

ISSN 2954-5099

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

ALÉTHEIA

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Año 1, No. 1, enero-diciembre 2023



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Red Universitaria e Institución Benemérita de Jalisco

ALÉTHEIA, Año 1, No. 1, enero-diciembre 2023, es una publicación anual editada por la Universidad de Guadalajara; a través de la Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, teléfono 3331344661 extensión 11548, correo electrónico anuario.aletheia@gmail.com, página web <http://aletheia-abogaciageneral.udg.mx/>, editor responsable Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203, ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Responsable de la última modificación de este número: Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Fecha de última modificación 21 de febrero del 2023.

Las opiniones vertidas en su contenido son responsabilidad exclusiva de los autores y no reflejan la postura de los editores, ni de la Universidad de Guadalajara.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad de Guadalajara.

ALÉTHEIA
ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

DIRECTORIO

Ricardo Villanueva Lomelí

Rector General

Héctor Raúl Solís Gaeda

Vicerrector Ejecutivo

Guillermo Arturo Gómez Mata

Secretario General

Juan Carlos Guerrero Fausto

Abogado General

José de Jesús Chávez Cervantes

Director de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y
Filosofía del Derecho

Raúl Padilla Padilla

Subdirector de Alétheia, Anuario de Derechos Humanos y
Filosofía del Derecho

COMITÉ EDITORIAL:

Juan Carlos Guerrero Fausto

Hilda Villanueva Lomelí

Marcos Josué Vargas Estrada

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez

Selene Villanueva Sosa

Krystian Felype Luis Navarro

Juan Pablo Carbajal Camberos

Rafael Amézquita Castellanos

Editor

CONSEJO CIENTÍFICO:

- Alfonso Ruíz Miguel** (Universidad Autónoma de Madrid)
Ana Micaela Alterio (Instituto Tecnológico Autónomo de México)
Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca (Universidad Nacional Autónoma de México)
- Alfonso Hernández Barrón** (Universidad de Guadalajara)
Alfonso Hernández Godínez (Universidad de Guadalajara)
Arturo Villarreal Palos (Universidad de Guadalajara)
- Carlos Bernal Pulido** (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos)
Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid)
Carlos Ramiro Ruiz Moreno (Universidad de Guadalajara)
Cesar Ruvalcaba Gómez (Universidad de Guadalajara)
Dante Jaime Haro Reyes (Universidad de Guadalajara)
Diego García Ricci (Universidad Iberoamericana)
Enriqueta Benítez López (Universidad de Guadalajara)
- Erika Bárcena Arévalo** (Universidad Nacional Autónoma de México)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III de Madrid)
Francisco Javier Ansuategui (Universidad Carlos III de Madrid)
Francisco M. Mora Sifuentes (Universidad de Guanajuato)
Germán Cardona Müller (Universidad de Guadalajara)
Guillermo Escobar Roca (Universidad de Alcalá)
- Ilse Carolina Torres Ortega** (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente)
- Irene Spigno** (Academia Interamericana de Derechos Humanos)
Irma Leticia Leal Moya (Universidad de Guadalajara)
Jorge Chaires Zaragoza (Universidad de Guadalajara)
José Antonio Estrada (Academia Interamericana de DDHH)
José de Jesús Becerra Ramírez (Universidad de Guadalajara)
- José de Jesús Ibarra Cárdenas** (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente)
José Ramón Cossío Díaz (Colegio de México)
Juan Antonio Cruz Parceró (Universidad Nacional Autónoma de México)

(continua)

CONSEJO CIENTÍFICO:

- Juan Antonio García Amado** (Universidad de León)
Juan Jesús Garza Onofre (Universidad Nacional Autónoma de México)
Juan José Moreso (Universidad Autónoma de Barcelona)
Leonardo García Jaramillo (Universidad EAFIT)
Luigi Ferrajoli (Universidad La Sapienza De Roma)
Luis Efrén Ríos (Academia Interamericana de Derechos Humanos)
Luis Manuel Lloredo Alix (Universidad Autónoma de Madrid)
Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante)
Mara Robles Villaseñor (Universidad de Guadalajara)
Marcos Pablo Moloeznik (Universidad de Guadalajara)
María Carmen Barranco (Universidad Carlos III de Madrid)
María Esther Avelar Álvarez (Universidad de Guadalajara)
Massimo La Torre (Universidad Magna Graecia)
Mauro Barberis (Universidad de Trieste)
Óscar Perez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid)
Pedro Pallares Yabur (Universidad Panamericana)
Rafael Fernando Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid)
Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén)
Riccardo Guastini (Universidad de Génova)
Roberto Gargarella (Universidad Torcuato Di Tella)
Roberto Niembro Ortega (Universidad Complutense de Madrid)
Rodolfo Vázquez Cardoso (Instituto Tecnológico Autónomo de México)
Rodrigo Camarena González (Instituto Tecnológico Autónomo de México)
Silvia Patricia López González (Universidad de Guadalajara)
Silvina Ribotta (Universidad Carlos III de Madrid)
Susanna Pozzolo (Universidad de Brescia)

ALÉTHEIA, Año 1, No. 1, enero-diciembre 2023

Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203,
ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor

En la formación de esta revista se utilizaron las familias tipográficas Cardo Pro. Diseñadas por el artista gráfico David Perry que se distribuye a través de un licenciamiento SIL Open Font License (OFL).

En portada: Fachada del Paraninfo Enrique Díaz de León de la Enciclopedia Histórica y Biográfica de la Universidad de Guadalajara

Óscar Ascary Aréchiga Del Toro

Cuidado de la edición y formación editorial

CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	1
JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES	

ARTÍCULOS

RENDICIÓN DE CUENTAS Y COVID-19. PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA.....	4
---------------------------------------------------------------------------	----------

Accountability and COVID-19. Perspective from Spain

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

REPUBLICANISMOS DELIBERATIVOS Y DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO.....	33
--------------------------------------------------------------------------------	-----------

Deliberative republicanism and democracy beyond the State

CONSTANZA NÚÑEZ DONALD

ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN.....	77
--------------------------------------------------------------------	-----------

Ecologism in addition to human rights for emancipation

LAURA BARONA VALLEJO

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL...107	
--------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Notes on the genesis and historical development of International Criminal Law

MARCOS PABLO MOLOESNIK

JORGE ALEJANDRO GÓNGORA MONTEJANO

**LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE
DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER
CAUTELAR. UN ESTUDIO A PROPÓSITO DEL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA... 143**

*Legal argumentation in the motivation of discretionary decisions of a
precautionary nature. A study regarding the contentious-administrative
process in Guatemala*

ROLANDO WOTZBELÍ ZÚÑIGA GONZÁLEZ

**VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
ISLAM.....187**

Assessing Surrogate Motherhood in Islam

JESÚS FRANCISCO RAMÍREZ BAÑUELOS

**SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA
PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI...
.....197**

*On the symbolic in the meta theory of the guaranteed realist paradox of Luigi
Ferrajoli*

ANUAR FERNANDO GAUNA HORTA

**ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME
DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA
SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS:
CLAROSCUROS, DIMENSIÓN ACTUAL Y EFECTOS
NEGATIVOS.....230**

*Approximate-conceptual study of the Burnout Syndrome in the Public Service
of Public Security and Victim Care: chiaroscuro, current dimension and
negative effects*

