos y congresistas). El 15, logra concretarse una consulta ciudadana que involucró 226 municipios y computó 2.465.243 votos, donde se evidenció que un 91.3% (846.110) comulgaba con la idea de una nueva Constitución, y que las prioridades sociales eran 3: pensiones, salud pública, y educación pública.¹¹

Continuemos hilvanando; el 18 de diciembre, la Cámara de Diputados aprobó reformas para el capítulo XV de la Constitución, contenidas en los boletines 7769, 7792, 20014, 10193, 11173, 12630 y 13024, con el propósito de principiar

¹⁰ “Presidente Piñera convoca a todo el país a un Acuerdo por la Paz y a condenar la violencia de forma categórica”, *Prensa Presidencia*, 12 de noviembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=134377>.

¹¹ “Más de 2 millones participaron en consulta ciudadana: mayoría se inclina por nueva Constitución y Convención Constitucional”, *El Mostrador*, 15 de diciembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/12/15/mas-de-2-millones-de-personas-participaron-en-la-consulta-ciudadana-mayoria-se-inclina-por-una-nueva-constitucion-y-convencion-constitucional/>.

el proceso constituyente, y las despachó a la Cámara de Senadores. Al día siguiente, los diputados aprueban criterios para integración del organismo de reforma constitucional: paridad de género, independientes y reserva de escaños para pueblos indígenas; el mismo día, el senado aprobó la enmiendas, introduciéndose a la norma suprema el procedimiento para la confección de una Nueva Constitución. Para finalizar, el proyecto aprobado por el legislativo alcanzaría rango de ley con la promulgación del Presidente el 24 de diciembre de 2019, bajo el rótulo de Ley N.º 21.200.

El sendero constitucional estaba definido, el plebiscito de acceso tendría lugar el 26 de abril de 2020 con dos preguntas: 1. ¿Quiere usted una Nueva Constitución?, y 2. ¿Qué tipo de órgano debería redactar la Nueva Constitución?, y con la resolución de este Chile comenzaría la redacción de su “nuevo” pacto político. No obstante, el 2020 experimentaría un “Estado de Excepción Global” a causa de la pandemia generada por el Covid-19 que incidiría en las fechas concertadas; fue por este móvil que el plebiscito tuvo que realizarse el 25 de octubre. Concluida la consulta al Soberano, los resultados fueron: 78.31% a favor de una Nueva Constitución, y 79.18% se inclinó por la opción de una Convención Constitucional.¹²

Al año siguiente, el 15 y 16 de mayo de 2021, siguiendo los parámetros de la comisión técnica constituyente, se efectuó la elección de los 155 convencionales; la mañana del 4 de julio se procede con la sesión inaugural presidida por Elisa Loncón Antileo, representante del pueblo mapuche, acompañada del vicepresidente Jaime Bassa Mercado, connotado constitucionalista. Al asumir el cargo, la presidente manifestó: “Esta Convención que hoy día me toca pre-

¹² “Resultados Electorales Históricos”, *Servicio Electoral de Chile*, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.servel.cl/centro-de-datos/resultados-electorales-historicos-gw3/>.

sidir transformará a Chile en un Chile plurinacional [...]. Es posible, hermanas y hermanos, compañeras y compañeros, refundar este Chile [...]”.¹³

La nomogenética de una Nueva Constitución fue puesta en la mesa, yacía entonces sobre los hombros de las autoridades y el pueblo la responsabilidad y el reto de construir una Constitución en el siglo XXI.

3. RESISTENCIA AL PROYECTO CONSTITUCIONAL

Como manifestamos con antelación, el proceso nomogénico constitucional no es una labor hacedera, es toda una empresa jurídica. El proceso constituyente chileno no fue el dato anómalo a esta tradición constitucional, ya que se observó disparidad de ideas desde antes de la institución de la convención constitucional: con la discusión sobre la paridad de género y las cuotas indígenas. A este defecto de falta de consenso se sumaron defectos externos al esbozo constitucional de la convención: errónea interpretación de la realidad constitucional, y la ideología y comportamiento de los convencionales

¿Cuál fue el resultado de la concurrencia de estos factores? El fracaso del más novicio proyecto constitucional del mundo: 61.89% votos en rechazo, y 38.11% votos a favor¹⁴.

A pesar del resultado, juzgamos que lo acontecido en Chile es un rico yacimiento de experiencias constitucionales

¹³ “Elisa Loncón tras asumir como presidenta de la CC: ‘Todos juntos vamos a refundar este Chile’”, *CNN Chile*, 4 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, https://www.cnnchile.com/pais/elisa-loncon-presidenta-cc-refundar-este-chile_20210704/.

¹⁴ “Plebiscito 2022”, *Servicio Electoral de Chile*, acceso 12 de enero de 2023, <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>.

aleccionadoras, proficuas no solo para los *homo juridicus*, sino también para el *populi* de los distintos continentes del globo. Por esta razón, es menester escrutar las razones por las que el soberano chileno decidió repeler la norma presentada por su Convención Constitucional.

3.1. RAZONES EXTERNAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL QUE FUNDARON EL RECHAZO

3.1.1. Errónea interpretación de la realidad constitucional

Uno de los fulcros argumentativos para desacreditar el régimen constitucional vigente fue la legitimidad de origen, la Constitución chilena de 1980 fue redactada durante el mandato militar de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, que duró de 1973 a 1990. Esta a su vez fue sometida a plebiscito, ganando los votos aprobatorios con el 67.04% frente a 30.19% votos en contra.

Este incentivo para promover la reforma tuvo precisión gracias a doctrinarios como la profesora Miriam Henríquez Viñas y el profesor Gilberto Aranda”.¹⁵

No obstante, el texto constitucional que rige la vida política y jurídica del pueblo chileno no ha quedado incólume hasta el 2023, ya que se han producido importantes reformas en 1989 y en 2005.

Conforme al originario art. 8 de la Constitución: “Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.”

¹⁵ “Elecciones en Chile: por qué es tan polémica la Constitución de Pinochet que 155 representantes van a sustituir”, *BBC News Mundo*, 17 de mayo de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57072119>.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales”. Este precepto puede ser considerado como una notoria cláusula de limitación de las ideas políticas propias de una Democracia Defensiva (Susman) o Democracia Militante (Loewenstein),¹⁶ pero, el 30 de julio de 1989, mediante plebiscito el pueblo de Chile introdujo 54 reformas constitucionales, entre ellas: el deber del Estado de respetar y promover los derechos humanos previstos en la Constitución y tratados internacionales, supresión de la competencia de disolución de la cámara de diputados por el Presidente, y derogación del art. 8. El hecho político es de destacar, por cuanto tuvo la ratificación del 91.25% y tan solo 8.74% de rechazo, y porque se avanzó hacia un ambiente político con mayores niveles de protección de derechos, institucionalidad y tolerancia; entonces, el denominativo dado por la doctrina chilena es adecuado: una “Reforma de la Transición”.

A pesar de los ajustes, algunos “enclaves autoritarios” aún pervivían; esto impulsó a que se produjera en 2005 otra nuclear reforma constitucional, bautizada por el profesor José Luis Cea Egaña como el “cambio constitucional más importante”, el de “mayor trascendencia jurídica”¹⁷ a la Constitución de 1980.

Esta enmienda (de 58) puntos incidió especialmente en la dimensión orgánica de la Constitución: en la cámara de senadores y el tribunal constitucional. Respecto al primero, se eliminó la figura de los “senadores designados”, que estaban previstos en el art. 45., incisos b) al f), así como los

¹⁶ Aharon, Barak, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Escritos sobre derechos y teoría constitucional*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020), p. 264.

¹⁷ Cea Egaña, José Luis, “El cambio constitucional más importante”. *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, 2007, p. 324.

vitalicios; en cuanto al segundo, el tribunal constitucional fue potenciado a través de la extensión del control de constitucionalidad a los decretos supremos del Presidente, autos acordados de la Corte Suprema, y las leyes del Congreso.

Las reformas (Ley N.º 20.050) fueron promulgadas por el presidente Ricardo Froilán Lagos Escobar el 26 de agosto de 2005; posteriormente, el 17 de septiembre del mismo año el presidente dictó el Decreto N.º 100 mediante el cual se presentó a la ciudadanía el texto con las reformas implementadas. El mismo día, Lagos emitió un discurso donde enfatizó que Chile: “[...] merecía y merece una Constitución democrática de acuerdo a los actuales estándares internacionales de la democracia en el mundo”; ya terminando su alocución sentenció: “Este es un día muy grande para Chile, tenemos razones para celebrar, tenemos hoy, por fin, una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile”.¹⁸ Culminada esta labor, la rúbrica de Pinochet fue removida y procedió a insertar su firma, que es la que la actual Constitución ostenta.

Con base al recorrido histórico constitucional abordado es permisible concluir que cuando se critica a la Constitución de 1980 tildándola como “la Constitución de Pinochet” o “la heredera de Pinochet”, se está formulando una afirmación miope jurídica e históricamente; la norma suprema de Chile ha experimentado hondas reformas constitucionales que han tendido a vigorizar la tutela de los derechos humanos y el régimen democrático e institucional, las cuales además han sido objeto de aprobación popular y consenso legislativo. En consecuencia, sostener que el padre de la actual norma fun-

¹⁸ “Texto completo del discurso de Ricardo Lagos al suscribir la actual constitución en 2005”, *PiensaChile*, 19 de junio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://piensachile.com/2021/06/20/texto-completo-del-discurso-de-ricardo-lagos-al-suscribir-la-actual-constitucion-en-2005/>.

damental es Pinochet es una equivocada concepción de la experiencia constitucional chilena, que se esgrimió por sus detractores como un sólido argumento para impugnar la petición de una Nueva Constitución; ya que, considerando la fuente para su origen o reforma: si esta ya no es la Constitución de Pinochet, sino la Constitución del Pueblo chileno y de Lagos, ¿para qué sustituirla?

Empero, y sin mengua de la importancia de las reformas constitucionales adoptadas, concuerdo con el profesor José Manuel Díaz de Valdés J., cuando señala que: “La Reforma 2005 constituye, tanto por su intensidad como por la extensión de sus contenidos, un punto de inflexión en la historia de la Constitución de 1980, sólo comparable a la reforma constitucional de 1989 o ‘Reforma de la Transición’. Ello no implica, sin embargo, que haya dado lugar a una nueva Constitución”.¹⁹

En efecto, como sus epígrafes bien lo indican, lo que aconteció en 1989 y 2005 fueron “reformas constitucionales”, no una Nueva Constitución. Si prohijáramos un paradigma formalista del proceso de enmienda constitucional: “cada reforma introducida al texto constitucional conlleva a la confección de una ‘Nueva Constitución’”,²⁰ entonces, ¿Chile tendría 112 constituciones?; en corolario, se puede sostener que el texto constitucional de 2005 no es un novicio texto constitucional, más no se puede afirmar que este sea obra plena de la pluma de Pinochet.

¹⁹ Díaz de Valdés J., José Manuel, “La reforma constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes”, *Revista Actualidad Jurídica*, N.º 20, 2009, p. 61.

²⁰ Cruz Apaza, Rodrigo René, “Una sustancia diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana”, *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, Vol. 6, N.º 10, 2022, p. 62.

Bajo esta interpretación, los reproches a una Constitución que ha promovido —en la medida de lo posible— el desarrollo económico, protegido la democracia, y garantizado los derechos humanos, particularmente desde 2005 hasta antes del estallido social, no son sino una muestra de *rescondo constitucional* por un escrito que en nuestros días ya ni conserva la firma del tan censurado Pinochet.

A criterio nuestro, este, el desconocimiento por la historia constitucional por parte de ciudadanos y algunos convencionales, es uno de las razones que motivó la desaprobación de la obra de la Convención Constitucional.

3.1.2. Cuestiones atinentes a los convencionales

3.1.2.1. Ideología

Siendo la Convención Constitucional un organismo colegiado integrado por 155 miembros, era inexorable que su composición fuera mixtiforme: hombres y mujeres representando a diversos sectores sociales. Dentro de este número, sin embargo, un buen porcentaje de los convencionales respondía a una ideología moderada o radical de la izquierda; así lo afirmaron Nicolás Massai D. y Benjamín Miranda, cuando afirmaron que al menos 77 constituyentes provienen de agrupaciones que pretendían impulsar “políticas para poner fin al rol subsidiario del Estado, superar la economía extractivista, instaurar la plurinacionalidad, profundizar derechos laborales y cambiar el sistema previsional, entre otras”,²¹ 28 del pacto entre Frente Amplio y el Partido Comunista, 27 de la Lista del Pueblo, 7 de listas locales y 15 de pueblos indí-

²¹ Massai D., Nicolás y Miranda, José, “La mitad de la convención: 77 constituyentes electos provienen de listas que impulsan cambios radicales al sistema”, *CiperChile*, 18 de mayo de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.ciperchile.cl/2021/05/17/la-mitad-de-la-convencion-77-constituyentes-electos-proviene-de-listas-que-impulsan-cambios-radicales-al-sistema/>.

genas. Esta prevalencia de la izquierda en la atmosfera política chilena tendría un aliciente con la victoria presidencial de Gabriel Boric Font, con el 55,87% de votos en el balotaje de 19 de diciembre de 2019.

Que una mayoría apoye determinada ideología partidaria puede asegurar su triunfo en el proyecto que se emprenda, empero, este no fue el caso, ¿por qué? Una de las respuestas fue que la sociedad chilena es una de las más conservadoras de nuestra región, y por tal característica, esta habría disentido de las posiciones extremistas que trataron de insuflar en el texto constitucional doctrinas progresistas; otra réplica nos la da el profesor Robert Funk, para quien: “Chile no es un país especialmente conservador, pero históricamente ha sido un país que valora la moderación y la gradualidad”.²²

Desde nuestra perspectiva, ambas respuestas guardan su grado de verdad, el pueblo chileno tiene notas particulares de conservadurismo y ha demostrado su circunspección durante el desarrollo de su historia política, pero esto no significa que gran parte de los convencionales y el presidente actual comulguen con una ideología progresista. Entonces, si el proyecto constitucional simpatizaba con el ideario de todos aquellos que votaron a favor de una Nueva Constitución, de los convencionales de izquierda, y por el presidente Boric, ¿por qué resultó fallido? Porque la sociedad chilena comenzó a justipreciar las posibles ramificaciones de las ideas de sus convencionales desde el 4 de julio de 2021 (ceremonia de inauguración) hasta el 4 de septiembre de 2022 (realización del plebiscito de despacho); concluyendo, a partir de su “moderación y gradualidad”, que el proyecto de Constitución ofertado no era conveniente para gobernarlos.

²² Pérez, Marta, “Chile: ¿un país demasiado conservador para una Constitución progresista?”, *Ara*, 10 de septiembre de 2022, acceso 12 de enero de 2023, https://es.ara.cat/internacional/america/chile-pais-conservador-constitucion-progresista_1_4484960.html.

3.1.2.2. Composición

Otro de los defectos respecto a las personas que compusieron la convención lo constituye las restricciones al sistema de predilección electoral por medio de la Ley N.º 21.216, de 20 de marzo de 2020, y las cuotas indígenas. Por efecto de estos dos dispositivos, la Convención Constitucional estuvo equiparada entre hombres y mujeres (78 y 77 respectivamente) y se reservó 17 curules para miembros de comunidades indígenas.

La idea se exhibe como adecuada y hasta plausible, pero se detecta la presencia del feminismo característico del Chile de nuestros tiempos, en cuanto se compelió a la ciudadanía a votar por candidatas en lugar de candidatos forzosamente. Propender a que la mujer se interese y participe en el mundo de la política es importante, pero quizás la limitación excesiva de la candidaturas varoniles no haya sido la solución más idónea; el desafecto por los excesos de algunas movilizaciones feministas, bien pudo ser enhebrado con las cuotas a favor de las mujeres, generando la propensión al rechazo del esbozo constitucional.

En lo que atañe a los pueblos indígenas, es necesario señalar el reparto de los escaños reservados: 7 para los Mapuches, 2 para los Aymaras, 1 para los Collas, 1 para los Rapa Nui, 1 para los Yámana, 1 para los Kawashkar, 1 para los Diaguita, 1 para los Quechua y 1 para los Chango;²³ en total 17. Este tipo de medidas para garantizar la concurrencia de representantes de los pueblos indígenas se presenta como idónea, pero, es probable que no sea aprobada por muchos ciudadanos ciudadanos debido al número de sus integrantes;

²³ “Congreso chileno aprueba 17 escaños indígenas para redactar nueva Constitución”, *France24*, 16 de diciembre de 2020, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20201216-congreso-chileno-aprueba-17-esca%C3%B1os-ind%C3%ADgenas-para-redactar-nueva-constituci%C3%B3n>.

según Lorena Arce: “Desde el censo de 2017, y a pesar de ir en constante aumento desde los años 90, la población indígena no ha tenido mayores variaciones. Se auto identifican como indígena 2.185.792 personas, lo que equivale al 12.8 % de la población total del país (17.076.076). El pueblo Mapuche es el más numeroso (casi 1.800.000 personas), seguido del pueblo Aymara (156.000 personas) y el pueblo Diaguita (88.000 personas)”.²⁴

Al ser la población indígena minoritaria, es comprensible que un buen porcentaje de los no indígenas disienta de la idea de reserva de escaños constituyentes, que aparentaría ser más un privilegio electoral que una medida favorable en razón de su condición minoritaria.

A pesar de lo expresado, estimo que el peso que pueda atribuirse a estas dos restricciones a la predilección electoral de la ciudadanía no fue decisivo para la respuesta negativa; pero, y aunque se pretenda catalogarlo bajo otros enunciados eufemísticos (p. ej., ora reservas electorales, ora cuotas de género o indígenas), cuando se instituye cortapisas normativas a la libertad es natural esperar una respuesta de desazón social: “La esencia de la libertad siempre ha estado en la capacidad de elegir como deseamos elegir, porque deseamos así elegir, sin coacciones, sin amenazas, no devorados por algún vasto sistema”.²⁵

3.1.2.3. Comportamiento

Ahondando en la temática, las razones para la desaprobación de la Constitución no se limitan al repertorio ideológico o favorabilidad electoral de los convencionales, el comportamiento de varios constituyentes es un factor imprescindible

²⁴ Arce, Lorena, et. al., “Chile”. En: *El mundo indígena 2022*, editado por Mamo Dwayne. (Bolivia, Imago Mundi, 2022), p. 378.

²⁵ Berlin, Isaiah, *La traición de la Libertad, Seis enemigos de la libertad humana*, (México, Fondo de Cultura Económica, 2004) p. 138-139.

a considerar; este es un elemento crucial para nuestro análisis, ya que promovió ingentes críticas y befas nacionales y extranjeras que incidirían al momento de la consulta: ¿se aprobaría la Constitución que fue redacta por un *Circo Constituyente*?²⁶

Una vez fue instalada la Convención Constitucional los actos de insolencia no demoraron en presentarse; al ser un momento constitucional con altas expectativas nacionales, imprescindible era entonar las magnas notas del Himno Nacional, pero este solemne acto fue enturbiado por las irreverentes interrupciones, como gritos, pitidos, hasta golpes a la mesa de la secretaria del Tricel. Este último acto fue realizado por la convencional de la Lista del Pueblo, Elsa Labraña.²⁷ Posteriormente, debido al bullente escenario social, los convencionales Ruggero Cozzi y Luciano Silva (de orientación partidaria de derecha) fueron víctimas de agresiones, una acción que amerita reproche dada la investidura que poseían; pero, el constituyente Jorge Baradit no fue remiso en manifestar: “me parece conveniente, que ellos ahora también sufran un poquito lo que los chilenos hemos sufrido desde el estallido social: persecución, violencia, represión en las calles”; palabras que no demoraría en retractar al son de: “Dije una estupidez que no comparto”.²⁸

Pero no solo las palabras pueden generar desaprobación,

²⁶ La expresión utilizada es empleada por Cristián Valenzuela.

²⁷ Vila Parker, Catalina, “Los 10 momentos más bochornosos del primer mes de la Convención Constitucional”, *El Libero*, 3 de agosto de 2021, acceso 12 de enero de 2021, <https://ellibero.cl/actualidad/los-10-momentos-mas-bochornosos-del-primer-mes-de-la-convencion-constitucional/>.

²⁸ “Jorge Baradit se arrepintió de sus dichos sobre los ataques a constituyentes de Vamos por Chile: ‘Dije una estupidez que no comparto’”, *El Mostrador*, 14 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/07/14/jorge-baradit-se-arrepintio-de-sus-dichos-sobre-los-ataques-a-constituyentes-de-vamos-por-chile-dije-una-estupidez-que-no-comparto/>.

dos convencionales destacaron negativamente por la indumentaria utilizada el 28 de julio de 2021; Giovanna Grandón, disfrazada de “Pikachu” y Cristóbal Andrade, de un “Dinosaurio azul”, fueron el espectáculo constituyente en la sala principal de la convención. La libertad de expresión es un derecho altamente protegido en los Estados que blasonan ser democracias, no obstante, esta tiene limitaciones por razones de prudencia política, en particular cuando los ciudadanos portan la responsabilidad de redactar una Constitución. Para sumar más datos a los escándalos de la convención, merece mención las mentiras Rodrigo Rojas Vera, quien instrumentalizó su –supuesta– enfermedad de leucemia linfoblástica mixta para promoverse como constituyente; la gravedad de la falsedad fue resumida por la convencional conservadora Marcela Cubillos: “Es un daño irremediable a la credibilidad de la convención constituyente”.

Así, como la presidente y los convencionales fueron objeto de censura por su accionar, curiosamente, el vicepresidente Bassa no fue la excepción. El 15 de julio de 2021, los convencionales Manuel Woldarsky y Alejandra Pérez (ambos de la Lista del Pueblo), fueron detenidos por carabineros y trasladados a la Tercera Comisaría de Santiago por generar disturbios en vía pública y oponerse a las órdenes de estos. Ante este hecho, Bassa concurrió al recinto policial, y cuando le fue solicitado aguardar este respondió enérgicamente: “No, porque tengo autoridad para estar acá. Yo soy el vicepresidente de la Convención Constitucional y estoy exigiendo la libertad inmediata de los constituyentes que han sido arrestados y quiero explicaciones, ahora”.²⁹

²⁹ “Galli critica reacción de Bassa tras detención de convencionales: ‘Confunde con transformarse en soberanos absolutos’”, *Emol*, 16 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/16/1026971/subsecretario-galli-actitudes-bassa-convencion.html>.

El actuar del constituyente no es acorde a su formación constitucional, ya que debió recordar que si bien un organismo extraordinario como la Convención Constitucional ejerce el poder constituyente, esta competencia se limita, como señala el profesor Jorge Asbún, a ser: “la energía o fuerza de un pueblo para dictar una Constitución Política del Estado”;³⁰ no involucra funciones jurisdiccionales (propias del judicial) o de fiscalización (características del legislativo). Permitir a los convencionales concentrar y dinamizar la tríada clásica de funciones del Estado los habría transfigurado en conjunto en una Asamblea omnipotente propensa al despotismo, contrario por consiguiente a los firmes principios de un Estado Constitucional. El vicepresidente debió reparar sobre el presupuesto fundamental sentado de excelsa forma por Montesquieu: “se sabe por experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella, no deteniéndose hasta que encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud tiene necesidad de límites. Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder”.³¹

Lo efectuado por el vicepresidente fue prontamente reprendido, el Subsecretario del Interior Juan Francisco Galli expresó en su momento: “Creo en la Convención y (en) los constituyentes; tengo la misma esperanza de muchos chilenos y chilenas de que sea la salida institucional a este proceso. Pero (con esas) actitudes como la de Jaime Bassa [...] confunde ser mandatados por el pueblo soberano, con transformarse en soberanos absolutos y omnipotentes. [...] Todos quienes somos autoridades, por supuesto incluyendo a los convencionales constituyentes, no estamos por sobre la

³⁰ Asbún, Jorge, *Derecho constitucional general*, (Cochabamba, Kipus, 2007), p. 56.

³¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, T. I. (Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906), p. 225-226.

ley ni podemos tener privilegio alguno por sobre la normativa”.³²

Ergo, ejercitar aquella “voluntad política con fuerza o autoridad [...] capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”;³³ no implica la potestad de invertirse de la suma del poder público. Asimismo, es menester diferenciar planos en materia constituyente, los convencionales reunidos en Convención Constitucional no son los titulares de tan elevado poder, sino solo el “Ente Constituyente Nomógrafo o Redactor”, reservándose el pueblo la potestad de ratificación o rechazo.

Prosigamos. Como los hechos narrados existen copiosos acaecimientos en la convención constitucional, destaquemos ahora un sector particular de las conductas, las mociones:

La convencional María Rivera, también integrante de la Lista del Pueblo, propuso el 9 de febrero de 2022 a la Comisión de Sistema Político de la Convención la disolución de las instituciones estatales vigentes y su reemplazo por una única asamblea que concentre todos los poderes; este organismo se denominaría “Asamblea Plurinacional de las y los Trabajadores y los Pueblos”, estaría conformado por 600 personas elegidas por asambleas de base de los sectores productivos y servicios, comunales, pueblos indígenas, y suboficialidad de las fuerzas armadas. Para justificar tal proposición argumentó: “Nunca se ha podido discutir abiertamente esto porque el Estado de Chile desde su origen ha estado en

³² “Subsecretario Galli criticó actuar de Bassa tras detención de constituyentes”, *T13*, 16 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.t13.cl/noticia/politica/subsecretario-del-interior-critico-actuar-jaime-bassa-detencion-constituyentes>.

³³ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, (Madrid, Alianza, 2011), p. 123-124.

las manos de los poderosos y bajo su absoluto control. [...] el Estado que existe hoy y sus instituciones no le sirven al pueblo trabajador y este Estado debe ser reemplazado por uno nuevo en que las decisiones estén bajo la responsabilidad de la clase trabajadora. [...] Muchos me van a decir que vengo a plantear ideas del siglo pasado, que vengo a traer el fantasma de la revolución rusa [...] sí, exactamente eso, yo vengo a esta Convención a reivindicar al pueblo trabajador, a quienes trabajan todos los días pero no tienen ninguna decisión en los rumbos del país. Nuestras ideas no son del pasado, sino del presente”.³⁴

La aversión que algunos convencionales, ciudadanos, y constitucionalistas externaron llegó a tales niveles que esta iniciativa fue rotulada como “disparatada”. En primer orden, realiza una perniciosa condensación de las funciones del Estado que, por las palabras empleadas en su presentación, conglómaría la batería competencial de órganos de poder y órganos constitucionales autónomos; esto es contrario a la larga tradición republicana de Chile, que desde documentos con trascendencia constitucional del año 1828 hasta 1980 ha distinguido y separado las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales.³⁵

Desde la concepción de la constituyente, el postulado de la separación de funciones, una de las matrices del Estado Constitucional, sería prácticamente anulado; siendo una asamblea general multifuncional (todopoderosa), sus

³⁴ “Convencional Rivera presenta iniciativa que busca disolver los poderes del Estado y en su reemplazo crear una ‘Asamblea Plurinacional’”, *El Mostrador*, 9 de febrero de 2022, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.elmostrador.cl/nueva-constitucion/2022/02/09/convencional-rivera-presenta-iniciativa-que-busca-disolver-los-poderes-del-estado-y-en-su-reemplazo-crear-una-asamblea-plurinacional/>.

³⁵ Tribunal Constitucional, *Constituciones políticas de la República de Chile 1810-2015*, (Chile, Diario Oficial, 2015).

miembros tenderían a guarecerse entre sí ante los ataques que pudieran sufrir de la sociedad civil organizada. No habría oportunidad por consiguiente para que se efectivice el postulado del Padre de la Constitución de Estados Unidos: “La ambición debe constituir un contrapeso a la ambición”.³⁶

Una institución política de esta índole supondría un anacronismo constitucional, porque no coincide con los avances del Constitucionalismo y con la realidad sociopolítica de los pueblos iberoamericanos. Necesario resulta entonces recordar las enseñanzas del profesor James Madison: “Si los seres humanos fuésemos ángeles, no haría falta un gobierno, y si estuviésemos gobernados por ángeles, no haría falta tener controles externos o internos en el gobierno. Al diseñar un gobierno que ha de ser administrado por seres humanos sobre otros seres humanos, la mayor dificultad radica en que, primero, hay que habilitar al gobierno para que controle a los ciudadanos y, luego, obligarlo a controlarse a sí mismo”.³⁷

Pero, el principio de división de funciones no solo puede ser observado desde el visor de la propensión al despotismo, sino también desde el lente de la eficiencia. Al ser un ente de 600 asambleístas que operativizan las diversas funciones del Estado, la administración general del Estado, la administración de Justicia, y la producción legislativa –para precisar las competencias más importantes–, demorarían en exceso, ocasionando inevitablemente el empantanamiento del gobierno y la desatención a las principales misiones del Estado: salvaguarda de la Paz y Bienestar social.

Continuemos hilvanando; el 6 de julio 2021 nuevamente una constituyente de la Lista del Pueblo, Elsa Labraña, generó polémicas en el foro político chileno con la afirmación de que tanto el Himno Nacional como la Bandera Nacional

³⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista* (Madrid, Akal, 2015), p. 398.

³⁷ Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay, ob. cit., p. 398.

podrían ser cambiados por la Constitución. En una entrevista, Labraña aseveró que el “himno nacional genera mucha división en nuestro país. [...] Es la Constitución que vamos a cambiar. Capaz que alguien se le ocurre hacer un himno nuevo, por qué no, u otra bandera. Estamos en un proceso de refundación del país”.³⁸

Esta moción es una afrenta frontal contra el espíritu nacionalista chileno, ya que para aquellos formados en convicciones nacionalistas es permisible extrapolar las palabras empleadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Halter vs. Nebraska* de 1907: “la bandera es el símbolo del poder de la nación, el emblema de la libertad en su sentido más verdadero y mejor”.

Palabras similares pueden proferirse respecto al himno nacional, en cuanto su entonación constituye un cántico político de veneración del pasado, afecto por la Libertad y repulsión de la tiranía, léase:

Vuestros nombres, valientes soldados,/ que habéis sido de Chile el sostén, nuestros pechos los llevan grabados;/ los sabrán nuestros hijos también.

Sean ellos el grito de muerte/que lancemos marchando a lidiar, y sonando en la boca del fuerte/ hagan siempre al tirano temblar. (Estrofa III).

Dulce Patria, recibe los votos/ con que Chile en tus aras juró/ que o la tumba serás de los libres/ o el asilo contra la opresión. (Coro).

En este episodio de la convención, la constituyente ignoró que los símbolos patrios de su pueblo trascienden los marcos constitucionales; esto significa que si la Bandera

³⁸ Claro, Hernán, “Constituyente Elsa Labraña anuncia que podrían cambiar himno y bandera”, *El Dínamo*, 4 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.eldinamo.cl/politica/2021/07/06/constituyente-elsa-labraña-anuncia-que-podrian-cambiar-himno-y-bandera/>.

Nacional y el Himno Nacional no fueran respetados por el art. 2 de la Constitución de 1980, esto no sería argumento suficiente ni valedero para enervar su importancia político-social. Al ser utilizadas y entonadas por el Presidente del Estado y otras altas autoridades en actos protocolares públicos, incluso podría afirmarse que se ha generado una norma de derecho constitucional consuetudinario de tipo *praeter constitutionem*,³⁹ *id est*, se moldeó un deber ceremonial de enarbolamiento y de cántico que no contradice el texto constitucional sino que lo complementa: es obligatorio portar la bandera y cantar el himno porque son símbolos nacionales, y la Constitución es el instrumento fundamental de gobierno de la Nación.

Pretender alterar o despojar a Chile de dos altos símbolos de unidad nacional constituyó un sinrazón de la convencional Labraña que pugna con la historia y tradición del pueblo chileno; probablemente, algunos miembros de comunidades indígenas no se sienten identificados con ellos, y esto quizás se deba a políticas de unidad nacional deficientes, pero el ser irreverente con ellos significó un profundo rechazo social. En contra de lo que puedan argumentar los pueblos indígenas, la Bandera Nacional y el Himno Nacional no deberían ser responsables de los actos cometidos por los gobernantes de antaño, del presente y del porvenir.

Para clausular este apartado mención especial demanda la idea de “Refundación del Estado Chileno”. Esta proposición fue expresada por la presidente Loncón el día de la inauguración de la convención, y por la constituyente Labraña. La propuesta es llamativa, más carece de sustento; si entendemos el vocablo fundar como “establecer”, “crear” o “edificar”, es dable deducir que el proyecto de Constitución ofertado en 2022 no implicaba una refundación en cuanto no

³⁹ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho constitucional, teoría de la constitución*, Vol. 1 (Buenos Aires, Astrea, 2017), p. 426.

significaba un nuevo establecimiento, creación o edificación de la nacionalidad o estatalidad de la República de Chile: ¿Acaso se tuvo la pretensión de instaurar una nueva nacionalidad o ciudadanía plurichilena? ¿Basta con adherir con un poco de tinta la expresión “plurinacional” para refundar un Estado?

Chile existió como Estado y fue formando su espíritu nacional desde el 12 de febrero de 1818, haciendo cálculos, cuenta a la fecha con más de 204 años de historia. La idea de refundación no resulta aceptable porque se muestra como contraria a la historia trajinada; es evidente que los anales registran hechos de gloria como hechos de ignominia para la Nación chilena, pero un pueblo sabio comprende que lo acontecido es provechoso a las generaciones del presente y del futuro para orquestar sus días venideros. Proseguir con dicha moción habría significado una supresión o minusvaloración del desarrollo histórico de la Nación chilena.

Comprendida de esta manera la experiencia política, el proyecto de Constitución de 2022 no era sino un esbozo jurídico de una serie de pactos fundamentales entre los diversos sectores que integran el pueblo chileno, muchos de ellos ratificatorios de la realidad constitucional programada por la Constitución de 1980.

Proposiciones como las presentadas por Loncón y Labraña incluso olvidan que en materia de historia constitucional, en ocasiones las Constituciones son sólo ratificadoras de los hechos patentes que bullen en el escenario sociopolítico y no, como sugería el profesor Carlos Sánchez Viamonte, “actas de nacimiento de las naciones americanas”;⁴⁰ p. ej., antes de la promulgación de la primera Constitución codificada de Bolivia (1826), rigió un Constitucionalismo Fragmentado compuesto por un sistema de leyes constitucionales que

⁴⁰ Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, (Buenos Aires, 1956, Kapelusz), p. 321.

permitían dinamizar los órganos de poder y reconocían los derechos naturales de las personas.⁴¹

En corolario, la refundación de Chile por medio de una Constitución era histórica, social y políticamente inviable, por cuanto habría comportado el rechazo y desdén de más de 204 años de historia. Esta ambición, refundación del Estado, se exhibe entonces como una de las razones para la denegatoria al proyecto constitucional porque afectó el pundonor de la mayoría ciudadana por la Nación y su historia.

3.1.3. Ponderación

En razón de lo relatado, manifestamos disentir de la posición de Roberto Astaburuaga B., cuando afirma que la Convención Constitucional no fue un: “un circo, sino una máquina que opera día y noche, con engranajes especialmente diseñados para cumplir funciones específicas, perfectamente aceptada y manejada con cálculo y precisión”.⁴² Estimo que después de lo avizorado durante el funcionamiento de la convención, la opinión de este autor es rayana a la condescendencia, intentándose cohonestar los excesos cometidos portando la solemne indumentaria constituyente. Empero, una pluralidad de convencionales gobernaron sus ánimos y estuvieron a la altura de la empresa constitucional, lo que nos recuerda que a una función cirquera no solo asisten arlequines, sino también personas con aplomo.

Empleando expresiones alegóricas, de tener que usar una balanza para determinar los pesos de responsabilidad del fracaso del proyecto de Constitución, las cuotas tendrían un peso bajo, la ideología un peso medio, y el comportamiento (que incluye las mociones), un peso alto.

⁴¹ Cruz Apaza, Rodrigo René, “Constitucionalismo Fragmentario: a propósito de la primera Constitución dispersa de Bolivia”, *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, Vol. 5, N.º 9, 2022, p. 119.

⁴² Astaburuaga B., Roberto, *La Convención constitucional: circo o máquina?* (Chile, Comunidad y Justicia, 2021), p. 5.

4. CONCLUSIONES

Una mayoría del pueblo chileno manifestó una notable inconformidad social en octubre de 2019 respecto a pensiones, salud pública, educación pública, entre otras, que desembocó en un plebiscito para la institución de una Convención Constitucional que redactase una “Nueva Constitución”.

La Convención Constitucional acumuló altas expectativas políticas, económicas y sociales, en cuanto su funcionamiento significaba el proceso constituyente más novicio y serio de Iberoamérica; las enseñanzas a recoger serían por consiguiente fructíferas (de inspiración o evasión) para los pueblos de la región y del resto del mundo.

Una de las primeras lecciones –más un recordatorio– fue que los procesos de nomogenética constitucional de relevancia son generalmente vástagos de un profundo malestar social para con el sistema constitucional vigente; requiriéndose para soslayar la crisis presente o futura la implementación de enmiendas.

Las razones para exigir la reforma de una Constitución pueden ser legítimas, pero si estas no son canalizadas idóneamente por representantes, es bastante probable que los ajustes sean desaprobados e incluso aborrecidos por la ciudadanía; funestamente, esto fue lo que aconteció en la oportunidad que el pueblo chileno tuvo para cavilar, sopesar y ampliar la serie de pactos fundamentales sobre los que reposa su actual entramado constitucional.

Una pluralidad de convencionales no comprendieron la importancia de enfundarse con el estatus de constituyente, y provocaron que la ciudadanía chilena –destacada por algunos por su conservadurismo, o circunspección y gradualidad por otros– se negara a confirmar el esbozo preparado por la convención con el mismo instrumento que le había dado origen, un plebiscito cuyos resultados fueron 61.89% votos en rechazo, y 38.11% votos a favor.

Entre las razones (externas al texto constitucional) que se estima fueron esgrimidas para fundar el rechazo están la errónea interpretación de la realidad constitucional; el escarnio realizado a la legitimidad de origen de la Constitución de 1980 no resulta razonable a la luz de la historia, que nos señala que el instrumento referido dejó de ser la Constitución de Pinochet por las nucleares reformas constitucionales de 1989 y 2005, y pasó a ser la Constitución del Pueblo Chileno y de Lagos. Este desconocimiento constituyó un sólido argumento para formular críticas a los convencionales y sus votantes, en cuanto la ciudadanía pudo constatar que aquellos a quienes fue encomendado la labor de redactar una Constitución no conocían la realidad ni historia constitucional de su país: Para construir una Constitución no basta con conocer las necesidades latentes, también se requiere no desatender las lecciones del pretérito e intentar plantear con aplomo las posibles demandas futuras; en corolario, no resultó favorable al proyecto constitucional que los convencionales pugnarán con la historia y realidad constitucional.

Continuemos hilvanando, otro factor que pesó en contra de la aprobación del proyecto constitucional fue el tiempo. La ciudadanía chilena tuvo un holgado margen temporal (de julio de 2021 a julio de 2022) para evaluar la ideología de sus convencionales, y, en razón de ella, sus conductas; la ideología de la Convención Constitucional no era uniforme, sino policroma, simplificando la cuestión esta estaba compuesta por profesantes de ala conservadora, derecha e izquierda (moderada y radicales), aunque los últimos prevalecían en cuanto a número. A causa de este ideario, tendiente al progresismo, una porción relevante del Soberano chileno tuvo desafecto por las labores de los convencionales, en especial cuando las ideas se tradujeron en discursos y mociones.

Las proposiciones de una pluralidad de convencionales (en particular provenientes de agrupaciones de izquierda),

fueron incongruentes con la historia y realidad, con los principios republicanos y del Estado Constitucional, y osados con la simbología nacional chilena. A tal grado llegó la inconformidad social, esta vez ya no con la realidad estatal latente, sino con el comportamiento de los constituyentes, que algunos ciudadanos y medios de comunicación le pertrecharon el apodo de “Circo Constituyente”.

Dentro este orden de ideas, es probable que las reservas electorales o cuotas de género e indígenas, también hayan aportado su parte para el rechazo final; sostenemos esto porque a pesar de ser considerados como mecanismos clave para la participación democrática, estos implican restricciones a la plena libertad de elección.

Juzgamos que estas son (entre otras) las razones que inclinaron la balanza a favor del rechazo, las cuales nos enseñaron –o mejor, rememoraron– que un proceso constituyente es toda una empresa donde tanto el momento de apertura, como el de desarrollo y conclusión son importantes. Los convencionales que redactaron el proyecto constitucional fallido de Chile olvidaron que la presente era democrática, está atiborrada de institutos y mecanismos que permiten observar y, en consecuencia, tasar sus ideologías y comportamientos. No habiéndose actuado con versación constitucional, sabiduría pragmática y prudencia política, la mayoría de la ciudadanía chilena estimó que el proyecto de Constitución presentado por sus representantes no era el dispositivo de gobierno idóneo para la conducción de su vida jurídica y política.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Arce, Lorena, et. al., “Chile”. En: *El mundo indígena 2022*, editado por Mamo Dwayne. Bolivia, Imago Mundi, 2022.
- Asbún, Jorge, *Derecho constitucional general*, Cochabamba, Kipus, 2007.
- Astaburuaga B., Roberto, *La convención constitucional: circo o máquina?*, Chile, Comunidad y Justicia, 2021.
- Barak, Aharon, *La aplicación judicial de los derechos fundamentales, Escritos sobre derechos y teoría constitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- BBC New Mundo*, “Elecciones en Chile: por qué es tan polémica la Constitución de Pinochet que 155 representantes van a sustituir”, 17 de mayo de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-57072119>.
- Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad, seis enemigos de la libertad humana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Cea Egaña, José Luis, “El cambio constitucional más importante”. *Revista de Derecho Público*, vol. 69, p. 324-328.
- “Chile: manifestantes exigen la renuncia de Piñera frente a La Moneda por la represión de la policía Fotos”, *El Comercio*, 19 de noviembre de 2020, <https://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/chile-en-vivo-manifestantes-exigen-la-renuncia-de-sebastian-pinera-frente-a-la-moneda-por-la-represion-de-carabineros-fotos-noticia/>.
- Claro, Hernán, “Constituyente Elsa Labraña anuncia que podrían cambiar himno y bandera”, *El Dinamo*, 4 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://>

www.eldinamo.cl/politica/2021/07/06/constituyente-elsa-labrana-anuncia-que-podrian-cambiar-himno-y-bandera/.

CNN Chile, “Elisa Loncón tras asumir como presidenta de la CC: ‘Todos juntos vamos a refundar este Chile’”, 4 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, https://www.cnnchile.com/pais/elisa-loncon-presidenta-cc-refundar-este-chile_20210704/.

“Congreso chileno aprueba 17 escaños indígenas para redactar nueva Constitución”, *France24*, 16 de diciembre de 2020, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20201216-congreso-chileno-aprueba-17-esca%C3%B1os-ind%C3%ADgenas-para-redactar-nueva-constituci%C3%B3n>.

“Convencional Rivera presenta iniciativa que busca disolver los poderes del Estado y en su reemplazo crear una ‘Asamblea Plurinacional’”, *El Mostrador*, 9 de febrero de 2022, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.elmostrador.cl/nueva-constitucion/2022/02/09/convencional-rivera-presenta-iniciativa-que-busca-disolver-los-poderes-del-estado-y-en-su-reemplazo-crear-una-asamblea-plurinacional/>.

Cruz Apaza, Rodrigo René, “Constitucionalismo Fragmentario: a propósito de la primera Constitución dispersa de Bolivia”, *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, Vol. 5, N.º 9, 2022, p. 97-125.

Cruz Apaza, Rodrigo René, “Una sustancia diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana”, *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, Vol. 6, N.º 10, 2022, p. 27-70.

Dazarola, Gabriela, “Cronología del proceso previo al acuer-

- do por una Nueva Constitución”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, 2020, pp. 1-16.
- Díaz de Valdés J., José Manuel, “La reforma constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes”, *Revista Actualidad Jurídica*, N.º 20, 2009, p. 35-69.
- El Mostrador*, “Jorge Baradit se arrepintió de sus dichos sobre los ataques a constituyentes de Vamos por Chile: “Dije una estupidez que no comparto”, 14 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/07/14/jorge-baradit-se-arrepintio-de-sus-dichos-sobre-los-ataques-a-constituyentes-de-vamos-por-chile-dije-una-estupidez-que-no-comparto/>.
- El Mostrador*, “Más de 2 millones participaron en consulta ciudadana: mayoría se inclina por nueva Constitución y Convención Constitucional”, 15 de diciembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/12/15/mas-de-2-millones-de-personas-participaron-en-la-consulta-ciudadana-mayoria-se-inclina-por-una-nueva-constitucion-y-convencion-constitucional/>.
- “Facultad de Ciencias Sociales realiza su Primer Cabildo ciudadano”, Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Chile, 29 de octubre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://facso.uchile.cl/noticias/158865/comunidad-de-ciencias-sociales-realiza-su-primer-cabildo-ciudadano>.
- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, Madrid, Akal, 2015.
- Heiss Bendersky, Claudia, “El estado de emergencia que no logró controlar el estallido en Chile”, *Agenda*

Pública, 11 de noviembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13934/estado-emergencia-no-logro-controlar-estallido-chile>.

Massai D., Nicolás y Miranda, José, “La mitad de la convención: 77 constituyentes electos provienen de listas que impulsan cambios radicales al sistema”, *CiperChile*, 18 de mayo de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.ciperchile.cl/2021/05/17/la-mitad-de-la-convencion-77-constituyentes-electos-proviene-de-listas-que-impulsan-cambios-radicales-al-sistema/>.

“Ministro Blumel propone ‘congreso constituyente’ para responder a la demanda de nueva constitución”, *T13*, 10 de noviembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.t13.cl/noticia/politica/ministro-blumel-propone-congreso-constituyente-responder-demanda-nueva-constitucion>.

Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, T. I., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

Muñoz, Gabriel, “Política Chile. A 3 años de la ‘Huelga general’ del 12 de noviembre: Cuando el gobierno de Piñera temió su caída”, *La izquierda diario*, 12 de noviembre de 2022, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.laizquierdadiario.com/A-3-anos-de-la-Huelga-general-del-12-de-noviembre-Cuando-el-gobierno-de-Pinera-temio-su-caida>.

Pérez, Marta, “Chile: ¿un país demasiado conservador para una Constitución progresista?”, *Ara*, 10 de septiembre de 2022, acceso 12 de enero de 2023, https://es.ara.cat/internacional/america/chile-pais-conservador-constitucion-progresista_1_4484960.html.

PiensaChile, “Texto completo del discurso de Ricardo La-

gos al suscribir la actual constitución en 2005”, 19 de junio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://piensachile.com/2021/06/20/texto-completo-del-discurso-de-ricardo-lagos-al-suscribir-la-actual-constitucion-en-2005/>.

“Piñera levanta el estado de emergencia en Chile para ‘contribuir’ a que el país ‘recupere la normalidad institucional””, *BBC News Mundos*, 28 de octubre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-50206441>.

“Plebiscito 2022”, *Servicio Electoral de Chile*, 12 de enero de 2023, <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=237>.

“Presidente Piñera convoca a todo el país a un Acuerdo por la Paz y a condenar la violencia de forma categórica”, *Prensa Presidencia*, 12 de noviembre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=134377>.

Quintana Leal, Jaime, “Declaraciones del Presidente del Senado tras reunión de los tres poderes del Estado en La Moneda”, *Senado de la República de Chile*, 21 de octubre de 2019, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.senado.cl/noticias/presidente-del-senado/declaraciones-del-presidente-del-senado-tras-reunion-de-los-tres-poderes>.

“Resultados Electorales Históricos”, *Servicio Electoral de Chile*, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.servel.cl/centro-de-datos/resultados-electorales-historicos-gw3/>.

Romero, Cristina Romero, “A tres años de la ‘marcha más grande Chile’: ¿Cuáles son y cómo han cambiado las urgencias sociales según los sondeos?”, *Emol*, 25 de octubre de 2022, acceso 12 de enero

de 2023, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2022/10/25/1076509/marcha-del-25-de-octubre2019.html>.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho constitucional, teoría de la constitución*, Vol. 1 (Buenos Aires, Astrea, 2017), p. 426.

Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, (Buenos Aires, 1956, Kapelusz), p. 321.

Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

Tribunal Constitucional, *Constituciones políticas de la República de Chile 1810-2015*, Chile, Diario Oficial, 2015.

T13, “Subsecretario Galli criticó actuar de Bassa tras detención de constituyentes”, 16 de julio de 2021, acceso 12 de enero de 2023, <https://www.t13.cl/noticia/politica/subsecretario-del-interior-critico-actuar-jaime-bassa-detencion-constituyentes>.

Vila Parker, Catalina, “Los 10 momentos más bochornosos del primer mes de la Convención Constitucional”, *El Libero*, 3 de agosto de 2021, acceso 12 de enero de 2021, <https://ellibero.cl/actualidad/los-10-momentos-mas-bochornosos-del-primer-mes-de-la-convencion-constitucional/>.

EL DESORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL VALLE DE GUADALUPE, ENSENADA, BAJA CALIFORNIA

RICARDO DEL MONTE NÚÑEZ *

RESUMEN

El “Valle de Guadalupe”, insignia mexicana de las regiones productoras de vino de uva, ha transitado en los últimos años, de ser una región poco conocida, con vocación agrícola y especializada en la producción de uva, a convertirse en centro turístico de gran atractivo. La competencia por la tierra y las distintas visiones del desarrollo de esa región, aunadas a la falta de supervisión de la autoridad, ha traído como consecuencia un desarrollo anárquico, de espaldas al ordenamiento de su territorio, que amenaza con desaparecer su atractivo original. Así, el objetivo de este ensayo es explorar lo que ha sucedido, sus causas, consecuencias y posibles medidas preventivas que eviten se repita el suceso en los otros valles vitivinícolas de la región.

PALABRAS CLAVE: Valle, desarrollo, uso de tierra, ordenamiento territorial, vino, turismo.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Notario Público No. 8 de Tijuana, Baja California, por oposición, desde el 28 de enero de 1994. Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California. Doctor en Derecho, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Egresado de la Estación Noroeste de Investigación y Docencia, con Mención Honorífica.

ABSTRACT

The “Valle de Guadalupe”, the Mexican flagship of grape wine-producing regions, has gone in recent years from being a little-known region, with an agricultural vocation and specialized in grape production, to becoming a tourist center of great attractive. The competition for land and the different visions of the development of that region, coupled with the lack of supervision by the authority, have resulted in an anarchic development, with its back to the ordering of its territory, which threatens to lose its original appeal. Thus, the objective of this essay is to explore what has happened, its causes, consequences and possible preventive measures to avoid a repetition of the event in the other wine-producing valleys of the region.

KEYWORDS: Valle, development, land use, planning, wine tourism.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, por Valle de Guadalupe nos referiremos a una zona homogénea, comprendida por tres áreas geográficas colindantes que comparten características similares: la del ejido El Porvenir, la de Francisco Zarco -que abarca tanto al poblado del mismo nombre como a la zona rural del Valle de Guadalupe- y la región de San Antonio de las Minas,¹ que se encuentra al sur, en la cual está el poblado de Villa Juárez.

El incremento en la actividad vitivinícola y la propagación del gusto por el vino han sido el detonante de una

¹ *Ídem.*

modalidad turística relativamente nueva en Baja California, caracterizada por visitas a los viñedos y a las bodegas de las casas productoras de vino, que ha sido complementada con servicios de hospedaje y restauración durante todo el año y, de manera muy señalada, en las épocas de los festejos tradicionales del ciclo productivo de la vid, como son las *fiestas de la vendimia*.

El objetivo de este trabajo es explicar el desordenamiento territorial del Valle de Guadalupe, región que se ubica en el municipio de Ensenada, en el estado de Baja California. La metodología aplicada para el estudio es de tipo analítico-cualitativo mediante el examen de documentos y fuentes de información, así como revisión bibliográfica de análisis del marco jurídico y fuentes registrales.

I. EL VALLE DE GUADALUPE: DE SUS ORÍGENES A SU IDENTIDAD ACTUAL

1.1 EL ORIGEN DEL VALLE DE GUADALUPE

El Valle de Guadalupe se encuentra en la esquina noroeste del estado de Baja California, dentro del municipio de Ensenada. Es una de las cuatro regiones vinícolas de ese municipio y una de las cinco del estado de Baja California. En este municipio se encuentran los valles que concentran la mayor parte de los campos de cultivo de uva y de bodegas vinícolas del país. Estos valles son: Santo Tomás y el Ejido Uruapan, al sur de esa ciudad; San Vicente Ferrer, un poco más al sur; Ojos Negros, al oriente y; San Antonio de las Minas y el Valle de Guadalupe, al norte de la ciudad de Ensenada.² En tiempos recientes, esta actividad también ha resurgido en el

² Celaya Téntori, Diana, El desarrollo del sector vitivinícola en Baja California (2000-2013): Un análisis desde la perspectiva del desarrollo endógeno, Tesis doctoral, Tijuana, COLEF, 2014, p. 55.

Valle de Las Palmas del vecino municipio de Tecate, que tuvo su propia tradición vitivinícola.

El Valle toma su nombre de la antigua Misión de Guadalupe (Nuestra Señora de Guadalupe del Norte o Nuestra Señora de Guadalupe de la Frontera), que fue fundada en junio de 1834 en el entonces llamado Valle de San Marcos o Valle de las Cuatro Leguas. Era un rancho ganadero, que llegó a tener 5 mil cabezas de ganado mayor, borregos y cabras, según un informe que cita Camilo Magoni.³ La misión fue destruida y abandonada en 1840 tras un ataque de un grupo de indígenas de la región.⁴

Los terrenos de la misión, con el tiempo, pasaron a propiedad de particulares. Entre ellos, una porción que fue vendida en 1907 a una comunidad de rusos *Molokanes*, provenientes de los territorios que fueron parte de las actuales Turquía y Armenia.⁵ En 1940 se resolvió una solicitud de dotación de 2 mil 920 hectáreas colindantes a la colonia rusa, en la parte oeste del valle, para dar lugar al ejido El Porvenir,⁶ que se fundó con antiguos residentes mexicanos de la zona y con familias de repatriados de los Estados Unidos. Aunque conservó actividades ganaderas en las laderas aledañas, desde entonces, su vocación fue esencialmente agrícola, con culti-

³ Magoni, Camilo, *Historia de la vid y el vino en la península de Baja California*, Tijuana, sin datos ni fecha de edición, pp. 137 y ss.

⁴ Ruiz, María de Jesús, “El Valle de Guadalupe, Siglo XIX”, *Calafia*, vol. X, número 4, Instituto de Investigaciones Históricas Universidad Autónoma de Baja California, enero-junio 2000. <http://iih.tij.uabc.mx/iihDigital/Calafia/Contenido/Vol-X/Numero4/ElvallededeGuadalupe.htm>

⁵ Muranaka, Therese Adams, *The Russian Molokan colony at Guadalupe, Baja California: Continuity and change in a sectarian community*, Tesis doctoral, Arizona, The University of Arizona, 1992, p. 42.

⁶ Departamento Agrario, “Resolución en el expediente de dotación de ejidos al poblado Guadalupe, antes El Porvenir, Territorio Norte de la Baja California”, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de marzo de 1940, sección segunda, pp. 8-10.

vos variados, siendo los sobresalientes, en diferentes épocas, la producción olivarera, posteriormente de uva para brandy y, en épocas más recientes, para vino de mesa.

El cultivo de la uva para la elaboración de vino data desde la época misional, cuando se introdujo para los servicios religiosos. Pero las bases de la actividad vitivinícola actual datan de 1888, al adquirirse los predios de Bodega Santo Tomás, al sur de Ensenada donde, según narra Magoni,⁷ la familia Barré le compró unos sarmientos a Francisco Andonaegui⁸ para plantarlos en su rancho donde ahora es El Porvenir. De allí, los Barré a su vez proporcionaron sarmientos para las zonas de Rancho Chico, camino a San José de la Zorra y, a su vez, en la Cañada del Trigo se plantaron sarmientos de Rancho Chico.

En la década de los 60, la mayoría de los viticultores tenían viñedos de temporal, con variedades tradicionales de que vendían principalmente a Bodegas Santo Tomás de Ensenada, que entonces era quien regulaba la compra y los precios de la uva. Desde 1966 hubo relación comercial entre don Luis Cetto y la empresa Domecq, cuando se forjó un acuerdo mediante el cual ésta última pudo procesar sus uvas en las instalaciones de la vinícola que Cetto tenía en Tecate.

⁷ Magoni, *op. cit.*, pp. 143.

⁸ En una entrevista para Sandra Cervantes de *El Economista*, Juan Pablo Núñez, director de Bodegas Santo Tomás, refiere que “se considera que la historia de la vitivinicultura de Baja California surge precisamente en Valle de Santo Tomás, cuya misión se fundó en 1791, pero fue hasta 1888 cuando se sentaron las bases de lo que hoy es la vitivinícola” cuyos orígenes, dice: “datan de 1888, cuando el italiano Francisco Andonaegui y el español Miguel Omart compraron una propiedad en el Valle de Santo Tomás, al sur de Ensenada, iniciando la siembra de uvas importadas: Palomino, Moscatel, Rosa del Perú y Tempranillo.” Sandra Cervantes, *Bodegas Santo Tomás, una historia añeja del vino*, México, *El Economista*, 29 de julio de 2012, <http://eleconomista.com.mx/estados/2012/07/29/bodegas-santo-tomas-historia-aneja-vino>

Con el tiempo, Domecq se convertiría en la principal compradora de la producción local de uva.

Para finales de los años ochenta, la producción del vino en Baja California se destinaba a la elaboración masiva de vinos de calidad variable por tres empresas: Casa Pedro Domecq, L.A. Cetto y Bodegas Santo Tomás.⁹

El ingreso de México al GATT (Global Agreement on Tariffs and Trade), en el año de 1986, trajo como consecuencias la apertura de fronteras, la eliminación de cuotas de importación, la desaparición de medidas proteccionistas y, con ello, el mercado nacional se vio inundado de productos de uva extranjeros de bajo precio. Esto puso fin al auge del brandy mexicano y planteó un enorme reto a la industria mexicana del vino.

En esas circunstancias, una empresa de la región Monte Xanic salió a responder al desafío y a marcar un parteaguas en el desarrollo de la región. Esta casa pionera demostró que una empresa pequeña podía ser competitiva y crear buenos vinos, sin necesidad de grandes inversiones de capital, buscando y encontrando un nicho adecuado en el mercado. Su estrategia, según refiere Villa Sánchez,¹⁰ consistió en reconocer que las características de la zona, en razón de su clima y su suelo, le brindaban una ventaja competitiva para producir vinos de alta calidad. Esa empresa encontró que la vocación de la zona no era producir grandes cantidades de vino que compitieran con el que llegaba de los mercados internacionales, sino producir vinos de gran calidad, cuyo valor fuera reconocido por un mercado de conocedores mucho más especializado.

⁹ Celaya Téntori, op. cit., pp. 55-57.

¹⁰ Villa Sánchez, Sughei, “El culto a Baco. La senda histórica y la organización de la producción vinícola del Valle de Guadalupe, Baja California”, en Camilo Contreras Delgado y Ortega Ridaura, Isabel (Coord.), *Bebidas y regiones. Historia e impacto de la cultura etílica en México*, México, Plaza y Valdés, 2005, pp. 105 y 128.

La fusión de Casa Pedro Domecq (España), en 1994, con la empresa inglesa Allied Lyons, trajo consigo la suspensión de las actividades agrícolas de la empresa en México aunque, al ser el gran comprador de uva de la región, demandó uva de los varietales populares del momento (cabernet sauvignon, cabernet franc, merlot, cabernet blanc y chardonnay), lo que tuvo como consecuencia que se dejaran de comprar las uvas de temporal y las de otros varietales poco atractivos para la empresa.¹¹

A partir de estos cambios los diversos actores de la región desarrollaron nuevos esquemas de colaboración y cooperación que permitieron encontrar nuevos canales de comercialización para sus productos, aumentándose la demanda y mejorándose los precios de los insumos. Narra Celaya¹² que los principales actores de la región fueron: las empresas vinícolas establecidas, los viticultores, los vinicultores artesanales o informales, las empresas vinícolas nuevas, los enólogos, los *winemakers*,¹³ los agrónomos, las instituciones educativas y el sector gobierno. También se incorporaron a la lista nuevos personajes: los hoteles boutique, restaurantes, tiendas especializadas en la venta de vino y la presentación de artistas.

Poco a poco se fue imitando el esquema implementado por Monte Xanic y durante los años noventa se fundaron *nuevas* empresas: Adobe Guadalupe, Casa de Piedra, Barón Balché, Viñedos Lafarga y Vinos Bibayoff, entre otros, sumando un total de 13 firmas para entonces, la mayoría de tipo familiar y de personas con arraigo en Baja California.

¹¹ Celaya Téntori, op. cit., p. 67-73.

¹² Íbidem, p. 94.

¹³ Identifica Celaya a este nuevo participante como aquél que se dedica a hacer vino, sin un respaldo profesional que lo califique, pero con una formación empírica obtenida trabajando con enólogos o aprendiendo de enólogos. Suele producir vino para nuevas vinícolas, sea como socio o propietario.

Entre los actores que contribuyeron al auge del Valle de Guadalupe, como productor de vino, inicialmente de manera artesanal y, posteriormente, de manera empresarial, fue el enólogo Hugo D'Acosta, quien tomó a su cargo enseñar a los productores a *vinificar* las uvas de sus vides para darle un valor agregado a sus cultivos. La enseñanza se llevó a cabo en la antigua Estación de Oficios de El Porvenir, que llegó a ser conocida como *La Escuelita*.

A partir de entonces, el sistema productivo del Valle de Guadalupe tuvo cambios. Entre ellos, Villa¹⁴ refiere que surgieron entonces novedosas estrategias de comercialización como las visitas enológicas a las diversas casas productoras: recorridos en los que se muestra a los visitantes el proceso de producción del vino, se da a conocer la historia de la tradición vinícola regional y se proporciona enseñanza sobre los sabores y olores que se deben distinguir en los vinos. También narra que surgió la organización de eventos especiales y festejos para promover y comercializar el vino, así como el establecimiento de tiendas especializadas para su venta.

Estas nuevas interacciones no sólo fueron estrategias de comercialización de los productores de uva y vino, sino que constituyeron redes multisectoriales e intersectoriales que involucraron actividades complementarias, relacionadas principalmente con el sector turístico. Se trata de un “conjunto de lazos entre actores a partir de las fases del proceso de producción, con capacidad de conformación de nuevos enlaces y con la capacidad de auto organizarse en nuevos actores en el proceso.”¹⁵

En estas actividades encontramos no sólo las comerciales, sino también las que contribuyeron a la conformación de una identidad local que no debe ser entendida como un

¹⁴ Villa Sánchez, op. cit., pp. 105 y 128.

¹⁵ Íbidem, p. 130.

activo preexistente en un territorio, resultado de factores geográficos e históricos anteriores, sino que se trata de un nuevo activo intangible, dinámico, que pudo ser construido localmente, dependiente de los enlaces que lo conforman.¹⁶ En este sentido, es relevante el comentario de Sarah Martínez, investigadora de El Colegio de la Frontera Norte, quien comentó: “hace unos años, Baja California era el estado maquilador. Ahora, tenemos uvas en las placas de los carros”.¹⁷

También, desde el Gobierno del Estado se contribuyó al fomento de esa identidad local que se relaciona con la producción del vino. Ejemplo de esto fue el acuerdo del entonces Gobernador del Estado, Roberto de la Madrid Romandía, que cambió el nombre de una parte de la zona vitivinícola de Ensenada para denominarla Valle de Calafia.¹⁸ Aunque este acuerdo sólo se refería a la fracción noreste de la región que hoy conocemos como Valle de Guadalupe, aquella denominación fue muy popular hasta ya iniciado el presente siglo. Ha caído ya en desuso y actualmente sólo se conserva en la publicidad de algunas de las casas vinícolas de esa región.

¹⁶ Celaya Téntori, op. cit., p. 156.

¹⁷ Martínez Pellegrini, Sarah, entrevista con el autor el 30 de marzo de 2015 en instalaciones de El Colegio de la Frontera Norte, refiriéndose a los racimos de uva que entonces aparecían ilustrando el fondo de las láminas de las matriculas vehiculares del estado.

¹⁸ Ejecutivo del Estado, “Acuerdo del Ejecutivo del Estado sobre el cambio de nombre de la zona vitivinícola de Ensenada; Se denominará ‘Valle de Calafia’”, *Periódico Oficial del Estado*, Tomo LXXXVII, número 24, 31 de agosto de 1980, pp. 34-36.

1.2 EL NUEVO ATRACTIVO TURÍSTICO, SU IDENTIDAD ACTUAL

El incremento en la actividad vitivinícola y la propagación del gusto por el vino han sido el detonante de una modalidad turística relativamente nueva en Baja California, caracterizada por visitas a los viñedos y a las bodegas de las casas productoras de vino, que ha sido complementada con servicios de hospedaje y restauración durante todo el año y, de manera muy señalada, en las épocas de los festejos tradicionales del ciclo productivo de la vid, como son las Fiestas de la Vendimia.

A las actividades tradicionales de turismo en el estado, de playa, pesca y compras transfronterizas, se ha adicionado una nueva expresión turística: la visita de grupos, cada vez más numerosos, de personas nacionales y extranjeras, a los viñedos de los valles de Baja California y a las casas productoras de vino. La necesidad de atender a estos visitantes ha dado origen a una actividad de servicios tendiente a satisfacer sus necesidades de hospedaje y alimentación. La mera existencia de estos nuevos satisfactores ha sido también foco de atracción para más visitantes e inversionistas que, por ahora, son principalmente nacionales pero que, cada vez más, provienen del norte de la frontera y de otros lugares.

Este tipo de turismo es una actividad compleja, que interseca con otras. Se ha dicho que lo que hace diferente al turismo vitivinícola de otras clases de turismo es la gran influencia que en él tienen los sentidos: particularmente el del gusto y el olfato¹⁹, pero también es una experiencia sensorial más amplia. Es una experiencia que involucra todos los sentidos: el gusto, al probar las uvas, los vinos, la comida y pro-

¹⁹ Johnson, Gary, "Surveying wine tourism in New Zeland", *Quality tourism: Beyond the masses. Preceedings of the first national tourism students conference*, revista de The Tourism Club y University of Otago, Otago, 1997, pp. 61-66. Citado por Getz, op. cit., p.2.

ductos regionales; el olfato, al percibir los olores de la tierra, la uva y el aire fresco de los viñedos, así como del mosto en fermentación, las barricas en las bodegas y, por supuesto, los alimentos al cocinarse; el tacto, al recoger y pisar la uva, la sensación de caminar en los andadores y el contacto de las manos con copas y botellas; la vista, al contemplar los viñedos, cielos, nubes, la arquitectura regional, el paisaje y los colores de las uvas y de los vinos y; el oído, al escuchar la algarabía en los campos, la maquinaria de procesamiento, el sonido del descorche de las botellas y del vino al servirse en las copas.

Los atractivos principales son los viñedos y las bodegas vinícolas. Los sitios adonde el turista, en un viaje breve o largo, experimenta con sus sentidos y vive la experiencia vitivinícola, materialmente diferente y contrastante con la cotidiana del lugar donde vive y trabaja y con la cual la confronta, de manera consciente o inconsciente, durante su viaje y después del mismo.²⁰

El viñedo es el sitio físico donde se produce la uva que será transformada en vino. Se trata de espacios más bien grandes, aunque los suele haber pequeños, donde se realiza una actividad primaria. Es el entorno de una actividad agrícola, productora de un fruto, la uva, que será el insumo indispensable para una actividad secundaria, la vinificación. Las bodegas de vino son las instalaciones físicas donde se transforma el jugo de la uva que se cultiva en el viñedo y se convierte en el vino que se bebe en la copa.

La visita a la vitivinícola transporta al visitante del entorno campirano del viñedo a un ámbito distinto, que puede ser de tipo industrial o artesanal, en el que es expuesto ante el fe-

²⁰ En *The Tourist Gaze*, Urry afirma que “Central to much tourism is some notion of departure, particularly that there are distinct contrasts between what people routinely see and experience and what is extraordinary”, op. cit., p 124.

nómeno de la transformación de la uva en vino. Un segundo atractivo de esta experiencia es la arquitectura misma de las bodegas de la región, que suele variar desde modestas construcciones con materiales tradicionales como adobe, piedra y madera, hasta grandes construcciones que combinan aquellos con el hormigón, el acero, el aluminio y el vidrio, en modernos e imponentes ejemplares de la arquitectura.

Las casas productoras de vino suelen ofrecer visitas guiadas a sus instalaciones, como un atractivo turístico y, como atractivo adicional está el aprender, de primera mano, cómo se produce el vino y, también, cómo se degusta y aprecia

La necesidad de preservar los entornos, escenarios, paisajes, ambientes y, en general, los lugares que constituyen del atractivo de la experiencia vitivinícola, se muestra como una de las razones importantes para que el territorio sea ordenado de manera que se evite su degradación. Al ir desapareciendo los atractivos que definen esa experiencia, podemos especular, disminuirá el turismo vitivinícola. Seguramente subsistirá el Valle de Guadalupe, pero ya no será el valle que hoy conocemos, como tampoco lo fue, antes del surgimiento de la vitivinicultura en el valle.

II. LA COMPETENCIA POR LA TIERRA Y EL CRECIMIENTO DESORDENADO

El éxito del Valle de Guadalupe como productor de uva y de vino es lo que ha dado a la región su atractivo turístico. Así, su popularidad creciente y la necesidad de atender al turismo enológico, ha dado lugar a diferentes visiones del desarrollo turístico de la región; desde las que pretenden se conserve su carácter bucólico y campirano tradicional, fomentando un turismo de bajo impacto, hasta las que imaginan un desarrollo inmobiliario a gran escala, con la construcción y promoción de viviendas, campos de golf y grandes hoteles. Esto ha

originado variadas, y en ocasiones encontradas, opiniones sobre qué políticas de gobierno, actividades económicas y sociales, pueden incidir en el desarrollo del turismo enológico de esta parte del país; las que también serán reflejo de la visión que se tenga respecto del desarrollo regional y de sus necesidades.

Entre las diferentes formas de turismo existe una que se caracteriza por la compra o renta a largo plazo de una vivienda para su uso en temporadas de descanso y recreación, en sustitución de servicios de hospedaje: el llamado *turismo residencial* o de *segunda vivienda*.²¹ Para los promotores de este tipo de turismo, “la tierra ha pasado de entenderse como un espacio de producción agraria a convertirse en deseado suelo urbano o urbanizable.”²²

De esta manera, podemos comprender el valor distinto que le asignan a la tierra los productores de uva y vino, del que le atribuyen a ella los promotores inmobiliarios. Esto también nos revela la existencia de, al menos, dos visiones distintas sobre el desarrollo de esa región y el destino de su territorio: la que se sustenta en las actividades agrícolas tradicionales, como el cultivo de la uva, la producción del vino, con un ritmo de crecimiento más o menos pausado, acorde a los ciclos de la naturaleza y; la que busca un ritmo más acelerado, apoyado en una optimización del rendimiento económico del territorio, mediante su fraccionamiento y ex-

²¹ Jiménez Martínez, Alfonso de Jesús y Sosa Ferreira, Ana Priscila, “Del cielo a la tierra y de la tierra al suelo: el turismo residencial en el caribe mexicano” Marcia Blásquez y Cañedo, Ernest (edit.), *Turismo Placebo. Nueva colonización turística: del Mediterráneo a Mesoamérica y el Caribe. Lógicas espaciales del capital turístico*, Managua, Edisa, 2011, p. 276.

²² Aledo Tur, Antonio, “De la tierra al suelo: la transformación del paisaje y el nuevo turismo residencial” *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 729, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, enero-febrero 2008, p. 99.

plotación comercial. Donde unos ven en la tierra el elemento que, con agua y sol, produce uva (y con ésta vino), los otros encuentran ven un bien de uso urbanizable: una mercancía de intercambio de valores.

Así, a la competencia por la tierra, entre productores de uva y vino y promotores inmobiliarios, habrá que agregar la creciente demanda de tierra para casas vacacionales y para nuevos usos, ajenos a la vocación tradicional de la zona, como la adecuación de espacios para espectáculos masivos de presentación de artistas, y para restaurantes, bares y expendios de bebidas alcohólicas, distintas del vino, con música estridente.

Durante un período de cinco años, comprendido entre 2013 y 2017, un estudio reciente²³ reveló que, en los archivos de la Dirección de Desarrollo Urbano, Ecología y Medio Ambiente (DAU) del Ayuntamiento de Ensenada, sólo hubo 41 autorizaciones para obras²⁴ en la zona del Valle de Guadalupe, de las cuales 20 fueron habitacionales y 21 comerciales.²⁵

La revisión de los expedientes y la información de otras fuentes revelaron diferencias notables. La discrepancia mayor se encontró al confrontar todos los datos anteriores con el resultado propio obtenido en campo durante esa investigación y que arrojó, para finales del año 2018, un total de 112 unidades económicas relacionadas con la industria turística vitivinícola en la zona, de las cuales 105 son casas viníco-

²³ Del Monte Núñez, Ricardo, *El turismo vitivinícola en Baja California, situación jurídica para su desarrollo, retos y perspectivas: El ordenamiento territorial del Valle de Guadalupe*, Tesis doctoral, México, UNAM, 2021, pp. 119 y subsecuentes.

²⁴ Un promedio de 8.2 obras para el período.

²⁵ Este dato incluye la prórroga a una licencia del mismo período por lo que, en realidad, estamos ante 20 obras no habitacionales.

las²⁶ que ofrecen algún tipo de oferta turística.

Todo esto muestra una desproporción entre el número de empresas económicas encontradas en la región,²⁷ en relación con la pequeña cantidad de licencias de construcción otorgadas durante el período de la investigación,²⁸ lo que autoriza a especular que se han edificado una gran cantidad de obras y se ha abierto un número considerable de establecimientos que no se corresponden con licencias expedidas para ello.

Para estas obras, en las que no hubo expediente relativo a sus licencias, no fue posible determinar si su destino o edificación fue congruente con el uso del suelo o densidad prescritos por el Programa Sectorial de Desarrollo Urbano.

Esta circunstancia también permite suponer que se trata de obras que se han venido realizando al margen del control y supervisión de la autoridad municipal a lo largo de por lo menos los últimos doce años. También abona a la idea de una inadecuada supervisión, por parte de la autoridad, la circunstancia de que no se haya encontrado en los expedientes revisados constancia de aviso de terminación de obra en el 70.73% de los 41 expedientes revisados y de que en ninguno de los expedientes habitacionales se hubiera encontrado el dictamen de uso de suelo.

Esta brecha entre la norma y la práctica requiere la búsqueda de explicaciones. La primera que podemos considerar es la falta de supervisión y aplicación de la normatividad por parte de la autoridad. Esta circunstancia es plausible sobre todo en razón de la inexistencia de personal dedicado

²⁶ En esta categoría se incluyen tanto los que son viñedos, como los que son bodegas vinícolas, o ambos.

²⁷ Aquí nos referimos sólo se refiere a unidades económicas relacionadas con la actividad turística y vitivinícola.

²⁸ La investigación documental de las licencias abarcó un período de 5 años (las de los años 2013 a 2017) y reportó 41 licencias de obra, de las que sólo 8 tienen relación con el turismo vitivinícola.

a ello en las delegaciones municipales que, según reveló la investigación, tan solo cuentan con las personas del titular y la secretaria de la delegación. Por otra parte, fue notoria la ausencia de vigilancia e inspección en la zona por parte de la Dirección de Desarrollo Urbano, Ecología y Medio Ambiente del ayuntamiento.²⁹

Pero, esta diferencia entre lo que la regla prescribe y cómo son las cosas en la realidad, también habla de las actitudes de los destinatarios de la norma que tienden a tener poco apego a su cumplimiento a pesar de las altas expectativas que tienen en ella. Julia Flores Dávila identifica, entre los rasgos que caracterizan a la cultura de la legalidad mexicana: una socialización deficiente en el apego a la ley, un formalismo extremo en su percepción y la reducción de su valor a un papel meramente instrumental.³⁰ Destaca también que la percepción formalista de la ley refleja una tensión que se evidencia, por una parte, en “una fuerte creencia de que las leyes deben aplicarse estrictamente, por la otra, una sensación de una intensa desilusión en las fallas y dificultades persistentes para su aplicación.”³¹

No podemos atribuir este desorden a la falta de normatividad que regule y ordene el territorio de la región. El ordenamiento del territorio, en el Valle de Guadalupe, está consignado en el *Programa sectorial de desarrollo urbano-turístico de los valles vitivinícolas de la zona norte del municipio de Ensenada*.³²

²⁹ En sólo uno de los expedientes revisados se encontró evidencia de una inspección en sitio.

³⁰ Flores Dávila, Julia Isabel, “Cultura de la legalidad e institucionalidad en México” en Ibarra Palafox, Francisco Alberto y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 4: Estudios políticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 172.

³¹ *Ibidem*, p. 177.

³² Ayuntamiento de Ensenada, “Programa Sectorial de Desarrollo Urbano-Turístico de los Valles Vitivinícolas de la Zona Norte del Municipio

Probablemente esa discordancia entre la norma y la práctica se debe a varias cuestiones, entre ellas la circunstancia de que el área del Programa original coincide con la superficie de la del Ordenamiento Ecológico, que comprende zonas cerriles y ganaderas, no aptas para el desarrollo urbano, pero sí dedicadas a actividades tradicionales de los ejidatarios, como la ganadería. Pero, y esta es una de las ideas recurrentes en este trabajo, muy probablemente influya la circunstancia de que el Programa se elaboró sin la concurrencia y participación de los sectores a quienes afecta directamente y sin la dirección de las instituciones que tienen la obligación de hacerlo.³³

Con posterioridad, el 14 de septiembre de 2018 se publicó un acuerdo del Gobernador del Estado de Baja California que autorizó modificaciones al ordenamiento territorial vigente, denominado *Actualización del Programa Sectorial de Desarrollo Urbano-Turístico de los Valles Vitivinícolas de la Zona Norte del Municipio de Ensenada*. Su elaboración estuvo a cargo del Instituto Municipal de Investigación y Planeación de Ensenada (IMIP), con consulta a la población y participación de los sectores a quienes corresponde hacerlo.

Este nuevo instrumento, en su parte introductoria reconoce que, conforme se fue aplicando el programa original, se hizo evidente la existencia de aspectos que provocaron una administración deficiente y un descontrol generalizado “que se pronostica degenerará en una franca recesión.”³⁴

de Ensenada (Región del Vino), B.C.”, *Periódico Oficial del Estado*, 15 de octubre de 2010, Sección I.

³³ En entrevista del autor con el Arq. Javier Sandoval Félix, Director del Instituto Municipal de Investigación y Planeación de Ensenada (IMIP), el 27 de marzo de 2018, comentó que el Programa Sectorial vigente de 2010 no fue elaborado por el IMIP sino por una firma privada, “Felipe Ochoa y Asociados” (FOA Consulting), que ganó la licitación que para ello financió FONATUR.

³⁴ Acuerdo del Ejecutivo mediante el cual se aprueba la Actualización del Programa Sectorial de Desarrollo Urbano-Turístico de los Valles

Lo primero que destaca de la *Actualización* es la reducción de la superficie del territorio a ordenar, cuya dimensión original coincidía con la del *Programa de Ordenamiento Ecológico*, para quedar, ahora, en 18 mil 127 hectáreas, que representan el 19% del área original del *Programa*,³⁵ y que comprenden, principalmente, las pendientes bajas del terreno, planicie y valles, propias para el cultivo de la vid y el olivo, así como las localidades urbano-rurales importantes.³⁶ Deliberadamente se excluyeron los cerros y las áreas que los ejidatarios y campesinos destinan a la ganadería y que no son aptos para el cultivo, ni tienen los servicios públicos que permitan hacerlos habitables.

El diagnóstico y las estrategias de la *Actualización* se hicieron considerando los aspectos más sobresalientes del área de aplicación, representados por cuatro ejes rectores: agua, paisaje, agricultura y comunidad.³⁷ En ellos se destacó la importancia del cultivo de la vid como actividad agrícola base económica de la región, “indispensable para el sostenimiento principalmente de la agroindustria, oferta gastronómica local así como uno de los activos principales en términos de construcción del paisaje.”³⁸ También se consideró la necesidad de proveer lo necesario para tener agua de calidad adecuada para consumo humano, para riego y para los otros

Vitivícolas de la Zona Norte del Municipio de Ensenada”, *Periódico Oficial del Estado*, Tomo CXXV, número 42, 14 de septiembre de 2018, sección II.

³⁵ La superficie de aplicación del Programa original era de 95 mil 191 hectáreas y coincidía con la del Programa de Ordenamiento Ecológico de la misma región.

³⁶ De la actualización se excluyeron las zonas periféricas y ejidales que comprenden sierras, lomeríos, cañadas así como terrenos con pendientes donde no se concentra la actividad agrícola.

³⁷ Op. cit., p. 21.

³⁸ *Ibidem*, pp. 24-30.

usos no agrícolas del valle como son las actividades turística y gastronómica.³⁹

En cuanto a los otros dos ejes, en la *Ampliación* se indica que la región del Valle de Guadalupe presenta una baja eficiencia en la ocupación del suelo, que ha generado una pérdida del recurso paisajístico, problemas de cobertura de servicios públicos, acumulación de residuos sólidos, disposición inadecuada de aguas residuales, desorden en el sistema vial y otros. Esto se manifiesta por una dispersión en los asentamientos humanos, ya que la décima parte de la población vive en localidades menores de 3 viviendas, además de que más de la cuarta parte vive fuera de los tres centros de población (Francisco Zarco, El Porvenir y San Antonio de las Minas). La fragmentación de la ocupación de la zona se refleja también “en los caminos que se han abierto al uso público.”⁴⁰ También se destacó en el documento que:

Una característica observada en el área de aplicación del Programa es la pérdida de la calidad de la imagen urbana por diversos motivos como el nulo apego a la normatividad establecida en cuanto a edificaciones, colores, materiales, fachadas, aprovechamiento del ambiente natural, etc.⁴¹

La fragmentación de los asentamientos humanos, continúa el documento, ha producido fenómenos como la baja eficiencia en la cobertura de servicios básicos, dificultad para acceder al equipamiento y el decaimiento de la calidad de vida y mayor desigualdad social.⁴²

En síntesis, el instrumento concluye que el problema

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Íbidem, pp. 32-33.

⁴¹ Íbidem, p. 33.

⁴² Íbidem, p. 34.

principal detectado fue el crecimiento descontrolado, lo que trajo como efectos directos: la pérdida de zonas agrícolas, el deterioro del paisaje y de la imagen urbana, déficit hídrico y mala calidad del agua, así como asentamientos humanos en zonas no aptas o sin servicios básicos.⁴³

De todo ello se derivó el objetivo general del programa: “Controlar el desarrollo de las actividades en la Región del Vino al norte del Municipio de Ensenada, mediante la aplicación del estricto ordenamiento ecológico y territorial, contribuyendo con ello a la prosperidad para sus habitantes.”⁴⁴

En resumen, la *Actualización* del Programa Sectorial reduce el área del ordenamiento, lo que parece ser un acierto, puesto que busca circunscribirse a preservar las actividades tradicionales de la región y proteger el paisaje, a dirigir el crecimiento poblacional a los centros de población y al proponerse evitar su dispersión. De esta manera, pretende conciliar diferentes visiones al permitir la construcción de viviendas en zonas agrícolas y de conservación, de manera limitada, y posibilitar desarrollos de vivienda agrupada que mantengan una relación importante de actividad agrícola tradicional. Finalmente, de manera explícita se propone llevar a cabo acciones de supervisión y control estableciendo una unidad local de la Dirección de Administración Urbana.

El capítulo de diagnóstico enfatiza que el principal problema en el área del estudio es el crecimiento descontrolado de los asentamientos humanos y la falta de aplicación de la normatividad, tanto por parte de los habitantes de la región como por las autoridades municipales

⁴³ Íbidem, p. 41.

⁴⁴ Íbidem, p. 48.

III. SOLUCIONES DE OTROS LUGARES

Con la finalidad de buscar posibles soluciones a los problemas de la ordenación del territorio de la región de nuestro estudio, se acudió a la comparación del sistema regional de planeamiento territorial con el de otros lugares similares. En este caso fueron el ordenamiento de La Rioja, en España, así como la planeación particular de tres municipios de aquella región: Bañares, Lardero y Logroño. También se consideraron dos zonas del estado de California, en los Estados Unidos de América: el Valle de Napa y la zona suroeste del condado de Riverside, donde se encuentra la región vitivinícola de Temecula. Todas estas regiones, por ser vitivinícolas, por su carácter campirano y por su cercanía con centros urbanos, presentan ciertos rasgos de semejanza que conviene contrastar con los del Valle de Guadalupe.

A. LOS CASOS ESPAÑOLES

En España, el ordenamiento territorial busca cumplir con la Constitución Española de 1978 que, en su artículo 45, señala entre los principios rectores de la política social y económica que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona, así como el deber de conservarlo” y que corresponde a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, “con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente.” La norma intermedia que regula la forma de dar cumplimiento a ello es el *Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística (Ley del Suelo)*.⁴⁵

En el orden autonómico de La Rioja, la estructura general

⁴⁵ Texto aprobado mediante Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril de 1976, que es anterior a la Constitución pero aplicable no sólo a la materia urbanística, sino también a la ordenación del territorio y protección de la naturaleza y medio ambiente.

para la ordenación urbanística del territorio está regida por la *Ley 10/98 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Rioja (LOTUR)*, cuyas reglas son aplicables directamente a todo el territorio de la comunidad, a los municipios que no tengan aprobado su planeamiento municipal y, de una manera subsidiaria, a los municipios que sí lo tengan. Al amparo de este esquema han surgido en La Rioja dos instrumentos normativos propios de esa comunidad autonómica para su ordenamiento territorial:

El primero es el *Plan Especial de Protección del Medio Ambiente Natural de La Rioja (PEPMAN)*,⁴⁶ que opera mediante la imposición de limitaciones al uso del suelo, de tal manera que protege recursos del dominio público y regula ciertas actividades realizadas en relación con ellos, ya que en las áreas de *Suelo no urbanizable* sólo se permiten edificaciones relacionadas con las actividades vinculadas directamente a las explotaciones agrarias, a la guarda de las instalaciones y a su infraestructura.

El segundo instrumento está conformado por las Normas Urbanísticas Regionales de La Rioja (NUR).⁴⁷ que tienen como finalidad ser la “norma regional que aporte los criterios y normas más importantes para garantizar un mínimo de ordenación en el interior de la Comunidad Autónoma”,⁴⁸ para suplir la ausencia de planes locales. Aquí, se clasifica al suelo en tres grandes categorías: *suelo urbano*, que es el que tiene vocación residencial, aunque tolera la coexistencia de

⁴⁶ Gobierno de La Rioja, “Plan Especial de Protección del Medio Ambiente Natural de La Rioja”, en *LaRioja.org: El Gobierno de La Rioja en Internet*, <http://www.larioja.org/larioja-client/cm/territorio/imagenes?id-Mmedia=650976>

⁴⁷ Gobierno de La Rioja, *Normas Urbanísticas Regionales de La Rioja*, en <https://genmap.iderioja.larioja.org/lib/vfile.php?tipo=siu&r=/municipios/nur/nur.pdf>, Consejería de Obras Públicas y Urbanismo, p. 13.

⁴⁸ Ídem.

otros usos; *suelo urbanizable*, que es aquél clasificado de esa manera en el planeamiento municipal aprobado, indicándose sus sistemas generales y equipamientos comunitarios, y; el *suelo no urbanizable* que, por exclusión, es todo aquél que no haya sido expresamente clasificado como urbano o urbanizable, y que incluye aquéllas áreas del territorio regional que por sus condiciones naturales, valor forestal, sus características ambientales o paisajísticas, su valor productivo, agropecuario o minero, su localización dentro de los municipios o razones semejantes, deban ser mantenidas al margen de los procesos de urbanización. En el suelo no urbanizable se evita propiciar la formación de núcleos de población, permitiendo sólo construcciones vinculadas con las actividades de su vocación.

El *Plan General Municipal de Bañares* fue aprobado por la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2008 y publicado en el Boletín Oficial de La Rioja el 3 de abril del mismo año.⁴⁹ Sigue los lineamientos del PEPMAN y clasifica el territorio municipal en suelo *Urbano* (consolidado y no consolidado), *Urbanizable* (delimitado y no delimitado) y *No urbanizable*. Los usos del suelo pueden ser: *Característicos*, los considerados como tales en el Plan para una parcela determinada; *Compatibles*, los introducidos en una zona en la que no es predominante y que no implica alteraciones sustanciales en el tejido existente y; *Prohibidos*, que lo son por alterar sustancialmente el tejido del lugar.⁵⁰

En los terrenos urbanos no se permiten usos agropecuarios y entre los usos permitidos en el suelo no urbanizable se encuentra la vivienda familiar, pero sólo la directamente

⁴⁹ Gobierno de La Rioja, *Boletín Oficial de la Rioja*, núm. 45, 3 de abril de 2008, <https://www.larioja.org/bor/es/boletines-nuevo?tipo=2&fecha=2008/04/03&referencia=697822-1-HTML-380852-X>

⁵⁰ *Plan General Municipal de Bañares*, art. 52.

vinculada a explotaciones agropecuarias o al servicio de alguno de los usos permitidos, en cuyo caso la vivienda queda vinculada a una parcela mínima.

El Planeamiento aprobado para el municipio de Lardero fue publicado en el *Boletín oficial* de La Rioja el 22 de marzo de 2007.⁵¹ Determina el régimen urbanístico del derecho de propiedad de tal manera que éste queda subordinado, en cuanto a su desarrollo, a los aprovechamientos urbanísticos permitidos por el Plan y sujeto a los deberes y cargas previstos en él para los propietarios de suelo urbano y urbanizable.⁵² Está sustentado en tres columnas en torno a las cuales se desarrolla: en razón de su gestión, en lo concerniente al funcionamiento de la ordenación y, en cuanto a la ordenación del término municipal. De esta manera busca mantenerlo afecto a su vocación y evitar su transmutación en suelo urbano sujetando las acciones que se pueden llevar a cabo en él a diversas limitaciones, entre ellas: la prohibición de edificaciones características de las zonas urbanas⁵³, la prohibición de parcelación urbanística, las actividades ganaderas solamente pueden ubicarse a más de mil metros del límite del suelo urbano o urbanizable residencial, mientras que para las actividades peligrosas su emplazamiento se incrementa a dos mil metros, la prohibición de subdividir terrenos rústicos en contra de la legislación agraria y, la necesaria aprobación de la Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, para que se puedan autorizar construcciones en suelo no urbanizable que se separen de las limitaciones antes indicadas.⁵⁴

En el suelo no urbanizable, como criterio general, se pro-

⁵¹ Ayuntamiento de Lardero, *Plan General Municipal*, <http://www.ayto-lardero.org/Ayuntamiento/pgm.html>

⁵² *Plan General Municipal de Lardero*, art. 32 y 33.

⁵³ Son aquellas cuyo uso no está ligado al medio agrícola.

⁵⁴ *Plan General Municipal de Lardero*, art. 36.

híbe la vivienda que no se encuentre vinculada a una explotación agrícola y se prohíbe expedir licencias cuando exista el riesgo de formación de *núcleo de población*, que se define como “todo asentamiento humano que genera objetivamente demandas o necesidades de servicios urbanísticos comunes.”⁵⁵ Las condiciones objetivas de formación de núcleo de población que se señalan en el ordenamiento⁵⁶ son: la existencia de más de cuatro edificaciones de vivienda familiar contiguas o próximas; que la densidad sea igual o superior a 5 viviendas por hectárea;⁵⁷ que se produzcan parcelaciones o subdivisiones de terrenos en lotes y se realicen obras o edificaciones conjuntas, tengan una tipología constructiva, forma parcelaria o distribución en pugna con las pautas tradicionales de parcelación agrícola; que dispongan de accesos viarios comunes o exclusivos, vías comunales rodadas asfaltadas o compactadas; que tengan servicios de abastecimiento de agua para el conjunto; que cuenten con instalaciones comunales sociales, sanitarias, deportivas, de recreo, comerciales y análogas; que se construyan o proyecten edificaciones de vivienda horizontal, unifamiliar, de utilización no permanente y; que exista publicidad en el terreno o en medios de comunicación, que no muestre la autorización del órgano que la haya aprobado.

La capital de la comunidad autónoma de La Rioja es un municipio con planeamiento municipal aprobado originalmente en 1985 como *Plan General de Ordenación Urbana de Logroño*. Posteriormente, tuvo dos modificaciones y, eventualmente, se adaptó a la legislación estatal y autonómi-

⁵⁵ Tales como red de abastecimiento de agua, de saneamiento, de alumbrado público, acceso viario y servicios similares, característicos de las áreas urbanas.

⁵⁶ *Plan General Municipal de Lardero*, art. 50.

⁵⁷ También cuando en un círculo imaginario de 300 metros de diámetro, queden inscritas 10 o más viviendas.

ca nueva, para dar lugar al actual *Plan General Municipal de Logroño*, aprobado el 15 de enero de 2002 por la Consejera de Obras Públicas, Transporte, Urbanismo y Vivienda del Gobierno de la Rioja y publicado en el *Boletín Oficial de La Rioja* el 26 de febrero de 2002.⁵⁸

El sistema de Logroño, tal vez por tener un origen anterior a los otros dos anteriormente comentados, utiliza una terminología algo diferente para los mismos conceptos de otros cuerpos de planeación de la región. Es el caso de los usos del suelo, donde distingue a los *Usos globales*, que se corresponden con los dominantes de un sector o área; los *Usos de referencia*, que son los que de manera pormenorizada se establecen para el suelo urbano en el Plan General y para el suelo urbanizable delimitado en los planeamientos de desarrollo y; *Usos concretos*, que son aquellos que pueden coexistir con los usos de referencia.⁵⁹ La coexistencia de los usos concretos con los de referencia se determina con una tabla que nos indica, para ciertas condiciones, si el uso es *permitido, prohibido o condicionado*.

En su régimen urbanístico, la clasificación de los suelos considera al *Suelo urbano, al Suelo urbanizable y al Suelo no urbanizable*.⁶⁰ En el Suelo no urbanizable está muy restringida la construcción de viviendas, ya que sólo se admiten las unifamiliares aisladas en terreno de secano donde no haya riesgo de que se forme núcleo de población.

Por cuanto a los usos residenciales, encontramos que se permiten los de viviendas unifamiliares, “campings” y hoteles y moteles. Para éstos, los de más de 50 camas requieren Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental. Los segundos

⁵⁸ Ayuntamiento de Logroño, “*Plan General Municipal de Logroño. Normas Urbanísticas*”, <http://www.logroño.es/wps/portal/web/inicio/unidadesMunicipales/urbanismo/pgmVigente>

⁵⁹ *Plan General Municipal de Logroño. Normas Urbanísticas*, art. 1.2.22.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 1.2.3 – 1.2.6.

también lo requieren cuando sean de más de 10 mil metros cuadrados. Se definen como tales los ocupados por menos de tres meses por habitáculos desmontables o trasladables. Para las viviendas, sólo podrán establecerse en parcelas de un mínimo de 5 mil metros cuadrados, en regadío, y de 20 mil metros cuadrados, en secano.⁶¹ También pueden permitirse restaurantes y bares, como actividades de ocio, pero los de más 200 plazas requerirán también del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental.⁶²

B. LOS CASOS CALIFORNIANOS

Más cercanos a nuestra región son dos áreas del estado de California, en los Estados Unidos de América: El Valle de Napa, en el norte del Estado y, al sur, la zona vinícola de Temecula. Ambas tienen disposiciones importantes para este estudio en el planeamiento de su territorio.

La versión vigente del Plan General del Condado de Napa,⁶³ fue adoptada el 3 de junio de 2008, mediante resolución número 08-86 del Consejo de Supervisores del Condado. Ha sido enmendada cinco veces, la más reciente el 23 de junio de 2009, contiene la visión que esa comunidad tiene de sí misma para el año 2030 y refleja las metas y aspiraciones de la comunidad.⁶⁴ La legislación estatal requiere que las ordenanzas del condado que regulan el uso del suelo sean consistentes con el Plan General. Contiene guías y lineamientos a considerar por todos en la toma de decisiones en esta materia, sobre todo al ponderar los diversos intereses que pueden entrar en conflicto. Tales guías y lineamientos

⁶¹ *Íbidem*, art. 6.2.11.

⁶² *Íbidem*, art. 6.2.13.

⁶³ Napa County Board of Supervisors, *Napa County General Plan*, Napa California, Napa County Department of Conservation, Development & Planning, 2008.

⁶⁴ *Íbidem*, p. I-2.

revisten la forma de metas y políticas (*goals and policies*) para el desarrollo del condado a largo plazo.⁶⁵

El plan trata ocho temas,⁶⁶ llamados “elementos, así como ítems de acción y sugerencias para evaluar el avance hacia las metas. En la preparación del plan, la comunidad tuvo gran participación y sólo puede ser enmendado por el Consejo de Supervisores del Condado o, mediante iniciativa popular, por el voto de la población.⁶⁷ Una gran preocupación de la comunidad, es la determinación de preservar el carácter rural y las tierras agrícolas de su territorio. Expresamente enfatiza que todas las decisiones importantes en materia de uso de suelo deben ser revisadas y valoradas a la luz del impacto que puedan tener en la calidad de vida, el ambiente, la aptitud de cosechar (*ability to farm*) y procesar productos agrícolas, así como el llevarlos al mercado, para poder ser una importante región vitivinícola, con una industria agrícola viable y sostenible.⁶⁸

De manera expresa, en el Plan se indica que se pretende un ritmo lento de crecimiento, encauzar el desarrollo a las áreas urbanizadas existentes y fijar un límite al número anual de permisos que se otorguen para construcciones residenciales.⁶⁹ Prioriza el uso del agua superficial para fines agrícolas y residencial rural sobre los usos urbanos y confirma el

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Los “elementos” del Plan son: Preservación de la agricultura y uso del suelo, Carácter de la comunidad, Conservación, Circulación, Desarrollo económico, Habitación, Recreo y espacios abiertos y, Seguridad.

⁶⁷ Algunas cuestiones del plan originadas por iniciativa popular (*Measure J* y *Measure P*), sólo pueden ser modificadas por el voto de la población. Tal es el caso del cambio de uso de tierras designadas antes del primero de febrero de 1990 como “Recurso Agrícola” (“*Agricultural Resource*”) o “Espacio abierto de cuenca agrícola” (“*Agricultural Watershed Open Space*”).

⁶⁸ *Napa County General Plan*, p. SV-2.

⁶⁹ Íbidem, p. SV-3.

uso de la zonificación (*zoning*), entre otros, como un medio para conservar los espacios abiertos, la biodiversidad y el hábitat.⁷⁰ En el tema de desarrollo económico, fija metas y políticas relacionadas con la economía agrícola, el papel del turismo y otras actividades económicas, las cuales no deben competir con la agricultura, que es la que tiene primacía en el Plan, que también busca proteger el paisaje de la zona y hacerlo accesible para residentes y visitantes.⁷¹

Como parte de las políticas que apoyan el crecimiento en los centros urbanos, se busca concentrar los usos urbanos en las ciudades y poblados (*Policy AG/LU-22*) y se desalienta la propuesta de desarrollos urbanos que requieran de servicios públicos fuera de las áreas urbanizadas existentes (*Policy AG/LU-26*). Busca retener la belleza natural del condado mediante la conservación de los “espacios abiertos” (*Policy CC-1*),⁷² la supresión de anuncios en carteleras (*Policy CC-15*), el uso de técnicas de labranza y construcción que retengan la apariencia y contorno natural al hacer terrazas y rebajar terrenos (*Policy CC-6*) y busca que las construcciones y desarrollo de laderas se diseñen de tal manera que no invadan las cimas y que eviten ser vistas desde las vías escénicas (*Policy CC-10*). Aunque la economía del condado de Napa tiene su base en la agricultura, el Plan reconoce que el turismo y el hospedaje se han convertido en una fuerte actividad secundaria, que se sustenta en la viticultura y en la vinicultura.⁷³

⁷⁰ *Íbidem*, p. SV-4.

⁷¹ *Íbidem*, p. SV-5.

⁷² El concepto *Open Space* se refiere a un área que sostiene diversas actividades y amenidades, mensurables e intangibles, que derivan y dependen de los recursos naturales de la tierra. Es un término que no tiene relación con la titularidad inmobiliaria, ni con el hecho de estar baldío, sin uso o sin desarrollo. *Napa County General Plan*, p. ROS-1.

⁷³ *Napa County General Plan*, p. E-2.

En el segundo caso, el del Plan General del Condado de Riverside, tenemos que fue autorizado y publicado en su forma revisada actual en 2003 y contiene la visión que esa comunidad había imaginado de sí misma para el año 2020. Debido a la diversidad del territorio del condado, contiene varios planes parciales, llamados “Planes de Área” (*Area Plans*), que por diversas razones deben recibir un tratamiento especial, diverso del general del Plan. El plan especial que ahora tomamos en cuenta es el llamado *Southwest Area Plan* o “Plan del Área Suroeste”, que comprende la zona vitivinícola y cítrica cercana a las ciudades de Murrieta y Temecula. El plan, más que un plan autónomo e independiente, es una extensión del propio plan general.⁷⁴

Dentro de esta Área Suroeste está el Valle de Temecula (Temecula Valley), que contiene también la planeación para el uso de suelo, que es de carácter predominantemente rural. El 11 por ciento de su área corresponde a usos urbanos diversos, mientras que el otro 89 por ciento comprende designaciones de “Espacio Abierto” (“Open Space”), “Agrícola” (“Agricultural”) y “Rural”, que reflejan los usos de tierra existentes y proyectados a largo plazo y que constituyen un referente de la historia y del carácter de la zona.⁷⁵

Las políticas de esta zona buscan protegerla de usos incompatibles con los agrícolas, con los que podrían entrar en conflicto.⁷⁶ Dentro de ellas encontramos el mantener el carácter rural y agrícola, exigir tamaños mínimos para lotes residenciales y parcelas agrícolas,⁷⁷ fomentar que los nuevos desarrollos se lleven a cabo agrupados en racimos

⁷⁴ County of Riverside, *County of Riverside General Plan – Southwest Area Plan*, Riverside California, Transportation and Land Management Agency, 2003, p. 1.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 15 – 16.

⁷⁶ *Ídem*.

⁷⁷ *Policy SWAP 1.2*

(*clúster*),⁷⁸ con lotes grandes, sujeto a que haya viñedos en el 50 por ciento de su superficie,⁷⁹ permitir usos comerciales incidentales, como salones de degustación con ventas de vino al menudeo así como restaurantes vinculados con vinícolas, siempre que por lo menos el 75 por ciento del proyecto esté ubicado en viñedos y el vino que se venda provenga de uvas locales al menos en un 75 por ciento,⁸⁰ aceptar usos comerciales como hospedaje de escala pequeña (“Bed and Breakfast”) o de escala intermedia (“Country Inns”) cuando al menos el 75 por ciento del proyecto esté en viñedos.⁸¹

En las últimas adiciones al Plan del Área Suroeste, se incluye una guía de diseño, denominada *Citrus Vineyard Policy Area Design Guidelines*, para alentar los desarrollos de tipo rural, enmarcados en grandes viñedos, que realcen el ambiente vitivinícola de la zona. La guía propone lineamientos a seguir por propietarios y desarrolladores al someter sus proyectos para autorización. Contiene textos e ilustraciones de lo que se espera de, y se alienta para, los proyectos del área. La guía abarca dos grandes temas: el diseño y planeación del sitio y, disposiciones arquitectónicas.⁸²

⁷⁸ El Plan alienta la construcción de viviendas en *clústeres* en todas las designaciones residenciales. De esta manera, la densidad permitida para las construcciones puede agruparse en lotes más pequeños, dentro de una parte del predio, si la proporción de viviendas y terreno no disminuye y el resto del predio se destina a Espacio Abierto o usos compatibles con él, como sería el caso de los viñedos. *Cfr.* County of Riverside, *County of Riverside General Plan – Southwest Area Plan*, p. 19.

⁷⁹ *Policy SWAP 1.3*

⁸⁰ *Policy SWAP 1.4*

⁸¹ *Policy SWAP 1.5*

⁸² County of Riverside, *Citrus Vineyard Policy Area Design Guidelines*, Riverside California, Transportation and Land Management Agency, 2005, p. 2.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Cada una de las regiones estudiadas aporta elementos importantes para la comprensión de la planeación territorial en general, adecuadas a la visión que cada comunidad se ha hecho de sí misma con miras al futuro y en atención a sus metas, prioridades específicas, al carácter de sus habitantes e, inclusive, a las particularidades de su sistema jurídico y de la conducción política. Esto aparece reflejado en los distintos fines y medios que se aprecian en sus respectivos ordenamientos territoriales.

En cuanto a los fines, en el caso de La Rioja y sus municipios, destaca la idea de la planeación del territorio como una manera de protección del medio físico. Se trata de hacer efectivo uno de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución española de 1978: el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona y el deber de conservarlos, así como la responsabilidad del estado de velar por la utilización racional de los recursos naturales, proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente.

Para el caso de las regiones de California, sobresale el carácter práctico anglosajón. Su finalidad es conservar el carácter agrícola de sus regiones con la finalidad de mantenerlas aptas el cultivo, el preservar el paisaje y el carácter rural y agrícola de la zona, buscando deliberadamente un crecimiento lento, que dirija el desarrollo a las zonas ya urbanizadas, con un límite anual a los permisos para construcciones residenciales, con el agua destinada prioritariamente a usos agrícolas, donde la agricultura tiene primacía y con la que no compite el desarrollo, fijándose límites mínimos a las parcelas para garantizar su funcionamiento como unidades económicas.

En el Valle de Guadalupe, la finalidad expresa en el Plan

es la de aprovechar los recursos naturales, mejorar las condiciones de vida de la población, buscar un desarrollo ordenado que proteja y conserve esos recursos. Claramente se advierte ser más bien aspiracional, que práctica. Aunque toda planeación conlleva la idea de una aspiración, de un deseo de lo que se quiere lograr, la enunciación se antoja remota y discursiva, a diferencia de la practicidad del sistema californiano y de la eficacia que parece transmitir el español.

Por lo que concierne a los medios, en el caso Riojano español se ha optado por un régimen regional, aplicable directamente a los municipios que no tienen planeación y, supletoriamente, a los que sí la tienen. Se conforma por dos instrumentos: el primero de ellos (PEPMAN) sólo atiende a la protección del medio físico, señalando limitaciones al uso y; el segundo (NUR), garantiza el orden interior en suplencia o ausencia de planes locales y establece la clasificación básica del suelo como: urbano, urbanizable y no urbanizable. También busca armonizar las necesidades de lo urbano y lo rural, con las categorías de *solar* y *parcela*, para el entorno urbano y, la de *unidad mínima de cultivo*, para el entorno rural. Se busca que las zonas rurales estén afectas a su vocación y uso, así como que los predios agrícolas no sean afectados por usos diversos y sean de un tamaño que garantice su subsistencia como unidad económica.

En el caso de las regiones californianas también encontramos la necesidad de que las tierras agrícolas puedan producir y sean de tamaño suficiente para su subsistencia y con acceso al agua, que tiene como fin preferente el del cultivo. Se permiten construcciones para bodegas vinícolas, así como viviendas, residencias y fincas ecuestres, buscando siempre mantener el carácter rural y agrícola del área, sin rebasar densidades máximas y construyendo siempre en parcelas de un mínimo determinado. El plan también reconoce al turis-

mo como importante actividad secundaria, reconociendo a la región como una “*apellation*” o zona de denominación.

En el Valle de Guadalupe, como herramienta para su ordenamiento, se estableció una zonificación primaria, que busca conservar y aprovechar los recursos naturales y, una secundaria, que se refiere a los espacios ocupados y a las zonas ya impactadas.

De los municipios españoles estudiados destaca, en el de Bañares, la clasificación de usos de suelo en característicos, compatibles y prohibidos; así como el permitir la construcción de vivienda en suelos no urbanizables, únicamente si está vinculada a la explotación agropecuaria permitida, la construcción no rebasa el tamaño máximo y la parcela reúna la dimensión mínima predeterminada, mientras que Logroño, clasifica los usos como: globales, que son los dominantes; de referencia, cuyo uso se define pormenorizadamente y; concretos, que son los que pueden coexistir, conforme a una tabla contenida en el planeamiento, donde se especifican los usos permitidos, prohibidos y condicionados. En el suelo no urbanizable las viviendas se encuentran muy restringidas, aunque se permiten actividades de servicio, vinculadas a carreteras.

En los tres casos, destaca la intención de mantener el suelo no urbanizable afecto a su vocación y evitar su transmutación en urbano, prohibiendo viviendas no vinculadas a la explotación y negando licencias de construcción cuando haya riesgo de formación de núcleos de población.

En el Valle de Guadalupe se ha adoptado una aproximación diferente: Un tratamiento para las áreas ya ocupadas e impactadas y otro que busca optimizar, aprovechar y proteger los recursos naturales de la zona.

En los tres casos se ha recurrido a la clasificación de tierras y usos. Mientras que en España las tierras pueden ser

urbanizadas, urbanizables y no urbanizables, en California encontramos zonas agrícolas, residenciales urbanas y rurales. En el Valle de Guadalupe, la zonificación es primaria, para la no impactada y, secundaria, para la impactada.

Finalmente, se puede advertir que las soluciones propuestas para La Rioja y California han influido en el planeamiento del Valle de Guadalupe. Son cuestiones como la conservación del paisaje, la intención de preservar el carácter agrícola, el interés por ordenar, y la búsqueda de soluciones conciliatorias, como el encauzar las edificaciones habitacionales a las zonas ya afectadas y; como en el caso de California, la adopción del sistema de racimos (clústers) que permiten una concentración reglamentada de viviendas, en una zona agrícola que destine una superficie considerable a los cultivos tradicionales.

Una diferencia notable es el cumplimiento de aquellas regiones con su normativa, contrastando con el muy notable desapego al cumplimiento de la nuestra y a una falta de supervisión ya reconocida por las autoridades. Aunque los ejemplos de otras regiones pueden aportar a soluciones a los problemas locales, mientras el planeamiento del territorio no refleje los intereses de los sujetos obligados, sean particulares o autoridades, el Valle de Guadalupe continuará su deterioro, amenazando con extender sus malas prácticas a otras áreas de la región, actualmente en crecimiento, como los valles de Ojos Negros y Las Palmas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aledo Tur, Antonio, “De la tierra al suelo: la transformación del paisaje y el Nuevo Turismo Residencial” *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, Núm. 729, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, enero-febrero 2008.
- Ayuntamiento de Ensenada, “Programa Sectorial de Desarrollo Urbano-Turístico de los Valles Vitivinícolas de la Zona Norte del Municipio de Ensenada (Región del Vino), B.C.”, *Periódico Oficial del Estado*, 15 de octubre de 2010, Sección I.
- Ayuntamiento de Lardero, *Plan General Municipal*, <http://www.aytolardero.org/Ayuntamiento/pgm.html>
- Ayuntamiento de Logroño, “*Plan General Municipal de Logroño. Normas Urbanísticas*”, <http://www.logroño.es/wps/portal/web/inicio/unidadesMunicipales/urbanismo/pgmVigente>
- Celaya Téntori, Diana, *El desarrollo del sector vitivinícola en Baja California (2000-2013): Un análisis desde la perspectiva del desarrollo endógeno*, Tesis doctoral, Tijuana, COLEF, 2014.
- Cervantes, Sandra, *Bodegas Santo Tomás, una historia añeja del vino*, México, *El Economista*, 29 de julio de 2012, <http://eleconomista.com.mx/estados/2012/07/29/bodegas-santo-tomas-historia-aneja-vino>
- Del Monte Núñez, Ricardo, *El turismo vitivinícola en Baja California, situación jurídica para su desarrollo, retos y perspectivas: El ordenamiento territorial del Valle de Guadalupe*, Tesis doctoral, México, UNAM, 2021.

- Departamento Agrario, “Resolución en el expediente de dotación de ejidos al poblado Guadalupe, antes El Porvenir, Territorio Norte de la Baja California”, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de marzo de 1940, sección segunda.
- Ejecutivo del Estado, “Acuerdo del Ejecutivo del Estado sobre el cambio de nombre de la zona vitivinícola de Ensenada; Se denominará ‘Valle de Calafia’”, *Periódico Oficial del Estado*, Tomo LXXXVII, número 24, 31 de agosto de 1980.
- , “Acuerdo del Ejecutivo mediante el cual se aprueba la Actualización del Programa Sectorial de Desarrollo Urbano-Turístico de los Valles Vitivinícolas de la Zona Norte del Municipio de Ensenada”, *Periódico Oficial del Estado*, Tomo CXXV, número 42, 14 de septiembre de 2018, sección II.
- Flores Dávila, Julia Isabel, “Cultura de la legalidad e institucionalidad en México” en Ibarra Palafox, Francisco Alberto y Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 4: Estudios políticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- Gobierno de La Rioja, *Boletín Oficial de la Rioja*, núm. 45, 3 de abril de 2008, <https://www.larioja.org/bor/es/boletines-nuevo?tipo=2&fecha=2008/04/03&referencia=697822-1-HTML-380852-X>
- , *Normas Urbanísticas Regionales de La Rioja*, en <https://genmap.iderioja.larioja.org/lib/vfile.php?tipo=siu&r=/municipios/nur/nur.pdf>, Consejería de Obras Públicas y Urbanismo.

- , “Plan Especial de Protección del Medio Ambiente Natural de La Rioja”, en *LaRioja.org: El Gobierno de La Rioja en Internet*, <http://www.larioja.org/larioja-client/cm/territorio/images?idMmedia=650976>
- Jiménez Martínez, Alfonso de Jesús y Sosa Ferreira, Ana Priscila, “Del cielo a la tierra y de la tierra al suelo: el turismo residencial en el caribe mexicano”, Blásquez, Marcia y Cañedo, Ernest (edit.), *Turismo placebo. Nueva colonización turística: del Mediterráneo a Mesoamérica y el Caribe. Lógicas espaciales del capital turístico*, Managua, Edisa, 2011.
- Johnson, Gary, “Surveying wine tourism in New Zeland”, *Quality tourism: Beyond the masses. Preceedings of the first national tourism students conference*, Revista *The tourism club* y University of Otago, Otago, 1997.
- Magoni, Camilo, *Historia de la vid y el vino en la península de la Baja California*, Tijuana, sin datos ni fecha de edición.
- Martínez Pellegrini, Sarah, entrevista con el autor el 30 de marzo de 2015.
- Muranaka, Therese Adams, *The Russian Molokan colony at Guadalupe, Baja California: Continuity and change in a sectarian community*, Tesis doctoral, Arizona, The University of Arizona, 1992.
- Napa County Board Of Supervisors, *Napa County General Plan*, Napa California, Napa County Department of Conservation, Development & Planning, 2008.
- Ruiz, María de Jesús, “El Valle de Guadalupe, Siglo XIX”, *Calafia*, vol. X, número 4, Instituto de Investigaciones Históricas Universidad Autónoma de Baja

California, enero-junio 2000. <http://iih.tij.uabc.mx/iihDigital/Calafia/Contenido/Vol-X/Numero4/ElvalledeGuadalupe.htm>

Urry, John, *The Tourist Gaze*, 2ª ed., Londres, Sage, 2002.

Villa Sánchez, Sughei, “El Culto a Baco. La senda histórica y la organización de la producción vinícola del Valle de Guadalupe, Baja California”, en Contreras Delgado, Camilo y Ortega Ridaura Isabel, (Coord.), *Bebidas y regiones. Historia e impacto de la cultura etílica en México*, México, Plaza y Valdés, 2005.

-----, *La competitividad en el sistema productivo local del vino en el Valle de Guadalupe*, Tesis de maestría, Tijuana, COLEF, 2002.

LA INCONVENCIONALIDAD DE LA REMOCIÓN LIBRE DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO.

MARÍA FERNANDA CERVANTES MORENO*

RESUMEN

Este artículo compone un análisis crítico de la actual situación laboral desigualitaria de los trabajadores burócratas en México, desde un panorama humanitario interamericano. En una época en la que los derechos humanos sirven de fundamento del orden jurídico, la estabilidad en el empleo de los servidores públicos se encuentra sujeta a la arbitrariedad del Estado. Una deficiente interpretación del artículo 123 constitucional, ha pretendido justificar una actitud restrictiva del Estado, impidiendo que los órganos jurisdiccionales practiquen efectivamente el control de convencionalidad para tutelar los derechos mínimos de estos trabajadores.

A seis años de la reforma constitucional sobre derechos humanos, las deficiencias e irregularidades que siguen impediendo en la aplicación inconventional de la ley burocrática parece ser todo menos coincidencia. En ese sentido, este trabajo conlleva la intención de presentar una reflexión sobre la inconventionalidad de la remoción libre de los trabajadores al servicio del Estado.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California; Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; socia en el Despacho Jurídico Corporativo Cervantes y Moreno Asociados; secretaria de la Asociación de Abogados Laboralistas de Mexicali A.C.; prosecretaria de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Mexicali y docente universitaria en diversas asignaturas de derecho de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad, trabajadores burócratas, servidores públicos, estabilidad en el empleo, remoción libre, derechos humanos laborales.

ABSTRACT

This article composes a critical analysis of the current unequal employment situation of state employees in Mexico, from an inter-American humanitarian perspective. In an era in which human rights serve as the legal order's basis, the employment stability of public servants is subject to the arbitrariness of the State. A poor interpretation of article 123 of the Constitution has tried to justify a restrictive attitude of the State, preventing the judicial institutions from effectively practicing conventionality control to protect the minimum rights of these workers.

Six years after the constitutional reform on human rights, the deficiencies and irregularities that continue to prevail in the unconventional application of bureaucratic law seem to be anything but coincidental. In this sense, this work entails the intention of presenting a reflection on the unconventionality of the free removal of workers at the service of the State

KEYWORDS: Conventionality control, state employees, public service, employment stability, unjustified removal, labor human rights.

INTRODUCCIÓN

La evolución progresiva de la humanidad ha llevado a los Estados modernos a considerar nuevas formas de tratar la

naturaleza y el valor intrínseco de la persona. En la actualidad, es el ser humano quien merece la protección más amplia de derechos que posee naturalmente por el simple hecho de pertenecer a su género. El reconocimiento formal de la validez de los derechos humanos y su efecto vinculante se hicieron necesarios en la medida en que los individuos fueron objeto de la subjetividad del poder estatal.

El objetivo de este artículo va encaminado a presentar una reflexión crítica analítica sobre las violaciones que se cometen en contra de los derechos humanos de los trabajadores al servicio del Estado, en clara inobservancia a los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se ha adherido el Estado Mexicano, así como a la Constitución Federal desde su reforma del 2011; con especial enfoque en el problema de desigualdad jurídica entre el personal de Gobierno. En este entendimiento, se ve necesaria no solo una adecuación legislativa o constitucional, sino también la creación de órganos suficientemente capacitados, procedimientos jurisdiccionales efectivos y medios de control convencional para garantizar el cumplimiento estatal de aquello que les había sido prometido a los ciudadanos del Estado Constitucional.¹

La metodología aplicada en el estudio se realizó a través de un análisis del marco normativo vigente nacional e internacional, así como la revisión de la tendencia jurisprudencial que ha seguido la Suprema Corte en sus decisiones relativas a la materia; para evidenciar las inadecuaciones que se presentan en nuestro sistema jurídico mexicano.

Como es conocido, a lo largo de la historia de México, el trabajador burócrata ha sufrido una distinción respecto de aquél que depende de la iniciativa privada, quedando

¹ Dienheim Barriguet Cuauhtémoc M., de, “Protección internacional de los derechos humanos”, *Protección internacional de los derechos humanos*, La Plata, Platense, 2007, p.101

formalmente establecida en dos apartados del artículo 123 constitucional, y estructuralmente organizada de manera independiente con su propia legislación, doctrina y tribunales especializados.

La simple enunciación constitucional de las prerrogativas de los trabajadores al servicio del Estado, no ha sido suficiente para lograr que este proteja efectivamente los derechos humanos de todos los trabajadores por igual, pues como lo sentencia el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, es el Estado mexicano quien debe velar para que “toda persona goce del mismo (derecho al trabajo) en condiciones justas, equitativas y satisfactorias”².

Así, el Estado mexicano, como miembro de la Organización de los Estados Americanos y ratificante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales,³ se adhirió a los instrumentos internacionales que hoy funcionan como Ley Universal, y que reconocen a los derechos humanos como fundamento de todo orden jurídico.

No obstante que históricamente han existido diferentes maneras de prestar un servicio personal subordinado, y se han agrupado a los trabajadores según la naturaleza de sus funciones o la forma de su contratación; constitucionalmente no existe una distinción de trato o derecho entre estos grupos, siempre considerando los principios últimos del derecho del trabajo y la justicia social.

Por esto, es que en su propia soberanía y bajo su propio

² Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> consultado el 02/01/2022

³ Protagonizando en este punto el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”

sistema jurídico, el Estado mexicano está obligado a efectuar el control convencional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que beneficien a los trabajadores al servicio del Estado, más allá de sólo cumplir con una ley desfavorable para los burócratas o velar por los intereses estatales.

ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO

Toda persona moral, como ficción jurídica del Derecho, necesita la intervención de personas físicas que realicen actividades personales para el desarrollo de sus objetivos y el cumplimiento de su función social. El Estado no es la excepción. Al ser constituido democráticamente por un grupo de individuos que desean sujetarse al mandato de esta institución, queda a solo una parte de este grupo, la tarea de llevar a cabo la función pública de la organización nacional denominada Estado.

Ahora bien, según la Ley Federal del Trabajo, un “trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado”.⁴ Fuera de los titulares de las dependencias públicas, la función pública es llevada a cabo a través de trabajadores al servicio del Estado. A expensas del tercer numeral de la Ley Federal de los trabajadores al servicio del Estado, el trabajador es toda persona que preste un servicio en virtud de nombramiento expedido o por figurar en las listas de raya del Estado. ¿De qué depende entonces la calidad de trabajador para los burócratas en México? No dependerá de la prestación de servicio o la subordinación, sino de que el propio Estado haya reconocido en un documento oficial (nombramiento o lista de raya) a una persona

⁴ Ley Federal del Trabajo, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf consultado el 24/09/21.

física que presta sus servicios para la realización de la función pública. Así, la relación de trabajo se determinará por la voluntad del Patrón de reconocer la calidad de “trabajador” a un prestador de servicios.

De igual manera, el Estado diferencia a sus trabajadores, no en base a su trabajo, funciones, nivel o alguna otra razón justificable; sino que lo hace a voluntad propia. Se dice esto, pues existe reconocimiento respecto de dos tipos de trabajadores en la Ley burocrática: los trabajadores de base y los de confianza. Si bien, en principio eran las funciones las que determinarían la calidad de confianza del trabajador, pues se ha considerado durante años que “en un juicio laboral burocrático, para determinar si un trabajador tiene la calidad de confianza o de base, debe atenderse a la naturaleza de las funciones desempeñadas o realizadas al ocupar el cargo, con independencia de su nombramiento”.⁵ hoy en día impera más la categorización a través de una amplia lista de catálogo de puestos que se enuncian en cada norma regulatoria,⁶ y de esta manera, los Estados han abusado de dicha posibilidad, provocando que la gran mayoría de los puestos sean considerados de confianza.

¿Cuál es el problema de esto? No obstante que todos los trabajadores del Estado cuentan con excelentes condiciones de trabajo como lo son el salario, la jornada laboral, días de descanso, vacaciones, aguinaldo, entre otras; la interpretación judicial del apartado B) del artículo 123 constitucional no ha favorecido a los trabajadores de confianza respecto

⁵ Tesis VII.2o.T. J/66 L (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, octubre de 2021

⁶ Ya dice Miguel Cantón que con las funciones “hubiera sido suficiente, pero los que redactaron la Ley consideraron que, independientemente de señalar las generalidades de los cargos de confianza, era conveniente hacer una enumeración de puestos y así lo hicieron”. Cantón Moller, Miguel, *Derecho del trabajo burocrático*, ed. Pac, México, 1988, p. 101

de la estabilidad en el empleo, pues se ha tomado la última fracción del numeral para justificar la separación irrestricta de estos empleados.

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

B. Entre los poderes de la Unión y sus trabajadores:

XIV. La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social.⁷

A esta tendencia interpretativa de tomar como “constitucional” la limitación de ciertos derechos de los trabajadores de confianza, se adhirió el pleno de la Suprema Corte en mayo de 1997, con esta tesis:

TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIOS DEL ESTADO. ESTÁN LIMITADOS SUS DERECHOS LABORALES EN TÉRMINOS DE LA FRACCIÓN XIV DEL APARTADO B DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL.

El artículo 123, apartado B, establece cuáles son los derechos de los dos tipos de trabajadores: a) de base y b) de confianza; configura, además, limitaciones a los derechos de los trabajadores de confianza, pues los derechos que otorgan las primeras fracciones del citado apartado, básicamente serán aplicables a los trabajadores de base;

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/123.pdf>, consultado el 25/01/22.

es decir, regulan, en esencia, los derechos de este tipo de trabajadores y no los derechos de los de confianza, ya que claramente la fracción XIV de este mismo apartado los limita en cuanto a su aplicación íntegra, puesto que pueden disfrutar, los trabajadores de confianza, sólo de las medidas de protección al salario y de seguridad social a que se refieren las fracciones correspondientes de este apartado B, pero no de los demás derechos otorgados a los trabajadores de base, como es la estabilidad o inamovilidad en el empleo, puesto que este derecho está expresamente consignado en la fracción IX de este apartado.⁸

I. REMOCIÓN LIBRE

Es así como en México se tuvieron -legal y jurisprudencialmente- por limitados los derechos a la estabilidad en el empleo de los trabajadores de confianza, pudiendo ser separados de sus cargos sin justificación o razón alguna en claro incumplimiento del Protocolo de San Salvador. Esto ha significado que cada cambio de gobierno los políticos han estado en la posibilidad de retirar a casi cualquier trabajador que se encontraba laborando con anterioridad a sus tomas de protestas, generando angustia e inseguridad en los trabajadoras burócratas cada que se llevan a cabo elecciones federales y estatales.

He aquí la enorme diferencia en la protección de los derechos de los trabajadores según su categoría, una distinción que no opera en virtud de alguna circunstancia particular que justifique una limitante tan radical al derecho humano a la estabilidad en el empleo. De esta manera, la legislación burocrática se ha distanciado de la evolución humanitaria de nuestro sistema jurídico para convertirse en una estrategia política para los gobiernos entrantes. Sobre esto, Jorge

⁸ Tesis P. LXXIII/97 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 1997

Vargas Morgado califica la gravedad de la existencia de la remoción libre:

...se observa un régimen laboral casi enteramente desarrollado para los trabajadores de base, pero para el resto de la burocracia imperan las insuficiencias o impera la ausencia de reglas, lo cual es contrario a los derechos humanos, pero también es gravemente contrario a una administración eficiente, pues olvida que sólo mediante una debida integración de la relación de trabajo el Estado obtendrá los resultados pertinentes”⁹

Así pues, las remociones libres indiscriminadas no solo son muestra de una violación de los derechos humanos de los trabajadores de confianza, sino que tampoco es deseable que cada cuatro o seis años los funcionarios públicos cambien sin razón alguna. Una administración pública eficiente deviene de premiar a los buenos elementos del recurso humano con la generación de la antigüedad y su permanencia en el empleo, y separar justificadamente a aquellos que no han podido cumplir con su trabajo; panorama que parece lejano ante la arbitrariedad de las decisiones que se han tomado para emitir los nombramientos de los puestos públicos en los últimos años. Se dice esto, pues las consecuencias negativas de la falta de estabilidad en el empleo suelen materializarse cada cambio de administración, pues se ha convertido en regla general que al término del periodo del titular del poder estatal de que se trate, la política impere sobre los derechos laborales cuando se “remueve libremente” a todo el personal de confianza de la administración anterior, para proveer de trabajo a las personas que de alguna u otra manera pertenecen al partido político o equipo de trabajo del

⁹ Vargas Morgado, Jorge, *Servidores excluidos del apartado B del artículo 123 constitucional*, UNAM, México, disponible en: shorturl.at/cozPU

nuevo gobernante. Esto se podría entender cuando se trata del Alta Funcionariado, pero se ha vuelto abusivo al moverse absolutamente a todo el personal que no cuenta con base,¹⁰ especialmente si son trabajadores que no ejercen funciones de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización.

II. TRABAJADORES “POR HONORARIOS” Y SUBCONTRATACIÓN

No podríamos dejar de analizar las violaciones ocasionadas en contra de otros dos tipos de trabajadores que prestan servicios subordinados al Estado-Patrón: los trabajadores sujetos a un contrato ficticio de prestación de servicios, y el personal contratado vía *outsourcing*. En el derecho burocrático, el hecho de que los prestadores de servicio tengan un contrato de dicha naturaleza firmada con el Estado, exime a éste de las obligaciones que contraería con una relación laboral, como lo es el respeto a su estabilidad en el empleo. Como bien lo menciona Rigel Bolaños en su obra, debemos entrar en el estudio de la situación laboral de los trabajadores “contratados por honorarios,¹¹ que aún con un notorio esquema de subordinación, son contratados de esta manera por el Estado, para burlar sus derechos laborales burocráticos y disminuir la carga impositiva de seguridad social dentro de su nómina”¹².

Por su parte, el Estado suele contratar los servicios de

¹⁰ Olvera Briseño, Rodrigo y Andrade Fócil, Edith, *Trabajo de confianza en México. Entre el mito y la realidad*, México, Friedrich Ebert Stiftung, 2020, p.8

¹¹ Según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en el año 2019, 9.9% de los empleados de la Administración Pública Federal tenía contrato eventual o por honorarios. “Estadísticas a propósito del día de las Naciones Unidas para la Administración Pública (23 de junio)”, *Comunicado de prensa núm. 350/21*, INEGI, disponible en: shorturl.at/uvyS4

¹² Bolaños Linares, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos*, México, Porrúa 2015, p. 80

empresas externas y privadas para que le procuren personal para cierto tipo de funciones que considera ajenas a la función pública, pero que siguen siendo necesarias para la consecución de sus fines como Estado-Patrón.

Outsourcing es un vocablo inglés, que proviene de la palabra *outsource*, conformada; y a su vez, de la palabra *source*, que significa fuente; y *out* que quiere decir afuera. Sin embargo la debemos traducir como subcontratación. Algunos reconocen esta figura como un proceso económico, en el cual, una empresa mueve o destina los recursos orientados a hacer una tarea específica, a otra empresa, con labores especializadas.¹³

En un primer plano, la incorporación de personal subcontratado no parece una violación a los derechos de los trabajadores, puesto que éstos se encuentran sujetos a una relación contractual con un Patrón que debiera cumplir con sus obligaciones laborales en beneficio de sus empleados; sin embargo, el problema surge cuando la empresa que sirve de *outsourcing* no es (o deja de ser) capaz de responder a las exigencias de ley respecto de la relación laboral. Visto esto, podemos empezar a concluir que las enunciaciones normativas son insuficientes para contrarrestar una real violación a los derechos laborales burocráticos de los supuestos prestadores de servicio por “honorarios” y aquellos trabajadores que han sido subcontratados.

La responsabilidad solidaria de los beneficiarios que reciben los servicios del personal subcontratado, había sido prevista en la ley reglamentaria del apartado A del artículo 123 constitucional, brillando por su ausencia en la Ley Federal

¹³ Rodríguez Ortíz, Martha, *El intermediario y el derecho del trabajo mexicano. Análisis de las outsourcing*, México, UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3809/20.pdf>

de los Trabajadores al Servicio del Estado. ¿Qué derechos se garantizan para los trabajadores incorporados bajo este régimen? En la iniciativa privada se ha procurado garantizar los derechos de los trabajadores que pudieran ser afectados por la evasión o disminución de sus derechos por la práctica de la subcontratación; al reformar la Ley Federal del Trabajo en el año 2021, en donde bajo la premisa de la posible vulneración de los derechos mínimos de los trabajadores, se prohibió la subcontratación de personal.

No obstante ello, en el derecho laboral burocrático se ha visto una ausencia de regulación respecto de este tipo de trabajadores, aún y cuando en muchas dependencias públicas laboran empleados que no son considerados como tales por la Ley por no contar con un nombramiento expedido a su favor, y que laboran bajo el régimen del apartado A del artículo constitucional; sobre todo en puestos de limpieza, conserjería, jardinería y seguridad; así como técnicos en computación y otros especialistas. Tras la reforma a la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación del año 2021, se ha discutido en los medios de comunicación la posibilidad de que la prohibición de las *outsourcing* alcance a los trabajadores que se encuentran laborando en dependencias públicas bajo ese esquema; sin embargo, no se ve cercana una posible prohibición en la legislación que deriva del apartado B del artículo 123 constitucional.¹⁴

El problema surge cuando las empresas responsables de estos trabajadores no cuentan con recursos suficientes para cumplir con sus obligaciones obrero-patronales, o no cumplen con las disposiciones aplicables en materia de seguri-

¹⁴ Molina, Metztlí, “Gobierno federal vuelve a contratar servicios de limpieza por outsourcing”, *El Contribuyente*, 22 de diciembre de 2021, disponible en: <https://www.elcontribuyente.mx/2021/12/gobierno-federal-vuelve-a-contratar-servicios-de-limpieza-por-outsourcing/>

dad, salud y medio ambiente en el trabajo.¹⁵ Al no existir una responsabilidad solidaria del Estado-Patrón respecto de estos trabajadores, sus derechos pueden ser fácilmente vulnerados sin consecuencia o indemnización alguna, clara prueba de la institucionalizada violación de los derechos humanos por el Estado mexicano.¹⁶

La afectación a los derechos es clara cuando comparamos las condiciones de trabajo que tienen los trabajadores subcontratados respecto de los burócratas, encontrando la misma falta de estabilidad en el empleo de la que sufren los servidores públicos de confianza. La inobservancia de este derecho fundamental en el personal contratado por honorarios o por subcontratación no es mera coincidencia, sino una prueba más de la violación injustificada a este derecho humano de las personas que prestan sus servicios en las dependencias públicas.

II. ESQUEMA NORMATIVO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES

Los derechos humanos llegan a ser, sobre todas las cosas, las prerrogativas que tienen los individuos frente a toda institución jurídica, ya sea organizacional o estatal. Así lo ha establecido Faúndez Ledesma en su obra “The Inter-american system for the protection of human rights”: “Safeguarding the individual in the face of the arbitrary exercise of the power of the State is the primary purpose of the international protection of human rights”.¹⁷ En tal virtud, la mera declara-

¹⁵ Ley Federal del Trabajo, op. cit., Artículo 15-C.

¹⁶ Bolaños Linares, Rigel, op. cit., p.80

¹⁷ “Salvaguardar al individuo frente al ejercicio arbitrario de poder del Estado, es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos” Faúndez Ledesma, Héctor, *The Inter-american system*

ción de un catálogo de derechos no es efectiva, pues se hace necesario el reconocimiento de los derechos humanos en los textos constitucionales de las naciones. Finalmente, los Estados deben respetar las disposiciones que estas normas establecen, sea que incluyan estos derechos en su legislación o por reconocimiento judicial, por el simple hecho de que estas normas fundamentales gozan de protección universal a través de toda frontera. México no es, ni será, la excepción.

III. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

Como primer acercamiento a los derechos de los trabajadores, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada y ratificada por el Estado mexicano, establece en su artículo vigésimo tercero, los derechos humanos que tiene toda persona en la elección y desempeño de su trabajo o profesión.

Artículo 23.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.¹⁸

for the protection of human rights, 3a. ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 5

¹⁸ Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.un.org/es/universal-de->

Es importante considerar, que siendo la Declaración Universal un acuerdo entre los países del mundo sobre el mínimo de derechos que tiene una persona, no admite reserva sobre ninguno de sus artículos; por lo que todos y cada uno de los derechos en él contenidos, deben respetarse sin excepción o detrimento. Así lo manda el último artículo de la Declaración: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.¹⁹

Por su parte, la Organización de los Estados Americanos, adició a la Convención Americana sobre derechos humanos una serie de prerrogativas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, capturadas en el Protocolo de San Salvador; en cuyo contenido se contemplan el mínimo de privilegios de los trabajadores, reconocidos a nivel internacional. Así es como México se compromete con la clase obrera al aceptar (entre otros) el artículo séptimo del instrumento legal, cuyo contenido se resume en las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo que debe beneficiar a todo subordinado.

Artículo 7.- Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...] d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una in-

claration-human-rights/

¹⁹ Ídem

demnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional [...]