DANTE JAIME HARO REYES

FRANCISCO ANTONIO RAMÍREZ FRAUSTO

**JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO
PROCESO CONVENCIONAL.....251**
Impeachment. A view from conventional due process
RENÉ COSME RAMOS LIMÓN

**LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE
LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS,
SOCIALES Y JURÍDICOS.....279**
*Human dignity and recognition of human rights: philosophical, social and
legal aspects*
VIANEY DE JESUS MENDOZA RUELAS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

**COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN
ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON
AUTONOMÍA PARA PROMOVER CONTROVERSIAS
CONSTITUCIONALES” 300**
*Jurisprudential comment "activer legitimation of public universities with
autonomy to promote constitutional disputes"*
MÓNICA NOEMÍ VILLARREAL ALDANA & EDUARDO DE
JESÚS LÓPEZ MORALES

RESEÑAS

**RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
CONTEMPORÁNEA.....335**
Review of a “different” approach to contemporary theory and philosophy of law
ÉRIKA DE LOS ÁNGELES BADILLO CASTILLO

PRESENTACIÓN

La Universidad de Guadalajara, a través de la oficina del Abogado General, inicia con la publicación de este *Anuario de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho "Alétheia"*, que tiene por objeto dar cuenta de la situación que guardan los derechos fundamentales en el pensamiento jurídico, en la jurisprudencia y en la legislación tanto de fuente nacional como internacional. Me hace el honor de encargarme de la dirección de la misma, lo cual me honra y es una enorme responsabilidad, aunque con el respaldo intelectual del Comité Académico Internacional como Nacional y un Comité de Redacción que permite respaldar la calidad científica que acompañará a este Anuario desde el primer número que aquí se presenta, la labor es mucho más sencilla y generosa.

Alétheia, pretende ser un instrumento de vinculación permanente con toda la comunidad universitaria, dando a conocer reflexiones y líneas de investigación en filosofía y derechos humanos. En este sentido, en este Anuario se encontrarán trabajos científicos, artículos de opinión, entrevistas y notas jurisprudenciales, de los temas más relevantes y actuales.

Alétheia, se desarrolla en el ámbito de una concepción general de los derechos humanos que se caracteriza –entre otras cosas– por considerar que se tratan de instrumentos que se desenvuelven en distintos ámbitos, tanto en discursos filosóficos, jurídicos y políticos. En otras palabras, esta concepción de los derechos humanos no necesariamente implica la adopción de puntos de vistas o teorías que reduzcan o marquen una especie de línea editorial. Se trata tan sólo, una expresión del campo de acción y proyección de los derechos y libertades fundamentales, donde la filosofía del derecho y política, son preponderantes para la concepción de los derechos.

JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES

Además, se pretende que las personas que accedan al Anuario, estén informadas y puedan contrastar opiniones plurales sobre estos temas de tanto interés, que afectan a la conciencia, a la libertad, a la igualdad, a la solidaridad y a la seguridad de todas las personas. Principalmente, la población objetivo será la comunidad académica y estudiantil, así como la sociedad en general, interesada en estos temas que demanda un Estado con tintes democráticos respetuoso de los derechos.

Para mí, como Director del Anuario, la publicación de esta primera edición de *Alétheia* constituye una gran satisfacción. En este sentido, debo agradecer a todo el equipo editorial que hace posible la materialización de este proyecto editorial, y que a continuación, me permitiré transcribir:

Al Rector de la Universidad de Guadalajara, el Dr. Ricardo Villanueva Lomelí y al Abogado General el Mtro. Juan Carlos Fausto Guerrero, por el apoyo para cristalizar este esfuerzo académico.

De igual forma, reiterar el apoyo incondicional del Dr. Raúl Padilla Padilla, subdirector del Anuario, así como al Comité de Redacción y la Secretaría Técnica de la revista, al Editor en Jefe Amézquita Castellanos Rafael.

Me permito, además, agradecer a la comunidad académica nacional e internacional, que han dictaminado este primero número del Anuario: Alterio Ana Micaela, Ansuátegui Roig Francisco Javier, Asís Roig Rafael Fernando, Atienza Rodríguez Manuel, Avelar Álvarez María Esther, Barberis Mauro, Bárcena Arévalo Erika, Barranco Avilés María del Carmen, Becerra Ramírez José de Jesús, Benítez López Enriqueta, Bernal Pulido Carlos, Camarena González Rodrigo, Cardona Müller German, Chaires Zaragoza Jorge, Cruz Parceró Juan Antonio, Cossío Díaz José Ramón, Escobar Roca Guillermo, Estrada Marún José Antonio, Fernández Eusebio, Ferrajoli Luigi, García Amado Juan Antonio, García Jaramillo Leonardo, García Ricci Diego, Gargarella Roberto, Garza Onofre Juan Jesús, Guastini Riccardo, Haro Reyes Dante Jaime, Hernández Barrón Alfonso, Hernández

PRESENTACIÓN

Godínez Alfonso, Ibarra Cárdenas José de Jesús, La Torre Massimo, Leal Moya Irma Leticia, Lema Añón Carlos, Lloredo Alix Luis Manuel, López González Silvia Patricia, Mora Sifuentes Francisco, Moreso Juan José, Moloeznik Marcos Pablo, Pallares Yabur Pedro, Pérez de la Fuente Oscar, Pozzolo Susanna, Ramírez Montes de Oca Andrea Arabella, Ribotta Silvina Verónica, Ríos Vega Luís Efrén, Robles Villaseñor Mara Nadiezhda, Ruíz Miguel Alfonso, Ruiz Moreno Carlos Ramiro, Ruiz Ruiz Ramón, Ruvalcaba Gómez Cesar, Spigno Irene, Torres Ortega Ilse Carolina, Vargas Estrada Marcos Josué, Vázquez Cardoso Rodolfo y Villarreal Palos Arturo.

En este primero número de *Alétheia*, a través de 9 artículos, un trabajo de reseña y otro de comentario jurisprudencial, pretende iniciar como instrumento de divulgación de productos científicos con líneas de investigación donde tanto la reflexión filosófica como de cuestionamiento de derechos humanos, son los faros que guían esta primera edición de *Alétheia*.

No me queda más que ser agradecido con las y los autores de esta primera edición y, nuevamente, a mi Universidad de Guadalajara.

JOSÉ DE JESÚS CHÁVEZ CERVANTES

Febrero, 2023

RENDICIÓN DE CUENTAS Y COVID-19. PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA

Accountability and COVID-19. Perspective from Spain

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE*

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En este artículo, en primer lugar, se analiza la noción de rendición de cuentas y sus elementos definitorios. En segundo lugar, se estudian los tipos de rendición de cuentas: vertical, horizontal y diagonal o social. En tercer lugar, se provee un análisis de la pandemia del COVID-19 desde el enfoque de la rendición de cuentas. En especial, se abordan los mecanismos adoptados desde España.

Palabras clave: rendición de cuentas, COVID-19, pandemia, democracia

ABSTRACT

This article first analyses the notion of accountability and its defining elements. Second, it examines the types of accountability: vertical, horizontal and diagonal or social. Third, it provides an analysis of the COVID-19 pandemic from an accountability approach. In particular, it addresses the mechanisms adopted from Spain.

Keywords: accountability, COVID-19, pandemic, democracy

* Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto derechos humanos Gregorio Peces-Barba. Universidad Carlos III de Madrid, España.