Parece clara la desavenencia entre la vigente legislación burocrática que prevé la libre remoción de sus trabajadores de confianza y la disposición transcrita que reclama de los Estados la enunciación de causas justas de separación de los empleados. Claro es, que Desde ahora podemos ver la urgencia de una reforma en la multicitada ley, en el entendido de que la firma y ratificación de instrumentos internacionales obliga efectivamente a los Estados Parte al cumplimiento de aquellas promesas que se contienen en los mismos; es decir, si los derechos establecidos en los convenios internacionales no se encuentran garantizados en el orden jurídico estatal, México está comprometido a integrar en sus disposiciones legales o constitucionales, los mandatos necesarios para la garantía de los derechos reconocidos; en los términos pres-tablecidos en su constitución o en los mismos tratados internacionales.²⁰

A) *DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Al respecto la Corte Interamericana se ha pronunciado un par de veces a favor del reconocimiento estatal de los derechos humanos de los trabajadores. En primer lugar, se ha determinado que los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Protocolo de San Salvador son, en efecto, derechos humanos reconocidos a favor de los trabajadores ciudadanos de los Estados Parte de la OEA. Fue mediante la interpretación del numeral 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que hizo la Corte en el caso Acevedo Buendía y otros contra Perú, en donde se

²⁰ Así lo establece la misma Declaración Universal de Derechos Humanos en su preámbulo, y el Protocolo de San Salvador en su artículo segundo.

establece la necesaria interdependencia entre la totalidad de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo pues, los derechos sociales.

Sentencia del Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la contraloría”) contra Perú.

VII. Artículo 26 (Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales) de la Convención Americana.

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.²¹

Aunado a ello, la Corte se pronunció de igual forma sobre la estabilidad en el empleo de todo trabajador, así como de su debida indemnización para el caso de separación injustificada de su fuente de trabajo. Esta trascendental determinación podemos encontrarla en la Sentencia de la Corte Interamericana del 30 de junio de 2009 del caso Reverón Trujillo contra Venezuela.

Sentencia del caso Reverón Trujillo contra Venezuela

VI. Artículo 25 (protección judicial) en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana

2.1 El recurso efectivo luego de la destitución arbitraria de una Jueza

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf

64. [...] El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos de carrera es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido. Lo anterior se debe a que los funcionarios públicos han ingresado por medio de concursos o algún otro método legal que determine los méritos y calidades de los aspirantes y forman parte de una carrera permanente.²²

De igual forma, en dicha sentencia se determina en el punto 123, en donde “La Corte reitera (supra párr. 81) que un corolario necesario de la garantía de inamovilidad del cargo de los jueces provisorios, al igual que de los titulares, es la reincorporación a su puesto, así como el reintegro de los salarios dejados de percibir, cuando se ha comprobado, como en el presente caso, que la destitución fue arbitraria (supra párr. 53)”.

En el mismo sentido y más adelante, “la Corte considera que las razones que hubieran podido esgrimirse para no haber reincorporado a la señora Reverón Trujillo tendrían que haber sido idóneas para lograr una finalidad convencionalmente aceptable; necesarias, es decir, que no existiera otro medio alternativo menos lesivo, y proporcionales en sentido estricto”.²³

Es importante recalcar la trascendencia de la Sentencia que se cita, puesto que la Corte Interamericana obliga a Venezuela al reconocimiento efectivo y garantía del derecho de estabilidad en el empleo de un servidor público perteneciente al servicio profesional de carrera, convirtiendo en una

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec197esp.pdf>

²³ Ídem

realidad la tutela efectiva de los derechos de los servidores públicos de dicho país.

IV. MARCO NORMATIVO NACIONAL

Resulta claro que, a lo largo de la historia, el gobierno mexicano ha sabido protegerse de su propia legislación; cargando las obligaciones de los particulares, más no las que corresponden al propio Estado. Es así, que desde los albores del artículo 123 de la Constitución Federal se evita igualar las condiciones laborales de los trabajadores pertenecientes a la iniciativa privada (apartado A), y aquellos que forman parte del servicio civil (apartado B). Sin embargo, en junio de 2011 se reconocen en el país los derechos humanos de todas las personas, garantizándolos con la disposición del primero de sus artículos, que manda que las “normas relativas a los derechos humanos se interpretarán [...], favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

a). LAS DECISIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido tesis jurisprudenciales un tanto confrontables. Antes de la reforma, el sentido de la jurisprudencia obedecía a cuestiones meramente formales prestablecidas por la ley de la materia, por lo que imperaba el criterio de no reconocimiento de derechos de estabilidad en el empleo a los burócratas, mismo que puede desprenderse de una simple lectura a la tesis jurisprudencial “Trabajadores de confianza al servicio de los poderes de la Unión. Al no gozar de estabilidad en el empleo, carecen del derecho a demandar la indemnización prevista en el segundo párrafo de la fracción IX del apartado B del artículo 123 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos”.²⁴

²⁴ Tesis P./J. XLVII/2005 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su*

Lamentablemente, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, este argumento no cambió, pues la Corte suprema se pronunció en el mismo sentido con estas tesis jurisprudenciales:

TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO RESULTA COHERENTE CON EL NUEVO MODELO DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. [...] Sobre este tipo de servidores públicos descansa la mayor y más importante responsabilidad de la dependencia o entidad del Estado, de acuerdo con las funciones que realizan, nivel y jerarquía, ya sea que la presidan o porque tengan un íntima relación y colaboración con el titular responsable de la función pública, en cuyo caso la “remoción libre”, lejos de estar prohibida, se justifica en la medida de que constituye la más elemental atribución de los titulares de elegir a su equipo de trabajo, a fin de conseguir y garantizar la mayor eficacia y eficiencia del servicio público.²⁵

TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL, POR LO QUE LES RESULTAN APLICABLES NORMAS CONVENCIONALES. [...] la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado la interpretación de la fracción XIV, en relación con la diversa IX, del apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que los trabajadores de confianza sólo disfrutarán de las medidas de protección del salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social, sobre la base de que no fue intención

Gaceta, Novena Época, diciembre de 2005

²⁵ Tesis 2a./J. CXII/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, Décima Época, marzo de 2014.

del Constituyente permanente otorgarles derecho de inamovilidad en el empleo y que, por ello, representa una restricción de rango constitucional. En tal virtud, si bien el Protocolo (de San Salvador), en su artículo 7, apartado d, establece el derecho de las personas a una indemnización o a la readmisión en el empleo, o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional, en caso de despido injustificado, lo cierto es que esta norma de rango convencional no puede aplicarse en el régimen interno en relación con los trabajadores de confianza al servicio del Estado, porque su falta de estabilidad en el empleo constituye una restricción constitucional.²⁶

De una aparente conformidad al artículo primero constitucional que establece que “todas las personas gozarán de los derechos humanos”, y que la interpretación de las normas constitucionales deberá hacerse a partir del principio *pro persona* (contenido en el segundo párrafo del mismo artículo); nuestro más alto tribunal jurisprudencial consideró que existía una restricción constitucional respecto a la estabilidad en el empleo en el apartado B del artículo 123 constitucional. Ante esto, se debe hacer la pregunta: ¿cómo es que la Suprema Corte interpreta que existe tal restricción constitucional? La fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional menciona que los trabajadores de confianza disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social, más no hace restricción o negación alguna respecto de los derechos de los trabajadores que, al parecer de la corte, carecen los trabajadores al servicio del Estado.

De esta manera, la Suprema Corte realiza un ejercicio silogístico que parte de la interpretación falaz del precepto constitucional (muy lejos de una interpretación *pro-persona*

²⁶ Tesis 2a./J. 23/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, marzo de 2014.

a la que está obligado) y que se puede entender de la siguiente manera:

Premisa mayor: Todas las personas gozarán de los derechos humanos y las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.

Premisa menor (falsa): Existe una restricción constitucional respecto de los derechos de estabilidad en el empleo para los trabajadores de confianza al servicio del Estado.

Conclusión (falsa): Se encuentran restringidos los derechos humanos a la estabilidad en el empleo de los trabajadores de confianza al servicio del Estado.

Por todo ello, se considera que los fallos de la Suprema Corte no alcanzan para justificar la falta de aplicación del control de convencionalidad a favor de los trabajadores de confianza al servicio del Estado, al que nos abocaremos en el próximo capítulo.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como se ha insistido a lo largo de este documento, el Estado mexicano se obligó internacionalmente a garantizar el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados sobre la materia. De conformidad a lo anterior, la Constitución mexicana incluye en su artículo 133 la dinámica interpretativa que deberán cumplir los jueces a la hora de resolver los conflictos individuales de trabajo, orden constitucional que a la letra reza: “esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, [...] serán la Ley Suprema de toda la Unión”.²⁷

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/133.pdf>

Ahora bien, la última interpretación de la Suprema Corte sobre este artículo es la contenida en la Contradicción de tesis 293/2011 cuyo rubro es “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.²⁸

Mediante esta tesis, el Pleno de la Suprema Corte emite una decisión progresista sobre la protección de derechos humanos en el país, reconociéndolos como el parámetro de control constitucional, independientemente del documento (sea nacional o internacional), en el cual se contengan, con la única limitante que significaría la restricción constitucional expresa, pues no podría ningún instrumento jurídico ir en contra del texto constitucional.

I. ERRORES EN SU APLICACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES RELATIVAS AL DERECHO BUROCRÁTICO

a) Incoherencia en la interpretación de la fracción XIV del apartado B del artículo 123 constitucional

Como puede apreciarse en la jurisprudencia transcrita de rubro “TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL, POR LO QUE NO LES RESULTAN APLICABLES NORMAS CONVENCIONALES”, la Suprema Corte determinó que los trabajadores de confianza carecen del derecho a la estabilidad en el empleo debido a que parece existir una restricción

²⁸ Tesis P. 20/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, abril de 2014.

constitucional, sin que a la fecha se pueda aclarar cómo es que se expresa esta “restricción”.

Además de las consideraciones vertidas en el capítulo correspondiente, la misma Corte cae en contradicción cuando emite una jurisprudencia de rubro “SERVIDORES PÚBLICOS DE CONFIANZA DEL ESTADO DE JALISCO Y SUS MUNICIPIOS. LA LEY RELATIVA LES CONFIRIÓ EL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y, POR ENDE, A RECLAMAR LAS PRESTACIONES CORRESPONDIENTES EN CASO DE DESPIDO INJUSTIFICADO (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2012)”, admitiendo que los trabajadores burócratas jaliscienses de confianza, tienen legalmente reconocido su derecho a la estabilidad en el empleo.

Ahora bien, acorde con la interpretación jurisprudencial sobre la jerarquía normativa contenida en el artículo 133 constitucional, ninguna ley puede estar por encima de las disposiciones constitucionales, ¿cómo es pues, que existiendo una supuesta restricción constitucional que impide que se les reconozca a los trabajadores de confianza al servicio público del Estado, su derecho a la estabilidad en el empleo, una Ley estatal pueda contravenir dicha “restricción constitucional”? ¿Puede entonces una ley estatal ir en contra de esa “restricción constitucional”, más no lo puede la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Si fuera viable considerar que existe una restricción constitucional expresa en los derechos de los trabajadores de confianza a la estabilidad en el empleo, sería imprudente que la Suprema Corte admitiera la aplicación de disposiciones legales contradictorias a dicha restricción, en términos al artículo 133 constitucional y el principio de supremacía constitucional. Esto solo hace evidente que la supuesta restricción constitucional no existe, sino que nace en virtud de

una deficiente interpretación de la máxima norma en beneficio del Estado.

b) Omisión de dar cumplimiento a las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Observación General número 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece claramente que el derecho contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, incluye el derecho a no ser privado injustamente del empleo, así como la obligación de los Estados Parte a adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a los trabajadores contra las vulneraciones a sus derechos, incluido en ellos el de no ser víctimas de despidos improcedentes.²⁹ Esta observación es aplicable en la interpretación y aplicación del mismo artículo 26 convencional, por lo que debe considerarse que el derecho del trabajo incluye la legalidad del despido, ya sea que se ofrezca válida motivación de la separación de la relación laboral, o se sustancie procedimiento adecuado para la legal remoción de los trabajadores, independientemente de la calidad del sujeto o institución para la que trabajen (sea iniciativa privada u órgano estatal).

II. SENTENCIA DEL CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

El pasado 31 de agosto de 2017, la Corte Interamericana de Derechos emitió sentencia sobre el caso Lagos del Campo contra la República del Perú, precedente de gran trascendencia para el Derecho Interamericano del Trabajo, con efecto vinculante en el derecho mexicano, pues la Corte declara por primera vez la vulneración del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador con motivo de su despido. Las consideraciones más relevantes de la Corte Interamericana en esta

²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, Observación General No. 18: El derecho al Trabajo, disponible en: <https://goo.gl/Ucrgtx>

jurisprudencia, son precisamente las que elabora en torno a la estabilidad en el empleo como parte de los derechos humanos laborales contenidos en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entre otros.

El Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos”, pues el Estado tiene los deberes de “a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional).³⁰

En el análisis, la Corte delimita el derecho a la estabilidad en el empleo, y aclara que “no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de (otorgar) debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las au-

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso Lagos del Campo contra Perú, p. 50, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec340_esp.pdf

toridades internas...”.³¹ Aún y cuando el caso concreto de Lagos del Campo versara sobre el despido injustificado (y no reparado) de un trabajador de la iniciativa privada, debe tenerse en cuenta que la declaración jurisprudencial de la estabilidad laboral como un derecho humano del trabajador, no debe interpretarse como “exclusivo” para cierto grupo de trabajadores, sino hacerse extensivo para todos aquellos que sufran violaciones a su derecho, sea quien fuese el patrón; en atención a la universalidad de los derechos humanos.

No podría permitirse al Estado el lujo de requerir a las empresas o patrones diversos el cumplimiento de sus obligaciones patronales de conformidad con la ley y los derechos humanos en ella contenidos; reservándose solo para sí las limitantes a un derecho humano reconocido internacionalmente. ¿Habría que esperar una recomendación directa de la Comisión o la Corte Interamericana para que México empiece a evolucionar jurídicamente a favor de sus trabajadores burócratas?

CONCLUSIONES

Como puede observarse, la fuente ideológica y los principios fundantes que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos son bastante semejantes a aquellos que imperan en el derecho del trabajo previsto en el apartado A del artículo 123 constitucional. En México, es la calidad del patrón, la que determina la ley aplicable y los derechos reconocidos de los trabajadores a él subordinados.

En la inteligencia de que los trabajadores al servicio del Estado son ciudadanos igualmente protegidos bajo el amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos, queda claro que la violación a sus derechos hu-

³¹ Ídem

manos es impermisible y que la categorización y distinción entre empleados de confianza y de base respecto de los derechos que deben serles reconocidos, es por demás violatoria a las disposiciones internacionales de derechos humanos; por lo que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias deben seguir la máxima constitucional de garantizar la tutela efectiva de sus prerrogativas humanas.

Por estos motivos, los razonamientos de la Suprema Corte que reiteran la “restricción constitucional” de derechos a los trabajadores de confianza, no son suficientes para justificar su proposición. No se concibe la aplicación del principio pro-persona en la interpretación del apartado B del artículo 123 constitucional cuando se decide que existe una limitante que no se encuentra expresada en el texto normativo. La tendencia jurisprudencial que ha seguido nuestro máximo tribunal sin considerar los derechos humanos reconocidos a todos los trabajadores por igual resulta por demás una interpretación legalista y normativista del derecho, estancando al sistema jurídico mexicano en un constitucionalismo puro.

Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos analizados en este artículo deben ser consideradas por nuestra Suprema Corte para dar claridad sobre la protección del derecho humano a la estabilidad en el empleo de cualquier persona trabajadores sin importar la naturaleza del patrón, o bien, la categorización que pudiera hacerse respecto de su puesto de trabajo. Lo anterior no impide que exista una reforma integral que provea de basta regulación del derecho a la permanencia en el trabajo en los trabajadores de confianza, quizá empezando en la redefinición de dicha categoría.

Se comparte la opinión de Rigel Bolaños Linares, pues los “órganos jurisdiccionales del Estado mexicano (deben) ejercer el Control de Convencionalidad, y no permitir los

despidos injustificados, convirtiendo en una realidad [...] la tutela efectiva de los Derechos Humanos de los trabajadores de confianza que integran el mismo”.³² La falta de control de convencionalidad y la actitud restrictiva del Estado, viene a vulnerar gravemente los derechos humanos de los trabajadores burócratas. Resulta imperante que el Estado mexicano realice las reformas suficientes para eliminar la segregación de los trabajadores de confianza, y construir un marco jurídico que garantice la tutela efectiva de los derechos y libertades fundamentales; un Estado de Derecho garantista con normas coherentes a aquellos cuerpos normativos que voluntariamente ha incorporado a su bloque de constitucionalidad.

³² Bolaños, Rigel, op. cit. p. 96

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Bolaños Linares, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.
- Cantón Moller, Miguel, *Derecho del trabajo burocrático*, México, ed. Pac, 1988.
- De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc M., “Protección internacional de los derechos humanos”, *Protección internacional de los derechos humanos*, La Plata, Argentina, Platense, 2007.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *The Inter-american system for the protection of human rights*, 3a. ed., trad. de Charles Moyer, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- INEGI, “Estadísticas a propósito del día de las Naciones Unidas para la Administración Pública (23 de junio)”, *Comunicado de prensa núm. 350/21*, *shorturl.at/uvyS4*
- Molina, Metztlí, “Gobierno federal vuelve a contratar servicios de limpieza por outsourcing”, *El Contribuyente*, 22 de diciembre de 2021, <https://www.elcontribuyente.mx/2021/12/gobierno-federal-vuelve-a-contratar-servicios-de-limpieza-por-outsourcing/>
- Naciones Unidas, ¿Qué son los derechos humanos?, *shorturl.at/npxyL*
- Observación General No. 18: El derecho al Trabajo, 2005, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.
- Olvera Briseño, Rodrigo y Andrade Fócil, Edith, *Trabajo de confianza en México. Entre el mito y la realidad*, México, Friedrich Ebert Stiftung, 2020.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, 1988, San Salvador.

- Rodríguez Ortiz, Martha, *El intermediario y el derecho del trabajo mexicano. Análisis de las outsourcing*, UNAM, México, shorturl.at/wAW67
- Sentencia del caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia del caso Reverón Trujillo vs Venezuela, 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia del caso Lagos del Campo contra Perú, 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Tesis P. LXXIII/97 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 1997
- Tesis P./J. XLVII/2005 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 2005.
- Tesis 2a./J. CXII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, marzo de 2014.
- Tesis 2a./J. 23/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, marzo de 2014.
- Tesis P. 20/2014 (10ª.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, abril de 2014.
- Vargas Morgado, Jorge, *Servidores excluidos del apartado B del artículo 123 constitucional*, UNAM, México, shorturl.at/cozPU

CASO ANA ESTRADA: ¿DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD?

JOSÉ ROLANDO CÁRDENAS GONZÁLES*

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la reciente sentencia expedida en el marco del caso de “Ana Estrada” y su cuestionada solicitud de morir con dignidad, partiendo de un breve estudio de este precepto constitucional desde la óptica principista para admitir o no su práctica dentro del respeto de sus derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Sentencia, dignidad, principio, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the recent sentence issued in the framework of the case of “Ana Estrada” and her questioned request to die with dignity, starting from a brief study of this constitutional precept from the principled point of view to admit or not her practice while respecting their fundamental rights.

* Docente de la Universidad Tecnológica del Perú. Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos en la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla- La Mancha. Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Correo: C25114@utp.edu.pe; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8141-9086>

KEYWORDS: Judgment, dignity, principle, fundamental rights.

SUMARIO

Introducción 1. Caso “Ana Estrada” 1.1. Elementos fácticos de la sentencia. 1.2. Fundamentos jurídicos de la sentencia. 2. La dignidad humana y su origen. 2.1. La dignidad y religión. 2.2. Dignidad como principio. 3. El delito de homicidio piadoso. 3.1. Eutanasia. A manera de conclusiones. Referencias bibliográficas

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, siempre se ha señalado que los derechos han sido resultado de una lucha constante de los individuos contra el Estado, ese Estado al que se le entregó el poder para garantizar los intereses frente a terceros, ese que tiene la libertad de decidir el rumbo y dirección de su población, ya sea para promover su desarrollo y resguardar sus derechos, o para servirse de sus impuestos, o al extremo de llevarlo a guerras; ejemplo de ello han sido el nacimiento de aquellos movimientos sociales que motivaron la Independencia de las trece colonias de Norteamérica o la Revolución francesa, o bien los verdaderos motivos que provocaron la Primera Guerra Mundial, hasta las innumerables muertes que trajo consigo la Alemania nazi en la Segunda.

Es por ello, que no nos debe de sorprender que al inicio de la formación, de lo que ahora conocemos como Estado, el derecho que fuere el primero en ser reconocido no haya sido el derecho a la vida, sino el de la propiedad, etapa en el que la búsqueda de la felicidad era el primer mandamiento de la ley natural y su cumplimiento requería la libertad de acceder a la propiedad, el disfrute y la disposición de los bienes propios;¹ ha sido así que, se han reconocido un sinnúmero de

¹ Véase prólogo a la nueva edición de Miguel Artola en Blanco Valdés,

derechos, priorizando los intereses del Estado sobre los de la persona humana, evidenciándose que lo que menos importaba era su vida o su integridad física y/o psicológica, trayendo consigo, la vulneración de sus derechos hasta el extremo de casi llegar al exterminio.²

En ese contexto, el paradigma tradicional fue dando giros importantes, la persona humana se convirtió así, en el eje central de protección, logrando un avance sustancial respecto a la protección de los derechos humanos. Su positivización en un cuerpo normativo, se tradujo en un escudo frente al poder del Estado, logrando mayor respaldo para la exigibilidad de sus derechos, sin embargo, esto no hubiera sido posible si la “dignidad” no hubiera aparecido en el terreno de los valores y principios constitucionales, convirtiéndose para muchos teóricos del Derecho [sobre todo para los seguidores de la corriente del iusnaturalismo] como el valor intrínseco de todos los derechos humanos.

Ahora bien, con el transcurrir de los años, evidentemente los fenómenos sociales han traído consigo cambios en la forma de ver y aplicar el Derecho, pasamos no solo del reconocimiento expreso de los derechos en una Constitución y la introducción de principios a ésta, sino que nuevamente emergió a la palestra aquel debate infinito entre la separación de la moral y el Derecho, y la concepción correcta de justicia. Fue así que los paradigmas en torno a los derechos nuevamente fueron evolucionando y con ello, la aparición de nuevos conflictos en torno a la determinación del inicio y fin de la vida humana, iniciándose así nuevos diálogos respecto a la correcta adopción normativa del aborto y la eutanasia.

Los debates que han girado en relación a la eutanasia han

Roberto L. *El valor de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 2010.

² Recuérdese los hechos relacionados al Holocausto, ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial, en el que la Alemania nazi intentó desaparecer a los judíos, dando muerte a más de seis millones de éstos.

sido muchos, unos más extensos que otros, sin embargo, desde mi perspectiva, un tema que aún ha quedado inconcluso es aquel que se encuentra determinado en su base, y es que, en muchos de los países – sobre todo de corte europeo donde se ha despenalizado algunas de las situaciones previstas para una muerte por piedad, se ha apelado a criterios de autonomía de la voluntad contra la dignidad de la persona, mientras que en los países latinoamericanos la justificación ha sido inversa, con lo cual, la interrogante que salta a luz, parece muy obvia, cuál de los criterios sería el más idóneo para admitir una muerte por piedad.

En ese orden de ideas, el análisis sobre el cual girará el presente trabajo será los fundamentos adoptados en la reciente sentencia del caso peruano “Ana Estrada”, a fin de dilucidar si se tiene un derecho a morir con dignidad, para lo cual resultará más que necesario efectuar algunas pinceladas de lo que ha sido la conceptualización de la Dignidad a lo largo de la historia, observando la evolución que ésta ha tenido y verificando su repercusión en el Derecho Constitucional contemporáneo, para finalmente analizar la implicancia práctica que ha tenido en la sentencia referida, para disentir o coincidir en los criterios esbozados en ésta, lo que en efecto, permitirá ensayar algunas conclusiones en torno a la problemática planteada, evidentemente, conclusiones que están abiertas a la crítica y al debate jurídico en torno a los derechos humanos.

1. CASO “ANA ESTRADA”

1.1. ELEMENTOS FÁCTICOS DE LA SENTENCIA

Ana Milagros Estrada Ugarte es una ciudadana peruana de 44 años de edad, es psicóloga de profesión y activista de la eutanasia, ella padece de polimiositis, enfermedad incur-

ble, degenerativa, en etapa avanzada; que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos 12 meses; su enfermedad se inició cuando tenía 12 años de edad y a los 14 se diagnosticó como dermatomiositis, para lo cual se hicieron biopsias y otras intervenciones dolorosas y traumatizantes. A los 20 años, la debilidad muscular, la obligó a usar silla de ruedas. Recibió medicaciones con cortico-esteroides, azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros, pese a lo cual la enfermedad ha progresado.³

Parte de su historia clínica habla de una serie de procedimientos médicos agobiantes e interminables, que más allá de ver una mejoría en su salud, han traído consigo mayor dolor y sufrimiento, así por ejemplo, algunos de los últimos hechos más calamitosos por los que ha pasado, fueron los acaecidos en julio del 2015 cuando desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante 6 meses, en los que tuvo complicaciones de infecciones respiratorias y fue intubada, le hicieron cateteres endovenosos y se le hizo una traqueotomía y gastrostomía, para respirar y alimentarse. El proceso fue tan traumático para Ana Estrada que decidió raparse el cabello, pues era doloroso hasta el lavado de cabellos que se le hacía, con guantes de jebe, con mucha premura y dolor y que, en conjunto, significó que perdiera todo lo que significó su vida anterior, además del continuo riesgo de infecciones que significa la traqueostomía (Neumonías, traqueítis, obstrucción de cánula, etc.), y la gastrostomía.⁴

El diagnóstico de Ana Estrada es de miopatía primaria, conocida como polimiositis. La causa es inmunológica. En

³ STC Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 00573-2020-0-1801-JR-DC-11, Res. N°06, de fecha 22 de febrero de 2021. Fundamentos de hecho (en adelante F.H.) 1 y 2.

⁴ Ibidem, F.H. 4.

teoría, su sistema inmunológico, encargado de defender el organismo humano, rechaza y ataca sus propios músculos, lo que termina dañándolos. Por ello, se le aplican medicamentos inmunosupresores. Hasta la fecha, su organismo no ha respondido positivamente a los diversos tratamientos. El pronóstico de su enfermedad es negativo. Es probable que su alimentación por sonda sea más frecuente o permanente, el uso de respirador, igualmente, ésta y otras han sido las razones que la han llevado a solicitar tener el control de su vida, a fin de poder ejercer el derecho a una muerte en condiciones dignas, lo que ella ha descrito textualmente:

[...] les diré de mi deseo de morir porque llevo 3 años investigando, preguntando, conectando, elucubrando mil formas de hallar la muerte sin que mi familia salga perjudicada. Y hasta he tratado de ahorrar (ingenuamente) para ir a Suiza. Pues bien, me cansé y decido que lo último que me queda por hacer es contarles de mi historia y mi lucha y así encontrar apoyo no solo de los que me conocen sino también de cualquiera que crea en el derecho a la libertad. Creo que no hay mayor gesto de amor que pide ayudar y apoyar a un ser amado a hallar su muerte y ponerla fin al sufrimiento. Es una decisión que tomé el día que volvía a UCI por segunda vez por una recaída con neumonía. Cuando la ambulancia llegó a mi casa para llevarme al hospital, mi hermano llegó en ese instante y escuché que dijo a todos que esperen un momento, pidió a la enfermera que salga del cuarto y nos quedamos a solas. Se acercó a mi cama y oramos.”⁵

En mérito a todo el proceso antes señalado, la Defensoría del Pueblo, institución constitucionalmente autónoma, vía proceso de amparo, inició un proceso contra el Ministerio

⁵ Ibidem, F.H. 7 y 8.

de Salud, el Seguro Social de Salud y el Ministerio de Justicia, con la finalidad de que se declare inaplicable el artículo 112° del Código Penal (DL. N°635) que tipifica el delito de homicidio piadoso, a efectos de que pueda elegir, sin que los terceros sean procesados penalmente, al momento en el cual las emplazadas deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia; asimismo, ha demandado la inaplicación del precitado artículo, por considerar que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la Sra. Ana Estrada Ugarte a una muerte digna, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

1.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA.

Una vez instaurado el proceso de amparo, la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de su Décimo Primer Juzgado Constitucional, emitió sentencia el 22 de febrero de 2021, declarando entre otras, fundado en parte la demanda, toda vez que consideró afectados los derechos de Ana Milagros Estrada Ugarte, a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos, desarrollando principalmente, los fundamentos siguientes:

- Que, de acuerdo al artículo 1° de la Constitución peruana, la persona y su dignidad, es el primer entre los derechos fundamentales que se protegen, al ser el fin supremo del Estado, por lo que podría interpretarse que la importancia de la dignidad precede al derecho a la vida, no obstante, no se debe perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental, ubicado en un inciso del artículo 2°; por tanto, por encima de la vida biológica, lo que el Estado

protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (La vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana. No obstante, en el ordenamiento jurídico peruano la referida interpretación no resulta aplicable directamente puesto que se presentan ciertas contradicciones normativas.

- Se ha señalado que, desde la teoría, la muerte digna no se desprende como derecho fundamental, toda vez que el concepto de dignidad resulta muy lato, y difuso, entre tanto el suicidio se computa como un acto de libertad, por lo que limitarla resulta más que complicado, y de hacerlo, no se podría sancionar al fallecido, quizá sea la razón por la que tampoco se sanciona al que intenta hacerlo y no lo logra, y es que, entendiendo que el derecho penal tiene por objeto la protección de bienes jurídicos, en este caso se exceptuaría porque el daño se produce a sí mismo, y estaríamos ante la figura penal de autopuesta en peligro de la propia víctima, cosa distinta sería si con la ayuda de otra persona se ejecuta dicho plan, porque se podría a llegar a justificar abusos bajo la figura de la eutanasia, por ello resulta necesaria la diferenciación en la apertura normativa de los diferentes tipos de eutanasia, como son la activa, pasiva e indirecta.
- Para el caso que nos ocupa, resulta aplicable la figura del suicidio asistido o su forma jurídica, muerte digna. Esta tipología, parte de la sospecha, antes que concebirla como derecho fundamental o libertad. El suicidio no es un derecho, es una libertad fáctica no prohibida. En cuanto a la eutanasia activa directa, considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso, en tanto implica la participación de un tercero que estaría jurídicamente obligado a poner fin a la vida de quien lo solicite bajo ciertas condiciones, por lo que se le consideraría un con-

tenido prestacional administrado y controlado por un órgano del Estado, con controles externos, lo que la haría plenamente constitucional. Así, el Estado protege el bien vida e integridad personal, penalizando la acción, pero estableciendo la excepción bajo ciertos supuestos y condiciones en cuanto a los sujetos de hecho habilitantes y los procedimientos, para asegurar la protección constitucional de la vida, la libertad y el consentimiento.⁶

- Por otro lado, se recurre a la teoría del paternalismo, señalando que el Estado, sin ser su titular, está en la obligación de proteger el bien jurídico, vida, aún en contra de la voluntad de su titular si éste está afectado precisamente en su voluntad, como en el caso de las personas con enfermedades mentales donde, lo que se requiere es tratamiento médico,⁷ con lo cual se puede deducir que aquellas personas discapacitadas, por su condición de tal, no es causal de eutanasia, ni de protección de un derecho a muerte digna, sino que por el contrario, el Estado debería cumplir con su rol paternalista de proteger la vida en la medida de lo posible. En tal sentido, el respeto, la protección y promoción de la vida resultan más que necesario, debiendo considerarse que el suicidio asistido, es una libertad constitucional legislativamente limitable, posición distinta a la posición de la demandante que solicita se considere como un Derecho Fundamental.
- Finalmente se recurre al test de proporcionalidad para sopesar la admisión de lo solicitado por la demandante Ana Milagros Estrada Ugarte, evidentemente se aplican los sub principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto. Con relación al primero, se ha señalado que, el tipo penal que se pretende inaplicar,

⁶ Ibidem, Fundamento jurídico (en adelante FJ.) 153.

⁷ Ibidem, FJ. 157.

homicidio piadoso, es impreciso, puesto que pone como sujeto pasivo a la persona con enfermedad incurable, sin embargo, en esta categoría ingresarían múltiples enfermedades no necesariamente mortales, y además porque advierte una contradicción respecto a considerar sujeto pasivo a quien realiza la petición expresa y consciente, cuando en realidad éste vendría a ser sujeto activo, dado que es éste quien tiene implícito el acto suicida, con lo cual se cumpliría la idoneidad inaplicativa del delito.

- Ahora bien, con relación al sub principio de necesidad, se señala que además de despenalización de la figura delictiva planteada, existen alternativas de penalización por medios no necesariamente disuasivos o de castigo como un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor, en ese sentido, de admitirse una despenalización legal, debería legislarse necesariamente junto con una normatividad que promueva el tratamiento paliativo, otra alternativa podría ser, una mayor limitación del tipo penal, esto es que solo se sancione el hecho ocurrido fuera del servicio de sanidad, es decir que esté prohibido hacerlo por cualquier persona a menos que sea un médico dentro de un establecimiento autorizado y con un protocolo adecuado.⁸
- Respecto al último sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, el colegiado analiza el aparente conflicto entre derechos y principios, a fin de determinar cuál prevalecerá sobre el otro, concluyendo básicamente que “la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma

⁸ Ibidem, FJ. 173

expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser protegido y promovido por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero no podría ser promovida, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida”⁹; por lo que debería inaplicarse el artículo 112 del Código Penal.

Bajo las consideraciones antes expuestas el Colegiado Superior de Lima resolvió la inaplicación del citado tipo penal, ordenando entre otras cosas, que el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud de “respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin [...]”¹⁰ poniendo así, en tela de juicio si la muerte se puede practicar con dignidad, o si se debe morir dignamente, o si en efecto el fundamento para morir cuando una persona tiene enfermedades incurables, se encuentra en su dignidad.

2. LA DIGNIDAD HUMANA Y SU ORIGEN

La palabra dignidad según el *Diccionario de la Real Academia Española*, es, en su primera acepción, calidad de digno, y el adjetivo digno significa “que merece algo, en sentido favorable o adverso. Cuando se usa de una manera absoluta,

⁹ Ibidem, FJ. 181.

¹⁰ Ibidem, parte resolutive, ítem 2.

se toma siempre en buena parte y en contraposición a indigno”; en su segunda acepción, significa “correspondiente, proporcionado al mérito y condición de una persona o cosa”; proviene etimológicamente de raíces latinas; tiene su origen en la voz *decet*, que significa conveniente, ser apropiado, estar o sentar bien.

A *decet* se vinculan dos sustantivos *decus* y *decor* y un adjetivo *dignus*. *Decus* significa nobleza, decencia; *decor*, quiere decir bello, magnífico, y *dignus*, merecedor.¹¹ De *dignus* deriva *dignitas*,¹² que significa mérito y también se refiere al merecimiento de cargos públicos que también se llaman dignidades, honores o magistraturas, así tenemos que dicha expresión se asociaba a un atributo externo y cambiabile que hacía referencia a una posición social y sobre todo política.

Sin embargo, no fue hasta Cicerón¹³ que la idea de *dignitas*, cambió su sentido, ya no como una posición externa como se le entendía, sino en el sentido de un atributo humano de carácter interno, universal e inmutable en su núcleo, en los siglos posteriores dicho concepto se consolidó gracias a la filosofía y la teología cristiana, ocupando un lugar importante en el Renacimiento italiano, así como en Alemania con Samuel Von Pufendorf y sobre todo con Immanuel Kant.¹⁴

¹¹ Cfr. Juliana González Valenzuela, *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, UNAM-Anthropos, 2005, p. 64

¹² Cfr. Christopher McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, 19 *European Journal of International Law*, N°19, 2008, pp. 655-657.

¹³ En la tradición filosófica estoica de Cicerón, se califica con la dignidad la posición que en público se atribuye a una persona honesta que se preocupa por su propia cultura, por el honor y la discreción: “*dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecundia digna auctoritas*” en Luther, Jörg, “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de derecho constitucional europeo*, Universidad de Granada, España, año 4, núm. 7, enero-junio de 2007, p. 299.

¹⁴ Cfr. Pfordten Dietmar, Von Der, *Dignidad humana*, Barcelona, Atelier,

No obstante, a lo largo de la historia en la adopción de esa idea de dignidad humana, hemos sido testigos que el camino ha sido muy accidentado, recordemos por ejemplo que en la antigua Grecia, el pensamiento en torno a los atributos inmateriales e internos del hombre, solo se hacía referencia a aquellas virtudes cardinales como la prudencia, valentía, sabiduría y la justicia, incluso en la obra *Ética* de Nicómaco se hablaba de magnanimidad o de grandeza del alma, pero éstos eran de naturaleza contingente y mutable, cosa totalmente distinta a la dignidad, que no encontró identidad en alguno de los conceptos o atributos que se vertían dentro del pensamiento griego.

Por ejemplo, para Platón la dimensión humana era más extensiva que la tradicional, él concebía al hombre como aquella conjunción de dos realidades: el alma y el cuerpo, alma que considera divina e inmortal;¹⁵ y la concibe como aquello que siendo interno, y en su núcleo, inmutable resulta ser el necesario fundamento (la sustancia) del hombre y con ello lo esencial y más valioso que hay en él, por tanto, para Platón el hombre solo vive bien y correctamente cuando cuida y educa su alma, quizá en esta idea se funda la famosa afirmación según la cual, tanto Sócrates como Platón afirman que, vale más sufrir a causa de una injusticia ajena que provocarla contra otro.¹⁶

Como hemos podido apreciar, para la visión platónica y socrática, el concepto de alma era más trascendental e importante en relación a la dignidad, quizá esto se deba porque la dignidad, era reconocida como atributo externo que denotaba una posición social, entre tanto, al alma se la entendía común a todas las personas, como sustancia del ser humano,

2020, pp.23-24.

¹⁵ Platón, *Fedón* I 114. Véase, también, *Menon*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. 82a- 98a. Traducción de Antonio Ruiz de Elvira

¹⁶ Pfordten Dietmar, Von Der. *Ibid.*, p.29.

y aparentemente, no era plausible de ser vista desde afuera, pero se tenía la idea, o al menos se creía que existía en una persona.

Por su parte, Aristóteles será más explícito respecto su idea de la dignidad. Reconoce así “algo divino” tanto en el hombre como en la propia vida humana, distinguiendo a su vez una esencia que “excede con mucho a todo lo demás en potencia y dignidad”.¹⁷ Aristóteles cree identificar al hombre perfecto, al “hombre magnánimo”, es decir aquel consciente de su mayor dignidad, de un comportamiento templado, seguro y cuya principal característica es la sobreabundancia de virtudes,¹⁸ vemos entonces, como el concepto de dignidad va adoptando una nueva forma, asociado ahora a la perfección en base a virtudes, dotando a la persona de mayores caracteres morales, sin lugar a dudas, uno de los avances más significativos que bordearon a la dignidad.

Quizá difícil de explicar, pero fácil de entender, pese a tanto diálogo filosófico, en las clásicas declaraciones de derechos humanos de los siglos XVIII y XIX no se pudo aún

¹⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Instituto de Estudios Políticos, 1960, Libro X, 1178 a. Traducción de Julián Marías y María Araujo

¹⁸ Aristóteles identifica en su *Ética a Nicómaco* al “hombre magnánimo”, el término medio entre la dignidad y la indignidad (1107 b), es decir, aquel consciente de su dignidad, “y con razón”, al cual contraponen con aquél que se cree con mayor dignidad y, en realidad, no lo es (vana hinchazón), y con aquél que mereciendo mayor reconocimiento no aspira a más (pusilánime) (1123 b). En tal contexto, este tipo de hombre coincide con aquellos que «disponen de antemano de recursos, ya por sí mismos, ya por sus antepasados o por sus relaciones, y con los nobles (1123 a). Por otra parte, la magnanimidad implica, entre otras virtudes, grandeza y honor (1123 b) y es “como un ornato de las virtudes, pues las realza y no se da sin ellas” (1124 a). Quizás sea este tipo de persona el hombre divino al que se refiere después en su Libro VII, dada la “sobreabundancia de virtudes” que le caracterizan. Unas virtudes que, no lo olvidemos, “no se producen ni por naturaleza, ni contra naturaleza, sino por tener aptitud natural para recibir las y perfeccionarlas mediante la costumbre” (1103b)

incluir a la dignidad, esto recién ocurrió en los textos jurídicos a comienzos del siglo XX, pero carente de fuerza vinculante, recordemos por ejemplo, la Constitución de Weimar del Imperio Alemán de 1919, y la Constitución de la República de Irlanda de 1937; alcanzado su posición privilegiada en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas- ONU de 1948; y por sobre todo, en el primer párrafo de la Ley Fundamental de 1949: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.¹⁹

2.1. LA DIGNIDAD Y RELIGIÓN

La conceptualización de la dignidad está íntima e inseparablemente vinculada a la naturaleza de la persona humana, desde su aparición como término que describía un status social, hasta aquella concepción que la entiende como una característica intrínseca inherente a la persona, sin embargo, en dicho proceso ha sido la religión la que aportado su principal fundamentación, y es que si recurrimos a las Sagradas Escrituras, encontraremos por ejemplo lo que se señala en el Génesis 1:27: “Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó”, precepto del que ha nacido la filiación divina de la creación humana, y es que, sumada a la redención de Cristo, han servido de base para la formación de igualdad en dignidad, puesto que no sé es más o menos digno por cierta condición social.

Así cómo se ha consolidado la idea de persona humana como aquel ser único y el más digno entre todos los seres existentes, puesto que, aquella relación divina paterno filial con Dios, lo califican como el rey de la creación, Dios lo

¹⁹ Cfr. Roberto Andorno, “Dignidad humana”, *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, Granada, España, Universidad de Deusto-Comares, 2011, t. I, p. 658

creó a su imagen y semejanza, Dios solo redimió a la persona, y puso a su servicio y beneficio a todos los demás seres de su creación; además lo dotó de libertad y autonomía- libre albedrío- para hacer el bien o el mal, tomar sus propias decisiones y cumplir con su fin divino de alcanzar la perfección acercándose a su creador; éste ha sido el principal argumento desde la religión, que se extendió en todo el mundo y que incluso ha servido para justificar la relación entre dignidad y persona humana.

Evidentemente, en torno al concepto de dignidad humana bordean más de un criterio, y no necesariamente el cristiano ha sido el único, es sin duda, uno de los debates más interminables a lo largo de la historia, y es que la iglesia ha jugado un papel muy importante en la adopción de ciertas decisiones, la iglesia sin dudarlo, se podría decir, ha aprovechado esa suerte de posición privilegiada frente a sus fieles creyentes para instaurar dogmas que han vinculado- y lo siguen haciendo- la dignidad humana con la creación divina de la persona y de las que muchos iusnaturalistas han echado mano para describir de mejor manera sus teorías. No obstante, no olvidemos que dichos criterios también serán aplicados a no creyentes y por tanto, al asumirlo como absoluto, ese vínculo divino perdería fuerza como base de la dignidad, y con ello, no quiere decir que aquellos que no creen en Dios no tengan derecho a gozar y vivir de manera digna.

2.2. LA DIGNIDAD COMO PRINCIPIO

Como hemos podido observar, alrededor del concepto de dignidad humana, lo que prima es su naturaleza antropocéntrica de la cual se tiene una visión del mundo reservada al ser humano como el ente principal del universo, basando sus raíces en la ética y en la filosofía moral, que conciben a la dignidad como un valor, convirtiéndolo en un concepto de carácter axiológico, vinculado a la moralidad, al bien, a la

conducta correcta y a la vida buena²⁰ con lo cual podemos inferir que este concepto está presente en la religión, la filosofía, la política y el derecho, puesto que entendido como valor, puede ser de uso multifacético.

En palabras de Luis Roberto Barroso, un aspecto importante de la dignidad de una persona, es el hecho de poder ser sacrificada en beneficio de otro valor; la dignidad, es un valor fundamental, pero no debe ser tomada como absoluta, los valores sean políticos o morales, entran al mundo del derecho usualmente asumiendo la forma de principios²¹, pero, vale decir que para el caso de la dignidad, ésta tiene un reconocimiento expreso constitucionalmente, y un posición privilegiada en relación de otros derechos, que fundamentan su reconocimiento en el resguardo de la dignidad como valor intrínseco de la persona.

De acuerdo con Ronald Dworkin, los principios son normas de contienen “exigencias de justicia o equidad o alguna otra exigencia moral”,²² y al contrario de las reglas no se aplican “todo o nada”.²³ Para Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización, cuya aplicación varía en grados, de acuerdo con lo que es fáctica y jurídicamente posible,²⁴ lo que en esencia trata de decirnos es que intrínsecamente lo que buscan los principios es aquella necesidad

²⁰ Ronald Dworkin ha propuesto una distinción entre ética, “que es el estudio de cómo vivir bien”, y la moralidad, “que es el estudio de cómo nosotros debemos tratar a las otras personas”. V. *Justice for Hedgehogs*, 2011, p.13.

²¹ Barroso, Luis Roberto, *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*. 1era Edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p.115.

²² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1997, p.22.

²³ *Ibidem*, p.24.

²⁴ Alexy, Robert, *A Theory Of Constitutional Rights*, 2004, p.47

de justicia que debe investir la resolución de un caso en particular, no obstante, ésta deberá efectuarse dentro del margen de la ponderación y la proporcionalidad.

Evidentemente, al hablar de ponderación tácitamente se sostiene que los principios jurídicos son normas que poseen mayor o menor peso de acuerdo con las circunstancias del caso, pero, de cualquier forma, ellos suministran argumentos que deber ser considerados por los jueces; todo principio exige un compromiso de buena fe con su realización, en la medida en que esa realización sea posible,²⁵ debemos por tanto tener presente que los principios entran en aplicación a través de las reglas, con lo cual podríamos afirmar que intrínsecamente, a una regla, le subyace un principio, y que la base última de estas vendría a ser la dignidad humana.