1. DEMOCRACIA Y ELEMENTOS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

La rendición de cuentas es un elemento clave para comprender el ejercicio de la responsabilidad política en las sociedades democráticas. Cada cultura política tiene una particular concepción de cómo se ha de producir específicamente esta rendición de cuentas por parte de los servidores públicos, que en unas ocasiones se circunscribe a temas puramente administrativos y, en otras, tiene un componente esencialmente político. Las elecciones libres y pluralistas son uno de los mecanismos más habituales y efectivos en el que los políticos rinden cuentas.

Cabe tener en cuenta que en la rendición de cuentas se dan tres niveles: a) En primer lugar está la rendición de cuentas como receptibilidad *-receptiveness-*: ésta consiste en que, a través de elecciones periódicas, los altos miembros del gobierno se ven obligados a tener en cuenta el mandato del electorado (World Bank, 2004, 8); b) En segundo lugar, está la rendición de cuentas en el sentido de dar explicaciones o justificaciones de sus acciones *-answerability-*; c) En tercer lugar, se encuentra la exigibilidad de responsabilidades *-enforceability-* (Schelder, 1999, 14.16). Como se verá, en la práctica, a veces, no siempre se dan todos los elementos conjuntamente y existen diversas visiones enfrentadas acerca de en qué debe consistir realmente la rendición de cuentas.

El primer nivel de la rendición de cuentas: receptibilidad *-receptiveness*, suele vincularse al concepto de *rendición de cuentas vertical electoral*. La idea es que los ciudadanos, a través de su voto en elecciones periódicas y pluralistas, pueden premiar a los buenos gobernantes y castigar a los malos gobernantes por su gestión. De esta forma, se supone que los líderes políticos que trabajan por el bien común deben ser reelegidos, y se supone que los líderes que usan sus cargos públicos para fines particularistas deben ser removidos de sus cargos (World Bank, 2004, 8).

El segundo nivel de la rendición de cuentas tiene que ver con la *answerability* y consiste en cómo dar informaciones, explicaciones o justificaciones de las acciones que se toman mientras se ocupa un cargo público (World Bank, 2004, 8). Al gobernante se le pueden pedir hechos fiables (*dimensión informativa de la rendición de cuentas*) o razones válidas (*dimensión argumentativa de la rendición de cuentas*). La rendición de cuentas implica el derecho a recibir información y la correspondiente obligación de dar todos los detalles necesarios. Pero también implica el derecho a recibir una explicación y el correspondiente deber de justificar la conducta de uno (Schelder, 1999, 14-15). Bustos Gispert propone distinguir la dimensión informativa de la rendición de cuentas, como *to be answerable*, cuyo sustantivo sería *answerability* -en sentido estricto-, donde ser responsable significa, en primer lugar, estar obligado a responder; a contestar a las preguntas que eventualmente se puedan formular sobre la gestión de los asuntos encomendados de todo gobernante. La dimensión argumentativa, como *to be accountable* (el sustantivo sería aquí *accountability* -en sentido estricto-) donde ser responsable también significa la obligación no solo de contestar, sino de explicar, justificar e incluso enmendar; esto es, rendir cuentas por los propios actos (Bustos Gispert, 2017, 99-100).

La noción de *answerability* significa que si alguien está rindiendo cuentas implica la obligación de responder a preguntas desagradables y, viceversa, hacer rendir cuentas a alguien implica la oportunidad de preguntar cuestiones incómodas (Schelder, 1999, 14). Por tanto, los gobernantes que no dan suficiente información o no admiten preguntas en las ruedas de prensa, no están rindiendo cuentas sobre su gestión.

El siguiente nivel es la rendición de cuentas como exigibilidad de responsabilidades *-enforcement-*. Esto supone recompensar el buen comportamiento y castigar la mala conducta de las personas que ostentan un cargo público. Esto implica que los actores que participan en la rendición de cuentas no sólo “ponen en duda”, sino que “eventualmente castigan” el comportamiento no adecuado y, en consecuencia, las personas que rinden cuentas no sólo explican qué han hecho y por qué, sino que acarrearán con las consecuencias de ello, pudiendo incluir eventualmente sanciones negativas (Schelder, 1999, 15). Bustos Gispert propone el concepto de *liability*, donde ser responsable implica asumir las sanciones que eventualmente puedan derivarse del incumplimiento de los deberes del encargo recibido por parte del gobernante (Bustos Gispert, 2017, 99-100).

Ha sido un punto de discusión, plantea Bovens, si la posibilidad de sanciones es un elemento constitutivo de la rendición de cuentas como mecanismo. La posibilidad de sanciones -de algún tipo- constituye un elemento constitutivo de la rendición de cuentas como mecanismo y que debería incluirse en la definición. Sin embargo, el término "sanción" tiene más bien una connotación formal y legal. Excluiría foros de responsabilidad, como los Defensores del Pueblo. El punto clave es que el actor debe enfrentarse a las consecuencias de sus acciones. Estas consecuencias pueden ser altamente formalizadas, como multas, medidas disciplinarias, recursos civiles o incluso sanciones penales, pero también pueden basarse en reglas no escritas, como en el caso de la responsabilidad política de un ministro en el Parlamento, donde las consecuencias pueden extenderse a pedir la dimisión o cese del ministro. A veces, las consecuencias negativas solo serán implícitas o informales, como el hecho de tener que rendir cuentas ante las cámaras de Televisión, o el deterioro de la imagen pública y de la carrera como resultado de la publicidad negativa generada por el proceso (Bovens, 2010, 952).

Un caso interesante de analizar es si un gobernante electo, presuntamente acusado de algún ilícito –político y/o jurídico–, concurre a unas elecciones, es decir, se somete a la *rendición de cuentas vertical electoral* y obtiene la mayoría suficiente para gobernar ¿se puede afirmar que recupera con esta victoria la confianza/responsabilidad política por aquel ilícito?

En la rendición de cuentas, se pueden distinguir tres ámbitos principales: la *rendición de cuentas política* que se garantiza mediante el funcionamiento de un Parlamento donde exista una oposición efectiva y comités de supervisión que funcionen adecuadamente. La *rendición de cuentas fiscal* se define con mayor precisión que otros tipos de responsabilidad, ya que se basa simplemente en la contabilidad financiera formal para el uso de los recursos públicos. La *rendición de cuentas administrativa* puede ser más débilmente institucionalizada que otras formas de rendición de cuentas, y tiende a ser el escenario más aislado de las presiones sociales y políticas (Goetz, Jenkins, 2001, 366).

En determinados usos del concepto, rendición de cuentas –*accountability*– o, más precisamente, ‘rendir cuentas’, se ve como una virtud, como una característica positiva de las organizaciones o funcionarios, como explica Bovens. La rendición de cuentas en este sentido amplio se utiliza para calificar positivamente un estado de cosas o el desempeño de un político. Se acerca al concepto de receptibilidad –*responsiveness*– y a “un sentido de responsabilidad”, una voluntad de actuar en una forma transparente, justa y equitativa. La rendición de cuentas, utilizada en este sentido más activo de virtud, se refiere a *normas sustantivas para el comportamiento de los gobernantes* (Bovens, 2010, 949).