Otro aspecto importante es el papel principal que tiene la dignidad humana en la interpretación, puesto que forma parte del núcleo esencial de los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, entre otros, teniendo así, aquella influencia para orientar la interpretación de dichos derechos constitucionales a una mejor definición para su mayor protección y promoción, que permitirá en buena cuenta, desnudar ambigüedades, o resolver colisiones entre derechos fundamentales, asumiendo una suerte de brújula en la búsqueda de la mejor solución.

Finalmente, se debe recalcar que la naturaleza aplicativa de la dignidad humana como principio, no solo surtirá efectos entre las relaciones de persona – Estado, sino que también resulta aplicable a las relaciones entre privados, lo que es llamada la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, por tanto, su aplicación bordea todos los ámbitos en los que se desarrolla la persona, procurando el máximo disfrute de sus derechos fundamentales y su eficaz protección y promoción.

²⁵ V. Paricia Birnie, Lalan Boyle y Carherine Redgwell, *International Law & The Environment*, 2009, p.34.

3. EL DELITO DE HOMICIDIO PIADOSO

El criterio de sistematización seguido por el codificador penal peruano responde a la importancia del bien jurídico penalmente protegido.²⁶ De esta forma, la ubicación privilegiada de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud en nuestro Estatuto penal responde a los postulados político criminales que dimanar de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución política del Perú: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En ese marco constitucional se desarrolla, el injusto penal previsto en el artículo 112 del Código Penal peruano, que describe el delito de homicidio piadoso del modo siguiente: “El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

Ahora bien, es preciso destacar que la tendencia generalizada en la doctrina peruana, a propósito del caso “Ana Estrada” ha sido cuestionar la criminalización del homicidio piadoso, desde el fervoroso discurso de Villa Stein que, en línea similar a la seguida por Gimbernat en España, plantea de *lege ferenda* y en clave constitucional la necesidad de descriminalizar el homicidio piadoso,²⁷ pasando por propuestas como la de Salinas Siccha que intenta compatibilizar la moral con la impunidad del homicidio piadoso,²⁸ la de Villavicencio Terreros que reconociendo que la problemática subyacente a la punición del homicidio piadoso se debe resolver en sede constitucional sin dar mayor explicación de

²⁶ Roy Freyre, Luis, *Derecho penal peruano*. Parte especial, Lima, Servicio de Prensa y Publicaciones, 1977, p. 7

²⁷ Villa Stein, Javier, *Derecho penal*. Parte especial, Lima, San Marcos, 1997, t. I, p. 127

²⁸ Salinas Siccha, Ramiro, *Curso de derecho penal peruano*. Parte especial I, Lima, Palestra, 1998, p. 98

los fundamentos de su posición,²⁹ el poco elaborado desarrollo de Chirinos Soto³⁰ y el mutismo de Bramont-Arias Torres y García Cantizano.³¹

El homicidio piadoso, pietístico, por piedad o por compasión (también llamado homicidio misericordioso o altruista) –matar a otro para liberarlo de un padecimiento psicossomático insoportable–, es una figura de derecho penal que parte del concepto de homicidio como delito doloso: 1) para atenuar la sanción (una escala penal menor a la establecida para el homicidio simple), 2) o despenalizarlo en tales circunstancias, 3) o bien contemplándolo como causal de impunidad, de darse ciertos recaudos. Por lo general, su tipo penal alude al pedido y consecuente consentimiento (el primero lo implica) del sujeto pasivo, requisito que algunos códigos no contemplan expresamente.³²

Por tanto, debemos partir sabiendo que, la vida es un bien jurídico disponible sobre la base de la identificación de la libertad como un valor superior del modelo constitucional y de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. Desde esa perspectiva, el derecho a la vida no puede ser interpretado en contraposición de la idea de dignidad de la persona, autonomía de la persona³³ y

²⁹ Villavicencio Terreros, Felipe, *Código penal comentado*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2001, p. 302

³⁰ Chirinos Soto, Francisco, *Código penal*, 2a. ed., Lima, Rhodas, 2004, pp. 228 y 229

³¹ Bramont-Arias Torres, Luis y García Cantizano, María del Carmen, *Manual de derecho penal*. Parte especial, 4a. ed., San Marcos, Lima, SP Editores, 1998, p. 66.

³² Blanco, Luis Guillermo, *Homicidio piadoso*, Publicado 03/2017. Extraído de <https://salud.gob.ar/dels/entradas/homicidio-piadoso> (Consultado: 28 de agosto de 2021)

³³ Sánchez Tomás, José Miguel, “Lección III. La participación en el suicidio. El homicidio consentido y la eutanasia”, en Rodríguez Ramos, Luis et al., *Derecho penal*. Parte especial, Madrid, Servicio de Publica-

su derecho a la libertad, siendo necesario identificar el punto de equilibrio entre estos derechos,³⁴ tomando en consideración el recíproco condicionamiento que debe existir entre el derecho penal y los derechos fundamentales.³⁵

3.1. EUTANASIA

En el sentido etimológico de la eutanasia, así tenemos que proviene de la composición griega de dos vocablos griegos *eu* (bueno/a) y *thanatos* (muerte), ha sido así, como bajo el título de “eutanasia exterior”, Bacón escribió en su *Proficiency and Advancement of Learning*: “estimo que es labor del médico no solamente hacer recuperar la salud, sino también atenuar el sufrimiento y los dolores. Esto no solamente cuando el alivio es propicio a la curación, sino también cuando puede ayudar a morir de forma apacible”. Sin embargo, muchos críticos aprecian en este escrito una anticipación de lo que hoy son los “cuidados paliativos” y no precisamente la justificación de la eutanasia tal como hoy se demanda.³⁶ El *Diccionario de la Real Academia Española* nos brinda dos aproximaciones, definiéndola como “muerte sin sufrimiento físico” y como “acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, para poner fin a sus sufrimientos”.³⁷

Por otro lado, es importante, tener presente que se debe hacer alguna precisión en la ejecución de la eutanasia, puesto que en más de una ocasión se ha confundido dicha figura con

ciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1998, t. I, p. 46

³⁴ Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 66.

³⁵ Gutiérrez Camacho, Walter (dir.), *La Constitución comentada*, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2005, t. I, p. 14.

³⁶ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “La disponibilidad de la propia vida en el derecho penal”, CEPC, Madrid, 1999, pp. 537-539

³⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, 21a ed., Madrid, Editora Espasa Calpe, 1992

el suicidio y auxilio al suicidio, puesto que en la eutanasia se requiere la participación de dos personas, mientras que en el suicidio el hecho se marca en unilateralidad; y con relación al auxilio del suicida, la diferencia se encuentra marcada en el tipo de “auxilio” que se realiza, puesto que para el caso de la eutanasia, éste resulta de vital importancia, es una ayuda con un fin piadoso, de compasión para evitar en la víctima mayores sufrimientos en la etapa última de su vida, situación completamente diferente a la figura del auxilio al suicidio que carece de fines filantrópicos

Vale decir que, el bien jurídico protegido en este tipo penal no es cualquier vida, sino “la vida no deseada por su titular”,³⁸ “en este aspecto el legislador pudo estar influido por la idea de que el paso de la vida a la muerte constituye una decisión que cada cual debe tomar personalmente y que no puede dejar en manos de un tercero”.³⁹ De ahí que podemos inferir que el derecho a vivir o bien jurídico “vida”, no debe ser entendido unilateralmente en el sentido positivo, como el derecho deseado a vivir, sino que el mismo –por libre desarrollo de la personalidad y como proyección de la dignidad intrínseca– debe abarcar su lado negativo como el derecho a morir que tiene y ostenta cada persona.⁴⁰ Sin embargo, este no puede ejercitarse con plena libertad, sino que es el Estado quien tiene que velar por aquellos límites constitucionales de dicho ejercicio a fin de evitar los abusos y excesos en el uso desmedido de la eutanasia.

³⁸ Juan Carlos Carbonell Mateu, *Derecho penal. Parte especial*, 2a. ed. Valencia, Tirant lo Blanc 1996, p. 77.

³⁹ Eser, Albin. *Derecho penal, medicina y genética*, Editora Idemsa, Lima, 1998, p. 41.

⁴⁰ Günther Jakobs. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, p. 309

A MANERA DE CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar en tanto de los hechos presentados en el emblemático y reciente caso peruano “Ana Estrada”, el debate aún permanece abierto con relación a determinar si existe o no un derecho a morir con dignidad, son muchos los criterios y argumentos que puedan darse a favor o en contra de lo resuelto en dicha sentencia, pero lo que ha quedado en cierta medida claro, es que todo pasaría por un análisis profundo de la naturaleza práctica de lo que se entiende por Dignidad.

Y es que hablar de dignidad, a lo largo de la historia no ha sido fácil, inicialmente ésta no era concebida con tal amplitud e importancia como en la actualidad, puesto que no pasaba por ser un mero atributo externo de las personas como una posición social, era tanto así que, se ha tenido que pasar por hechos realmente catastróficos para la humanidad, como la Primera y Segunda Guerra Mundial, para que ésta pueda adoptar un concepto más abierto y consecuente con la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Debemos tener presente que, en este devenir, los dogmas que se han practicado en la Iglesia, han jugado un papel muy importante, dotando de un carácter teleológico a lo que se entendía por dignidad, creando en buena cuenta, aquel vínculo paterno divino de la persona con su creación, que como hemos visto, si bien resulta aceptable, no puede ser adoptado como criterio absoluto para la concepción antropocéntrica de la dignidad.

Ahora bien, con relación a la eutanasia, es importante señalar que, la idea que prima en el presente trabajo, más allá de reconocer la utilidad del carácter principista de la dignidad, como esencia de los derechos fundamentales, es también, reconocer que ésta, entendido como principio, puede ser limitado, pero que dicho límite debe estar garantizado

por un procedimiento instaurado legalmente por el Estado, dentro del marco de respeto de los valores constitucionales, que no involucra un derecho a morir con dignidad, sino el respeto de la libertad de la persona de disponer de su propia vida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andorno, Roberto, “Dignidad humana”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, España, Universidad de Deusto-Comares, 2011.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Instituto de Estudios Políticos, 1960, Libro X, 1178 a. Traducción de Julián Marías y María Araujo.
- Barroso, Luis Roberto, *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial*. Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Blanco Valdés, Roberto L. *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.
- Blanco, Luis Guillermo, *Homicidio piadoso*, Publicado 03/2017. Extraído de <https://salud.gob.ar/dels/entradas/homicidio-piadoso> (Consultado: 28 de agosto de 2021)
- Bramont-Arias Torres, Luis y García Cantizano, María del Carmen, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 4ta. edición, San Marcos, Lima, SP Editores, 1998.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho penal. Parte especial*, 2da. Edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 1996.
- Chirinos Soto, Francisco, *Código penal*, 2a. ed., Lima, Rhodas, 2004.
- Diccionario de la Lengua Española, 21ava edición, Madrid, Editora Espasa Calpe, 1992.

- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1997. Traducción propia
- Dworkin, Ronald,, *Justice for Hedgehogs*, 2011. Traducción propia
- Eser, Albin. *Derecho penal, medicina y genética*, Lima, Editora Idemsa, 1998.
- González Valenzuela, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, UNAM-Anthropos, 2005.
- Gutiérrez Camacho, Walter (Dir.), *La Constitución comentada*, Tomo I Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
- Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- Jakobs, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Lima, Palestra Editores, 2000.
- Luther, Jörg, “Razonabilidad y dignidad humana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Universidad de Granada, España, año 4, núm. 7, enero-junio de 2007.
- Mccrudden Christopher, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, 19 *European Journal of International Law*, N°19, 2008.
- Paricia Birnie, Lalan Boyle y Carherine Redgwell, *International Law & The Environment*, 2009. Traducción propia.
- Pfordten Dietmar, Von Der, *Dignidad humana*, Barcelona, Atelier, 2020.
- Platón, *Menon*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970. 82a- 98a. Traducción de Antonio Ruiz de Elvira.
- Robert Alexy, *A Theory Of Constitutional Rights*, 2004. Traducción propia.
- Roy Freyre, Luis, *Derecho penal peruano*. Parte especial, Lima, Servicio de Prensa y Publicaciones, 1977.

- Salinas Siccha, Ramiro, *Curso de derecho penal peruano. Parte especial I*, Lima, Palestra, 1998.
- Sánchez Tomás, José Miguel, *Lección III. La participación en el suicidio. El homicidio consentido y la eutanasia*, en Rodríguez Ramos, Luis et al., *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1998.
- STC Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 00573-2020-0-1801-JR-DC-11, Res. N°06, de fecha 22 de febrero de 2021.
- Tomas-Valiente Lanuza, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, CEPC, Madrid, 1999.
- Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, Lima, San Marcos, 1997.
- Villavicencio Terreros, Felipe, *Código penal comentado*, 3era. Edición, Lima, Grijley, 2001.

DESAFÍOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

JOSE FERNANDO VÁZQUEZ AVEDILLO*

RESUMEN

La libertad de expresión es un derecho humano que cuenta con la más amplia protección, sin embargo, esta circunstancia ha sido mal interpretada por muchos, posibilitando la realización de conductas que vulneran derechos de terceros y es por ello que es necesario conocer los alcances y restricciones de su legal ejercicio para lograr una sana convivencia al seno de la sociedad y con ello abonar elementos a la gobernabilidad democrática, sin olvidar que el exceso del mismo tiene consecuencias punibles que resultan perfectamente compatibles con el ejercicio de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, derechos humanos, responsabilidad.

ABSTRACT

Freedom of expression is a human right that enjoys the broadest protection; however, this circumstance has been misinterpreted by many, making it possible to carry out conducts that violate the rights of third parties, which is why it

* Doctor en Derecho. Profesor investigador de tiempo completo, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, donde imparte materias de licenciatura y posgrado. SNI I, Perfil deseable (Prodep). Integrante de Cuerpo Académico Consolidado “Derechos Humanos y Globalización”. Coordinador de libros; autor de libros, capítulos de libro y artículos en revistas arbitradas e indexadas, nacionales y extranjeras.

is necessary to know the scope and restrictions of its legal exercise in order to achieve a healthy coexistence within society and thus contribute to democratic governance, without forgetting that its excess has punishable consequences that are perfectly compatible with the exercise of human rights.

KEYWORDS: Freedom of expression, human rights, responsibility.

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es sin duda alguna uno de los derechos humanos de carácter fundamental que posibilitan la exteriorización de las ideas, siendo por ello un elemento ineludible de cualquier sociedad que se considere democrática.

En este sentido, la libertad de expresión resulta ser un elemento básico en el orden público, pues posibilita el ejercicio de otros derechos que en su conjunto satisfacen la dignidad de las personas y esto garantiza una sana convivencia al seno de una sociedad y desde luego, aporta elementos para la gobernabilidad.

¿Es posible pensar en la libertad de expresión como un derecho ilimitado?

Como cualquier derecho, la libertad de expresión debe tener límites pues de lo contrario terminaría por convertirse en libertinaje y ello se traduciría en violaciones a diversos derechos humanos, desvirtuando entonces el espíritu protector de éstos.

A manera de hipótesis se puede señalar que la única forma de garantizar el pleno ejercicio del derecho de libre expresión de las ideas es limitándolo en aras de proteger y garantizar la dignidad de todas las personas que viven al seno de una sociedad.

A efecto de lo anterior, en las próximas líneas se analizarán tres aspectos fundamentales en torno al derecho de libre expresión: en primer término, se tocará lo relativo al alcance jurídico del derecho de libre expresión; en segundo lugar, se hará referencia a las restricciones que limitan su ejercicio y por tanto lo garantizan; y finalmente se comentará lo relativo a las consecuencias legales del exceso en el ejercicio de dicho derecho, lo cual conlleva reseñar lo concerniente a la responsabilidad que implica su ejercicio para los particulares y las consecuencias del mal uso de éste.

Para lo anterior se utilizará el instrumental del método inductivo bajo un enfoque de investigación cualitativo y mediante técnicas de investigación documental.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Para comenzar conviene dejar en claro lo que debe de entenderse por libertad de expresión y de acuerdo con Jesús Orozco Henríquez, la libertad de expresión es una facultad o potestad de las personas para manifestar sus ideas, pensamientos u opiniones respecto de cualquier tema.¹

La libertad de expresión abarca toda clase de ideas, incluidas aquellas que puedan considerarse profundamente ofensivas. El derecho internacional protege la libertad de expresión, aunque hay casos en los que, de conformidad con ese mismo derecho, es legítimo limitarla cuando viola los derechos de otras personas o promueve el odio e incita a la discriminación y la violencia.²

¹ Carbonell, Miguel (Coord). *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 359.

² Amnistía Internacional. *Libertad de expresión*. México. 2023. <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/freedom-of-expression/>

La libertad de expresión es un derecho de tal importancia que contribuye a la democratización de una sociedad posibilitando el orden público y la gobernabilidad.

El concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia.³

Por su parte el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito ha señalado lo siguiente respecto a la libertad de expresión:

Libertad de Expresión. El artículo 60. de la Constitución Federal, protege, entre otras garantías, la libre expresión de ideas; sin embargo, en su ejercicio no debe vulnerarse el derecho correlativo de los individuos a ser respetados en su dignidad e integridad. En esos términos, no es válido proteger al quejoso que profiere expresiones groseras, insultantes o injuriosas que denostan la actividad de una autoridad, pues ello implicaría la autorización para que el destinatario de esas expresiones estuviere impedido para reclamar el respeto a su persona y a su propia dignidad, permitiendo a quien manifieste las ideas el actuar sin restricción de ningún tipo.⁴

³ García Ramírez, Sergio, et al. La libertad de expresión. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018. Sociedad Interamericana de Prensa. Florida, U.S.A. 2018, p. 25. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>

⁴ Tesis: IV.1o.A.23 K, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado

Miguel Carbonell señala que hay ciertos actos de conducta del ser humano que son puramente expresivos y otros que se proyectan como conductas materiales. En este sentido, dice Carbonell que las conductas puramente expresivas son el objeto de tutela y protección de los derechos fundamentales y que las conductas materiales no lo serían.⁵

De lo anterior, es claro señalar que se trata de un derecho de libertad, cuya naturaleza jurídica impone al gobierno la obligación de no interferir con su ejercicio, salvo que exista una justificación legítima. Es así que resulta de vital importancia puntualizar el hecho de que no se trata de un derecho de carácter ilimitado y que por tanto tiene ciertas restricciones a efecto de que la expresión de las ideas no repercuta de forma negativa en el orden social, ya que su práctica inadecuada puede provocar daños morales que irremediablemente pueden derivar en reclamaciones de carácter judicial o administrativo, tal como se habrá de explicitar más adelante.

Tal y como señala Alexy, la libertad de expresión como derecho fundamental se pueden considerar como un mandato de optimización que marca a primera vista un curso de acción donde la solución normativa final exigirá la optimización de las posibilidades fácticas y normativas existentes.⁶ Esta afirmación cobra sentido si se entiende como una convención interpretativa aplicable en los llamados casos difíciles. En este sentido, la libertad de expresión puede

en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, visible en el Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 1554 del *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta. Registro digital: 165764.

⁵ Carbonell, Miguel, “El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional”. En Vázquez Ramos, Homero. *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2014, p. 86.

⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

adoptar un sinnúmero de formas para hacerse valer debido a la existencia de dudas con relación al significado de debiera asignarse a un enunciado normativo, circunstancia que torna complicada la enumeración de casos viables para dicho ejercicio. En la práctica, es la propia autoridad bajo el amparo de la ley la que tendrá que valorar caso por caso sobre el correcto o incorrecto encausamiento de dicha libertad y en su momento, tomar medidas puntuales ante la violación de la ley.

Ahora bien, la libertad de expresión es un derecho que históricamente aparece en forma clara como resultado de la Revolución Francesa, al ser incluido en los artículos 11 y 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, circunstancia que dio pauta a su desdoblamiento en diversos instrumentos jurídicos de fechas posteriores hasta llegar a México, sin embargo no hay que olvidar algunos antecedentes que provienen del constitucionalismo inglés (la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628 y la Declaración de Derechos de 1689) y norteamericano (la Primera Enmienda de la Constitución promulgada en 1815).

La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege los derechos a la libertad de religión y a la libertad de expresión sin interferencia del gobierno... La libertad de expresión incluye los derechos a la libertad de palabra, de prensa, de reunión y de petición (que es el derecho que permite a los ciudadanos reclamar ante el gobierno una compensación por agravios).⁷

En el caso mexicano, la primera aparición de la libertad

⁷ Cornell Law School. *La Primera enmienda*. Legal Information Institute. Nueva York. 2023. https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primeira_enmienda

de expresión tuvo lugar en el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, de fecha 22 de octubre de 1814 y una vez consumada la independencia nacional, en la Constitución federal de 1824.

Este derecho humano se encuentra actualmente tutelado por el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra señala:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.⁸

El texto original del artículo 6º publicado el 5 de febrero de 1917 y que amparaba en aquel momento la “garantía” de libertad de expresión, señalaba lo siguiente:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, si no en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público.⁹

El texto antes transcrito ha tenido a lo largo de la vigencia de la actual Constitución federal 6 reformas y adiciones, comenzando por la publicada en el *Diario Oficial de la Fe-*

⁸ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

⁹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original publicado el 5 de febrero de 1917. México. 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf

deración de fecha 6 de diciembre de 1977, donde señalaba lo siguiente:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.¹⁰

La segunda reforma, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 20 de julio de 2007, bajo el mandato de Felipe Calderón y mediante la cual se agregó un segundo párrafo con siete fracciones tendiente a señalar una serie de principios y bases bajo las cuales habría de ejercerse el derecho de acceso a la información.

La tercera reforma llegó el 13 de noviembre de 2007, modificando el primer párrafo del artículo 6º constitucional y señalando lo siguiente:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna Inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.¹¹

Como puede observarse, en esta reforma se agregó el de-

¹⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reformas constitucionales por artículo. México, 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf

¹¹ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reformas constitucionales por artículo. México, 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_178_13nov07_ima.pdf

recho de réplica, cuyo ejercicio se sometió a lo establecido en una ley reglamentaria del propio artículo 6º constitucional. Dicho derecho constituye un derecho fundamental que fue elevado a rango constitucional y que permite proteger la dignidad de la persona frente a intervenciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, así como ataques a su honra o reputación. En este sentido, este derecho procura que sea publicado a través de medios de comunicación las rectificaciones de un dicho que causó menoscabo en su integridad.¹²

Por su parte, ya bajo el mandato de Enrique Peña Nieto, el 11 de junio de 2013 se publicó la cuarta reforma que trajo consigo una modificación al párrafo primero del artículo 6º, agregando que la manifestación de las ideas no puede atacar la vida privada de las personas so pena de una inquisición judicial o administrativa.

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.¹³

¹² Otálora Malassis, Janine. “El derecho de réplica. Artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación-IIJUNAM-Fundación Konrad Adenauer. México, 2013, p. 1084. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/40.pdf>

¹³ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reformas constitucionales por artículo. México, 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf

El 7 de febrero de 2014, aun bajo la presidencia de Enrique Peña Nieto, el artículo de referencia fue reformado en cuanto a las fracciones I, IV y V del apartado A, así como la adición de una fracción VII.

Finalmente, el 29 de enero de 2016 se publicó la última reforma que ha sufrido el artículo 6º, la cual consistió en modificaciones al apartado A, párrafo primero y fracción VIII, párrafo cuarto, quinto y décimo sexto.

Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos contempla con claridad al derecho de libre expresión, el cual para comenzar se encuentra tutelado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual señala lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.¹⁴

¹⁴ Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece en su artículo 19, lo siguiente:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.¹⁵

Como complemento de lo anterior vale la pena considerar lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos humanos, el cual en su artículo 10 se refiere a la libertad de expresión que tiene toda persona, libertad que entraña deberes y responsabilidades y por tanto caben algunas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, todas previstas por la ley.¹⁶

derechos humanos. Washington, 2021. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 2022. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

¹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo. 2022. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

De los artículos transcritos de la Constitución federal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos se puede concluir respecto al derecho a la libertad de expresión lo siguiente:

- Se expresa de forma clara un halo de amplia protección del derecho no solo en cuanto al contenido del mismo, sino también respecto de la forma de hacerse valer.
- A pesar de existir una muy amplia protección del derecho de libre expresión, hay acuerdo en el sentido de señalar una prohibición total respecto a actos de propaganda en favor de la guerra, la apología del odio nacional, racial o religioso tendiente a incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia o incluso la incitación a acciones ilegales similares contra cualquier persona y bajo ningún motivo.
- Que a pesar de lo anterior, la libertad de expresión es un derecho respecto del cual es válido invocar límites, mismos que están señalados en la ley y cuyos motivos se refieren específicamente a temas de seguridad nacional, orden público y desde luego, al respeto de los derechos de los demás donde se pretende salvaguardar la reputación y la vida privada de éstos.
- Que un ejercicio indebido de la libertad de expresión puede causar consecuencias legales que se traducirán en responsabilidades civiles, administrativas e incluso penales.

Una vez que se han dejado en claro los elementos fundamentales del derecho de libre expresión, es menester clarificar su alcance, sus restricciones y desde luego las consecuencias de un mal ejercicio de ese derecho.

III. ALCANCES, RESTRICCIONES Y RESPONSABILIDADES

Como ya ha quedado descrito líneas arriba, el derecho de libre expresión es uno de los derechos de mayor amplitud y alcance, sin embargo, también es preciso señalar que no es un derecho absoluto, toda vez que existen restricciones principalmente consideradas en torno al derecho de terceros, tal y como está establecido en el artículo 13.5 de la CADH donde se prohíbe “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”¹⁷

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en el artículo 19.3, que el ejercicio del derecho de libre expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, razón por la cual dicho derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones previstas por la ley a efecto de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como a proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En este sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha dejado en claro los límites del derecho de libre expresión precisando la improcedencia de dicho derecho cuando su ejercicio ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o se perturbe el orden público, lo cual constituyen límites tasados y previstos en el propio texto constitucional.

¹⁷ Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre derechos humanos. Washington, 2021. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES. El primer párrafo del artículo 7o. de la Constitución Federal establece que “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta”; esto es, la prohibición de la censura previa implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo. Sin embargo, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior, significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades -civiles, penales, administrativas- posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión al establecer que ésta “... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.”. Por su parte, el artículo 6o. constitucional destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”, a excepción de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal.¹⁸

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: P/J. 26/2007, sustentada por el Pleno y visible en el Tomo XXV, Mayo de 2007, página 1523 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Registro digital: 172476

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos lo siguiente:

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.¹⁹

En Estados Unidos, el caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, permitió una decisión histórica de la Corte Suprema de aquel país que interpretó la Primera Enmienda de su Constitución, destacándose particularmente el hecho de la libre expresión de las ideas no permite iniciar acciones ilegales.²⁰ Este caso tuvo como antecedente el de *Schenck v. United States* en 1919, donde el juez Oliver Wendell Holmes “Estableció un parámetro subjetivo y circunstancial, en este caso la guerra, y bajo esta premisa, consideraba punibles ciertas conductas que tal vez en otra situación no se hubiesen considerado de tal forma.”²¹

¹⁹ Corte Europea de Derechos Humanos. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo. 2022. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

²⁰ United States Courts. What Does Free Speech Mean? U.S. Government, 2023. <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does>

²¹ Grau Álvarez, Jaime, “La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”. *Icade*. Revista de la Facultad de Derecho. No. 111, 1-33, enero-junio 2021. Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 2021, p. 6.

Resulta muy revelador lo que Tania Cruz Salazar relata respecto a los grafitis, a los cuales tacha de “... acto vandálico porque transgrede visual, social y legalmente el orden espacial y público.”²²

Es claro que el derecho humano a la libre expresión de las ideas debe contar con una amplísima protección a efecto de garantizar su efectividad, sin embargo no debe pensarse que esta libertad pública es ilimitada, pues eso provocaría como suele suceder, la externalización de actos que en aras de expresar una idea trastocan el orden público causando daños a las cosas y a las personas, es decir, trastocando derechos de terceros que no tienen el deber jurídico de soportar y que por tanto las autoridades están obligadas a proteger.

... la libertad de expresión no puede ser coartada, obviamente, por consideraciones agregativas, pero tampoco puede ser restringida por otros derechos que no sean las libertades básicas. La ponderación, tratándose de libertades básicas, es entre ellas mismas no entre la libertad y cualquier otro derecho.²³

En este sentido, Jesús Rodríguez Zepeda retomando la faceta liberal de John Rawls señala que “... cada persona debe poder orientar su vida y proyectos conforme a su idea particular de bien o felicidad: su salvación, su realización, su moral o su perfección sólo a ella conciernen y el Estado no debe imponer o promover ideas particulares de bien. Al

²² Cruz Salazar, Tania, “Yo me aventé como tres años haciendo tags, ¡sí, la verdad, sí fui ilegal! Grafiteros: arte callejero en la ciudad de México”. Revista *Desacatos*, No. 14. México. 2004, p. 198. <https://desacatos.cie-sas.edu.mx/index.php/Desacatos/article/view/1094/942>

²³ Villavicencio Miranda, Luis, “La prioridad de la libertad de expresión”. Revista jurídica, no. 9, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 2016, p. 179. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6200>

Estado le toca organizarse conforme a los principios de justicia, que expresan lo justo o lo correcto, mientras que el bien o la felicidad individuales han de ser parte de lo que Mill llamó “la soberanía del individuo”.²⁴

A efecto de materializar un caso específico donde quede patente el hecho de que el derecho de libre expresión de las ideas excede los parámetros constitucionales, convencionales y legales, se plantea lo siguiente: una marcha de un colectivo social que pretende reivindicar algún derecho, sin embargo en dicha marcha elementos del colectivo social van destruyendo mobiliario público y generando otro tipo de daños materiales en inmuebles de propiedad privada. En este caso, tanto el gobierno de la ciudad como los particulares afectados ¿tienen la obligación de soportar dichos actos en aras de garantizar la expresión de las ideas? Pareciera que la respuesta lógica sería que no, pues hay un exceso en el ejercicio del derecho de libre expresión de las ideas y por tanto sus participantes deberán quedar sometidos a las consecuencias de sus actos. Ahora bien, ¿la autoridad debería intervenir a priori?, es decir, garantizar los derechos de terceros ante el embate del colectivo que se manifiesta, sin embargo, en la práctica esto no sucede y las actuaciones a posteriori resultan siempre sin mayor efecto y consecuencia, quedando impunes incluso la comisión de delitos.

Otro caso digno de comentar es cuando un colectivo decide tomar las instalaciones de una institución educativa impidiendo el desarrollo de las actividades propias, desplegando discursos de odio e incluso causando daños en las cosas. En este supuesto cabrían las siguientes preguntas: ¿dónde queda el derecho a la educación cuando este se ve restringido en aras de la expresión de ciertas ideas? La autoridad para el

²⁴ Rodríguez Zepeda, Jesús, “Un siglo de John Rawls”. En *Nexos*, Febrero 22, 2021. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/un-siglo-de-john-rawls/>

caso sugerido tendría el derecho de impedir la toma de las instalaciones o de recuperarlas en el caso de ya haber acontecido el hecho? ¿Hacer esto violentaría el derecho a la libre expresión de las ideas?

Situaciones como las antes planteadas suceden con bastante frecuencia y es menester establecer parámetros de actuación que permitan conciliar el derecho a la libre expresión de las ideas pero sin vulnerar otros derechos humanos de carácter individual y colectivo.

Para efecto de lo anterior, se procederá a puntualizar cuales son las limitantes al ejercicio del derecho de libre expresión de las ideas y desde luego, las consecuencias jurídicas que derivarían de una violación a dichas restricciones.

Ciertamente, el ejercicio del derecho de libre expresión de las ideas debe de contar con la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para ese efecto, sin embargo, dichos medios deben ser apropiados a efecto de que la autoridad garantice plenamente su uso y efectividad, sin embargo esto no significa que quede abierta la posibilidad de usar cualquier medio, ya que habrá casos que la ley restrinja en aras de proteger derechos de terceros, es decir, la tolerancia que debe haber para las expresiones de ideas no es ilimitada tal y como lo señala no solo el texto constitucional sino también el propio derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006), *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2005), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004) y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), se ha pronunciado en el sentido de señalar que “la expresión restricción alude a la conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión.”²⁵

²⁵ García Ramírez, Sergio y Alejandra Gonza, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. México, 2007, p. 29.

En este sentido debe señalarse que no toda restricción a la libertad de expresión resulta violatoria del texto convencional, ya que el propio artículo 13.2 prevé responsabilidades ulteriores a quienes ejerzan su derecho a la libre expresión de las ideas sin respetar los derechos o la reputación de las demás personas o bien dicha expresión atente con la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

...la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.²⁶

Lo antes expresado significa que si bien la autoridad no puede llevar a cabo medidas de control preventivo contra el ejercicio de la libertad de expresión, sí queda autorizada para fincar responsabilidades por dichos hechos debido al exceso en el ejercicio de la multicitada libertad de expresión.

El derecho a la expresión, contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana, no tiene carácter absoluto, esto es, existen límites para su ejercicio y controles de su adecuado desempeño. Proscritos, como se ha visto, los medios de carácter previo, queda la posibilidad de exigir a quien ejerce ese derecho la responsabilidad que corresponda en función del desbordamiento, la desviación, el exceso, el abuso —en suma, la ilicitud— en que incurra con tal motivo. La responsabilidad es una consecuencia natural de la conducta indebida: nadie se encuentra por encima del orden jurídico, exento de todo control de la conducta;²⁷

Ahora bien, al hablar de causales de responsabilidad por

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁷ *Ibidem*, pp. 36-37.

el ejercicio abusivo de la libertad de expresión es preciso insistir que éstas deben estar expresamente establecidas por la ley a efecto de garantizar los derechos de terceros o como lo señala la propia CADH, salvaguardar la seguridad nacional o el orden público.

En este tenor, derivado del PIDCP se puede señalar que cuando se habla de ley, la norma aplicable al caso debe encuadrar en lo siguiente:

...debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no.²⁸

Dentro de las consecuencias que un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión puede generar se pueden encontrar sanciones de naturaleza civil, administrativa, pero también de carácter penal, la cual constituye por su propia naturaleza la reacción de mayor dureza a la que se puede enfrentar una persona.

Como ya se ha mencionado en líneas arriba, normalmen-

²⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Observación general N° 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. Ginebra. 2011. <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb-7yhsrdB0H115979OVGGb%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QP-FdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R#:~:text=Nadie%20puede%20ver%20conculcados%20los,%2C%20hist%C3%B3rica%2C%20moral%20o%20religiosa.>

te en aquellos casos donde el ejercicio de la libertad de expresión presenta excesos punibles, éstos están direccionados respecto a daños a la propiedad, el derecho al honor, la dignidad, el prestigio y la buena fama, derechos todos amparados por la ley (incluso por el texto de la CADH).

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. 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.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.²⁹

La posición del Tribunal de Estrasburgo no dista mucho de los posicionamientos americanos, tal y como se observó en el caso *Lingens vs. Austria*,³⁰ donde se dejó patente el hecho de que la protección del honor y la reputación de las personas es uno de los límites a la libertad de expresión.

En este sentido, dicho tribunal europeo señaló en el asunto *Perinçek vs. Suiza*,³¹ que en caso de una declaración este desviada y con una finalidad claramente contraria al texto convencional europeo, la autoridad queda habilitada para actuar aplicando el artículo 17 de dicho instrumento.

²⁹ Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre derechos humanos. Washington, 2021. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of *Lingens v. Austria*. Estrasburgo. 1986. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57523%22%5D%7D>

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of *Perinçek v. Switzerland*. Estrasburgo. 2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-158235%22%5D%7D>

Uno de los aspectos que suelen ser dañados por el uso excesivo del derecho de libre expresión de las ideas es el honor y esto como ya se ha mencionado trae aparejadas consecuencias que se interpretan como daño moral, figura que bajo la legislación mexicana se hace valer mediante el pago de una indemnización, circunstancia que como muchas otras ya ha sido considerada por el Poder Judicial de la Federación.

DAÑO MORAL. CONCURRENCIA DE ORDENAMIENTOS POR ABUSO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. El daño moral se indemniza prescindiendo de que la lesión repercuta en el patrimonio material del dañado, y se regula en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se precisan los bienes jurídicos tutelados (sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos y la consideración que de una persona tienen los demás). No obstante, cuando la afectación a algunos de esos bienes (vida privada, honor e imagen) se genere del abuso de los derechos a la información y de la libertad de expresión, es aplicable la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, según su artículo 1. Tal distinción importa en asuntos donde se involucran, en la misma demanda, como bienes lesionados, los previstos en una y otra legislación (por ejemplo, honor, imagen y sentimientos con proyección a aspectos físicos), y se hace derivar el daño de un mismo comportamiento o hecho generador (abuso de los derechos a la información y libre expresión), en los que resulta necesaria, sin que nada obste para ello, la aplicación tanto del código como de la ley mencionados, pues esa misma conducta es susceptible de afectar a los derechos tutelados en ambas normativas, y es diferente el contenido de la reparación del daño, que en la ley especial

comprende publicar o divulgar la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y opiniones que constituyeron la afectación (artículo 39), y sólo en caso de que no se pudiese resarcir así el daño, se fijará indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación que el acto ilícito hubiere tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso, con un tope máximo del monto por indemnización (artículo 41). En cambio, en el código la reparación consiste, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando sea posible, o en el pago de daños y perjuicios (artículo 1915, primer párrafo), y el cuántum de la indemnización -rectius, compensación, por tratarse de daño moral- se determina tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, y las demás circunstancias del caso (artículo 1916, último párrafo), es decir, hay una variación de factores a ponderar, y no se contiene una taxativa predeterminada del monto.³²

Incluso, el derecho de réplica de quienes se ven afectados por el ejercicio de la libertad de expresión no contraviene a éste, por el contrario, lo ratifica pues la réplica es esencialmente un derecho de libre expresión. Es así que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado de manera reciente lo siguiente:

DERECHO DE RÉPLICA. SU PROCEDENCIA ANTE LA DIVULGACIÓN DE HECHOS FALSOS O INEXACTOS NO VULNERA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRE-

³² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: I.4o.C.311 C, sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en el Tomo XXXIII, Febrero de 2011, página 2281 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Registro digital: 162896

CIÓN. La procedencia de la réplica por hechos falsos o inexactos que hayan sido divulgados por un medio de comunicación u otros sujetos obligados, en términos de los artículos 2, fracción II y 3 de la Ley Reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del Derecho de Réplica, es una cuestión inherente al ejercicio del derecho de réplica vinculado al derecho a la libertad de expresión y acceso a la información –en su dimensión colectiva–, y no como una restricción o injerencia indebida a estos derechos. Ello es así pues, en principio, el ejercicio de la réplica no tiene como objeto que el medio de comunicación se retracte o admita que publicó información falsa o inexacta, sino simplemente tiene como finalidad la presentación de una versión verosímil de la información por parte del sujeto aludido. Entonces, si se parte de la premisa de que existe un deber de investigación por parte de los medios de comunicación que demuestre que corroboraron de forma razonable los hechos acerca de los cuales informan, se colige que permitir el ejercicio de la réplica ante la divulgación de hechos falsos o inexactos no puede considerarse como una medida que afecte su libertad de expresión: por el contrario, tal circunstancia permite la adecuada armonización entre los derechos de réplica y a la libertad de expresión; de ahí que la incorporación de la “falsedad” como uno de los presupuestos para que los gobernados puedan ejercer el derecho de rectificación o respuesta, no vulnera el derecho a la libertad de expresión, sino que, precisamente, lo fortalece y complementa.³³

Resulta trascendente tener en consideración lo que señala la doctora Marina del Pilar Olmeda García, respecto de la

³³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: 2a. LXVII/2018 (10a.), sustentada por la Segunda Sala y visible en el Libro 55, Junio de 2018, Tomo II, página 1477 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Registro digital: 2017228

responsabilidad social que conlleva el ejercicio de la libertad de expresión como derecho fundamental, debido al impacto que genera dentro de una sociedad.³⁴

Por otra parte, el jurista norteamericano Owen Fiss al ser entrevistado por el periódico *El Clarín*, ha puntualizado que la libertad de expresión es un instrumento formidable para asegurar la libertad política de la comunidad,³⁵ circunstancia que contribuye a su democratización, sin embargo no debe olvidarse que para un adecuado ejercicio de las libertades públicas es necesario un proceso de auténtico aprendizaje y éste se produce a partir de la invitación que se hace a la población para que sea ella la que por sí misma descubran su naturaleza y desde luego su funcionamiento.³⁶

En palabras de Miguel Carbonell, la pluralidad y el disenso político son elementos necesarios para la deliberación democrática, razón por la que el derecho de libre expresión de las ideas requiere contar con sistemas efectivos de protección y fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de todo tipo a efecto de alcanzar su misión.³⁷

Para finalizar, es menester que las personas tengan plena consciencia de que se encuentran protegidas por un sinnúmero de derechos como lo es el de la libre expresión de las

³⁴ Olmeda García, Marina del Pilar, “Libertad de expresión y responsabilidad social en tiempos de pandemia”. *Ius Comitalis*, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 131-149, nov. 2020. ISSN 2594-1356. <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/15038/11493>

³⁵ Saba, Robert, Owen Fiss: “La libertad de expresión es un instrumento para asegurar la libertad política de la comunidad – *Clarín*. En Tribunal Electoral del Poder Judicial de la federación. México, 2019. <https://www.te.gob.mx/blog/reyes/front/openJustice/article/281>

³⁶ Noam Chomsky, *La [Des]Educación*. Barcelona, Crítica, 2021, p. 36.

³⁷ Carbonell, Miguel, “Libertad de expresión y periodismo”. *Cuadernos de Jurisprudencia*, No. 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2020, p. 111. https://centrocarbonell.online/wp-content/uploads/2022/01/Libertad-de-expresion_periodismo.pdf

ideas, sin embargo dichos derechos no son absolutos, es decir, son relativos toda vez que existen ciertas restricciones cuya violación se traduce en consecuencias para quien hace un uso inadecuado e ilegal de los mismos.

El derecho de libre expresión de las ideas cuando es ejercido sin mirar las restricciones que desde la ley están planteadas, se convierte en una violación de derechos de terceros, la cual se encuentra tutelada por la propia ley y dará pauta a una serie de consecuencias legales.

Es por ello que una de las grandes responsabilidades del gobierno y la sociedad consiste en conocer los derechos que ampara a las personas, pero también conocer los requisitos, alcances y trascendencia de los mismos a efecto de lograr un ejercicio pleno que contribuya decididamente a la construcción de sociedades democráticas mejor vertebradas y que a su vez contribuyan en la construcción de mejores estadios de vida para toda la humanidad.

IV. CONCLUSIONES

La libertad de expresión es un elemento propio de una sociedad democrática, sin embargo, para lograr la consecución de los fines de una sociedad de este tipo también es menester entender que los derechos tienen límites y que la autoridad y la sociedad deben velar porque se respete la ley en aras de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, ya que la única forma de garantizarlos es limitándolos.

La aplicación de la libertad de expresión y sus manifestaciones cotidianas no se pueden evadir el respeto y guarda de otros derechos y libertades públicas.

Aunque pareciera que limitar el ejercicio de un derecho humano (como lo es la libertad de expresión) fuera contradictorio al espíritu de la Constitución federal y el derecho

internacional de los Derechos Humanos, la realidad es que la ley entendida en *lato sensu* prevé la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio y consecuencias derivadas de un ejercicio ilegal, mismas que se traducirían en una serie de responsabilidades ulteriores.

Hoy en día es muy necesario un buen ejercicio de la libertad de expresión, pero éste tiene que partir del conocimiento que las personas deben tener sobre sus derechos, en términos de sus alcances, restricciones y desde luego responsabilidades.

FUENTES DE CONSULTA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Amnistía Internacional. *Libertad de expresión*. México. 2023. <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/freedom-of-expression/>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 2022. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto original publicado el 5 de febrero de 1917. México. 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reformas constitucionales por artículo. México, 2022. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm
- Carbonell, Miguel (Coord). *Diccionario de Derecho Constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa-Unam, 2005.
- Chomsky, Noam. *La [Des]Educación*. Barcelona, Crítica, 2021.
- Cornell Law School. *La Primera enmienda*. Nueva York, Legal Information Institute, 2023. https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primera_enmienda
- Cruz Salazar, Tania, “Yo me aventé como tres años haciendo tags, ¡sí, la verdad, sí fui ilegal! Grafiteros: arte callejero en la ciudad de México”. *Revista Desacatos*, No. 14. México. 2004. <https://desacatos.ciesas.edu.mx/index.php/Desacatos/article/view/1094/942>

- De la Rosa Xochitiotzi, Carlos y Giovanni Alexander Salgado Cipriano, “Libertad de expresión y periodismo”. *Cuadernos de Jurisprudencia* No. 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2020. https://centrocarbonell.online/wp-content/uploads/2022/01/Libertad-de-expresion_periodismo.pdf
- García Ramírez, Sergio y Alejandra Gonza. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.
- García Ramírez, Sergio et al. *La libertad de expresión*. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018. Sociedad Interamericana de Prensa. Florida, U.S.A. 2018, p. 25. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>
- Grau Álvarez, Jaime, “La libertad de expresión y discurso del odio. Estudio comparado de la jurisprudencia de Estados Unidos y Europa”. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*. No. 111, 1-33, enero-junio 2021, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2021.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 2022. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Observación general N° 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. Ginebra. 2011.