Histórica y semánticamente, la palabra rendición de cuentas/*accountability* está estrechamente relacionada con contabilidad/*accounting*, en su sentido literal de llevar las cuentas o los libros/*bookkeeping* (Bovens, 2010, 950). Manteniéndose cerca de sus raíces etimológicas e históricas, la responsabilidad puede también abordarse como una relación social específica o mecanismo que involucre la obligación de explicar y justificar la conducta. Las explicaciones y las justificaciones no se hacen en abstracto, sino que las realiza una persona significativa. Esto generalmente implica no solo el suministro de información sobre el rendimiento, sino también la posibilidad de debate, de preguntas del foro y respuestas del gobernante y, eventualmente, el juicio de éste por parte del foro. Juicio también implica la imposición de sanciones formales o informales al gobernante en caso de mal desempeño o, bien de recompensas, para el caso de una adecuada actuación (Bovens, 2010, 951).

La rendición de cuentas política puede ser un concepto general y comprensivo. Pero, como plantea Shelder, también es un concepto *modesto*. En parte, su modestia tiene que ver con su potencial unidimensionalidad. Ciertas instancias de rendición de cuentas no incluyen aspectos de *answerability*, mientras otras no incluyen elementos de *enforcement*. Pero, fundamentalmente, la rendición de cuentas política es una tarea modesta de tal forma que acepta la realidad del poder, así como su relativa opacidad (Schelder, 1999, 18).

En este sentido, son relevantes las diversas culturas políticas. En algunos países, se da una concepción de la rendición de cuentas desde un enfoque meramente administrativo o económico, cuando en otras latitudes, el núcleo de la rendición de cuentas es esencialmente político y asociado a la representación democrática y al ejercicio de la responsabilidad política.

2. TIPOS DE RENDICIÓN DE CUENTAS: VERTICAL, HORIZONTAL Y DIAGONAL

Tradicionalmente se han distinguido dos niveles en la rendición de cuentas, siguiendo una metáfora espacial: a) Un eje "vertical" que incluye los mecanismos externos utilizados por actores no estatales para que los responsables políticos rindan cuentas; b) Un eje "horizontal" que comprende una supervisión institucional, frenos y contrapesos *-checks and balances-* internos en el Estado (Goetz, Jenkins, 2001, 366). Sin embargo, el creciente papel de los actores de la sociedad civil ha dado lugar a nuevas teorizaciones que proponen nuevos ejes o complementos de los anteriores: como un eje "diagonal", rendición de cuentas horizontal impulsada por la sociedad o rendición de cuentas vertical directa.

La rendición de cuentas o *accountability vertical* consiste en que por, medio de elecciones razonablemente libres y regulares, los/as ciudadanos/as pueden castigar o premiar a los gobernantes votando en favor o en contra de ellos –o por los candidatos de su preferencia– en la próxima elección (O'Donnell, 1998, 10). Son requisitos de esta forma de rendición de cuentas la garantía de las libertades de opinión y asociación, así como el acceso a fuentes de información razonablemente variadas, que permiten plantear demandas a las autoridades públicas y eventualmente denunciar sus actos ilícitos. A esto contribuye el funcionamiento de medios de comunicación razonablemente libres, también comprendidos en la definición de poliarquía. En las elecciones, las demandas sociales se pueden articular sin padecer coerción estatal y medios que por lo menos cubren con regularidad de las demandas más visibles y los actos presuntamente ilícitos de las autoridades públicas (O'Donnell, 1998, 11).

En el contexto de sociedades democráticas, Manin, Przeworski y Stokes distinguen entre el *enfoque del mandato* y el *enfoque de la rendición de cuentas*, sobre el papel de los ciudadanos, los políticos y las elecciones. En el enfoque del "mandato", las elecciones sirven para seleccionar buenas propuestas políticas o

políticos con determinadas propuestas políticas. Los partidos o candidatos hacen propuestas de políticas durante las campañas y explican cómo estas políticas afectan el bienestar de los ciudadanos; los ciudadanos deciden cuáles de estas propuestas quieren que se implementen y qué políticos se encarguen de su implementación, y los gobiernos elegidos las implementan. Por lo tanto, las elecciones emulan una asamblea directa y la plataforma ganadora se convierte en el "mandato" que el gobierno persigue. En un segundo enfoque, denominado "rendición de cuentas", las elecciones sirven para responsabilizar a los gobiernos por el resultado de sus acciones pasadas. Debido a que anticipan el juicio de los votantes, los gobiernos son inducidos a elegir políticas que a su juicio serán evaluadas positivamente por los ciudadanos en el momento de la próxima elección (Manin, Przeworski, Stokes 1999, 29).

Las democracias no son todas iguales, y es posible que algunos sistemas democráticos fomenten la representación mejor que otros. Algunos factores institucionales merecen atención, como destacan Manin, Przeworski y Stokes:

1. Los votantes deben poder asignar claramente la responsabilidad del desempeño del gobierno.
2. Los votantes deben poder votar para echar del gobierno a los partidos responsables del mal desempeño de sus funciones, y los partidos que seleccionen deben poder llegar al gobierno.
3. Los políticos deben tener incentivo para querer ser reelegidos.
4. La oposición debe monitorear el desempeño del gobierno e informar a los ciudadanos. De hecho, cualquier comprensión razonable de la representación debe incluir la oposición.
5. Los medios tienen un papel particular que jugar. A menos que tengan intereses claramente partidistas, son más creíbles que el gobierno o la oposición.
6. Finalmente, quizás lo más importante, los votantes deben tener algunos instrumentos institucionales, en diferentes ámbitos, para recompensar y castigar a los gobiernos por los resultados que generan. Sin embargo, las elecciones son intrínsecamente un instrumento contundente de control: los votantes solo tienen que tomar una decisión con respecto a todo el paquete de políticas gubernamentales (Manin, Przeworski y Stokes, 1999, 47-48).

Por otra parte, la rendición de cuentas o *accountability horizontal* supone la existencia de agencias estatales que tienen la autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas para emprender acciones, que van desde el control rutinario hasta sanciones legales o incluso, en algunas democracias, el *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitos (O'Donnell, 1998, 26). Los ejemplos de mecanismos de responsabilidad horizontal incluyen instituciones como el Defensor del Pueblo, institutos electorales independientes, agencias de control de corrupción, comisiones legislativas de investigación y tribunales administrativos. Todas estas son instituciones públicas que están específicamente diseñadas para evaluar, controlar y dirigir el comportamiento de los funcionarios del gobierno (World Bank, 2004, 9).

Existen dos direcciones fundamentales en que la *accountability horizontal* puede resultar violada. Aunque en ciertos casos estas direcciones pueden coincidir, estas son diferentes. La primera ocurre cuando una agencia estatal invade ilegalmente la autoridad de la otra; la segunda consiste en las ventajas ilícitas que un funcionario público obtiene para sí mismo y/o sus allegados. O'Donnell denomino a la primera clase "transgresión" y a la segunda "corrupción", aunque ésta abarca ciertas conductas que no encajan precisamente dentro del término (O'Donnell, 1998, 34). La dimensión horizontal se refiere en gran medida al funcionamiento efectivo del sistema de frenos y contrapesos *-checks and balances-* y al debido proceso en la toma de decisiones gubernamentales. La dimensión vertical se centra, en cambio, en las elecciones y otros mecanismos que los ciudadanos utilizan para controlar su gobierno (Smulovitz, Peruzzotti, 2000, 148).