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb-7yhsrdB0H115979OVGGb%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaqoW3y%2FrwBqQ1hh-Vz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPF-dIFW1VIMIVkoM%2B312r7R#:~:text=Nadie%20puede%20ver%20conculcados%20los,%2C%20hist%2C%20B3rica%2C%20moral%20o%20religiosa.>

Olmeda García, Marina del Pilar, “Libertad de expresión y responsabilidad social en tiempos pandemia”, *Ius Comitialis*, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 131-149, nov. 2020. ISSN 2594-1356. <https://iuscomitialis.uaemex.mx/article/view/15038/11493>

Otálora Malassis, Janine, “El derecho de réplica. Artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos”. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Fundación Konrad Adenauer. México, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/40.pdf>

Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre derechos humanos. Washington, 2021. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Rodríguez Zepeda, Jesús. “Un siglo de John Rawls”. En *Nexos*, febrero 22, 2021. México. 2021. <https://eljuego-delacorte.nexos.com.mx/un-siglo-de-john-rawls/>

Saba, Roberto. Owen Fiss, “La libertad de expresión es un instrumento para asegurar la libertad política de la

- comunidad”. *Clarín*. En Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2019. <https://www.te.gob.mx/blog/reyes/front/openJustice/article/281>
- Suprema Corte de Justicia de la Federación. Semanario Judicial de la Federación. Sistematización de Tesis publicadas de 1917 a la fecha. México. 2022. <https://sjf2.sejcn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Lingens v. Austria. Estrasburgo. 1986. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-57523%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-57523%22])
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Case of Perinçek v. Switzerland. Estrasburgo. 2015. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-158235%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-158235%22])
- United States Courts. What Does Free Speech Mean? U.S. Government, 2023. <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/what-does>
- Vázquez Ramos, Homero, *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2014.
- Villavicencio Miranda, Luis. “La prioridad de la libertad de expresión”. *Revista jurídica*. Universidad Autónoma de Madrid. Número 9. Madrid. 2016, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6200>

DEL CONCEPTO CRISTIANO DE DIGNIDAD A SU OBJETIVACIÓN EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE LA VEJEZ

RICARDO SOTO DE LA CRUZ*

LUIS ENRIQUE CONCEPCIÓN MONTIEL**

ALEJANDRO SÁNCHEZ SÁNCHEZ***

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la evolución del concepto de dignidad humana en el marco de los derechos humanos, desde la base de lo que representó este concepto en el desarrollo de la teología cristiana. Se enfatiza en la posibilidad de objetivar este concepto jurídicamente, se expone la necesidad de analizar dicho concepto alejado de los alcances filosóficos en la delimitación de su alcance como un concepto objetivo de derecho adquirido. Se ofrecen alternativas de teorías objetivistas que podrían aportar a la interpretación jurídica desde el realismo y el objetivismo jurídico.

* Profesor de asignatura de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Alumno del Doctorado en Ciencias Jurídicas (PNPC 004302), de la Facultad de Derecho Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California.

** Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Especialista en Comunicación y Gestión Política de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Ciencias Políticas y Sociología por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid. Perfil Prodep e integrante del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel I de Conacyt. Director de Tesis de su coautor.

*** Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Dignidad, Objetividad, Positivismo.

ABSTRACT

In the present work, the evolution of the concept of human dignity in the framework of human rights was analyzed, from the basis of what this concept represented in the development of Christian theology. It was emphasized in the possibility of objectifying this concept legally, the need to analyze this concept away from the philosophical scope in the delimitation of its scope as an objective concept of acquired right was exposed. Alternatives of objectivist theories were offered that could contribute to legal interpretation from realism and legal objectivism.

KEYWORDS: Human rights, Dignity, Objectivity, Positivism.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del concepto dignidad humana. III. El fundamento del concepto cristiano de dignidad humana. IV. La ambigüedad conceptual de la dignidad humana en el ámbito jurídico. V. Sobre la objetividad jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de dignidad de la persona ha sido un importante elemento de referencia siempre que se habla de los derechos mínimos que un ser humano debe tener. En la actualidad en el marco de los derechos humanos en el orden internacional y en el orden nacional, pasó de ser un elemento para considerar en los derechos del hombre, para convertirse en el eje. Sin embargo, aun cuando se considere el eje de los derechos

humanos, existe una gran ambigüedad sobre la posibilidad de objetivar su alcance, como derecho objetivo.

OBJETIVO

El objetivo del presente trabajo es contribuir al desarrollo de la objetivación jurídica del concepto de dignidad; en esta obra se aborda su desarrollo en el marco de los derechos humanos, se expone la influencia de la teología cristiana en la consolidación de las condiciones humanas que deben ser reconocidas a la persona para que esta tenga una vida digna. Se ofrece un análisis crítico sobre los elementos de protección que la Corte IDH, ha reconocido como condiciones mínimas que se deben cumplir para garantizar una condición de dignidad en la persona. Desde la teología cristiana, se sostiene que la raíz de la dignidad humana es la propia condición de que el ser humano haya sido creado a imagen y semejanza de Dios, dotado de alma inmortal, es claro que algunos derechos como el derecho a la vida, así como los derechos que garantizan el cumplimiento de las necesidades básicas encontrarán ahí su fundamento. Sin embargo, en la actualidad la Corte ha reconocido a través de su jurisprudencia elementos que van más allá de las necesidades básicas, como la libertad sexual, el empleo digno, etcétera, pero las condiciones de su ejercicio suelen cuestionarse desde la percepción, teológica, ontológica e incluso jurídica. Es por eso de vital importancia la objetivación jurídica que permita la protección de derechos que van más allá y protejan el libre desarrollo de la persona, sin que esta se limite al cumplimiento de las necesidades básicas.

II. ANTECEDENTES SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

De acuerdo con Olivares,¹ el origen de dignidad en la antigüedad se fundamentaba a través de la relación entre Dios y el hombre. Tenía como base algunos atributos, como el lenguaje, el pensamiento, la capacidad de generar conocimiento, lo que le distinguió del resto de los animales. El autor plantea que en sus inicios el concepto de dignidad hacía referencia a lo social y político, se asociaba también ciertos privilegios que acompañaban a través del ejercicio de algún cargo público, como en el caso de Roma, en donde la diferencia entre una persona y otra se justificaba en el nivel de autoridad que esta sustentara. En la Edad Media esta situación no fue realmente distinta, ya que se fundamentaba en la capacidad de poseer bienes, como en el caso de los caballeros, o se relacionaba con el poderío de los señores o en el caso de la Iglesia, que asociaba la dignidad con la autoridad papal.

El autor previamente citado, sostiene que en la filosofía kantiana, el siglo XVIII se exaltó ante el señalamiento de que a la dignidad no se le podría signar un precio y que digna era la humanidad por sí misma. Ya que desde esta postura filosófica el ser humano posee un fin en sí mismo, es ser humano desde esta postura filosófica tiene razón y voluntad. Por otra parte, el ser humano el ser humano plantearse metas y tiene la capacidad de actuar con relación a lo justo y lo injusto en apego a lo que este considere moralmente aceptable.

De Miguel² plantea que uno de los más grandes refe-

¹ Olivares Carrillo, Héctor, *Dignidad Humana: Un análisis discursivo y Jurídico del concepto a partir de su función teoría y práctica en Colombia*, Universidad Libre Facultad de Filosofía Maestría en Filosofía Del Derecho Y Teoría Jurídica 2018.

² Beriain, Iñigo de Miguel, *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*, primera edición, España, 2004

rentes de razonamiento jurídico filosófico es el concepto de dignidad, sin embargo, es también uno de sus conceptos más desconocidos. De acuerdo con el autor este concepto es muy difícil de concretar, sin embargo, esta cualidad no debería representar un obstáculo, sino una fuente de estimulación, que incentive a profundizar en su estudio, con el objetivo de clarificarlo. El autor advierte la imposibilidad de definir adecuadamente el concepto de dignidad humana, esto debido a que no es posible la determinación de los actos concretos que vulneran la dignidad y cuales no, ya que esta función le pertenece a la ética, concepto que tampoco está plenamente delimitado.

Como se puede observar, existe una gran contradicción en el concepto de dignidad con relación a su alcance. Es por un lado, la fuente, el parámetro de referencia para la protección, de los derechos fundamentales del ser humano y por otro se suele presentar como un concepto que no solo es ambiguo, sino que la rama del conocimiento puede variar, suele ser desde hace siglos materia de discusión filosófica, teológica y en la actualidad eje central del derecho objetivo, en particular en lo que refiere al derecho internacional de los derechos humanos.

De Miguel³ plantea que en relación con la raíz del concepto de dignidad podría tener sus orígenes en *dec*, cuyo significado es conveniente, conforme, adecuado a algo o a alguien, a *dec* en el latín se le añadió el sufijo *mus*, del cual derivó *decnus*, este condujo a *dicnus* y su castellanización le convirtió en digno y posteriormente en dignidad. El autor propone que si se resume el proceso histórico de dignidad existen dos acepciones de este concepto, las cuales han sido recogidas por la doctrina contemporánea. Por una parte, se trata de que este concepto hace referencia al valor intrínseco

³ Ibidem

de la persona, que deriva de una serie de características que le vuelven única e irreplicable, así como del hecho de que está centrada en el mundo o es el centro del mundo. Por otra parte, dignidad hace referencia al valor de cada persona, así como al respeto mínimo a su condición humana, respeto que impide que el valor de la persona sea sustituido por cualquier otro valor social.

Se puede observar, que el concepto de dignidad, pese a distintas perspectivas muestra consistencia cuando hace referencia al valor intrínseco de la persona y la coloca al centro, es decir que reconoce que todo interés debe circular alrededor de la persona y no por encima de esta y por otra parte, reconoce que cada persona, posee un valor único e irreplicable. Mas este valor relativo a cada persona no limita que existan elementos que deban ser protegidos ya que vulnerarían la dignidad que posee por su condición de humanidad, lo que no resulta una contradicción, ya que se debe entender que es verdad que la individualidad de la persona es una condición que brinda dignidad al sujeto. Sin embargo, esta conlleva voluntad y por otro lado como ser social debe tener acceso a lo que los demás humanos tienen acceso y que es imprescindible para su desarrollo, como salud, alimentación, deporte, educación escolar, etcétera. Se podría decir que las personas tienen derecho a tener un empleo y esta actividad representa un derecho humano, pero obligarle a trabajar representa una violación a sus derechos humanos.

III. EL FUNDAMENTO DEL CONCEPTO CRISTIANO DE DIGNIDAD HUMANA

De acuerdo con Mora,⁴ desde la perspectiva de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, lo que

⁴ Mora Calvo. Hernán R, *Juan Pablo II: Apostillas filosóficas a su concepto de la dignidad humana*, Universidad de la Rioja, España, 2004

significa que esta posee una gran dignidad y cuando se atropella al hombre o cuando sus derechos son violados, cuando es víctima de injusticias, torturas, cuando se viola su derecho a la vida, se ofende a Dios. De acuerdo con el autor, al ser el hombre una creación divina, con dignidad recibe de su Creador un rango sin igual. Sin embargo, la dignidad también según lo expone el autor, se muestra a través de la realización de distintas acciones creadoras del ser humano.

Desde la perspectiva teológica, como se observa en el párrafo anterior, el hombre es digno por su semejanza a Dios, por ser la creación de este, pero por otra parte el hombre es digno, por su capacidad creadora. En este sentido se iguala a Dios, crea, no solo consume del medio, sino que lo transforma o como lo expresa Engels⁵ el hombre que todo aquello que era comestible había aprendido a comer, aprendió a vivir en todo tipo de climas, también se extendió por todas las partes de la tierra donde era posible habitar, se convirtió en el único animal con la capacidad de lograrlo por propia iniciativa.

De acuerdo con Martínez,⁶ desde Grecia y Roma, el concepto de dignidad se refería a un reconocimiento de lo divino en los individuos; es por tal razón que se exige que el comportamiento sea virtuoso y que busque la perfección de lo divino, más aun cuando la idea de que la vida humana es una creación hecha por Dios, suele coincidir en las religiones monoteístas. En el cristianismo, la dignidad se redimensionó, apoyándose en la idea de Dios como creador de la vida. Por otra parte, fue solo al ser humano a quien Dios creó a su imagen y semejanza, solo a estos redimió y solo con ellos tiene una relación paternal, mientras el resto de

⁵ Engels, Friedrich, *Papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, Moscú, Editorial Progreso, 1981.

⁶ Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI núm. 136, enero-abril, 2013.

las especies animales, fueron creadas precisamente para su beneficio. Sin embargo, aun desde la perspectiva teológica, el libre albedrío, así como la libertad y la autonomía son base antropológica de la dignidad.

Se observa desde la perspectiva que se expone en el párrafo anterior, lo que dignifica al ser humano, no solo es la semejanza con Dios, sino que el ser humano tiene un propósito en sí y para alguien o algo más, en el caso de los animales, estos fueron creados para el propósito de servir al hombre y no con un propósito en sí. Por otra parte, el ser humano como consecuencia de las cualidades descritas posee libre albedrío, libertad y es autónomo.

Pelé⁷ sostiene que el concepto de dignidad humana moderno seculariza la interpretación de los rasgos humanos, recogidos en el concepto premoderno; en este el individuo es valioso, en sí y no por su parentesco divino, de forma novedosa establece la correlación entre igualdad de dignidad y la posibilidad de alcanzar la igualdad jurídica y política, pese a cualquier desigualdad.

De acuerdo con Pele,⁸ tanto en la época moderna como en la premoderna, la conceptualización de la dignidad humana presenta una misma consecuencia, reconocen un valor absoluto al ser humano, ambos otorgan una excelencia al ser humano, en la premodernidad el ser humano al ser creado por Dios es un ser superior y excelente, mientras en la modernidad la excelencia humana emana de su naturaleza única como humano, aun cuando en ambas perspectivas estos rasgos son identificados, en esta última se desvincula del parentesco divino, bajo la consideración de que se otorga misma dignidad humana. De acuerdo con el autor en la actualidad la reflexión tiende a alejarse de cualquier explicación racional

⁷ Pele, *Una aproximación al concepto de dignidad humana*, España, 2004

⁸ *Ibidem*

de la dignidad humana, pese a esto argumenta el autor que se suele debatir que el concepto de dignidad es subjetivo y que, como tal, está sujeto a una interpretación relativa a dicha subjetividad.

IV. LA AMBIGÜEDAD CONCEPTUAL DE LA DIGNIDAD HUMANA EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Alcanzar el desarrollo del presente apartado es probable que resulte al lector, ambicioso, o incluso utópico. Sin embargo, el propósito del presente apartado consiste en intentar delimitar la discusión de un concepto con una innegable ambigüedad a su objetivación en el marco de los derechos humanos y en particular con relación a lo que representa el concepto de dignidad humana como derecho objetivo.

De acuerdo con Olivares,⁹ en la época moderna la dignidad proviene de la naturaleza del ser humano, se desliga de su origen divino, el ser humano es visto en un contexto de naturaleza; desde esta perspectiva, el ser humano se aleja de los demás animales, precisamente al ser un bien en sí mismo y no un medio para alcanzar algún fin. Esta postura sobre la dignidad es la que se plasma en el ámbito jurídico, particularmente con el reciente desarrollo de la protección de los derechos humanos.

Goma¹⁰ plantea que la dignidad ontológica, hace referencia a la cualidad del ser humano de poseerla, sin que sea posible que se le expropie o se le cambie, tiene propiedad inviolable, ya que, al violarse la dignidad a la persona, la sociedad quedará en deuda con la persona.

Se observa en el párrafo anterior que la dignidad desde la perspectiva del autor citado es de carácter inalienable, se ex-

⁹ Olivares, 2018

¹⁰ Gomá Lanzón, Javier, “La dignidad, en el escaparate”, enero-febrero 2020, *Escritura Pública*.

pone además que la sociedad tiene la obligación de velar por la protección de esta; es decir, que la sociedad, está obligada a brindar al sujeto las alternativas necesarias para la protección de la dignidad. En el caso que se analiza la sociedad en su carácter legislativo ha desarrollado ordenamientos legales que protegen, derechos que protegen la dignidad, no solo en el ámbito internacional sino también en la esfera de lo nacional.

Spaeman¹¹ sostiene que la dignidad humana es claramente anterior al concepto de derechos humanos, sin embargo, la palabra dignidad es difícil de conceptualizar y comprender ya que señala una cualidad indefendible y simple, es por eso que se suele aludir a ejemplos o paráfrasis en el intento de definirle, debido a que el objeto que define podría variar de condición o incluso contraponerse, como en el caso del Rey, cuya dignidad radica en su poder absoluto, mientras que esa probabilidad priva de dignidad al ciudadano.

Spaemann¹² propone que el ser humano puede colocarse al servicio de algo o alguien, distinto a sí mismo, puede sacrificarse a cambio de alguien o algo, de forma voluntaria, es esta cualidad que se debe reconocer en el ser humano a un ser moral y no a un ser natural, ya el mismo puede priorizar sus intereses ante los demás, ceder libertad y asumir que se respeta su dignidad. Por ejemplo, que una persona no tenga los medios de alimentarse, podría resultar objetivamente indigno, más si ella decide no alimentarse, la decisión le pertenece a ella y obligarle a alimentarse, podría resultar objetivamente indigno.

Habermas¹³ plantea que los ciudadanos pueden lograr

¹¹ Spaemann, Robert, *Sobre, el concepto de dignidad humana*, España, Universidad de Navarra, 1988

¹² Ibidem

¹³ Habermas, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV, no., 2010

disfrutar de los derechos que protegen su dignidad humana, sí y sólo sí, primero se vinculan como los autores de la tarea democrática de establecer y mantener un orden político basado en los derechos humanos. La democracia basada en la comunidad ciudadana auto-legisladores, la dignidad conferida por el estatus ciudadano en un régimen democrático se nutre de valoración republicana orientada al bien común.

De Miguel¹⁴ sostiene que el concepto de dignidad en la época moderna es uno de los más grandes referentes del pensamiento filosófico jurídico y de igual forma es uno de sus conceptos más desconocido. Sin duda, este concepto se encuentra ante esta paradoja sostenida por el autor previamente citado, es poco común hablar de derechos humanos y no hacer referencia al concepto de dignidad. Sin embargo, al momento de definir este concepto, su claridad se difumina y se suele hacer referencia a todo aquello que es considerado indigno o a condiciones que menoscaban la dignidad humana, sin hacer referencia clara de la razón, por la cual se considera digno o indigno.

Conill¹⁵ plantea la interrogante de ¿si el concepto de dignidad es a la vez un dogma cultural y un concepto vacío? De acuerdo con el autor este concepto es la clave de la axiología en el antropocentrismo actual y desde la época moderna, si bien se han ponderado otras áreas del derecho nunca defendidas con tal entusiasmo, como la defensa de los animales, el valor de la naturaleza e incluso la vida, la base moral de muchas constituciones de democracias liberales, se encuentra en la dignidad humana, así como en las declaraciones de los organismos internacionales.

¹⁴ De Miguel Beriain, Iñigo, *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*, primera edición, España

¹⁵ Conill, Jesús, “La dignidad humana como concepto: ¿Un dogma cultural, pero vacío?”, Uruguay, *Revista de la Fundación de Ciencias de la Salud*, 2002

V. SOBRE LA OBJETIVIDAD JURÍDICA

Con respecto al proceso de objetivación, Muñoz¹⁶ plantea que lo que distingue al ser humano desde su aparición es su capacidad de razonar, capacidad que le permite superar el contexto en el que existe. A través de sus sentidos capacidades e interés el ser humano interviene en el proceso del conocimiento, más la realidad mostrada por los objetos se presenta de forma superficial, así que conocerlos representa un esfuerzo de capacitarse para descubrir de ellos su verdadero ser, a través del conocimiento se descubre la forma de las cosas en realidad.

De acuerdo con Montero,¹⁷ la realidad objetiva está relacionada con objetos y sujetos que poseen vida material, más allá de los límites que se les conceda. En este sentido, se puede sostener que, al reconocer objetivamente el derecho a una vida digna, en cualquier forma, se protege si, lo que el legislador en ese momento considera el alcance de la dignidad del sujeto, pero este reconocimiento no estará limitado a lo que se reconozca explícitamente, sino que tendrá el alcance de lo que por dignidad se entienda en un futuro, claro como elemento de la ciencia del derecho, siempre hacia el mayor beneficio.

De acuerdo con Bunge,¹⁸ racionalidad y objetividad, son rasgos que caracterizan a la ciencia fáctica, regularmente se verifica por medio del experimento y representa alguna consecuencia, se extrae mediante una hipótesis de forma deductiva. El conocimiento científico es fáctico, debido a que parte de los hechos, los maneja con respeto y regresa a ellos,

¹⁶ Muñoz, Carlos. *Metodología jurídica*, México, Porrúa, 2014

¹⁷ Montero López, Víctor, *Decodificando aspectos psicosociales e ideológicos en la búsqueda de la verdad objetiva y la verdad jurídica*, Facultad de Psicología UNMSM, 2019

¹⁸ Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Editorial Laetoli, S.L. España, 2013

el objetivo de la ciencia es la descripción de los hechos, con independencia, sin valoración emocional o comercial, en todas las áreas científicas se parte del establecimiento de los hechos, para eso es necesaria la curiosidad impersonal, la sensibilidad a lo novedoso y desconfiar de la opinión que prevalece.

Bunge¹⁹ plantea que los hechos que se analizan comúnmente no se desea respetarlos e incluso en ocasiones, no es posible, debido a la imposibilidad de que exista ciencia sin analizar, sin embargo, aun cuando la ciencia busca la precisión, no escapa a vaguedades. La ciencia es útil ya que busca la verdad, es también eficaz y ofrece herramientas para bien y mal. La utilidad de la ciencia está determinada por su objetividad, aun cuando no es su propósito la investigación brinda resultados que pueden ser aplicados. De acuerdo con el autor, para que el saber, pueda ser considerado “científico” suele no ser necesario que sea verdadero, sostiene el autor que quienes están en desacuerdo de que se exija la verificabilidad del conocimiento, tendrían que abstenerse de llamar científicas a sus propias creencias. Lo lógico mantiene su interés en la inferencia plausible como conexión no deductiva e inversa entre proposiciones singulares y generales. En el caso del ‘método experimental’ no depende necesariamente de experimentar literalmente, al menos no en sentido estricto y puede ser llevado a cabo fuera del laboratorio.

Carvajal²⁰ sostiene que la teoría al representar construcciones racionales o conceptuales no extingue la realidad a la que apunta, ni ofrece la representación de fenómenos implicados de forma completa y exacta definitivamente, entre teoría y realidad habrá un espacio que difícilmente disminuirá.

¹⁹ Ibidem

²⁰ Carvajal Villaplana, Álvaro. “Teorías y modelos de representación de la realidad”, *Comunicación*, Revista del Instituto Tecnológica de Costa Rica, Vo 12, núm. 1, Costa Rica, 2002

El autor afirma que la teoría está sujeta a cambios continuos y que en este sentido evoluciona, debido a que la realidad está también sujeta a cambios continuos y que otra razón podría ser el que no se consideren todos los aspectos o elementos relacionados al fenómeno que se analiza, es decir, que toda reconstrucción racional es temporal, la posibilidad de que surja una nueva teoría que explique un mismo fenómeno siempre estará latente y dicha explicación, podrá ser más detallada o profunda. La ciencia jurídica, es claro que, ante la pretensión de ser una ciencia, no podría escapar a las características antes descritas.

De acuerdo con Kelsen,²¹ “la teoría del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho en general y no del derecho en particular”. El autor sostiene que se trata de una teoría en general del derecho cuya función no es la interpretación de algún orden jurídico en particular, ni en un escenario internacional o nacional. Es una teoría que se propone con una firme intención de mantenerse alejada de cualquier interés ajeno al estudio de su objeto de estudio (es decir, el derecho) es a la vez un esfuerzo por determinar qué es y cuál es el proceso por el cual se forma, y no en cómo debería de haberse formado, le distingue además de no ser una ciencia política jurídica y deja en claro que se trata de una ciencia del derecho.

El planteamiento fundamental del autor previamente citado en el método de estudio de la ciencia del derecho es la eliminación de todos los elementos que le son extraños, ya que asume que es la única alternativa, más aún estima que al haber tomado conocimiento de otras disciplinas científicas el resultado ha sido conducirse hacia la ruina.

Kelsen²² sostiene que “cuando en una regla de derecho ex-

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960

²² *Ibidem*

presamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra ‘debe’ ninguna significación moral”, asegura que aun cuando una norma sea ordenada por el derecho no tiene el significado de que exista la obligación de que sea a la vez reconocida como una norma moral, ya que la regla de derecho representa un instrumento cuya función radica en describir el derecho positivo, de la forma como se ha establecido por las autoridades competentes. Esto supone que ambas reglas o normas, es decir, la moral y el derecho son normas distintas entre sí. La regla moral, como tal tendría distintas fuentes, religiosas, sociales, culturales, etc., mientras que la norma jurídica, tiene como fundamento el método científico. De tal forma que el concepto de dignidad, como un elemento que fundamentó a los derechos humanos, no podría limitarse a su definición ontológica o filosófica, sino que tendría que ser definida desde la objetividad jurídica, de tal forma que fuese posible la determinación de los límites que la transgreden.

Gensollen y Jiménez²³ sostienen que ante el supuesto de que la objetividad representa uno de los ideales de la ciencia, alejarse de ella podría alejar a la ciencia de sus objetivos. La objetividad de acuerdo con los autores suele ser interpretada como un elemento que caracteriza a los métodos, resultados y supuestos científicos, de los que se piensa se pueden sustraer de perspectivas individuales, sesgos comunitarios o intereses individuales. Los autores previamente mencionados plantean que algunos críticos de la ciencia han señalado la imposibilidad de que los científicos tengan la capacidad de recabar evidencia y evaluar teorías e incluso modelos científicos prescindiendo de juicios de valor ligados al contexto, de igual forma se considera un problema intentar construir

²³ Gensollen, Mario y Jiménez Marc, “La ciencia como un punto de vista: algunos desafíos a la objetividad científica”, *Revista Internacional de Filosofía*, 2018

una intersubjetividad plena en el núcleo de la comunidad científica.

Los autores previamente citados exponen que la posibilidad de que la ciencia sea ajena a valores morales, político e incluso sociales, le brinda una especie de autoridad epistémica, debido a su carácter objetivo. Sin embargo, de acuerdo con los autores, resultaría imposible sostener que, en la elección del tema o problemática, no se encuentre la preferencia personal del científico. Sin embargo, el hecho de que el científico mantenga cierta inclinación o preferencia en el tópico de investigación no supone que este no tenga la capacidad de identificar aquello que resulte correcto e incorrecto y que se apegue a los objetivos de su investigación.

Gensollen y Jiménez²⁴ plantean la imposibilidad de que se desarrolle investigación científica sin que exista algún tipo de compromiso con algunos valores, en particular en el caso de las ciencias sociales, cuyo propósito suele ser la implementación de políticas sociales. De acuerdo con los autores, si las ciencias sociales no tuvieran como objetivo la implementación de sus resultados en políticas sociales se alejarían de su propósito. Sin embargo, un aspecto en el cual los autores hacen énfasis es en un segundo supuesto cuya postura hacia el investigador es que si este involucra valores perdería la objetividad.

A la interrogante sobre dos cuestiones que se manifiestan al aceptar que ciertos valores que pudiesen incurrir en la investigación sin que se vea comprometida la objetividad, los autores previamente citados, enfatizan en dos interrogantes ¿Cuáles son los que tienen un rol en la ciencia? Y ¿Cuál es la afectación en la práctica científica de estos valores? Sin embargo, los autores sostienen que no toda práctica valorativa en el desarrollo científico daña su objetividad. Por el

²⁴ Ibidem

contrario, los valores epistemológicos contribuyen a la objetividad.

El marco internacional de los derechos humanos ha impulsado dos aspectos que podrían contribuir a la objetivación del concepto de dignidad, por una parte, la idea de que deben existir un mínimo de derechos que salvaguarden los derechos mínimos del ser humano, la mayor parte de las constituciones han reconocido, catálogos de derechos fundamentales que garantizan que estén a salvo los derechos de la mujer, los niños, las personas adultas mayores y la población en general. Por otra parte, la jurisprudencia en materia de derechos humanos ha reconocido circunstancias en las cuales se vulnera la dignidad.

De acuerdo con Amezcua,²⁵ el hecho de que las constituciones de los Estados tutelen la dignidad, se ha vuelto una práctica común. Sin embargo, es un valor en discusión continua. El autor reconoce, al igual que se ha expuesto en párrafos anteriores la complejidad de intentar definir el concepto que nos ocupa en la presente obra. Expone el autor la problemática que resulta de la interpretación jurídica al concepto de dignidad humana, garantizado en la constitución de Bon de 1949, el cual genera la discusión de si esta, en su artículo 1.1 al garantizar este concepto ofrece objetivamente a los particulares del derecho o si no hace sino ofrecer una protección subjetiva.

La hipótesis de la cual se partió en el presente análisis radica en que existen elementos suficientes que permitirían definir jurídicamente dignidad humana, alejándola de cualquier interpretación teológica, ontológica e incluso filosófica o subjetiva. Es decir que, a través de la jurisprudencia de los organismos internacionales, así como en la mayoría de las

²⁵ Amezcua, Luis, “Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, S/F

constituciones y en particular en el caso de México, existen elementos que permitirían la objetivación de este concepto.

El autor previamente mencionado reconoce el alcance del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo conjunto de normas de carácter internacional en su carácter de internacional, son aplicables en el continente americano. El autor a través de una breve reseña expone que la consagración del Sistema Interamericano se da a través de distintos instrumentos que constituyen su base, como la Declaración Americana de Derechos Humanos, de 1948, esta declaración que su inicio fue considerada como un documento que simplemente pronunciaba algunos derechos esenciales de la persona humana, que se deberían consagrar en América, pero que con el tiempo fue adquiriendo la capacidad de ser vinculada, considerarse que esta tenía efectos jurídicos para los Estados partes de la Organización de los Estados Americanos, e incluso la propia corte podría realizar una interpretación.

Sin embargo, pese a ser reconocida y contenida en declaraciones y organizaciones que protegen los derechos humanos de las personas el concepto de dignidad sigue presentando a opinión de algunos autores “cierta ambigüedad conceptual”. Quizá uno de los grandes problemas de este concepto radica precisamente en que se suele definir, solamente en su carácter conceptual y no en su carácter de derecho objetivo. Amezcua²⁶ plantea que el concepto de dignidad tiene varios contenidos lo que le vuelve un concepto poco preciso. Advierte el autor que para algunos podría resultar como un valor absoluto, sin que nada le restrinja, pero para otros en una visión reduccionista, podría prevalecer el criterio de que dignidad depende de otros derechos y no cómo una totalidad. Dignidad estaría correlacionada a derechos de

²⁶ Ibidem

libre consciencia, intimidad, honor entre otros, en el mismo sentido.

Amezcu²⁷ sostiene que el concepto de dignidad humana está íntimamente ligado al concepto de valor, plantea el autor que en su mayoría las definiciones de dignidad humana, así como descripciones e incluso críticas mencionan la palabra valor. De este supuesto, sobresale la necesidad de aclarar que se intenta expresar al mencionar que la persona tiene valor al ser digna, a su vez podría asociarse a algo que merece ser conservado y lo que meceré ser conservado es con seguridad algo que genera de alguna manera felicidad.

Con relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, Amezcua²⁸ hace referencia al concepto de dignidad humana solamente cuando se trata de un daño inmaterial en la etapa de reparaciones. Su consideración es que los hechos cuyo daño no consiste en un daño no se pueden expresar en términos económicos o patrimoniales y en consecuencia tasarlos no es posible en una cantidad económica, ese daño inmaterial entre los que podrían ser el sufrimiento, el menoscabo de valores. En este supuesto las víctimas podrían ser compensadas de dos formas, por medio de un pago económico o por medio de bienes y la otra forma a través de obras o actos que repercutan públicamente y que cumplan con el objetivo de restablecer la dignidad, reparar la memoria de las víctimas o transmitir el mensaje del rechazo oficial al atentado en contra de los derechos humanos vulnerados y el compromiso de intentar evitar que los hechos se vuelvan a dar.

Con relación a las personas privadas de la libertad, el autor previamente sostiene que la Corte se ha pronunciado en el sentido de que el Estado deberá salvaguardar y garantizar

²⁷ Ibidem

²⁸ Ibidem

su integridad personal, mientras el sujeto esté recluso. En el caso de la incomunicación de la persona detenida, esta medida debe ser excepcional y que esta práctica podría representar un atentado contra la dignidad de la persona. Con relación a las desapariciones forzadas, el autor expone que la Corte al ser un delito continuado, representa un modo complejo de violación a los derechos humanos y que constituye un claro abandono a los valores que se derivan de la dignidad humana. De igual forma la Corte ha mencionado los restos humanos deberán ser tratados con respeto ante sus deudos y que, de no ser así, se estaría atentando contra la dignidad.

Hasta este punto se han ofrecido algunas características que representan, enmarcan y son reconocidos por los organismos de derechos humanos, como características que protegen, definen y conceptualizan la dignidad humana, sin embargo, también se ha mencionado la posibilidad de que este concepto sea tomado como algo subjetivo, e incluso ambiguo. ¿Pero los elementos objetivos en la jurisprudencia de la Corte y de los Estados, bastarían para objetivar este concepto jurídicamente? Para resolver esta incógnita, sería necesario establecer plenamente que es un concepto.

De acuerdo con Ibarra,²⁹ las conceptualizaciones de los conceptos se inclinan a que se asuman como constructos u objetos mentales, a través de los que se pueden comprender las experiencias que emanan del contacto con el medio en el que interactuamos o como unidades básicas del quehacer científico que no están separadas y que su total permiten la explicación del contenido con cierto nivel de confiabilidad. Es decir que el concepto de dignidad humana no necesariamente debería para un uso en la práctica jurídica encontrar su significado en la filosofía o el dogma, por ejemplo, sino que tendría que situarse en la realidad jurídica que analiza, es decir como derecho positivo.

²⁹ Ibarra Melo, María Eugenia, *Trabajo de cuidados. Debates y conceptualizaciones*, Cali, Colombia, Universidad del Valle, 2015

Ferrajoli³⁰ afirma que la naturaleza de la legalidad ha cambiado gracias a la rigidez de las constituciones, deja de ser solo reguladora y condicionante y la propia constitución es hoy regulada y condicionada, por vínculos jurídicos formales y sustanciales, deja de ser únicamente producto del legislador y se convierte en proyección jurídica de la propia legislación.

CONCLUSIÓN

En la presente se ha expuesto un análisis sobre la posibilidad de objetivar jurídicamente el concepto de dignidad humana, tomando como parámetro para su definición el marco internacional de los derechos humanos. El propósito de objetivar jurídicamente un concepto como la dignidad humana, subyace del interés por separarlo de su origen en donde su génesis se vincula a su pasado dogmático, en el cual como se expuso en la presente, la importancia de la dignidad se centra en el parecido del hombre con Dios y de esa forma la dignidad protege lo que a Dios se le debe proteger.

Analizar la jurisprudencia y los antecedentes teóricos sobre este tópico, permite ofrecer una visión jurídica sobre el alcance de este concepto como derecho objetivo y no como un simple concepto el cual con frecuencia es observado como un concepto ambiguo o incluso, como un concepto vacío el cual representa jurídicamente la posibilidad de que se respeten otros derechos de la persona y no como un derecho en sí.

Se ha observado que jurídicamente existen los elementos que permiten la objetivación del concepto de dignidad humana, aun cuando se insista en una posible ambigüedad, que existe, pero si se analiza ontológicamente o filosóficamente y que en un sentido jurídico al existir jurisprudencia en don-

³⁰ Ferrajoli, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, Italia”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, México, 2006

de la Corte Internacional ha resuelto a favor de la protección del concepto que se analiza, su alcance podría incrementarse a través de las resoluciones posteriores, mas eso no significa que a la fecha no existan elementos que permitan resolver distintos asuntos en donde se pueda sostener por ejemplo que si algo aleja al ser humano de su posibilidad de desarrollarse libremente o se limita la posibilidad de que el hombre logre la felicidad, se atenta contra la dignidad y que este concepto no representa un legado teológico, sino un derecho que surge en el marco internacional de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Carvajal Villaplana Álvaro, “Teorías y modelos de representación de la realidad”, *Revista del Instituto Tecnológica de Costa Rica*, Vo 12, núm. 1, 2002, pp. 1-14.
- De Miguel Beriain, Iñigo, *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*, primera edición, España, 2004.
- Engels Friedrich, *Papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, Moscú, Editorial Progreso, 1981.
- Finnis John. *Ley natural y derecho natural*, trad. Cristóbal Orrego, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Gensollen Mario y Jiménez Marc, “La ciencia como un punto de vista: algunos desafíos a la objetividad científica”, *Revista Internacional de Filosofía*, 2018
- Gomá Lanzón Javier, “La dignidad, en el escaparate”, enero-febrero 2020, *Escritura Pública*.
- Guastini Ricardo, *Estudios de teoría constitucional, doctrina jurídica contemporánea*, México, primera edición, 2001
- Habermas Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. *Diánoia*, vol. LV, no., 2010
- Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960
- Llinás Ester y González, María, *La objetividad como logro práctico*, Argentina, Universidad Nacional de Mar del Plata, 2002
- Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLVI núm. 136, enero-abril, 2013
- Mora Calvo Hernán R., Juan Pablo II: *Apostillas filosóficas a su concepto de la dignidad humana*, Universidad de la Rioja, España, 2004

- Montero López, Víctor, *Decodificando aspectos psicosociales e ideológicos en la búsqueda de la verdad objetiva y la verdad jurídica*, Facultad de Psicología UNMSM, 2019,
- Mora Calvo Hernán R., Juan Pablo II: *Apostillas filosóficas a su concepto de la dignidad humana*, Universidad de la Rioja, España, 2004
- Muñoz Carlos, *Metodología jurídica*, México, Porrúa, 2014, pp. 197-237.
- Pelè Antonio, *Una aproximación al concepto de dignidad humana*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014
- Olivares Carrillo Héctor, *Dignidad humana: un análisis discursivo y jurídico del concepto a partir de su función teoría y práctica en Colombia*, Universidad Libre Facultad de Filosofía Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica 2018.
- Somavía Juan, *El trabajo decente una lucha por la dignidad humana*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2014
- Spaemann Robert Sobre, *El concepto de dignidad humana*, España, Universidad de Navarra, 1988.
- Walsh Catherine, *Interculturalidad. Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Aportes Andinos, núm. 2. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Programa Andino de Derechos Humanos, 2002

LA FALTA DE CULTURA Y SU IMPACTO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

NANCY NELLY GONZÁLEZ SANMIGUEL*

KARLA DE JESÚS CHARLES MANZANO **

GRECIA MARROQUÍN MIRELES ***

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad exponer un punto de vista sobre la situación en México respecto a los tratos discriminatorios que se observan en los diferentes ámbitos de la estructura social. A partir del convencimiento de que el principio

* Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en la Facultad de Derecho y Criminología, realizó sus estudios de Doctorado en dicha universidad, y estudios posdoctorales en la Universidad de Jaén, en Jaén España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, líder del cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero UANL-CA-450. Perfil Prodep. Líder de la “Red Mexicana de Cuerpos Académicos en Administración y Derecho: para estudios sobre justicia, políticas públicas y gobernabilidad” y líder de la Red de Derecho Administrativo Contemporáneo (REDAC).

** Doctorado con orientación en Criminología en la Facultad de Derecho y Criminología UANL, Médico Cirujano y Partero por la Facultad de Medicina de la UANL, Licenciada en Derecho por La Facultad de Derecho y Criminología UANL, Maestría en Criminología por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Docente de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, correo electrónico: karlatrabajo06@gmail.com

*** Estudiante de Licenciatura de Derecho en la Facultad de Criminología y Derecho, de la Universidad Autónoma de Nuevo León, participación en Congresos Internacionales, así como apoyo en el Cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero UANL-CA-450, correo electrónico: greciamireles19@gmail.com

de igualdad es la base de la construcción de una sociedad. La metodología utilizada en el presente trabajo fue analítica de la problemática de la discriminación en nuestro país, así como de la revisión de insumos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, así como otros centros de estudios en relación a este importante tema, que aportan información tanto en los ámbitos locales por entidades federativas como en el contexto nacional sobre la vulneración de derechos y los factores que provocan discriminación.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la igualdad; Discriminación, Cultura, Violencia política, Garantía constitucional

ABSTRACT

The purpose of this work is to present a point of view on the situation in Mexico regarding the discriminatory treatment that is observed in the different areas of the social structure. Based on the conviction that the principle of equality is the basis for building a society. The methodology used in this work was analytical of the problem of discrimination in our country, as well as the review of statistical inputs from the National Institute of Statistics and Geography as well as other study centers in relation to this important topic, which provide information both at local levels by federal entities and in the national context on the violation of rights and the factors that cause discrimination.

KEYWORDS: Equality rights; Discrimination; Culture; Political violence; Family violence, Constitutional guarantee

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio se trabajó desde una visión jurídica y filosófica acerca del entendimiento de las situaciones que inciden en la desigualdad, las que se materializan a través de un hecho o conducta discriminatoria. Se analiza el principio de igualdad formal como la “evolución de un mero reconocimiento jurídico a un imperativo del Estado para garantizar la igualdad sustantiva”,¹ que va a adquirir su estatuto propio.

El objetivo central es demostrar que una adecuada educación en valores contribuye a desarrollar una cultura de la igualdad en la sociedad para fortalecer la aplicación del principio de igualdad, evitar situaciones de discriminación en diferentes niveles y lograr la protección efectiva de los derechos humanos.

La pregunta de investigación se basa en la necesidad de proyectar ¿De qué manera la discriminación de las conductas sociales es un factor de vulneración de los derechos humanos en la sociedad mexicana? La hipótesis de investigación se genera con base en la idea de que en México existe un problema de discriminación en diferentes niveles sociales, lo que impide la protección efectiva del principio de igualdad, constituido como derecho humano. Por lo que, es necesario desarrollar una cultura de la igualdad como educación de valores sociales que impidan la violación de derechos. Razón por la que, el Estado debe realizar acciones concretas para desarrollar la cultura de la igualdad y erradicar la discriminación.

Se parte en este estudio sobre la idea del Derecho como

¹ Quintanilla Castro, Daniel, “De la igualdad formal al juicio con perspectiva de género: una breve historia sobre la evolución del concepto de igualdad a partir de la reforma del artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución mexicana”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2021*, coordinación Walter de Santana, Anna Luisa, (Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2021), p. 397.

unidad para la integración de la igualdad desde la perspectiva de la filosofía del derecho y del saber jurídico. La comprensión de la igualdad se debe sustentar como un principio no solo en normas, además en mecanismos y organismos pertinentes para garantizar su seguridad. Los objetivos se fundamentan en el derecho constitucional, derecho global, derecho penal, con la finalidad de evidenciar las situaciones de abuso, en el logro de la dignificación personal del ciudadano y de la sociedad en su conjunto, que permita garantizar la dignidad como base del principio de igualdad.

El propósito es demostrar la postura de aspirar a la formación de una democracia en un Estado de Derecho “que puede estabilizar a las sociedades, cuyas reglas además han sido ganadas por el consenso de las partes interesadas en los discursos tanto de fundamentación como de aplicación de los derechos fundamentales”,² y como tal podemos sugerir la reivindicación en el sistema social de las personas que se consideran vulneradas por algún acto o hecho que se generan a raíz de la convivencia en las relaciones humanas. Se busca destacar la importancia de este principio como la fuente o el pilar de la construcción de la sociedad que sea competente para dignificar el valor del ser humano.

El trabajo se estructuró en los siguientes ejes temáticos: El derecho de igualdad; la posición social dentro de la cultura de México; la identificación de las diferentes formas de violencia; el principio y Garantía Constitucional; y las consecuencias en la sociedad.

² Villalobos Antúnez, José Vicente, et al., “Hermenéutica de la política y legitimidad de su ejercicio: democracia y Estado de derecho”. *Utopía y praxis Latinoamericana*, vol. 24, no 86, pág. 192.(2019). Véase en <https://www.redalyc.org/journal/279/27961107013/27961107013.pdf>

II. DERECHO DE IGUALDAD COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN

La exposición de la racionalidad jurídica respecto al término de igualdad considera que este se reconoce en la norma máxima de nuestra legislación, a través de la cual se da la legitimación del teorema de “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”³ Considerar el punto de este supuesto jurídico, y sus connotaciones tanto morales, éticas, de pensamiento o de creencia ayudan con el objetivo de la organización de la sociedad cuya finalidad se externa hacia el bien común como justificación de la idea general para la diversificación del contexto de los marcos de las relaciones jurídicas.

Ahora bien, la primicia del principio constitucional, consagrado tanto a nivel nacional como global, para atender las libertades que se nos otorgan, así como esos derechos y obligaciones a las que nos sujetamos, corresponde a la bilateralidad de la coerción del Estado para sujetar dicho reconocimiento y la forma de hacer respetar esos principios de libertad y de derecho. Entonces, ¿Cómo se edifica la escala del acatamiento de la cultura de la sociedad para el cumplimiento de principio de igualdad?; ¿Cómo se percata de alguna acción, hecho o acto para que se considere como discriminatorio? Hacernos esas preguntas en nuestra actualidad ya que procede esa procuración por el Estado y aún se perciben cuestiones de discriminación o situaciones que no son iguales puesto que no se cuentan con las mismas con-

³ La Declaración Universal de Derechos Humanos.1948. Organización de la Naciones Unidas, proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en París, Resolución 217 A III <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

diciones. Cabe recalcar que la sociedad cada vez está más dispuesta a alzar la voz para que se le reconozca, exige el poder que “es normativamente relevante y por las cuales su existencia dispara deberes de justicia igualitaria”⁴, pero la respuesta del Estado tiende a ser evasiva o no cumplir lo que se contiene dentro de las normas jurídicas que marcan dichos principios en diversos preceptos jurídicos.

Al hablar de un Estado de Derecho se debe percibir un Estado que cumpla con la normatividad que se sujeta a un razonamiento que opera la igualdad de los sujetos “en derechos sociales se enfrente a la brecha entre el *de iure* y el *de facto*”,⁵ y que no se torne arbitrarios, en aquellos sujetos que se encuentren en disposiciones al mismo grupo de personas o en la misma situación. Por tal motivo, para favorecer la igualdad, entendemos que las limitaciones que se propagan deben tener en cuenta los siguientes puntos:

- Que el derecho funja como el marco regulatorio que señale los supuestos que tenga una consecuencia jurídica a tal acciones.
- Que los operadores del derecho, a los que se suman tales como autoridades de los diversos poderes, legisladores y aquellos órganos que sean considerados como órganos constitucionales autónomos, conciban el reconocimiento de derechos y que vayan en busca de medidas del bienestar.
- Que el análisis de la afectación para reducir aquellas situaciones conciba como discriminación a un grupo

⁴ Abal, Federico, “Coerción y deberes de justicia igualitaria en el plano global”. En *Rostros del igualitarismo, discusión y desafíos filosóficos*, coordinador Busdygan, Daniel, (Buenos Aires: Teseo, 2020), p. 133

⁵ Bárcena, Alicia, “Repensar el desarrollo a partir de la igualdad”. *El trimestre económico*, vol. 89, no 355 (2022), p. 979-993, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-718X2022000300979

o persona en particular, por lo que las normas deben ir acorde a los supuestos que sea pertinentes a la época y el espacio para que sean proporcionales al efecto del impacto de las medidas, por tales razones, Gustavo Zagrebelsky señala que el derecho actual se fundamenta de reglas y principios.⁶

- Determinar la igualdad de las personas como el eje central de la construcción de una sociedad participativa que “tiene una funcionalidad en el fortalecimiento o ampliación de la democracia representativa”⁷ y con valores que se legitimen a través de las normas jurídicas constituidas.

Ahora bien, si se analizan estos límites, podemos entender que provocar la desigualdad, ya sea que se realice por un trato o por una situación de preferencia, implica que no se respeten los derechos consagrados como principio humano que “se encuentra ligado a la persona, que tiene como objetivo tutelar los derechos de la persona como *prima facie*”.⁸ Para la discriminación no debe existir una causa que la justifique, sino que se debe erradicar esta postura en los diferentes espacios de la sociedad, hacer valer el principio de igualdad y entender que es fundamental para impedir la vulnerabilidad de los sujetos hacia sus derechos.

El elemento de la legitimación de la sociedad de concre-

⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*, (Madrid: Trotta, 2007), p. 109

⁷ Montecinos; Egon, Contreras, Patricio, “Participación ciudadana en la gestión pública: Una revisión sobre el estado actual”. *Revista venezolana de Gerencia*, vol. 24, no 86, p. 347, (2019). <https://www.redalyc.org/journal/290/29059356004/29059356004.pdf>

⁸ Córdova, Laura Victoria, Víctor H., et al, “El principio pro homine como base para la legislación de medidas de protección de género”. *Revista de la SEECI*, no 48, (2019) p.82. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6856046>

tar la postura de la adhesión del principio de la igualdad dentro de los parámetros legislativos, no solo en México sino a nivel global, influye en las medidas que se generan para evitar la discriminación. Se considera algo muy esencial para la dignidad de la persona y, por tal razón, el Estado debe configurar los elementos de coercitividad al producirse una discriminación y las medidas de prevención para estas situaciones. De aquí que, las instituciones de la sociedad se agrupan para apoyar y erradicar los privilegios que se otorgan a una persona o grupo para cuidar la línea de la responsabilidad, el respeto hacia los demás, sin olvidar que el uso de la fuerza, ya sea física, psicológica, moral o jurídica, no se emplee para afectar o dañar a un sujeto.

Al permitirlo el Estado, en su marco legislativo y regulatorio, la sociedad tiene que legitimar esa postura para que, cuando se observen actos o hechos que se consideren como discriminatorios, sean inamovibles los criterios sobre la injusticia para evitar menoscabar el valor de la posición de los derechos humanos dentro de la configuración de la sociedad.

Es un reto que invita a no medir el impacto de una acción coercitiva del Estado a través de sanciones, sino del reconocimiento y respeto de los diferentes razonamientos para que la justicia social se constituya como un pilar que “en una sociedad determinada debe ser evaluado según el cumplimiento efectivo y el equilibrio armónico”,⁹ como un derecho orientado hacia la dignidad de las personas.

Un punto de gran importancia en este tema empieza con la democracia, pero el posicionamiento del criterio que abarca no solamente algunos sectores sino la definición de la mayoría como particulares dentro una organización social, que

⁹ Pérez-Garzón, Carlos Andrés, “¿Qué es justicia social? Una nueva historia de su significado en el discurso jurídico transnacional.” *Revista Derecho del Estado*, no 43,(2019), p.98, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932019000200067&script=sci_arttext

por medio de participación ciudadana fomente el criterio de los elementos para no presentar la discriminación ni la vulneración de los derechos de los sujetos, se concibe como un logro para constituir un Estado que salvaguarde los derechos y se posiciones firme respecto a la condición de igual, aquellos que se encuentren en la misma situación con normas que los arroje basadas en las temáticas de la visión de la Agenda 2030,¹⁰ misma que ayuda a fortificar este derecho.

Las acciones que como sociedad debemos de fomentar son la empatía hacia los demás, determinar aquellas situaciones que son adversas o que establecen alguna ventaja para un sujeto o una situación en particular, reafirmar la importancia del legislador al momento de generar la norma jurídica que reconozca este derecho, encaminándose hacia la cultura del bienestar y así no solo beneficiar a un sector, grupo o situación particular. Es así como se marca el principio de igualdad, con la disposición de estructurar las bases de las actuaciones de la sociedad. Se puede afirmar que el legislador crea el lienzo, y al establecer la normativa, realiza las primeras pinceladas de la pintura, pero no es el único que interviene, el operador jurídico, es decir las autoridades competentes, también deben llevar a cabo acciones conformes a los lineamientos de justicia y protección de los derechos de los sujetos, para ofrecer seguridad e igualdad. Además, nosotros como sociedad también debemos de cuestionar nuestras acciones, si son tendientes a una forma de

¹⁰ De acuerdo al Objetivo 10 que promueve este Agenda de Desarrollo Sostenible en donde se contempla en dicho objetivo “Reducir las desigualdades y garantizar que nadie se queda atrás forma parte integral de la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.” Esto con mirar de hacer que los derechos sean menos vulnerables a los sujetos dando una condición de la dignidad humana y los Estado respeten esto. Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. 2015. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

discriminación o no, ya que dicha pintura debe enmarcar algo bueno, que no afecte la composición social.

Así es importante reconocer la igualdad en las fuentes formales como “derechos principalmente aquellos oponibles al gobierno o poder constituido, son esencialmente derecho de las personas”,¹¹ siendo que estos derechos son los que ejercitan y facultan a la sociedad para exigir el respeto que se le debe conceder, ya que a través de esto se puede dar la posición ante el enfrentamiento del cumplimiento de la norma, pero lo más importante es generar una cultura que se base en la igualdad y que podamos entender que la sociedad se dignifica en la solidificación del respeto y no tanto en las normas jurídicas, sino en la efectividad de la posición de la sociedad del respeto hacia los demás.

Los derechos que se nos consagran como sujetos con igualdades dentro del marco jurídico contienen los puntos interesante de la protección, pero existen diversos factores debido la falta de cultura en el país que no nos enseñan a trabajar en equipo, en ayuda con los demás, relacionado con una postura de igualdad, lo que marca las diferencias sea por género, situación económica, o color de piel. Estos son factores que pueden desembocar en un trato diferente en diversas situaciones, por tal motivo se necesita “articular mecanismos jurídicos para “transformar” pacíficamente los conflictos que necesariamente han de producirse en una sociedad plural,”¹² para que dichas situaciones sean identificables y se modifique el patrón de conducta.

Debe existir un comportamiento que no genere estas situaciones, ya que pueden desarrollar costumbres o conven-

¹¹ De Silva Gutiérrez, Gustavo, *Derechos fundamentales y derechos humanos* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), p. 68.

¹² Salazar Benítez, Octavio, *Cartografía de la igualdad, Ciudadanía e Identidades en las democracias contemporáneas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 234.

cionalismos sociales que enfrentan a situaciones adversas a los sujetos que viven como parte de la sociedad. El Estado, y la propia sociedad, debe culminar con este pensamiento y asegurar la igualdad del ser humano, siendo este último el objetivo de la encomienda de la lucha de varias revoluciones ya que, aún en nuestra época, se observan este tipo de acciones.

El impacto se puede medir en diferentes gráficas¹³ sobre cuestiones, tales como, empleo, salud o economía, asuntos que versan por cuestiones de discriminación que, a través del programa de información Demográfica y Social, y de los censos que establece el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, refiere a estos parámetros. Como se observa, en diferentes áreas, se demuestra que esta problemática no está fuera de los alcances de las mediciones y de la forma de combatirlas, más bien debe procurarse proponer medidas preventivas para que no prosperen. Por ejemplo, una mejor educación, ya que es un factor determinante en las políticas públicas de desarrollo del plan nacional que fortalece la ideología del pensamiento de la sociedad hacia la igualdad desde sus diferentes perspectivas.

El comportamiento de la sociedad, de autoridad y de los diferentes grupos que ejercen una potestad o facultad de accesibilidad a un espacio que lesione el derecho de un sujeto por presentar características diferentes no es un punto para llegar a realizar la discriminación, por lo que, necesitamos sociedades abiertas que incluyan un pensamiento orientado hacia el respeto de los demás y no provocar la discriminación que, según la Real Academia Española, se define

¹³ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, “Encuesta Nacional sobre Discriminación 2022: ENADIS: marco conceptual”, Instituto Nacional de Estadística y Geografía https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/889463910480.pdf

como “la acción y efecto de discriminar”,¹⁴ y se entiende discriminar como “la selección o exclusión de personas o grupos por motivos tales como raza, religión, política, sexo” o “desigualdad”.¹⁵ Esta definición lexicográfica no completa lo que podemos entender por igualdad, ya que no visualiza todo los campos, por tal razón se comprenderá lo que se enuncia a continuación.

Desde una postura neutral de la palabra discriminación se comprende como algo distinto, que separa. No se da una connotación de irregularidad o perjuicio desde esta perspectiva, porque se mantiene como algo que sucede dentro de los diferentes ámbitos del planeta como separar por categorías de plantas, animales, territorio por sus propias características.

El problema se suscita al momento de señalar el derecho de igualdad cuyo significado implica que no existen situaciones que involucren un comportamiento desigual por diversas razones como tratos preferenciales por las condiciones que presente el sujeto, por ejemplo género, nivel socioeconómico, color de piel, sexualidad, etc. De aquí puede partir la transformación hacia una posición del Estado de vigilar dichas categorías para sujetar y reflexionar acerca de aquellas normas que van en contra de la igualdad, para gestionar el trato que sea equitativo, para evitar generar una distinción por condiciones que cumpla con los parámetros que se marcan.

Nos encontramos en un cambio de paradigma de la sociedad que alza la voz para dar a aquellos que sufren tratos discriminatorios una posición en la sociedad y puedan exigir sus derechos, conforme a la normativa vigente con la finalidad de cuidar la dignidad del ser humano, lo que “denota que

¹⁴ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>

¹⁵ Ídem.

todos los humanos poseen valor igual e inherente y que, por lo tanto, debe ser tratados con respeto independientemente de cualquiera que sea estatus social o económicos”.¹⁶ Es una tarea que no solo implica al Estado, sino que nos compete a todos quitar estigmas que van a señalar ciertas pautas para la discriminación o que funciona como parte de una costumbre o posición que se hereda de generación a generación. Se observa que la sociedad cambia hacia una implicación del respeto del sujeto y la protección de sus derechos.

III. DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN Y UNA CULTURA EN VALORES COMO FACTORES DETERMINANTES PARA LA PROTECCION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MÉXICO

En México se percibe un fenómeno complejo en referencia a la discriminación que produce diversas situaciones, en diferentes campos, tales como la división de las personas que viven en el campo y en la ciudad, cuestiones de moralidad, modas, formas de hablar, de pensamiento, acciones que afectan al bienestar de la población. Por el contrario, es necesario promover la convivencia sin establecer condiciones de privilegios por posición económica, color de color de la piel o cualquier otra circunstancia que otorguen superioridad o inferioridad a una persona respecto a otra. Es un tema de gran relevancia el poder considerar el respeto y la dignidad entre todos los seres humanos.

En el campo de los derechos sociales se consideran como

¹⁶ Grijalva Eternod, Aurea, “La realidad de la reinserción social en México vista desde el paradigma de la criminología científica, crítica y humanista”, en *Temas Selectos de Derechos Humanos, Estudio en homenaje a los diez años de la reforma constitucional en derechos humanos en México*, Coord: Becerra Ramírez, José de Jesús, Grijalva Eternod, José Rafael, (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2022) p. 235

“límites a la acción del Estado y, también, fines de la acción pública a través de prestaciones que realmente supongan la efectividad de unas condiciones mínimas para garantizar la dignidad del ser humano”,¹⁷ se enmarca un punto de relieve a estudiar que corresponde a la cultura, de la cual podemos señalar la definición de acuerdo con lo establecido en la Conferencia Mundial sobre las políticas culturales que la señala como “el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o grupo social”,¹⁸ se entiende como la forma del desarrollo que se emite o se transmite, la manera del comportamiento de la organización de la sociedad.

Al formar parte México de coaliciones o tratados en referencia al fomento económico hace “suponer la alienación y el desarraigo de las formas locales, para asumir una geocultura en la que se implanten nuevos valores, costumbres, principios”,¹⁹ según la perspectiva de la evolución del comportamiento de la sociedad, se debe considerar no solo lo económico sino lo necesario para evitar la violencia. Lo importante dentro de los parámetros de la igualdad es dar prioridad por igual, aunque se presentan en diferentes situaciones, por eso es fundamental recalcar la figura de la herencia cultural como un objetivo principal, dentro de la agenda de nuestro país, para erradicar la discriminación, como una “exigencia de la justicia, la equidad o de alguna otra dimen-

¹⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales”. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 2, (2019) p. 55, <https://www.scielo.br/j/rinc/a/qv3Z-jkwh6PMkXVwzp8KYGHF/?format=pdf&lang=es>

¹⁸ Declaración de México Sobre las políticas culturales, 1982. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México D.F., véase en https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals400.pdf

¹⁹ Gómez, Adith, “Identidad cultural y globalización”. *Revista Internacional de Filosofía* Hodós, vol. 8, no 10, (2019), p. 74.

sión de la justicia”,²⁰ que debe proclamarse como principio.

Con dichas posturas, al hablar de violencia se entiende “como una acción real y física, en cierto sentido mecánica, que se ejecuta hacia alguien en términos de oposición u obstáculo”,²¹ en este tema se infiere cuando se impone algo por una dominación en la pretensiones de la cultura de una sociedad, que a través de esa ideología se puede dañar en el comportamiento de diversas formas ya sea de manera física, emocional, cultural que ejerce alguien sobre otro para obtener una ventaja o condición de superioridad.

El abordaje del estudio y la postura de la cultura en este siglo aun no consigue superar o mejorar aquellos presagios de generaciones pasadas que infieren hacia una posición de superioridad por situaciones que dan privilegio por contar con cierto bagaje cultural de los diversos choques culturales que han existido a través de la historia en nuestro país. De esto que existan dos versiones: una posición de lo que se entiende como “cultura de masa”, en la cual se tiene una “identidad inalterable precisamente porque suprimía la personalidad de sus miembros”,²² y aquella que se refiere a la “cultura científica” que comprende “el conjunto de iniciativas encaminadas a incrementar el conocimiento científico de la sociedad y su interés”.²³ Versiones del mismo fenómeno:

²⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2009), p.73.

²¹ Cuervo Montoya, Edison, “Exploración del concepto de violencia y sus implicaciones en educación”. *Política y cultura*, no 46, (2016), p. 80.

²² Pomed Sánchez, Luis, “Parlamentarismo, justicia constitucional y populismo”, En *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional* coord.. Aragón Reyes, Manuel, Cossío Díaz, José Ramón, et. al., (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), p. 379

²³ González, Ferrando, Laura, Morera Cuesta, Rafael, et al., “Análisis de indicadores para el fomento de la cultura científica: una década de actividad en el CSIC”. *Arbor*, vol. 198, no 805,(2022), p. 667

la consolidación de la cultura a través de los fenómenos de las luchas de la revoluciones para exigir igualdad y evitar la discriminación por alguna suposición externa dentro de ese grupo social.

Actualmente, podemos entender las situaciones de la discriminación que emergen en razón de la revolución tecnológica que marca la brecha digital, es decir, la diferencia entre aquellas personas que por falta de conocimiento tecnológico o de recursos económicos no pueden ingresar a este espacio y que otorga beneficios en diversas situaciones por parte de las administraciones públicas, lo que representa una desventaja y un impacto económico o de aceleración procesal para diversos efectos, que se dé la discriminación por tal razonamiento.

Se marcan los fenómenos que surgen por tal razón, por esa lucha, y la consolidación de la postura de la nueva filosofía, estructura y componentes sociales con aquellas tradiciones y la identificación de esa sociedad para dar la eficacia conforme a la modernización y el cumplimiento de los objetivos que se postula en las agendas de manera global para impulsar el desarrollo desde una conceptualización de igualdad y ejercer la competitividad que ayude a la condiciones de esa población.

Las circunstancias sociales, políticas, económicas y jurídicas ayudan a plantear una visión para explorar la previsión de la igualdad, en las circunstancias que se presentan en diversos factores. Se determina el interés de la política cultural “sustentada en el mejoramiento de la tecnología, capacidad productiva y la consecuente proliferación de bienes de consumo”,²⁴ que se dirige hacia el estudio de los elementos que

²⁴ Salazar Cisneros, Yigién, “El desarrollo cultural, complicidad necesaria”. Revista *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, vol. 7, no 1, (2019), p.92. <https://www.scielo.br/j/rinc/a/qv3Zjkw6PMkX-Vwzp8KYGHF/?format=pdf&lang=es>

se transmiten a través de las generaciones para concebir una idea predeterminada de condiciones de preferencias a raíz de un rasgo distintivo. Por tal cuestión, la sociología jurídica estudia dichos comportamientos y la forma de contradicción con el derecho natural.

El marco normativo no llega a alcanzar el respeto de la dignidad de las personas, puesto que no cumple con estos lineamientos ni los acata. Esto provoca aberraciones que infieren en la seguridad jurídica, tales como, la falta de proyección de la personalidad, lo que provoca cambios en la forma de vida, la modificación del comportamiento y las maneras de expresar, entre otros. Por lo tanto, es importante observar la cultura como un medio de protección y de ayuda para proteger la dignidad del ser y avanzar como una sociedad en la cual se respete dicho valor.

Es necesario establecer que en México existe una percepción de la identidad hacia el reconocimiento de la nacionalidad como rasgo primordial de nuestra cultura que se conecta a través de pensamientos, bailes, comportamientos, léxico y formas de reaccionar que se han amagado por diversas razones, dando pie a la transformación del comportamiento o de las tradiciones, pero que no contempla el trato de la igualdad a las personas. Aunque esto se reconozca de manera internacional, cuesta generar dicha condición y vivirla en nuestro entorno.

En México se realizan estudios cualitativos sobre los aspectos culturales para cuestionar no solamente la epistemología del comportamiento, ya que no basta la teoría, sino revisar la tradición, contemplar la mitología de los pueblos que ha llevado a tales efectos para provocar modelos de comportamiento y premisas para gestionar los supuestos normativos en los que radica la discriminación y así contribuir a lograr la efectividad del principio de igualdad.

Un variable interesante son los datos que, a través de las encuestas, determinan el análisis de los factores a los que se atribuyen la cultura de un país y el desarrollo para la protección de los derechos que constituya un escenario para promover el equipamiento y el alcance de los valores que, a través de la educación y la cultura, ayuden a garantizar un Estado que enlace sus principios con la realidad y visualice la injerencia del respeto sin suscitar desprecio o cuestiones de discriminación.

Se debe gestionar una educación con valores que se hagan valer para construir una sociedad comprometida con el cambio y el principio de la igualdad no solamente en sus normas, sino que desarrolle en la práctica acciones y comportamientos diarios, que aseguren la legitimación que se concibe actualmente como “una reflexión sin precedentes por demostrar el desarrollo de una forma de autonomía que se experimenta en la Edad Moderna y, en consecuencia de una forma innovadora de la legitimización”.²⁵ Esto con la finalidad de desarrollar una cultura social de igualdad que elimine la discriminación y contribuya a proteger el principio de igualdad, lo que sugiere un impacto positivo en las acciones y las actividades que se efectúen en todos los niveles.

El análisis de los datos que se recopilan a través del Instituto Nacional de Estadística y Geografía,²⁶ ayuda a fortalecer el conocimiento que amerita tanto la posición sociológica como la antropológica del fenómeno de la discriminación

²⁵ Soto Carrasco, David, *Filosofía política y ética, claves conceptuales para comprender el presente* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), p. 26 y 27.

²⁶ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, “Encuesta Nacional sobre Discriminación ENADIS 2022. Presentación de resultados”, Instituto Nacional de Estadística y Geografía https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2022/doc/enadis2022_resultados.pdf

en la sociedad, y que la determina como algo que establece patrones que se deben erradicar, que puede tener su origen en la educación de quienes habitan un lugar, que recopila la información para obtener de los diferentes Estados del país, como diversos estratos sociales, con preguntas y que visualiza las acciones del comportamiento de las personas en diferentes situaciones para concebir políticas públicas que infieran en la protección del principio de la igualdad.

La sociedad debe avanzar para erradicar la desigualdad. Será por medio de estrategias que ayuden al pensamiento a consolidar el principio de igualdad, ya sea por el emprendimiento del desarrollo a la educación que se fomente de este, así como los elementos de los factores que marca la cultura del lugar para evitar tales situaciones de discriminación.

IV. LA POSICIÓN DEL ESTADO COMO ENTE REGULADOR DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA SOCIEDAD

La discriminación “debe interpretarse como una relación de dominio que toma forma e impulso en esquemas colectivos de conducta bajo la forma de valores, actitudes, criterios, orientaciones, preferencias y opiniones, entre otros fenómenos sociolingüísticos”.²⁷ Da origen a diversas situaciones, pero en México hay Estados que según las estadísticas, desembocan en violencia y donde existen grupos que son más vulnerables, como es el caso del Estado de México, la Ciudad de México, Querétaro, Chihuahua,²⁸ los que enfrentan

²⁷ Rodríguez Zepeda, Jesús, “¿Medir porciones o medir conductas? Hacia una esquema conceptual para la medición de la discriminación”, en *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*, coord. Aragón Rivera, Álvaro, González Placencia, Luis y Alfredo Hernández, Mario, (Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017) p. 327.

²⁸ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, “Encues-

este problema y donde existen instancias para dar protección a dicha discriminación como: el Centro de justicia, la Secretaría de las Mujeres o el Instituto Nacional de las Mujeres.

Los servidores que laboran en estas dependencias, centros u organismos tienen que estar capacitados para escuchar los problemas y atender las necesidades de las diversas situaciones que se presentan. Por tal razón, al capacitar correctamente a cada uno de los servidores que atiendan a las personas, ya sea que presenten un estado de vulnerabilidad, debe de reafirmarse que no se trata solamente de un trabajo, sino que es una atención primordial para resolver la problemática de la discriminación. Es decir, los servidores públicos deben presentar ciertas características para que ingresen a dichos cargos, además de estar en constante formación para ofrecer soluciones y modificar el patrón de conducta de la sociedad para dar oportunidad de no impactar en la sociedad, en la familia y para que puedan desarrollar sus actividades con dignidad “orientadas principalmente al ámbito intelectual, volitivo y afectivo-moral”,²⁹ para comprender y respetar la dignidad del ser humano.

La posición de los servidores públicos, en sus diversos cargos, que atienden este problema y sus diferentes aristas, de acuerdo con la situación en la que se susciten. En México, puede ser el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, a través del cual se agrupa con la Comisión Ejecutiva

ta Nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares (ENDIREH)2021”, Comunicado de Prensa, Núm 485/22, 30 de agosto de 2022, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Véase en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/endirh/Endireh2021_Nal.pdf

²⁹ Mujica-Johnson, Felipe Nicolás, Arduiz, Nelly del Carmen Orellana. “Educar el respeto a la dignidad humana: Un valor fundamental para promover los derechos humanos”. *Revista de Educación de Puerto Rico (REduca)*, vol. 4, no 1, (2021), p.9.

de Atención a Víctimas, como organismos públicos que están vinculados para proteger los derechos humanos, creados por la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

En México, y en el contexto global, el principal problema para la erradicación de la violencia consiste en la incapacidad de disminuir las problemáticas de la sociedad a través de métodos rigurosos que provoquen que no se lleven a cabo los procesos de denuncia, ya por cuestiones ajenas a los elementos para efectuarla, éstos, como la inseguridad sobre la protección de datos personales, o por consecuencias que puedan generarse al momento de llevar a cabo, pueden desarrollar una afectación a la víctima y acarrear factores psicológicos como la presión o la moral que incitan que no se efectúen o no se presenten las denuncias correspondientes.

Aunado a esto, las fases del proceso pueden resultar un problema para resolver este tipo de situaciones. Por eso es necesario preguntarse: ¿Qué necesitamos para que las personas no sean vulnerables en sus derechos? Un diagnóstico de la discriminación y del cuestionamiento hacia los factores, los motivos o las causas que ayuden a las dependencias a dar solución, así como la sociedad, también generan el contexto que sirve de base para un pensamiento libre de conjunturas que provoque daño a las personas.

Las instituciones antes referidas están integradas por áreas que atienden delitos de violencia y de discriminación, que presentan un organigrama de acuerdo a su reglamento interior. Por lo que existen diversos tipos de posiciones de funcionarios como Administradores, Secretarios, Jefes, Coordinadores o subalternos, los cuales emiten los actos que corresponden al procedimiento que se debe efectuar, además de seguir los protocolos acerca de la atención que se debe

brindar según sea el caso. No atender correctamente a las personas, ya sea por ignorancia, incompetencia, por negligencia o por cualquier otra causa, debe generarse una sanción al servidor que no supo atender, o que no dio la debida atención, a la persona vulnerable y que se vuelve un obstáculo al tratar de disminuir o erradicar tal situación.

México evolucionó con la trascendente reforma de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 6 y 10 de junio de 2011, en particular con el reconocimiento externa la garantía *pro homine*, que “tiene un valor axiológico de una mega o meta-principio jurídico”,³⁰ así como la modificación de no solamente referirse a garantías individuales, sino de integrar los derechos que son inherentes al ser humano, como derechos humanos que deben ser protegidos por el Estado. Es así como el artículo 1º de la Constitución determina, que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.³¹ En esta forma, se consagra en el texto constitucional el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos a la gestión del ser humano.

Se puede acotar la diferencia que este párrafo incluye no solamente lo que se caracteriza como *derechos humanos*, sino que comprende que debe de garantizarse la protección

³⁰ Parra Lara, Francisco Javier, *El principio pro homine o pro persona y la ponderación de derechos humanos* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021) p. 275

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*. Véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf.

y la seguridad de las personas, y proyectar esta esta misión y visión hacia la esfera de la defensa de los derechos, que por el simple hecho de ser personas, deben ser reconocidos dentro del precepto legal.

Con esta reforma, no solamente se trata de una denominación, por el contrario, abarca en plenitud el ejercicio de las normas en las que se incluyen aquellos tratados internacionales, de los que México es parte, y cuyo valor se fundamenta en la dignidad humana. Por esta razón, se garantizan la protección a la vida, el honor, la dignidad, la propiedad privada, la integridad personal, la libertad, que tiene características tales como inviolables, que no se pierden con el transcurso del tiempo, y que son considerados como derechos que las personas obtienen según el reconocimiento de las normas jurídicas que las contempla en la Constitución Política de los Estados Unidos de México y en diversos ordenamientos que acogen estos derechos como fundamentales para la convivencia. El renombrado filósofo alemán Robert Alexy estima, que estos derechos deben ser entendidos como principios, en tanto que “son mandatos de optimización debido a que establecen que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes.”³²

Para resolver una situación, hay que examinar el concepto de las garantías que se nos otorgan por medio de la constitución, donde se determinan las condiciones de afectación al sujeto para dignificar la protección que ha sido vulnerada y resolverla por medio de la acción legal. Sin embargo, referente a la violencia se debe actuar conforme a las condiciones de los elementos que la configuraron para dar paso a que en la sociedad, o dentro de la convivencia con las personas, no exista tal condición de discriminación.

Las garantías que comprenden la protección jurídica de

³² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), págs. 80 y 81.

una norma, otorgan el derecho de acudir al órgano correspondiente para proceder a reclamar tal derecho a través de las acciones correspondientes. De esta manera, la garantía se determina como un instrumento jurídico que supedita en el proceso de acción cuando existe una inviolabilidad a la norma y, por lo tanto, los derechos humanos son aquellos que se deben reconocer por ser persona.

De acuerdo con lo emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que sostiene que “las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas”.³³ Esta tesis aislada reconoce como garantía según la medida de protección, para dar el reconocimiento dentro de la norma jurídica y su interpretación.

De acuerdo con otra tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia, se determina que dicha protección reconoce los derechos de libertad, así como los derechos humanos, no solamente en las normas nacionales sino que en esta forma expande la protección desde el ámbito universal, así se funda el parámetro del control desde su base constitucional. Se afirma “de los mecanismos para consolidar los postulados de la democracia, es fundamental la protección y garantía del derecho de las personas, individual o colectivamente, a “defender los derechos humanos”,³⁴ en efecto, se reconocen en

³³ Tesis [A]: 1a.CCLXXXVI/2014(10a.), 2014. Primera Sala, Constitucional *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 9, agosto de 2014, Tomo I, página 529, Registro digital: 2007057. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007057>

³⁴ Tesis [A]: 1a. XIII/2022 (11a.), 2022. Primera Sala., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 13, 13 de mayo de 2022, Tomo IV, página 3498, Registro digital: 2021173. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021173>.

esta forma los derechos humanos en su conjunto o de algunos de éstos, ya sean los derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales. Expresa esa cultura de protección del principio de la igualdad.

Ahora bien, desde la perspectiva de los derechos y libertades, así como el fomento de la cultura, se perciben diferentes aspectos y maneras en las que los derechos se deben de consagrar como la protección a la salud, la vivienda, la formación, la educación, el acceso a la cultura, el acceso a la tecnología, a la aplicación de la interoperabilidad. Estos derechos tendientes a satisfacer las diferentes necesidades para el desarrollo humano con una visión del derecho a la no discriminación, en este sentido se sostiene “es la llave de acceso para todas las personas, en condiciones equitativas, a todos los derechos.”³⁵

Es importante destacar que toda persona debe tener presente los límites derechos y en su relación con otros congéneres que impida la discriminación desde diferentes ángulos o la posición de poder hacia quien la ejecute ya sea por su posición de un cargo público, sus relaciones familiares, escolares, entre otras. Debe considerarse que el principio de igualdad refleja la posición de los sujetos en dicha esfera, en el marco referencial a nivel global, y da esta postura de acuerdo con diversos factores que ayudan a prever que no se ejerza alguna situación que vulnere los derechos de las personas que se encuentran en posición inferior o sumisión a otras personas.

La Constitución Política de los Estados Unidos de México consagra el principio de igualdad, en su precepto 1, en su párrafo quinto que a letra dice: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las con-

³⁵ Rodríguez Zepeda, Jesús, “Definición y concepto de la no discriminación”. *El Cotidiano*, no 134, (2005), p. 27.

diciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”³⁶ Este precepto es la base para la prohibición de la discriminación; además habrá que considerar que nuestra Ley Fundamental fortalece este principio de igualdad en muy diferentes apartados este principio.

Respecto a la legislación secundaria se reconoce la importancia de la creación de la “Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación” que configura un marco jurídico, a nivel nacional, local o municipal, que tenga injerencia para supeditar dicho comportamiento, y que debe contar con una legitimización por parte de aquellos a quienes corresponde ejecutar ese marco. Se interpreta en esta legislación el concepto de discriminación, como toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, género, sexualidad, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, lengua, religión, opiniones, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Se encuentra asimismo desde el ámbito teórico que también se entenderá por discriminación “la xenofobia y el antisemitismo en cualesquiera de sus manifestaciones”.³⁷ En efecto, se trata de cuestiones que como miembros de una sociedad debemos evitar y que la autoridad competente debe identificar para no generar un impacto de discriminación y provocar en sí una vulnerabilidad de la dignidad del ser humano.

³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*. Véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf.

³⁷ Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación Pública, 2003. Artículo 4, Véase en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf>

Del estudio realizado, se desprende que no obstante el avance normativo en México sobre la no discriminación y la erradicación de la violencia, falta mucho por avanzar en el campo de los hechos, de las realidades en nuestra vida cotidiana. Existen normas, sí, pero hace falta la educación en la comunidad y generar la cultura de la convivencia pacífica en las situaciones reales, así como superar los privilegios de ciertas personas por razones de posición laboral, social, económica u otras. Por el contrario, se deben impulsar valores en el marco de la igualdad para crear los hitos en el avance cultural de una sociedad más igualitaria.

El Estado debe promover el fomento de la cultura de igualdad, en la sociedad. Se deben ejercer acciones para materializar en las realidades de las comunidades y de toda persona los principios y postulados normativos. Este actuar del Estado se debe realizar a través de políticas públicas, acciones, programas y medidas que eviten todo actuar discriminatorio. En un Estado de derecho debe estar presente como una prioridad el impulso de una cultura de la no discriminación.

Otro ámbito de análisis para este estudio sobre discriminación el tema de la pobreza y pobreza extrema. Lamentablemente, la historia ha demostrado que los patrones en zonas de pobreza tienden a repetirse. El desempleo afecta principalmente a la juventud, que enfrenta dificultades para su acceso al mercado del trabajo. La falta de empleos productivos hace que un importante segmento de la población se dedique a actividades informales y de baja remuneración.

Adicional a los problemas de pobreza se encuentra el incremento de la migración. La migración indocumentada y su situación de vulnerabilidad por diferentes condiciones y circunstancias, particularmente económicas y la falta de una cultura de apertura para su integración en de la sociedad provoca su rechazo. Esto da como consecuencia un impacto

negativo sobre el principio de la igualdad por la vulneración de derechos que genera.

V. CONCLUSIÓN

El problema de la discriminación provoca afectación no solo de los derechos de las personas en lo particular, sino también lo colectivo. Aun cuando en México se ha dado un desarrollo normativo aceptable, la falta de educación de los parámetros de comportamiento menoscaba las oportunidades para aquellas personas que no cumplen los perfiles que ha señalado la propia comunidad, esto trae como consecuencia indirecta una afectación en su desarrollo.

Aunado a esto, el sentimiento de inferioridad que se genera en las personas provoca aversión, lo que puede llegar a situaciones de riesgos psicológicos, emocionales, morales y económicas de la persona. En esta investigación se llega a la conclusión de que el tema de la discriminación no solo es tarea del Estado, ya sea mediante el desarrollo normativo como bien se expuso en este trabajo, ni mediante el diseño y aplicación de políticas públicas, porque si bien resulta fundamental este actuar gubernamental, no podemos dejar de lado el actuar individual, personal de cada integrante de la sociedad. Porque existe un compromiso social a entender que el razonamiento de cada uno va acorde a su bagaje cultural.

La cultura y la educación de la sociedad en nuestro país son factores que “permiten reconocer la diversidad, especificidades y condiciones”³⁸ determinantes para el cambio a una sociedad abierta que permita la conexión entre los sujetos

³⁸ Zamudio Sánchez, Francisco José, Ayala Carrillo, María del Rosario, et al, “Mujeres y hombres: desigualdades de género en el contexto mexicano”. *Estudios sociales* (Hermosillo, Son.), vol. 22, no 44, (2014), p. 276.

y llevar a cabo las diferentes actividades es de suma relevancia para tener como ideal el principio de igualdad, no solo en pensamiento sino en las acciones que realizamos en nuestra vida. Es sumamente importante entender que si bien somos diferentes, todos somos sujetos que tienen ideales y procuráramos el bienestar del otro, entenderlo así es necesario para el respeto a los principios de igualdad y equidad entre los seres humanos, significativo en la erradicación de la violencia, esto con un enfoque “a una vida libre de violencia”.³⁹

Existen factores que detonan la violencia y en algunos casos la discriminación, no obstante como expuso en este trabajo se puede avanzar con la acción del Estado a través de políticas públicas y de acciones específicas de las instituciones u organismos con competencia específica para esto, y a la vez, con el trabajo interinstitucional de las diferentes instancias interrelacionadas, particularmente las áreas responsables de educación, cultura, salud, deporte, seguridad ciudadana, entre otras.

En esta investigación una de las propuestas es el ámbito de los servidores públicos que se encuentran al frente de estos organismos, no solo es la capacitación en las normas o programas que se van acordando, sino deben de cumplir con el factor humano, provocar las cualidades de entender y escuchar a aquellos sujetos que hayan sido discriminados por cualquier situación, que ayuden al fortalecimiento de sus capacidades y fomenten el desarrollo de la dignidad del ser humano.

Es necesario un cambio en la cultura que existe en México y entender que todos conformamos el país, que tenemos rasgos, pensamientos y culturas diferentes, pero que debemos actuar conforme el principio de igualdad para evitar la

³⁹ Rodríguez Luna, Ricardo, *Responsabilidades y violencias* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017), p.71

discriminación. Podemos considerar que en efecto en México se consagra el principio de igualdad en diferentes normas jurídicas pero de acuerdo a informes que se han señalado, la discriminación y la desigualdad ha provocado la falta de una eficiente democracia y que esto genera violencia y discriminación, por tal razón, no solo el Estado debe concretizarse en focalizar acciones concretas para este problema, sino la sociedad misma debe desarrollar una cultura de la igualdad, como educación de valores sociales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Abal, Federico, “Coerción y deberes de justicia igualitaria en el plano global”. En Busdygan, Daniel (coord.), *Rostros del igualitarismo, discusión y desafíos filosóficos*, Buenos Aires: Teseo, 2020.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Antúnez, José Vicente Villalobos et al., “Hermenéutica de la política y legitimidad de su ejercicio: democracia y Estado de derecho”. *Utopía y praxis Latinoamericana*, vol. 24, no 86. 2019. Véase en <https://www.redalyc.org/journal/279/27961107013/27961107013.pdf>
- Bárcena, Alicia. “Repensar el desarrollo a partir de la igualdad”. *El trimestre económico*, vol. 89, no 355 2022, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-718X2022000300979
- Córdova, Laura Victoria, Córdova, Víctor H., et al, “El principio pro homine como base para la legislación de medidas de protección de género”. *Revista de la SEECI*, no 48, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6856046>
- Cuervo Montoya, Edisson. “Exploración del concepto de violencia y sus implicaciones en educación”. *Política y cultura*, no 46, 2016.
- De Silva Gutiérrez, Gustavo, *Derechos fundamentales y derechos humanos* Ciudad de México: Tirant lo Blanch, , 2021.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2009.
- Ferrando González, Laura., Morera Cuesta, Rafael, Pérez

- Del Va; Jaime, Tigeras Sánchez, Pilar, “Análisis de indicadores para el fomento de la Cultura Científica: una década de actividad en el CSIC”. *Arbor*, vol. 198, no 805, 2022.
- Gómez, Adith Gómez, “Identidad cultural y globalización”, *Revista Internacional de Filosofía Hodós*, vol. 8, no 10, 2019,
- Grijalva Eternod, Áurea E., “La realidad de la reinserción social en México vista desde el paradigma de la criminología científica, crítica y humanista”, en Becerra Ramírez, José de Jesús, Grijalva Eternod, José Rafael (coords.), *Temas selectos de derechos humanos, estudio en homenaje a los diez años de la reforma constitucional en derechos humanos en México*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2022.
- Montecinos, Egon; Contreras, Patricio., “Participación ciudadana en la gestión pública: Una revisión sobre el estado actual”. *Revista venezolana de Gerencia*, vol. 24, no 86, 2019. <https://www.redalyc.org/journal/290/29059356004/29059356004.pdf>
- Mujica-Johnson, Felipe Nicolás; Arduiz, Nelly del Carmen Orellana. “Educar el respeto a la dignidad humana: Un valor fundamental para promover los derechos humanos”. *Revista de Educación de Puerto Rico (REduca)*, vol. 4, no 1, 2021.
- Parra Lara, Francisco Javier, *El principio pro homine o pro persona y la ponderación de derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.
- Pérez-Garzón, Carlos Andrés, “¿Qué es justicia social? Una nueva historia de su significado en el discurso jurídico transnacional.” *Revista Derecho del Estado*, no 43, 2019, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932019000200067&script=sci_arttext

- Pomed Sánchez, Luis, “Parlamentarismo, justicia constitucional y populismo”, En Aragón Reyes, Manuel, Cossío Díaz, José Ramón, Nava Gomar, Luis Felipe (coords.), *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Quintanilla Castro, Daniel, “De la igualdad formal al juicio con perspectiva de género: una breve historia sobre la evolución del concepto de igualdad a partir de la reforma del artículo 4º, primer párrafo, de la Constitución mexicana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2021*, coordinación Walter de Santana, Anna Luisa, Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2021.
- Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>>
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales”. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 2, 2019, <https://www.scielo.br/j/rinc/a/qv3Zjkwh6PMkXVw-zp8KYGHF/?format=pdf&lang=es>
- Rodríguez Luna, Ricardo, *Responsabilidades y violencias*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.
- Rodríguez Zepeda, Jesús, ¿Medir porciones o medir conductas? Hacia una esquema conceptual para la medición de la discriminación”, en Aragón Rivera, Álvaro, González Placencia, Luis y Alfredo Hernández, Mario (coords.), *Los derechos sociales desde una perspectiva filosófica*. Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2017.
- Rowan, Jaron, *Cultura libre de Estado*, Madrid: Traficantes de sueños, 2016.

- Salazar Benítez, Octavio, *Cartografía de la igualdad, Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Salazar Cisneros, Yigién, “El desarrollo cultural, complicidad necesaria. *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*”, vol. 7, no 1, 2019. <https://www.scielo.br/j/rinc/a/qv3ZjkwH6PMkXVw-zp8KYGHF/?format=pdf&lang=es>
- Soto Carrasco. David, *Filosofía política y ética, claves conceptuales para comprender el presente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*, Madrid: Trotta, 2007.
- Zamudio Sánchez, Francisco José; Ayala Carrillo, María del Rosario; et al., “Mujeres y hombres: desigualdades de género en el contexto mexicano”. *Estudios sociales* (Hermosillo, Son.), vol. 22, no 44, 2014.
- Zepeda, Jesús Rodríguez. “Definición y concepto de la no discriminación”. *El Cotidiano*, no 134, 2005.

Legislación

- Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.2015. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>
- Constitución Española (1978). BOE, núm. 311, Artículo 14, Véase en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Publicada en el Diario Oficial de la Federación. Véase en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_241220.pdf.
- Declaración de México Sobre las políticas culturales, 1982. Conferencia mundial sobre las políticas culturales,

México D.F., véase en https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals400.pdf

La Declaración Universal de Derechos Humanos.1948. Organización de la Naciones Unidas, proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en París, Resolución 217 A III <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación Pública, 2003. Artículo 4, Véase en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf>

Crterios Jurisprudenciales

Tesis [A]: 1a.CCLXXXVI/2014(10a.), 2014. Primera Sala, Constitucional *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 9, agosto de 2014, Tomo I, página 529, Registro digital: 2007057. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007057>

Tesis[A]: 1a. XIII/2022 (11a.), 2022. Primera Sala., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 13, 13 de mayo de 2022, Tomo IV, página 3498, Registro digital: 2021173. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021173>.

Páginas web

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, “Encuesta Nacional sobre Discriminación ENADIS 2022. Presentación de resultados”, Instituto Nacional de Estadística y Geografía https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2022/doc/enadis2022_resultados.pdf

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, “Encuesta Nacional sobre Discriminación 2022: ENADIS: marco conceptual”, Instituto Nacional de Estadística y Geografía https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/889463910480.pdf

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, “Encuesta Nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares (ENDIREH)2021”, Comunicado de Prensa Núm 485/22, 30 de agosto de 2022, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Véase en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/endireh/Endireh2021_Nal.pdf

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA AUTOREGULACIÓN, AUTOGOBIERNO, LIBERTAD DE CÁTEDRA Y MANEJO DE SU PATRIMONIO

ALINA DEL CARMEN NETTEL BARRERA*

La autonomía universitaria es uno de los temas más importantes para delinear las características y futuro de la educación superior en México. Al mismo tiempo, ha sido un tópico utilizado de manera discrecional según los intereses que subyacen a cada uno de los ámbitos universitarios en las diferentes instituciones del país. En esta reseña jurisprudencial, se abordan algunos de los temas de frontera en la vida universitaria en relación a la autoregulación, autogobierno, libertad de cátedra y manejo del patrimonio.