Respecto a los problemas que dan lugar a la rendición de cuentas horizontal, O'Donnell propone un panorama de diferentes tensiones implicadas. En primer lugar, la esfera de la democracia se resiente por decisiones que cancelan las libertades de asociación o introducen fraude en las elecciones. Otra esfera, la liberal, es infringida cuando agentes estatales violan, o permiten a actores privados violar,

libertades y garantías tales como la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de la violencia doméstica y la tortura, el derecho de cada persona a un juicio imparcial y otras similares. La mayoría de estas infracciones son perpetradas en la frontera entre el aparato estatal y los segmentos más débiles y pobres de la sociedad por funcionarios de bajo rango y no directamente responsables ante el proceso electoral (si bien cuando estos episodios se difunden hasta convertirse en rasgos sistemáticos suelen involucrar la participación o convivencia de funcionarios más altamente situados). La tercera esfera afectada es la republicana. Se trata de acciones de funcionarios que, electos o no, suelen ocupar altos cargos en el Estado o el régimen. Estas acciones implican serio desprecio de las exigencias que impone la tradición republicana; vale decir, que se subordinen a la ley y/o que den clara prioridad a los intereses públicos, no a los privados (O'Donnell, 1998, 27).

La participación de grupos comunitarios, ONG y ciudadanos en general es uno de los factores más importantes que explican los acuerdos exitosos de rendición de cuentas (World Bank, 2004, 9). Se distinguirá, en primer lugar, entre *responsabilidad vertical directa* para distinguirla de la *responsabilidad vertical electoral*, que se basa en la elección periódica formal de los miembros de las tres ramas del gobierno. La primera consiste en que la participación de la sociedad civil puede reforzar las estructuras de responsabilidad de tres maneras diferentes: primero, el monitoreo directo y la presión de los actores de la sociedad civil, así como los votos populares sobre temas o políticas particulares, pueden complementar las elecciones como elementos adicionales de responsabilidad vertical. Esto aumenta la frecuencia y la claridad de las señales de responsabilidad que los ciudadanos envían a los funcionarios públicos y, por lo tanto, mejora su responsabilidad vertical hacia el público. Los ejemplos de dicha participación incluyen desde encuestas que monitorean la efectividad de los servicios públicos, a los medios expuestos a irregularidades burocráticas, hasta la organización de plebiscitos y referéndums (World Bank, 2004, 9-10).

En segundo lugar, está la *responsabilidad horizontal impulsada por la sociedad o rendición de cuentas social*. Por ejemplo, en su análisis de la respuesta social a dos asesinatos extrajudiciales en Argentina, Catalina Smulovitz y Enrique Peruzzotti documentaron cómo la combinación de movilización, acción legal y exposición a los medios puede garantizar efectivamente que el sistema judicial funcione de manera imparcial, incluso cuando los perpetradores están bien conectados o incluso forman parte del propio aparato del gobierno. Otro ejemplo de este tipo de participación de la sociedad civil serían los defensores del pueblo de derechos humanos, una institución claramente "horizontal" cuyas acciones son constantemente mejoradas y a menudo dirigidas por demandas sociales (World Bank, 2004, 10). Smulovitz y Peruzzotti afirman que el concepto de *rendición de cuentas social* aborda los dos tipos de argumentos: Primero, presenta un mecanismo de control alternativo que, si se tiene en cuenta, conduciría a un diagnóstico diferente sobre el estado general de la rendición de cuentas en las democracias latinoamericanas. En segundo lugar, las iniciativas sociales pueden abordar algunos de los problemas estructurales que aquejan a las elecciones como mecanismos de rendición de cuentas (Smulovitz, Peruzzotti, 2000, 151).

Argumentando en favor de la *rendición de cuentas social*, Smulovitz y Peruzzotti exponen una serie de argumentos: primero, los mecanismos sociales controlan al exponer y denunciar las irregularidades. Las exposiciones sacan a la luz los problemas de manera que los ciudadanos puedan relacionarse y, por lo tanto, ayudan a incluirlos en la agenda pública. Como resultado, aumenta el número de asuntos por los cuales los funcionarios públicos pueden rendir cuentas. Segundo, los mecanismos sociales controlan porque pueden activar la operación de mecanismos horizontales. La movilización social en torno a demandas particulares, la cobertura de los medios y las investigaciones, y el inicio de procedimientos en las agencias de supervisión o judiciales ponen a los políticos corruptos en riesgo de perder su reputación o incluso ser llevados a los tribunales. En contextos democráticos, donde la vida política de los funcionarios electos depende de que obtengan la mayor cantidad de votos posible, se puede esperar que eviten cometer

ciertos actos si temen altos costos de reputación. Sin embargo, los funcionarios públicos no siempre evaluarán estos riesgos de la misma manera. En algunos casos, la eficiencia de los mecanismos sociales depende de cómo los funcionarios públicos sopesan los riesgos de involucrarse en la corrupción frente a los beneficios. En otros casos, sin embargo; los mecanismos sociales activan los horizontales que no dependen de un cálculo coste-beneficio (Smulovitz, Peruzzotti, 2000, 152).

En tercer lugar, se encuentra la rendición de cuentas o *accountability* diagonal, que proponen Goetz y Jenkins. Ejemplos de esta forma de participación incluiría juntas de asesoramiento ciudadano que cumplen funciones públicas como auditar al gobierno gastos, supervisión de adquisiciones o monitoreo de elecciones (World Bank, 2004, 10). Dicha participación rompe la división entre los mecanismos de rendición de cuentas vertical y horizontal, ya que implica la participación de actores "verticales" en los mecanismos "horizontales". Por lo tanto, es una "forma híbrida de responsabilidad" (World Bank, 2004, 10).

Hay cinco características institucionales clave, que proponen Goetz y Jenkins, que teóricamente podrían permitir versiones iniciadas por los ciudadanos de responsabilidad híbrida para asumir una forma institucional aún más prometedora:

1. Legitimación de los observadores no gubernamentales dentro de la vigilancia de las instituciones del sector público;
2. Una presencia continua de estos observadores a lo largo del proceso de trabajo de la agencia;
3. Procedimientos bien definidos para la realización de encuentros entre ciudadanos y actores del sector público en reuniones;
4. Acceso estructurado al flujo de información documental oficial; y
5. El derecho de los observadores a emitir informes discrepantes directamente a los cuerpos legislativos (Goetz, Jenkins, 2001, 369).

3. COVID-19 y RENDICIÓN DE CUENTAS. EL CASO DE ESPAÑA

La expansión mundial del virus COVID-19 es mucho más que un fenómeno biológico, como explican Diab *et al.*, ya que ha asumido rápidamente características políticas, económicas, sociales y geográficas. Así lo demuestran los confinamientos posteriores, las limitaciones de movilidad, las órdenes de no salir de casa, los paquetes de rescate financiero, las tensiones interestatales, el cierre de las fronteras estatales, la vigilancia digital, la concentración de enfermedades en las ciudades y la política del conocimiento experto. La pandemia del COVID-19 pone de manifiesto algunos de los elementos clave del poder del Estado y de su reproducción en la política sanitaria y económica. Esto tiene muchas otras consecuencias para el "bloqueo" económico que han dado lugar a una considerable ralentización de la actividad económica mundial y a un aumento de la inestabilidad social, que repercute de forma desproporcionada en aquellos menos aventajados en varios aspectos económicos (Diab *et al.*, 2021, 3).

Esta situación ha supuesto también un reto para entender el papel adecuado de la rendición de cuentas en la política. Para Shimizu y Mossialos, se ha hecho evidente que la preparación para las emergencias sanitarias se rige con poca responsabilidad y con oscuridad. Quién determinó cada contramedida y con qué objetivos sigue siendo algo desconocido a día de hoy. El proceso de toma de decisiones fue controlado por políticos y burócratas que carecían de experiencia en el control de infecciones, y los puntos de vista de los especialistas fueron ocasionalmente ignorados (Shimizu, Mossialos, 2021, 114). La pandemia de COVID-19 ha sido un fenómeno global que ha puesto de manifiesto las debilidades y fortalezas de los diferentes sistemas políticos y los mecanismos de responsabilidad asociados. En su obra *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis de coronavirus*, Innerarity hace la siguiente reflexión "desde el punto de vista de la gente, se dice que los más afectados por la crisis del coronavirus serán los más vulnerables, pero desde el punto de vista ideológico, el más afectado será el populismo. Hay tres cosas que los líderes

populistas detestan y que este tipo de crisis revaloriza: el conocimiento experto, las instituciones y la comunidad global" (Innerarity, 2020, 49).

Si hay algo que los estudiosos de la Administración pública pueden aprender del COVID-19 es la necesidad de aprender objetivamente y sin prejuicios de las crisis y las catástrofes. Se hace más evidente la inherente vulnerabilidad humana. Boin *et al.* plantean que el COVID-19 sirve de recordatorio de que debemos aprender de forma eficaz y rápida en un mundo caracterizado por una serie de trastornos, como el clima cambiante, los sistemas financieros inestables y las persistentes amenazas cibernéticas. ¿Cómo puede lograrse esto preservando los principios, las instituciones y las prácticas democráticas? (Boin *et al.*, 2020, 344).

La respuesta viene desde un buen enfoque de la rendición de cuentas. Ésta es un elemento central del gobierno democrático. Como sostiene Ojiagu *et al.*, la rendición de cuentas mantiene al pueblo informado y expone y cuestiona a la Administración lleva implícita una connotación de virtud, una cualidad positiva en el gobierno, las organizaciones o la gestión, lo que conduce a varios aspectos de la rendición de cuentas: honestidad fiscal y evitar el fraude, buena gobernanza, adhesión a la misión y demostración de la eficacia del gobierno. La literatura indica que la rendición de cuentas implica que el gobierno, los individuos y las organizaciones son responsables de adherirse a normas y compromisos específicos; son responsables de sus actividades y se enfrentarán a repercusiones si no se cumplen las normas (Ojiagu *et al.*, 2020, 26).

Para evitar un colapso económico mundial y una probable depresión, los Estados miembros de la ONU, según Diab *et al.*, han tomado medidas drásticas y sustanciales, como las transferencias directas de dinero, los préstamos condonados a corto y medio plazo y los pagos aplazados, y el seguro de desempleo. Los Estados miembros de las Naciones Unidas han debilitado inevitablemente las protecciones al sacrificar el cumplimiento, la supervisión y la responsabilidad por la rapidez de reacción y la obtención de un efecto rápido, dando así suficiente oportunidad a la

corrupción. La falta de sistemas adecuados de responsabilidad y control en la asignación y distribución de los paquetes de estímulo económico aumenta el peligro de corrupción y fraude. La aparición simultánea de todos estos cambios modificó la gestión y la comprensión de la geopolítica mundial (Diab et al., 2021, 3).

La dificultad de la reevaluación, como señalan Boin *et al.*, es recalibrar la combinación de políticas a la luz de la morfología cambiante de la crisis y decidir qué medidas mantener, suavizar o eliminar. Esto introduce una nueva dificultad: motivar a los empleados, a la gente y a las comunidades para que respeten el nuevo sistema. En este contexto, se puede destacar dos enfoques:

La tarea de la rendición de cuentas: abrir los registros y crear un diálogo nacional sobre lo que se sabía y lo que no se sabía, lo que se hizo y lo que no se hizo, cuándo, por qué y por quién con respecto al COVID-19.

El reto del aprendizaje: reconstruir, cuestionar y reflexionar sobre las acciones propias y de otros gobiernos con el fin de extraer lecciones para mejorar la capacidad de prevención, preparación, respuesta y resiliencia ante futuras pandemias (o más generalmente, megacrisis) (Boin et al., 2020, 342).

A pesar de la dificultad, es crucial tomar decisiones tempranas sobre la prevención de la epidemia. Wang realiza un interesante análisis sobre las formas de mejorar la reacción temprana de China. Dado que el estricto régimen de sanciones puede haber contribuido al retraso en Wuhan, se considera que un sistema que tolere ciertos errores de apreciación puede aumentar la probabilidad de una respuesta más rápida. En base a esta línea de razonamiento, se diferencian dos tipos de errores de elección utilizando el ejemplo de Wuhan durante el Covid-19. Durante las primeras fases de una enfermedad infecciosa, cuando hay muchas incógnitas y peligros, un responsable de la toma de decisiones puede optar por una acción temprana que puede resultar injustificada y una falsa alarma. En la toma de decisiones, esto se conoce como un error de tipo I o un *falso positivo*. Se sostiene que este tipo de errores de elección deberían estar permitidos para que los responsables de la toma de decisiones no se vean penalizados por esfuerzos

preventivos que resulten ser excesivamente agresivos, como la decisión de bloquear toda la ciudad e interrumpir las operaciones económicas. Durante el Covid-19 en China, numerosas jurisdicciones tomaron medidas proactivas, especialmente Qinjiang (una ciudad a 100 millas al oeste de Wuhan), que cerró casi una semana antes que Wuhan y, en consecuencia, tuvo muchos menos contagios per cápita.

Por el contrario, las decisiones de subnotificar las enfermedades o posponer la acción deben ser severamente penalizadas. Estas decisiones se denominan "errores de tipo II" o *falsos negativos*. Durante las epidemias de enfermedades contagiosas, las autoridades públicas que retrasan la acción deberían ser castigadas severamente (Wang, 2020, 3). Estos castigos o premios para las autoridades que toman decisiones son un elemento que habitualmente se considera dentro de la rendición de cuentas.

La prueba de resistencia sin precedentes que plantea la COVID-19, afirma Cutter *et al.*, requiere un cambio de las soluciones fragmentadas de los hospitales y sistemas sanitarios particulares en el diseño y la prestación de la asistencia sanitaria. La integración de elementos importantes de los marcos de *responsabilidad social* es necesaria para una respuesta adaptativa exitosa a las demandas agudas y postagudas de la pandemia de COVID-19. Esta estrategia pone de manifiesto la responsabilidad con la salud de la población que requiere la pandemia de COVID-19 y puede conducir a la aparición de una "nueva normalidad" en la prestación de la asistencia sanitaria (Cutter *et al.*, 2021, 4).