Tradicionalmente, se ha considerado que la autoridad universitaria no se relaciona con el poder sino con la dirección académica, propia de la finalidad que persiguen las universidades. Lo que no obsta a reconocer que en la actuación de las autoridades universitarias está, en estricto sentido, sujeta a responsabilidad. Toda vez que la autoridad académica opera en el ejercicio de facultades otorgadas por el ordenamiento para regular la acción académica, su proyección puede provocar afectaciones o beneficios en la esfera jurídica de los destinatarios de la acción público-educativa. Es decir, la autoridad universitaria es académico-administrativa y no político-administrativa, por lo que incluso los procesos de designación tienen una característica distintiva de dirección

* Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, profesora de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Querétaro, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I y del Cuerpo Académico “Derechos humanos y globalización” CAC-UAQ-128.

académica. “Se puede definir al principio de la autonomía universitaria como la garantía y constitucional y/o garantía institucional establecida en la Constitución, a favor de las universidades públicas, a fin de que cuenten con el blindaje jurídico-constitucional necesario para el cumplimiento de las funciones y responsabilidades asignadas en las materias de docencia, investigación y difusión de la cultura, dentro del fin superior de alcanzar el desarrollo óptimo del derecho a la educación”¹

Sobre la capacidad de *autoregulación*, destacamos que el alcance y naturaleza operativa de la autonomía universitaria se ha explicado por la Suprema Corte, basándose en el concepto de “autonomía especial” para la capacidad de dotarse de sus propios mecanismos normativos, lo que le permita cumplir con sus fines y prestar el servicio para el que es creada la propia institución. No obstante, se lleva a cabo una analogía con los organismos públicos descentralizados porque sus características propias no deben entenderse como elementos de una “disgregación de la estructura estatal”. Los principios y reglas de su actuación, en este sentido, son previstos por el propio Estado -leyes orgánicas de creación- y como podremos ver más adelante, las leyes de aplicación por el ejercicio de recursos públicos explican la interacción del sistema normativo universitario con el resto de normas el Estado. “Las universidades públicas son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, que implica autonormación y autogobierno, en atención a la necesidad de lograr mayor eficacia en la prestación del servicio que les está atribuido y que se fundamenta en su libertad de enseñanza, sin que ello signifique su disgregación de la estructura estatal, ya que se ejerce en un marco de principios y

¹ Guadarrama López, Enrique y González Pérez Luis Raúl, “Autonomía universitaria y universidad pública. El autogobierno universitario”, UNAM, México, 2009, p.39.

reglas predeterminadas por el propio Estado, restringida a sus fines”.² Nada obsta a reconocer que las autoridades universitarias deben ajustar su actuación a la seguridad jurídica correlativa a la actividad que desenvuelve: “Ejercen facultades decisorias que les están atribuidas en la ley y que por ende constituyen una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable y que por tanto se traducen en verdaderos actos de autoridad al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad, por ello, el juzgador de amparo, con la finalidad de establecer si a quien se atribuye el acto es autoridad para efectos del juicio de garantías, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades.”³

La complejidad de la heterogénea forma de actividad académico-administrativa que ejercen las universidades también ha provocado que los tribunales federales analicen los extremos del ejercicio de las potestades administrativas que detentan las universidades. Por ejemplo, cuando la institución a través de sus docentes, lleva a cabo procesos de evaluación académica de los alumnos (quienes ya cuentan con una relación estatutaria “regulada por derechos y obligaciones”) se entiende que no se ejerce poder público en una típica relación de supra-subordinación tradicional. Las universidades gozan de independencia para determinar las condiciones en las que prestan sus servicios educativos justamente orientados por la acción académica y no por la acción política. En otras palabras se ha entendido que la evaluación académica de los alumnos se basa en la capacidad de autodeterminación

² Tesis A 1ªXI2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVII Mayo de 2003, p. 239

³ Tesis P. XXVIII/97 9a. Época; Pleno; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; V, Febrero de 1997; p. 119.

que no podrá ser enjuiciada como si se tratara de actos de autoridad típicos. “Las universidades públicas, conforme al artículo 3ro., fracción VII, de la Constitución General, gozan de independencia para determinar, por sí solas, los términos y condiciones en que desarrollarán los servicios educativos que presten, así como los requisitos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, lo que las habilita para emitir disposiciones administrativas de observancia general que les permitan cumplir con mejores resultados sus fines educativos”⁴.

Por lo que corresponde al *autogobierno*, encontramos el tópico por excelencia en las universidades públicas, pues la designación del rector y los órganos colegiados ocupan buena parte del calendario escolar. Al respecto, los tribunales se han decantado por determinar que el nombramiento de rector o rectora o la integración de los órganos de colegiados no constituyen un acto de autoridad a efectos del juicio de amparo y se considera como uno de los momentos más icónicos de la autonomía. Se trata de evitar que cualquier otro órgano del aparato estatal tenga injerencia, incluso tras la elección. “[...] la elección efectuada por la Asamblea General de Profesores de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, de los docentes que integrarán sus respectivos Consejos Universitario, Técnico Universitario y Divisional, no constituye un acto de autoridad para efectos de la procedencia del juicio constitucional, por lo que, al impugnarse mediante esa vía, se configura la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, en relación con los diversos 1to., fracción I y 5to., fracción II, de la Ley de Amparo, en razón de que esa deliberación se inserta en el ejercicio de las atribuciones de autogobierno de la mencionada casa de estu-

⁴ Tesis TCC (IV Región) 1o.21 A (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 80, noviembre de 2020, Tomo III, p. 2231

dios, que en virtud de su autonomía no admite que un órgano estatal la sustituya o suplante, resolviendo quiénes deben ser electos como integrantes de dichos órganos universitarios. Lo anterior es así, porque de los artículos 1, 6, 11, 12, 13 y 44 de la ley orgánica de la citada universidad, así como de los diversos 20, 25, 26 y 27 de su estatuto general, se colige que ésta es un organismo público descentralizado del Estado de Tabasco, con autonomía constitucional, que para el logro de sus fines tiene la facultad de gobernarse a sí misma, mediante la designación de sus respectivas autoridades universitarias, entre las cuales están los referidos cuerpos colegiados; incluso, el primero de éstos es el máximo órgano de discusión y decisión, que tiene por objeto expedir las normas y disposiciones reglamentarias para la mejor organización y funcionamiento académico y administrativo de dicha universidad pública. Luego, la designación de los docentes que fungirán como integrantes de esos órganos colegiados, constituye un acto decisorio ad-intra de la mencionada universidad, pues lo adopta autónomamente, al interior de su asamblea de profesores, en términos de la referida fracción VII del artículo 3ro. de la Constitución Federal, que establece que las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas y, desde esa óptica, existe un impedimento constitucional y legal para que un órgano judicial de amparo disuelva la esfera de competencias ejecutivas universitarias, pues se reitera, la designación de sus funcionarios constituye un acto que tiene consecuencias, únicamente, al interior de la referida institución educativa, que emite bajo un grado de discrecionalidad para la determinación de sus procesos de selección y de calificación de sus elecciones internas.”⁵

⁵ Tesis (IV Región) 2o.7 A (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 32, Julio de 2016, Tomo III, p. 2255

Si reflexionamos en el devenir histórico de conformación de la autonomía universitaria podemos identificar claramente la necesidad de proteger el autogobierno como uno de los pilares de la vida institucional pues las universidades han sido el reducto de la libertad frente a las dictaduras de facto, de iure o intelectuales. “Con ese sentido de la expresión autoridad universitaria, es dable afirmar que la no injerencia de factores, sectores o personas externas en la vida universitaria en todos sus ámbitos, niveles y procesos aleja a la universidad pública de vaivenes políticos y de situaciones de zozobra institucional. Esta no injerencia se materializa particularmente en los procesos de designación de las autoridades universitarias, las cuales, al elegirse con criterios académicos, no deben ser revisados por instancias externas de la universidad”.⁶

Por otra parte, recientemente la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sostuvo nuevamente, en ocasión de un recurso para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano presentado por una candidata a rectora de la Universidad Autónoma de Guerrero⁷ (quien aducía habersele vulnerado su derecho a contender) que los procesos de elección de rectores no se consideran materia electoral, toda vez que no proceden de autoridades electorales, no se actualiza la hipótesis de tipos de elecciones de la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, no se relaciona con la facultad de intervenir en asuntos políticos, ni se trae aparejado un derecho político-electoral para el ejercicio de soberanía popular y que, por otra parte, las violaciones impugnadas se relacionan con un procedimiento de elección interno “acotado” al ámbito universitario. La Sala Superior otorga la razón al tribunal local y resuelve bajo el criterio dominante de que “no hay violación de derecho político electoral por encontrarse en el ámbito de la autonomía de la

⁶ Enrique Guadarrama López y González Pérez Luis Raúl, “Autonomía universitaria y [...]” op. cit., p. 24

⁷ SUP-JDC-138/2017

Universidad”. Sin embargo, el fondo del asunto se relaciona con la ilegalidad que subsiste por cuanto el reglamento de elecciones de dicha universidad prevé más requisitos que su ley orgánica. Tal vez habríamos de replantear qué es la materia electoral y qué significa la autonomía si ésta se ejerce al margen de los parámetros de validez de los reglamentos respecto de las leyes que les dan origen.

Por lo que corresponde a la *libertad de cátedra*, podemos identificar el ámbito más sublime de toda la acción educativa. Mientras la autonomía universitaria es un proceso externo, la libertad de cátedra es un proceso interno que se desenvuelve en el ámbito de las libertades intelectuales. Su protección de injerencias externas responde a la necesidad de que los planes y programas de estudio, así como la orientación de su actividad más importante, la educativa, se encuentre libre de injerencias de los poderes públicos tradicionales condicionando qué se estudia, cómo se estudia y finalmente, qué se piensa u opina en el ámbito político. Sin lugar a dudas la libertad de cátedra es uno de los grandes tesoros de la universidad pública, donde la opinión, la pluralidad y la libertad son los pilares de la formación. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha señalado en este sentido que la libertad de cátedra y el derecho a la educación son derechos fundamentales de las personas que integran el colectivo universitario y estos se protegen a la luz de la autonomía universitaria y nunca contra esta. Es decir, la autonomía universitaria tiene carácter instrumental para garantizar aquello y no viceversa. “La autonomía universitaria es una garantía institucional del derecho a la educación superior, es decir, tiene un carácter exclusivamente instrumental y no conforma, per se, un fin en sí misma, por lo que es valiosa si y sólo si -y en la medida en que- maximiza el derecho humano a la educación superior. En este sentido, no debe confundirse la

autonomía universitaria, en cuanto garantía institucional que se predica de una persona jurídica de derecho público -la universidad autónoma-, con los derechos fundamentales de las personas físicas que la integran: el derecho a la educación superior y sus distintos haces normativos, como el derecho a la libre investigación y discusión de las ideas, el derecho a la libertad de cátedra, entre otros. Esto es, el hecho de que la autonomía universitaria tenga una relación instrumental con la maximización de derechos individuales, no implica que ésta sea a su vez un derecho humano de una persona jurídico-colectiva que deba ponderarse con los derechos humanos de sus miembros. La autonomía universitaria, en definitiva, está subordinada a la maximización del derecho a la educación, por lo que, por regla general, el ejercicio legítimo de aquélla no puede incluir la restricción de aspecto alguno del derecho a la educación”⁸.

El *manejo del patrimonio* es también una arista de la autonomía universitaria que ha sido difícil de entretejer en el devenir de la historia de las universidades públicas. Es importante reconocer que las noticias sobre actos de corrupción en las universidades públicas han dado lugar a muchos disgustos en el ámbito nacional. Por una parte, debemos reconocer que una mala interpretación de la autonomía universitaria, en otra época, provocó una amplia discrecionalidad en los procedimientos de gestión presupuestal de las universidades. Se dio lugar, como ejemplo, a que los procedimientos de asignación de recursos federales se ejercieran de manera heterogénea entre el personal académico, por ejemplo, como en el caso del programa de estímulos al desempeño. Sin embargo, esto ha empezado a cambiar, principalmente a través de la aplicación de las normas en materia de combate a la corrupción y contrataciones públicas que deben aplicar

⁸ 1a./J. 119/2017 (10a.) Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, p. 132

las universidades al recibir recursos públicos. Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sostenido que “si de acuerdo con la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, el patrimonio de esa institución educativa se constituye, entre otros, por las aportaciones ordinarias y extraordinarias que la Federación, el Estado y los Municipios le otorgan, se concluye que es sujeto de ese Sistema, pues la circunstancia de que parte de su patrimonio se integre por recursos públicos la obliga a observar las reglas respectivas, siempre y cuando no se atente contra el principio de autonomía universitaria reconocido por el artículo 3ro. de la Constitución Federal.”⁹ Por otra parte, las normas sobre contrataciones públicas o responsabilidad de los servidores públicos han venido a empujar el avance de la legislación universitaria en la dirección de la fiscalización y control presupuestal de las universidades públicas, lo que es de celebrarse al amparo del fortalecimiento de la autonomía universitaria.

⁹ 2a. X/2019 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 1099

PARÁMETROS PARA LA CONCESIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO

JOSÉ ALONSO GARIBALDI LEYVA*

En la Ley de Amparo, de fecha 2 de abril de 2013, que abrogó a la otrora Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de enero de 1936, en la que integra la figura jurídica de la medida cautelar que es distintiva del proceso constitucional mexicano en materia de la preservación de los derechos humanos y garantías constitucionales, cuya institución jurídica se le denomina Suspensión de acto reclamado, que tiene como objetivo que mantengan en una situación de paralización, pausa, estado inerte, o que sus actos de autoridad estén detenidos durante el tiempo de la sustanciación del juicio de amparo hasta que se resuelva sobre la legalidad o ilegalidad que afecte la constitucionalidad de los actos que fueron reclamados por el quejoso respecto de las actuaciones u omisiones y las normas generales que realizan o ejecutan en forma potestativa y unilateralmente las autoridades señaladas como responsables.

Con esta figura jurídica, se logra que a través de la concesión de la suspensión del acto reclamado, que en el transcurso de un tiempo de la sustanciación del procedimiento

* Egresado de la Facultad de Derecho de la UABC, diplomados de juicio de amparo y derechos humanos; Escuela Judicial del Instituto del Consejo de la Judicatura Federal y Casas de la Cultura Jurídica de la SCJN. Maestría en Derecho Corporativo y Fiscal UAG; Maestría en Derecho Aduanero. Egresado del Doctorado en Derecho Tributario Constitucional, Castilla La Mancha. Docente en materias de derecho. Abogado postulante.

del juicio de amparo se detengan todo intento de actuación o ejecución de los actos reclamados que llegaren a perjudicar, estén afectando, o ya ejecutado se podría restituir en el goce de los derechos humanos o garantías constitucionales; y así se impide que el juicio de amparo quede sin materia; esta es la verdadera nota distintiva del juicio de amparo en México, el contar con esta figura jurídica se evita que el quejoso se le afecte en el goce pleno de sus derechos constitucionales, ya que el efecto de la concesión de la suspensión del acto reclamado de la autoridad no surta efectos en contra del gobernado cuando éste no se ha producido, que no se realice y, si ya se inició el actuar de la autoridad responsable, que este no prosiga, para lo cual, el otorgar dicha suspensión se prevenga, contenga, paralice, pause o se le dé tutela anticipada restaurativa en el goce y ejercicios de sus derechos fundamentales, evitando molestias o afectaciones mientras que se resuelva en forma definitiva el procedimiento de amparo.

La Ley de Amparo, bajo un contexto de norma jurídica procesal, regula dicha figura jurídica de la suspensión, desde una visión de formalidad, elementos y supuestos de procedencia y sus efectos mediante los cuales se debe conceder dicha medida cautelar de la suspensión del acto, y es ahí en la que se enfrenta el quejoso en poder satisfacer dichas exigencias legales para que el órgano jurisdiccional que conozca el juicio de amparo, deba conceder dicha protección suspensiva, con base en lo establecido en la ley de amparo, la jurisprudencia y los tratados internacionales en materia de derechos humanos que ayudan con su interpretación en la aplicación de la suspensión en el amparo.

La Ley de Amparo regula esta figura en el artículo 125, en cuanto se refiere a que la suspensión del acto reclamado, se puede decretar de oficio o a petición de parte del quejoso. En el primer supuesto de procedencia, procede la concesión

de la suspensión, cuando los actos de autoridad sean de los contemplados y prohibitivos para toda autoridad como aquellos que importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro o en contra de los prohibidos como lo establece el artículo 22 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. En lo que respecta a la procedencia y concesión de la suspensión a petición de parte agraviada, la Ley de Amparo establece 2 hipótesis distintas en la cual el juez de distrito o en su caso el tribunal colegiado de apelación cuando sea competente, deben observar para su otorgamiento, desde la concesión de la suspensión provisional y en su momento la suspensión definitiva. Recordemos que la suspensión provisional es aquella que solicita la parte quejosa desde la presentación de la demanda de amparo o antes de que se dicte sentencia definitiva, y se resuelve en el auto de inicio de admisión de demanda y se sustancia a través del incidente de suspensión que se lleva a cabo en forma por duplicado y separado en el mismo expediente del juicio de amparo, justificando con ello la posible e inminente afectación de daños y perjuicios de difícil reparación del goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, ya que conforme a una apreciación a priori de protección constitucional a través de esta figura jurídica, se justifica por una necesidad urgente, y al otorgarse de manera provisional garantiza que la situación jurídica del quejoso ante la autoridad se mantenga en un estado de preservación de acuerdo al estado que guardan hasta que se notifique a la autoridad responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva a través de sentencia interlocutoria dentro del cuaderno de incidental. Una vez que se conceda la suspensión definitiva, el efecto jurídico es el mismo que la figura de la suspensión provisional, sin embargo una vez obtenida la concesión de la suspensión definitiva surte efectos hasta que a la autoridad responsable se

le notifique la sentencia definitiva que resuelva el amparo en el cuaderno principal. Es por esto, que manifestamos que el efecto de la suspensión tanto provisional como definitiva, es conservar la materia de fondo del juicio de amparo, es decir, que se preserven y subsistan los derechos fundamentales y garantías constitucionales que el quejoso resintió como afectado sin que esta última haya resuelto el fondo en lo principal ya que eso le corresponde a la sentencia definitiva de amparo.¹

En este punto de análisis, nos preguntamos qué tipo de interés debe de tener el quejoso para promover, no solamente la demanda de amparo, sino para que sea sujeto a la aplicación de la medida cautelar de la suspensión provisional o definitiva ya sea de oficio o ya sea a petición de parte; recordemos que cuando se habla del interés que puede tener el quejoso en un juicio de amparo, se hace referencia a tres “modalidades”, el interés jurídico, el interés legítimo y el interés simple; sin embargo, para este tipo de juicio de am-

¹ Tipos de efectos sobre la suspensión:

Naturales: son establecidos en el artículo 147 de la Ley de Amparo, se presentan cuando la suspensión es procedente y el órgano jurisdiccional tiene que fijar la situación por la cual se deben de quedar las cosas, lo que implica que se tenga que detener la ejecución del acto reclamado. Luego entonces, para poder proteger la materia del amparo, el juez debe establecer condiciones que tienen por objeto que se sigan surtiendo efectos en cuanto a la suspensión, incluso, las medidas que pueden tomarse medidas adicionales, como lo son en materia procesal penal. De ahí que el juez no tenga limitaciones respecto a derechos humanos, los terceros interesados ni sobre el interés jurídico para asegurar la materia del juicio.

Restitutorios: de acuerdo con el artículo 147 en su párrafo tercero, y como ya lo habíamos mencionado, la suspensión, respecto de su naturaleza, busca que las cosas se mantengan en el estado que guardan, luego entonces, si se trata de suspensiones en materia jurídica y materialmente posible, se debe restablecer de forma provisional al quejoso en cuanto al goce de derechos violados hasta que se dicte sentencia ejecutoria dentro del juicio de amparo.

paro, para ser sujeto de protección a través de esta medida cautelar existe un tipo de interés que ha ido tomando formas evolutivas estrictamente relacionado con la evolución de los derechos humanos, como lo apreciamos en el artículo 128 de la Ley de Amparo, que establece como requisitos para su solicitud y otorgamiento de la medida suspensiva, los siguientes elementos:

a) Que la haya solicitado la parte quejosa. Estos requisitos se refieren no solamente a la petición formal que hace el quejoso en su demanda, si no el acreditamiento diario del interés suspensivo que le asiste al quejoso para solicitarlo, bajo los parámetros que establece el artículo 5 de la Ley de amparo, catalogando al quejoso, quien aduce ser titular de un derecho subjetivo, o de un interés legítimo individual, o colectivo en el que el acto u omisión, o la norma jurídica de la autoridad responsable le produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica en forma directa o bajo una situación especial frente al orden jurídico; y,

b) Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público.²

² **Orden público e interés social.** De acuerdo con el artículo 129 de la Ley de Amparo, La Suprema Corte, de orden público, puede entenderse como un deber de los gobernados de no alterar la justicia de la nación, se ha pronunciado mediante una tesis aislada con número de registro digital 178594, algunas especificaciones sobre los términos orden público e interés social, y aunque en la actualidad la Ley de Amparo ha sido reformada y el número de artículo que ahí se menciona no es el mismo en la reformada ley, nos ayuda a tener una idea más clara sobre este tema:

Suspensión en el amparo. alcance y valoración de los conceptos «interés social» y «orden público», para efectos de su concesión. El vocablo «interés» implica nociones como bien, beneficio, utilidad, valor de algo, importancia, conveniencia y trascendencia. cuando se ubica en el ámbito social, debe tratarse de un beneficio, utilidad, valor, importancia, conveniencia o trascendencia o bien para la comunidad o sociedad. Asimismo, el vocablo «orden» hace referencia a la idea de un mandato que debe ser obedecido. en el contexto de lo público, es decir la

De ahí que el artículo 128, fracción I, de la Ley de Amparo, al establecer como requisito para el otorgamiento de la suspensión, se formule a solicitud del quejoso, sino que también el acreditamiento indiciario de que quien la solicita, se ubica en los supuestos del artículo 5 de la Ley de Amparo.

Ahora bien, una de las novedades de esta nueva Ley de Amparo con una visión progresista y evolutiva se establece la procedencia de la suspensión de oficio y de plano, la que de acuerdo a la manifestación de los conceptos de violación y los hechos que motivan la elaboración y presentación de la demanda de amparo respecto a los actos prohibitivos como lo establece el Artículo 22 Constitucional, y el Artículo 125, ya mencionado así como en el artículo 126 párrafo 3ro de la Ley de Amparo, la concesión de la suspensión de oficio y de plano respecto a los actos de privación de la propiedad, posesión o disfrute de derechos agrarios sobre poblaciones ejidales o comunales de forma total, parcial o temporal y definitiva, cuya sustanciación será aún sin solicitarlo en forma especial y expresa en la demanda, el juzgador de amparo la decretará en el auto de admisión de demanda sin que se abra ningún cuadernillo incidental como sí ocurre en la suspensión de oficio y petición de parte; y el momento procesal el juzgador sin demora tiene que comunicarle a la autoridad responsable sobre la suspensión para que por cualquier medio logre su inmediato cumplimiento.

organización del cuerpo social. tales nociones, en materia de suspensión del acto reclamado, deben plantearse en función de elementos objetivos mínimos que reflejen preocupaciones fundamentales y trascendentes para la sociedad, como las establecidas en el artículo 124 de la Ley de Amparo (funcionamiento de centros de vicio, comercio de drogas, continuación de delitos, alza de precios de artículos de primera necesidad, peligro de epidemias graves, entre otras). Por tanto, para distinguir si una disposición es de orden público y si afecta al interés social -nociones que, por cierto, guardan un estrecho vínculo entre sí- debe atenderse a su finalidad directa e inmediata en relación con la colectividad.

Pasemos ahora a la concesión de la suspensión del acto reclamado bajo el parámetro de la “Apariencia del buen derecho y peligro a la demora”. Para el dictado de las medidas cautelares se debe ajustar a los criterios que la doctrina denomina como apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, que se conoce como “el temor fundado de que mientras llega la tutela efectiva se menoscabe o haga irreparable el derecho materia de la controversia constitucional”, y que no solo atiende al tema de la preservación de los derechos, sino que repercute en la sentencia de amparo concedida para el eficaz cumplimiento de la sentencias de amparo en forma efectiva y plena.

Tutela judicial anticipada y restitutiva. Como segundo parámetro, en esta nueva era del amparo y bajo el esquema de una tutela judicial anticipada, cuyos orígenes son el artículo 14 Constitucional, que en su evolución se ha desarrollado en cuatro etapas. En la primera se observa la tutela judicial de la medida suspensiva en lo que respecta a que los juicios no pueden darse continuación hasta que el demandado sea debidamente notificado y pueda contestar y alegar en su demanda, ni que no pueda ejecutar una sentencia sin que el demandado sea oído previamente en juicio, también respecto; a los medios de prueba que sólo se pueden desahogar en juicio para que con ello se dicte una sentencia en contra del gobernado. En una segunda etapa se fueron introduciendo providencias de instrucción anticipada o que facilitarían una posible ejecución forzosa por parte de la autoridad en contra del gobernado; en la tercera etapa se presenta el tema de la tutela anticipada satisfactoria al quejoso, y en una cuarta etapa se presenta con una tutela de urgencia de evidencia y de prohibición conservatoria auto satisfactoria.³ Estos últimos

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25 titulado Protección judicial, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo entre los jueces o tribunales

efectos tienen la naturaleza de determinar que la vida de durabilidad de esa medida cautelar, siga la suerte de la pretensión principal, desde el principio del juicio de amparo, hasta el final. Esta instrumentalidad define a la medida cautelar no como un fin en sí mismo, sino vinculada al servicio de la sentencia que deberá pronunciarse en el proceso, una vez que éste culmine en sus diferentes etapas procesales, dentro del juicio de amparo.⁴

competentes que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Por su parte el artículo 17 constitucional establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar un derecho, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo resoluciones de manera pronta completa e imparcial y su servicio será gratuito quedando en consecuencia prohibida las costas jurídicas

⁴ La tutela anticipada de veces satisfactoria y con suspensión con efectos restitutorios como lo establece el artículo 139 de la Ley de Amparo

- Suspender el acto reclamado significa satisfacer provisionalmente la petición del quejoso
- Así también el artículo 147 Ley de Amparo establece
- Aquí no solo suspende , sino que de haberse ejecutado pueden retrotraerse
- En caso de no proceder el amparo debe ser posible restituir
- Coinciden la materia de la tutela anticipada con el fondo.
- Ejemplo Lanzamiento ejecutado
- Tercero extraño
- Demuestra que el día que se le emplazó estaba en la cárcel
- Se concede suspensión con efectos restitutorios
- Negar la tutela anticipada por no acreditar en el momento de la demanda el derecho, no deja sin materia el juicio
- La madre de un hijo demanda al padre biológico respecto al reconocimiento de paternidad y pensión alimenticia
- Juez niega alimentos provisionales por no acreditar el derecho por no

CONCLUSIONES

Es importante destacar que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva; por ende, el fundamento de la pretensión que constituye el objeto de esta medida no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. En consecuencia, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, de modo tal, que según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho.

En estas consideraciones, el artículo 126 de la Ley de Amparo, al establecer la suspensión de oficio y de plano, cuya procedencia se trate de actos prohibitivos establecidos en el Artículo 22 Constitucional, en nuestra opinión no queda satisfecha la verdadera garantía protectora de este tipo de suspensión, toda vez que al aceptar su procedencia respecto a actos prohibitivos, estos no son la totalidad de los derechos humanos de que todo gobernante goza y que deben ser protegidos, quedando limitado el verdadero espíritu protector de esta medida cautelar bajo la modalidad de la suspensión de oficio y de plano, así como también sus efectos restitutivos, como lo ordena el artículo 1 de la Constitución y demás tratados internacionales en materia de derechos humanos del que México es parte.

estar registrado el menor con el apellido del padre,

- Se pide la prueba del ADN, demandado, se niega sometimiento de la prueba, surge presunción y con ello se otorga la medida.
- Demandado acredita que no tiene capacidad para procrear.

JUAN PABLO VENEGAS CONTRERAS, *VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS, EL ABANDONO FAMILIAR*. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA, 2021.

IVONNE ADRIANA GAYTÁN BERTRUY*

ROLANDO CASTILLO SANTIAGO**

Esta obra es una reflexión sobre temas relevantes y conceptos significativos recopilados de la tesis doctoral del autor Juan Pablo Venegas Contreras, siendo el objeto de estudio de la investigación; los derechos humanos de las niñas y los niños en el ámbito familiar, centrado principalmente en el tema de la violación de los derechos de las niñas y niños en situación de abandono familiar.

El autor hace mención sobre algunas aproximaciones teóricas del reconocimiento, protección del niño y de la familia como elemento o componente en la construcción de la identidad y desarrollo de la personalidad del niño reconociendo-

* Profesora-Investigadora de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT). Egresada de la licenciatura en Derecho por dicha universidad. Maestra en Ciencias de la Educación por el Instituto de Estudios Universitarios. Candidata a Doctor en Derecho Público por la Universidad de Zaragoza, España y Candidata a Doctor en Derecho por el Instituto Universitario de Puebla.

** Doctor en Estudios Jurídicos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, donde es profesor Investigador de la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades. Profesor de Tiempo Completo con Perfil Deseable entregado por la Secretaría de Educación Pública. Estudios de Postdoctorado en Educación “La Nueva Escuela Mexicana” en el Centro Internacional de Posgrados A. C. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores nivel 1.

les su autonomía como principio de integración social, determinando que son los padres, quienes deben de promover la seguridad, valores, diversas formas relaciones e interacciones y su derecho a la intimidad, así como las diferencias de los diversos modelos de familia, de igual manera hace algunas consideraciones conceptuales sobre la definición de niño, niña y adolescente para determinar la cualidad de niño, sobre todo como concepto jurídico reciente en la normatividad convencional y constitucional.

Derivado de ello, aporta una visión especial en el funcionamiento, implementación de mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección en donde considera que permite a la familia proveer un entorno que facilite el desarrollo integral del niño como ser humano, estableciéndose, como primer enfoque de comprensión; doctrinas tradicionales y posteriormente los nuevos enfoques teóricos de los derechos del niño, tomando como punto de referencia el reconocimiento del niño, legitimado en el Derecho Mexicano, y enfocándose que en el seno familiar debe ser el ámbito protector del menor, independientemente de la explicación de los tipos de familia y las diversas relaciones que se originan, el estudio se centra de igual manera, en los análisis de los resultados aplicativos de mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección del menor y su reconocimiento, estableciendo desde los sistemas universales de derechos humanos hasta la legislación mexicana, especialmente el del Estado de Baja California, donde se desarrolló la investigación.

Venegas precisa desde una perspectiva histórica, normativa, política, sociológica y jurisprudencial, la importancia de la protección del niño, derivado de la responsabilidad de los padres y/o tutores de garantizar sus necesidades de alimentación, salud, educación, sano esparcimiento para su desarrollo físico, moral y emocional, así como el Estado de

generar políticas públicas pertinentes que permiten de manera efectiva el reconocimiento del menor como sujeto de protección. Describe muy claramente; el contexto del derecho convencional, constitucional y criterios jurisprudenciales del objeto de estudio de la investigación, donde expresa la importancia del enfoque de la afectación e indivisibilidad del niño, expresando en diversos apartados del libro, en qué casos el menor se considera objeto o sujeto de derechos y en especial en una situación de abandono familiar.

Con base a lo anterior, su aportación teórica la fundamenta en tres doctrinas sobre la concepción jurídica de los niños y adolescentes abandonados, en donde el autor las establece de la siguiente manera: la doctrina tutelar o de la situación irregular, la cual considera que esta doctrina nació y dio respuestas a los problemas que se plantearon respecto de los niños y adolescentes abandonados bajo graves condiciones sociales y de delincuencia; su referente más inmediato está en los países latinoamericanos a principios del siglo XX, dieron pauta a legislaciones como la Ley Agote de 1919, de Argentina, considerando al menor como objeto de protección.

En la segunda doctrina hace referencia, en el documento, de la protección integral, que caracteriza los derechos de la niñez como una amplia gama de normas y facultades en favor del niño, quien ya es considerado como sujeto de derechos, con protección prevalente a la de los adultos; un claro ejemplo es la convención sobre los derechos del niño y en la tercera, la doctrina de la autonomía de la voluntad, que con meridiana claridad postula las amplias facultades jurídicas del infante en relación con sus padres, custodios, familia, sociedad y el Estado, en el ejercicio de sus facultades y atribuciones, pero con restricciones de orden público y prohibiciones legales en aras de la protección del niño.

Como punto medular de la contribución del autor, se encuentra el estudio profundo de la sistematización universal, interamericana, nacional y local (Baja California) sobre los derechos humanos del niño, desde la perspectiva histórica, doctrinal y jurisprudencial; identificando de manera detallada la normatividad de protección del menor, sobre los condicionantes doctrinales, antes expuestos, es decir, tutelares, integrales, o solo de orden público.

Acto siguiente, el autor, nos presenta los aspectos normativos y pragmáticos del derecho humano del niño a vivir en el seno de una familia, en el cual debe permitirse el desarrollo pleno, para su bienestar personal y patrimonial, tomando en este apartado de la obra, el trabajo de campo de la investigación, examinando situaciones de hecho con las normas y los derechos fundamentales que se pueden vulnerar o vulneran con actos de abandono por parte de sus padres o de uno de ellos, violando el derecho humano de vivir o pertenecer a una familia, perdiendo de igual manera su identidad y pertinencia, cuando la asistencia familiar se ve vulnerada es considerado una violación grave.

Asimismo, el autor menciona algunas excepciones sobre la incapacidad de los padres para el cuidado de los menores, y no aptos para las obligaciones de asistencia familiar, en las que menciona las psicológicas o mentales, o cualquier otro trastorno, o generadores de violencia contra el niño, por adicciones, sentencia privativa de la libertad, o una sentencia del divorcio, que permitiría conceder la custodia o patria potestad a algunos de los padres, o ciertos condicionantes de convivencias del menor.

Para concluir, se consideran relevantes las aportaciones versadas por el autor en la obra, ya que la figura de la convivencia familiar es necesaria para proveer a los menores seguridad, identidad, pertinencia y mejor desarrollo de su

personalidad, por lo tanto, el abandono familiar perjudica el derecho de pertenecer a una familia, a la vez repercute negativamente en sus derechos primigenios y patrimoniales, como son la vida, salud, libertad, vivienda, alimentación adecuada, educación, los cuales son indispensables para que se pueda garantizar un bienestar personal y en el de su entorno, construyendo con ello, personas integrales dentro de la sociedad.

Destaca esta obra por la definición clara que hace sobre conceptos específicos cuando se abordan temáticas relacionadas a niñas, niños y adolescentes, de ahí mismo su importancia recae en el aporte que representa para este grupo vulnerable, por reconocer que este grupo etario es titular de derechos humanos y que por sus características cognitivas, psicológicas, físicas, sociales, jurídicas y vulnerabilidad, reciben un trato distinto al de los adultos.

MARÍA SALOMÉ MAGAÑA MARTÍNEZ, YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA Y JESÚS RODRÍGUEZ CEBREROS, *EL PATRIMONIO DE FAMILIA: UNA GARANTÍA SOCIAL DE LA FAMILIA EN MÉXICO*. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA, 2021.

AMANDA COLUMBA REAL BELTRÁN*

La Universidad Autónoma de Baja California, comprometida con la divulgación de obras de contenido científico sobre temas de relevancia para la comunidad académica, jurídica y social, publicó recientemente la obra titulada *El patrimonio de familia: una garantía social de la familia en México*, escrito por María Salomé Magaña Martínez, Yolanda Sosa y Silva García y por Jesús Rodríguez Cebberos, quienes a través de este texto estudian a la familia como institución desde la perspectiva de los derechos que la fortalecen e impulsan su desarrollo integral.

Es así como, en tres capítulos, los autores analizan de manera exhaustiva a la familia a la luz de los derechos humanos tomando como punto de partida la reforma constitucional del 2011, siendo este suceso un parteaguas para colocarla en el centro del debate sobre su función dentro de la sociedad correlacionándola con aquellas prerrogativas que se derivaron de la interpretación del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma que abre la puerta para la aplicación de instrumentos de carácter internacional. Esta obra sin duda, reposiciona a la familia rom-

* Profesora de tiempo completo de la Escuela de Derecho de CETYS Universidad, Campus Mexicali, doctora en educación, con estudios de posgrado en mecanismos alternos de solución de controversias y derecho constitucional.

piendo paradigmas jurídicos previos a la obligatoriedad de la interpretación de los derechos humanos.

El capítulo primero denominado “Derechos humanos: principios y garantías constitucionales”, desglosa de una manera sistematizada y organizada, el alcance de la reforma en materia de derechos humanos del 2011, a la distancia de una década, puesto que la fecha de publicación de esta obra data del 2021, tiempo que ha dado lugar a la maduración de criterios derivados de un arduo análisis de situaciones que provocan este replanteamiento, es por eso que cobra relevancia el contenido de esta obra. Su copioso análisis inicia posicionando a los derechos sociales de la familia en sus principios protectores como la progresividad y no regresión, que de todos los principios son los que se encuentran íntimamente ligados con la reinterpretación de los derechos otorgados a esta institución.

En ese tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha delimitado el alcance de estos principios, cuyas tesis quedan plasmadas en esta obra y los autores extienden una atinada reflexión donde realzan las situaciones en concreto que deben considerarse su cumplimiento, de la misma forma distinguen la obligatoriedad del Estado de proteger y hacer valer los derechos sociales de una manera coordinada por los órganos que integran sus poderes. Derivado de esta prescripción, en este capítulo se desentraña el contenido de las normatividad federal vigente, que si bien es cierto, que de su lectura se desprende que estos derechos se encuentran reconocidos, requieren de efectividad para realmente materializarlos y finalmente cumplir con la gradualidad que precisa el principio de progresividad, contribuyendo de esa forma a la dignificación de los seres humanos.

De la misma forma, los autores analizan, de una forma coherente y sistemática los ordenamientos de carácter inter-

nacional que como parte de la reforma a los derechos humanos extienden la obligatoriedad del Estado mexicano de constreñirse a su aplicación si la norma es más favorable en materia de derechos humanos que sus propios ordenamientos internos, para ello en esta obra recopila y examina aquellas normas contenidas en instrumentos de carácter internacional, producto de una amplia investigación. En ese sentido, los autores resaltan que la normatividad internacional puede categorizarse en dos grandes vertientes, las primeras refieren aquellas que se vinculan a la protección de la familia como entidad colectiva, y las segundas, son dedicadas a reconocer el derecho del individuo de protegerse contra situaciones arbitrarias que impliquen una perturbación hacia su familia o bien a su desarrollo individual dentro de este ente.

Es así, como en ambos sentidos dentro estos instrumentos se plasman prerrogativas el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, por mencionar algunos. Del análisis realizado por los autores se puede constatar que los instrumentos ahí mencionados están dirigidos a proteger a la familia como un todo y a su vez incluyen normas que buscan dignificar a los individuos que la integran, tal es el caso de la mujer, los niños, los migrantes y sus familias, por lo que a la par de la obligación plasmada en la Carta Magna, es necesario que las autoridades mexicanas conozcan e interpreten la normatividad internacional de los derechos humanos de la familia.

No solamente en este capítulo se analizan tratados internacionales, sino también lineamientos establecidos por organismos internacionales forman parte de la hegemonía global como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en este punto los autores resaltan los derechos de la familia y/o sus miembros para proteger el trabajo digno, que, si bien es cierto, estas disposiciones se dirigen al a dignificación de una actividad preponderantemente económica, los autores no pierden de vista que no solamente se le atribuyen deberes morales a esta entidad, sino también requieren gozar de derechos económicos para impulsar su desarrollo integral.

Finalmente, este capítulo concluye en enumerar y describir las normas protectoras de la familia o sus miembros del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en el caso de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre que, concatenado con las disposiciones de la OIT, incide en la tutela del derecho al trabajo y a una justa retribución encaminado a satisfacer sus necesidades de una manera digna. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, integran el deber social por parte del estado a que la familia y sus miembros de tener acceso a un empleo digno con condiciones que le permitan mantener un nivel decoroso, sin discriminación alguna.

Los autores no solamente destacan el reconocimiento y protección de los derechos económicos de la familia, sino destacan el compromiso de satisfacer y garantizar la salud como un bien público, puesta al alcance de los individuos y familias. También hacen hincapié en la influencia que ejerce una adecuada alimentación para el sano desarrollo de la infancia y la adolescencia y como esto impacta en la maduración de sus capacidades físicas y morales. Concatenado

la constitución de un entorno sano, los autores destacan la imperiosa necesidad de erradicar la violencia contra la mujer según las normas contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Las líneas reseñadas de este primer capítulo, son una invitación a reflexionar sobre el alcance de las normas que comprenden los derechos la familia que buscan su sano desarrollo, para lograrlo esta protección que impulsan su evolución requieren de su garantización de forma integral e individual, en esta obra se evidencia el respaldo de un marco jurídico que muestra la esencia de buscar la necesidad de desarrollo individual de cada uno de sus miembros para lograr el desarrollo de la familia como ente.

En el capítulo segundo titulado “Marco conceptual y legal del patrimonio de familia en México”, aborda el estudio de uno de los derechos materiales y económicos de la familia en el sistema jurídico mexicano, que como ya se destacó anteriormente, la normatividad internacional reconoce la necesidad de contar con bienes materiales que les permitan conformar los cimientos de esta institución que contribuya a la creación de un medio ambiente armónico. Para ello, este capítulo se enfoca a la conceptualización y análisis del patrimonio de familia en México, realizando un diagnóstico del estado que guarda la normatividad vigente en México, en ese sentido los autores analizan la legislación de cada de las 32 entidades federativas, específicamente en cada una de sus Constituciones y normas de carácter civil.

Incluye también un copioso análisis del concepto del patrimonio desde el punto de vista histórico, haciendo referencia a doctrina de carácter internacional y a las opiniones recientes de especialistas, en donde los autores concluyen que el régimen patrimonial de la familia debe de distinguirse de otras figuras jurídicas como la copropiedad, el patrimonio de

familia no se trata de un conjunto de bienes que de manera indistinta son destinados a una comunidad, se trata de que esos bienes selectivamente constituyan del sustento familiar, debiéndose considerar el interés de la familia como grupo no el interés individual de sus miembros con la intención de protegerla de riesgos económicos, para de esa forma salvaguardar su estabilidad y así contribuir a la protección de sus derechos humanos.

Asimismo, aportan un concepto de patrimonio de familia debiéndose entender por este “un conjunto mínimo de bienes descritos en la legislación que constituyen una masa patrimonial autónoma que adquiere la calidad de alienables e inembargables, y por solicitud de un miembro de la familia, se destina al sustento y protección de un grupo familiar”. A la luz de este concepto en esta obra se hace hincapié en que es la segmentación de una porción del patrimonio de la persona para destinarlo a un fin jurídicamente determinado, por lo tanto, merece analizar a la familia desde la perspectiva del derecho familiar y a la parte del derecho civil que rige al patrimonio.

Derivado de ese binomio familia-patrimonio, dentro de este capítulo se dedican dos apartados en donde se analizan ambos conceptos, su relación y su impacto en el sistema jurídico mexicano, señalan aspectos relevantes como la necesidad de socializar la propiedad privada, darle el sentido social al incorporarse a los intereses de grupo consistentes en su desarrollo digno e integral, entre lo que se destaca sin duda, la vivienda. Este elemento del patrimonio de familia es analizado en la dimensión no solamente económica, sino como un derecho humano social, en donde indistintamente en diferentes ordenamientos y políticas de Estado se asocia con los calificativos de digna y decorosa, detallando aquellos de carácter internacional que describen el alcance de estos dos conceptos.

En ese sentido, los conceptos de dignidad y decoro, ambos con peso moral constituyen características físicas y materiales de la vivienda como parte del patrimonio de familia, tales como la disponibilidad de servicios e infraestructura que brinden seguridad, habitabilidad, que solamente sea un lugar de resguardo, sino de calidez y de oportunidades de hacer valer derechos tales como empleo, salud, educación, medio ambiente sano, entre otros. A la luz de estas disposiciones, es importante resaltar que derivado del análisis que se realizó en este capítulo sobre el marco jurídico de la vivienda digna y patrimonio de familia en cada una de las entidades federativas, se destaca la existencia de una disparidad entre los distintos estados, un gran número de estados no contemplan disposición alguna sobre el patrimonio de familia, como Campeche, Guerrero, Nuevo León, entre otros. Por otro lado, unos estados incluyen en su legislación tanto el patrimonio de familia y la vivienda digna, como Baja California, Baja California Sur y Coahuila, por mencionar algunos. Otros estados solo contemplan el derecho a la vivienda digna, como Veracruz, Tabasco, Chiapas y Colima, entre otros.

También son variables los bienes que pueden incluirse dentro de la protección del patrimonio de familia, como por ejemplo Campeche, Chiapas y Yucatán, excluyen mobiliario de uso doméstico. Aguascalientes, Coahuila, Chihuahua y Durango no incluyen una parcela cultivable; Baja California, Coahuila, Ciudad de México, Oaxaca, por mencionar algunos, pueden incluir instrumentos para el ejercicio profesional; Colima, Hidalgo y Jalisco, entre otros, otorgan la posibilidad de incluir equipos y herramientas de la micro y pequeña industria. Con referencia a los trámites también varía de estado a estado, discrepan en el miembro de la familia que está legitimado para realizarlo y quien es la institución

del estado competente para su constitución, así como el procedimiento a seguir.

Finalmente, en el capítulo tercero titulado “Análisis económico-social de la familia y su patrimonio en México”, los autores elaboraron un análisis de políticas públicas y presupuestales que el Estado mexicano ha destinado para la protección de los derechos humanos de la familia, durante los últimos tres periodos gubernamentales. Derivado de lo anterior, se expuso el contenido de planes, programas federales y presupuestos de egresos, en lo que se puede destacar la gradualidad en la inclusión y diversificación de políticas públicas, esto resulta ser contrastante, porque por un lado, se cuenta con una legislación discrepante en toda la república, confusa en los mecanismos para hacer valer los derechos humanos sociales. De la lectura longitudinal de las políticas públicas se ve un aumento progresivo de apoyar y promover la vivienda digna.

El contenido de esta obra es pertinente y actual, es necesaria su presencia en las bibliotecas de las instituciones educativas y de los juristas, ya que no solamente hace patente la carencia de un estudio académico actualizado sobre la constitución, registro y extinción del patrimonio de familia, sino también ofrece una guía para la interpretación de los derechos sociales de la familia. De la misma manera, da pie para que los funcionarios del Estado puedan apoyarse para la realización de sus tareas, puesto que sus autores al realizar un estudio pormenorizados del marco jurídico de los derechos sociales de la familia, ponen en manifiesto los huecos existentes dentro de la legislación del Estado mexicano que discrepan con la normatividad internacional, por esa razón resulta ser una valiosa herramienta para los creadores de normas.

La revista *CimaLex*, vol. II, número 3, enero-junio 2023, se terminó de imprimir el 15 de enero de 2023 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