Una conclusión que ha sido frecuentemente repetida en este contexto es, siguiendo a Leoni *et al.*, que la pandemia de COVID-19 ha descubierto y exacerbado desigualdades sustanciales y sistémicas a múltiples niveles, incluidas las desigualdades globales y geográficas entre las naciones desarrolladas y las que están en vías de desarrollo, las desigualdades socioeconómicas dentro de las sociedades y las desigualdades entre los individuos en función de la edad, el género, la educación y el origen étnico. La pandemia no sólo ha producido nuevas desigualdades, sino que también ha exacerbado las ya existentes y los problemas políticos. La

desigualdad también está arraigada en las respuestas nacionales e internacionales al COVID-19, ya que el suministro y la recepción de asistencia y ayuda económica y monetaria (incluso en forma de disponibilidad de vacunas) están influidos por el poder económico y la política de influencia. Existe una necesidad urgente de que los académicos de todas las disciplinas contribuyan a los debates y soluciones sobre una mayor igualdad y el bienestar de los individuos en la sociedad a la luz de estos problemas (Leoni *et al.*, 2021, 1314). Ha sido un comentario frecuente que la pandemia ha afectado de manera desigual según el criterio socioeconómico. Esto tiene un fondo de verdad que puede ser matizado. Por un lado, los medios para luchar contra el COVID-19, como vacunas, están más al alcance de países ricos, por otro lado, al ser una epidemia global y tan contagiosa, está en el interés común, que no haya excluidos de estos tratamientos.

A continuación, se analizará brevemente el caso español sobre la corrupción y rendición de cuentas ante la situación provocada por el COVID-19. En primer lugar, se reflexionará a partir del enfoque de Rose-Ackerman en su artículo “Corrupción y COVID-19” (2021) y, en segundo lugar, se analizarán diversas sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la rendición de cuentas –o su ausencia– en el Parlamento durante la pandemia.

En un interesante análisis, Rose-Ackerman propone tres factores que favorecen la corrupción debidos a la pandemia:

1.- En primer lugar, esta autora afirma que “los gobiernos gastan una gran cantidad de dinero y realizan cambios regulatorios en un corto período de tiempo con poca supervisión, precisamente cuando la elevadísima velocidad de respuesta supone que la supervisión es especialmente necesaria” (Rose- Ackerman, 2021, 39).

Entre la literatura especializada, existe una fórmula clásica para aproximarse al concepto de corrupción que propone Klitgaard. Es la siguiente:

RENDICIÓN DE CUENTAS Y COVID-19. PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA

CORRUPCIÓN=MONOPOLIO +DISCRECIONALIDAD –RENDICIÓN DE CUENTAS¹

Esto se explica, en palabras del propio autor, en el sentido de que “uno tenderá a encontrar corrupción cuando alguien tiene el monopolio del poder sobre un bien o servicio, tiene la discreción para decidir si alguien lo recibe o no y cuánto obtiene y, al hacerlo, no tiene que rendir cuentas” (Kligaart, 1997, 499-500).

Pues bien, se puede considerar que en esta pandemia del COVID-19 se han debido de tomar decisiones de manera rápida, en situaciones prácticamente de monopolio y gran discrecionalidad, sobre una gran cantidad de recursos y sin – apenas– rendición de cuentas. La consecuencia esperable es la aparición de casos de corrupción o clientelismo político.

2.- En segundo lugar, Rose Ackerman afirma que “en el caso de la COVID-19, la necesidad de una respuesta rápida no es el único factor de riesgo; múltiples fuentes de incertidumbre complican las políticas de respuesta. El virus era y es comprendido limitadamente. Cuando empezó la pandemia, no había vacunas para limitar el riesgo de infección o anti-virales testados que suministrar a los enfermos. Había una importante incertidumbre acerca de las mejores estrategias para hacer las pruebas a los enfermos, tratamientos y protocolos de seguridad que permitiesen equilibrar la seguridad con la continuidad de la vida económica y social” (Rose-Ackerman, 2021, 39).

La reflexión subyacente es que la grave incertidumbre favorece la corrupción de diversas formas ya que “van más allá del soborno y el fraude. Los individuos y compañías que buscan su propio beneficio pueden aprovecharse de las perturbaciones del mercado y de las lagunas regulatorias a costa del bien público” (Rose-Ackerman, 2021, 39-40).

¹ Klitgaard explica la fórmula con estas palabras: “el comportamiento ilícito florece cuando los agentes tienen el monopolio del poder sobre los clientes, cuando los agentes tiene gran discreción, y cuando la rendición de cuentas de los agentes es débil” (Klitgaard, 1998, 75).

En la opinión pública española, han sido conocidos algunos casos de comisionistas que intermediaron, en los momentos álgidos de la pandemia, entre compañías chinas de mascarillas y otros productos sanitarios y autoridades españolas y obtuvieron pingües beneficios por esta labor. Quizá no haya nada reprochable jurídicamente en estas conductas, aunque según las circunstancias del caso se podría hacer un juicio político desfavorable.

3.- En tercer lugar, Rose-Ackerman sostiene que “el sector de la salud difiere del mercado competitivo ordinario incluso en tiempos normales y las imperfecciones del mercado despuntan en los correlativos mercados de seguros. Algunos libertarios argumentan que la sociedad puede depender del sector privado para una respuesta inmediata. Los mercados competitivos, de conformidad con esta perspectiva, se precipitarán en desarrollar las pruebas necesarias, vacunas y medicinas anti-virales y las intervenciones gubernamentales para incrementar la accesibilidad a esos bienes solo servirán para suprimir los estímulos del beneficio de los productores. Los individuos, al mismo tiempo, adoptarán precauciones para protegerse a sí mismos sin la necesidad de una acción gubernamental” (Rose-Ackerman, 2021, 40).

Y Rose-Ackerman concluye que “en pocas palabras, a diferencia de muchos desastres naturales, la estructura subyacente del sector de la salud está plagada de ineficiencias que la pandemia ha exacerbado. Por supuesto que puede haber aumento de precios y contratos obtenidos de manera corrupta en la atención frente a desastres naturales y conflictos humanos, pero tener a la sanidad en el centro de la recuperación del desastre crea problemas especiales” (Rose-Ackerman, 2021, 40).

El derecho a la salud tiene su propia idiosincrasia como derecho social y en situaciones extremas como una pandemia, puede plantear una problemática especial. Por ejemplo, ha sido algo controvertido los conflictos de derechos fundamentales con las medidas de prevención de contagios como los confinamientos, el uso obligatorio de mascarilla o las condiciones de la vacunación.

RENDICIÓN DE CUENTAS Y COVID-19. PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA

Por otra parte, sobre el caso español del tratamiento de COVID-19 y la rendición de cuentas cabe destacar la controversia sobre la declaración del estado de alarma. Sobre la regulación de los estados de alarma y excepción, el artículo 116 Constitución española 1978 establece:

1. “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.
2. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.”

La Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los Estados de alarma, excepción y sitio, en su artículo sobre el estado de alarma, afirma:

“Art. 4.- El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad” (art 4, LO /1981 de 1 de julio)

Por su parte, esta Ley Orgánica establece los supuestos del estado de excepción en estos términos:

“ Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción” (art 13, LO /1981 de 1 de junio).

En el caso de la pandemia del COVID-19 el gobierno español optó por declarar el estado de alarma, sin intervención de Parlamento, que sí es preceptiva en la declaración del estado de excepción. Un argumento a favor de la estrategia del gobierno es que entre los supuestos del estado de alarma se encuentra explícitamente contempladas “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”. Un argumento en contra es que esta pandemia y los subsiguientes confinamientos y reducción de la actividad laboral han supuesto una grave alteración de los derechos y libertades de los ciudadanos. Esto significa, que esta situación ha afectado al contenido esencial de los derechos fundamentales, lo cual trae como consecuencia que ha de ser el Parlamento quién autorice este nuevo estado.

Esta ha sido la opción desarrollada por el Tribunal constitucional que considera más justificada, en este caso, la declaración de un estado de excepción. Lo justifica con estas palabras:

“Apreciadas todas estas circunstancias, este tribunal debe limitarse a constatar que las constricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el artículo 7 (apartados 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud en su documento “Actualización de la estrategia frente a la COVID-19” (14 de abril de 2020), exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES)” (STC148/2021 de 14 de julio F^oJ^o11).²

² Al declarar nulo el estado de alarma el Tribunal Constitucional buscó no crear consecuencias desproporcionadas y limitó el alcance de su nulidad en estos términos: “En ese contexto, parece necesario finalmente precisar el alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad, modulando los efectos de la declaración de nulidad:

a) Deben declararse no susceptibles de ser revisados como consecuencia de la nulidad que en esta sentencia se declara, no solo los procesos concluidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada [así establecido en los arts. 161.1 a) CE y 40.1 LOTC] o las situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes (según criterio que venimos aplicando desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, por razones de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE), sino tampoco las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados.

Y ello porque la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales. A lo cual se añade que habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad (art. 14 CE).

b) Por el contrario, sí es posible la revisión expresamente prevista en el art. 40.1 in fine LOTC, esto es, “en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma

Otro elemento vinculado con la rendición de cuentas y la pandemia en el caso español es la suspensión de la actividad parlamentaria durante el estado de alarma. Esto también fue objeto de una sentencia por el Tribunal Constitucional, que considera que la declaración del estado de alarma, como la de cualquiera de los otros dos estados, no puede en ningún caso interrumpir el funcionamiento de ninguno de los poderes constitucionales del Estado y, de modo particular, el Congreso de los Diputados. En consecuencia, la decisión de la Mesa hizo cesar temporalmente la tramitación de iniciativas parlamentarias de los recurrentes, lesionando su derecho de participación política. En concreto, la sentencia afirma:

“Por tanto, la decisión de interrumpir temporalmente la actividad parlamentaria, suspendiendo el cómputo de los plazos de las iniciativas registradas contraviene el mandato constitucional dirigido al Congreso de los Diputados para el ejercicio de sus propias funciones, particularmente la de control del Gobierno, con independencia del tiempo de duración de aquella interrupción, pues es de esencia a esta función que el funcionamiento de la Cámara no deba ver paralizada, aunque sea de modo temporal, su actividad, ni siquiera y con mayor fundamento en el caso de un estado de alarma en vigor.(...)”

aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. Esta excepción viene impuesta por el art. 25.1 CE, pues estando vedada la sanción penal o administrativa por hechos que en el momento de su comisión no constituyan delito, falta o infracción administrativa, el mantenimiento de la sanción penal o administrativa que traiga causa de una disposición declarada nula vulneraría el derecho a la legalidad penal consagrado en el indicado precepto constitucional.

c) Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio” (STC148/2021 de 14 de julio FºJº11).

RENDICIÓN DE CUENTAS Y COVID-19. PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA

La decisión de suspender la tramitación de toda actividad parlamentaria afectó, por ello, al contenido esencial del *ius in officium* de los recurrentes, en cuanto diputados que eran de la Cámara. A partir del dictado de aquel acuerdo ordenando la paralización temporal de la tramitación de las iniciativas, se vieron aquellos en la imposibilidad de que, *sine die*, cualquier iniciativa que registraran llegara a ser tramitada por el Congreso, en tanto que la mesa no aprobara una nueva resolución que decidiera alzar aquella suspensión” (Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021 FºJº 5).

Si el estado de alarma fue decidido por el gobierno sin intervención del Parlamento y paralelamente se suspendieron las actividades parlamentarias, especialmente del Congreso de los Diputados, durante este estado de alarma, se puede considerar que en este periodo se ha debilitado la rendición de cuentas horizontal y el control político de gobierno. Tampoco era el momento más adecuado de convocar elecciones y ejercer la rendición de cuentas vertical electoral. Era, por tanto, una situación idónea de formas híbridas de rendición de cuentas desde la sociedad civil y los medios de comunicación.

Como recuerdan Boin *et al.*, la rendición de cuentas es la característica que define a una democracia. Saber que un político elegido deberá justificar determinadas decisiones políticas impone varias limitaciones al proceso de elaboración de políticas. La literatura nos recuerda que estas circunstancias imponen una responsabilidad a los políticos. La norma sagrada de que los políticos responsables deben estar bien informados puede ser la carga más pesada. Esta norma ha inspirado una serie de métodos y convenciones que han llegado a caracterizar la elaboración de políticas democráticas (Boin *et al.*, 2020, 343).

El Tribunal Constitucional con estas decisiones ha puesto de manifiesto cómo la rendición de cuentas en el Parlamento español, durante la pandemia, fue mejorable. Que la coyuntura parlamentaria no sea completamente favorable al gobierno, no puede hacer perder de vista la necesidad de rendir cuentas, aun en situaciones excepcionales, más aún tratándose de un estado de alarma, decretado por el gobierno.

Un punto de análisis relevante es si ha intensificado los mecanismos de *rendición de cuentas social* durante la pandemia. En este sentido, *Diab* define siguiendo a Naciones Unidas, la APN³ como: un grupo de individuos voluntario y sin ánimo de lucro que se establece a nivel local, nacional o mundial para resolver problemas en favor del bien público. Orientadas a la realización de tareas y compuestas por individuos que tienen un interés común, [las APN] llevan a cabo una serie de servicios y tareas humanitarias, transmiten las preocupaciones del público a los gobiernos y supervisan la ejecución de políticas y programas. Ofrecen análisis y conocimientos especializados, actúan como sistemas de alerta temprana y ayudan a supervisar y aplicar los acuerdos internacionales (Diab, 2021, 3). Según Diab, se ha desplazado el control social del Estado (gobierno) a los profesionales de la sociedad (que prestan sus servicios) y a las personas. En consecuencia, la naturaleza social e informal del entorno puede configurar el procedimiento de rendición de cuentas (Diab, 2021, 7).

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

La noción de democracia está estrechamente vinculada con la de rendición de cuentas, donde los gobernantes deben responder y hacerse responsables de sus acciones de gobierno. Esto tiene diversos mecanismos y niveles. Es característico que los elementos ideales de la rendición de cuentas no siempre se encuentren en todos los casos, en todos los países y que este sea un concepto en permanente construcción. No obstante, la calidad de la democracia depende en gran parte de que se ejerza efectivamente la rendición de cuentas, con sus elementos y sus diferentes tipos, sobre sus gobernantes.

El caso de la pandemia del COVID-19 ha supuesto un reto para las diversas sociedades y, especialmente, las democráticas. Los mecanismos de toma de decisiones y rendición de cuentas han sido evaluados por la ciudadanía en temas de máximo interés y donde estaba directamente concernida. Esto es debido a que, en

³ Por sus siglas en inglés.

muchos países, se han restringido derechos de circulación, se han modificado esquemas laborales, pasando de un modelo presencial o un modelo *online*, debido al obligatorio confinamiento domiciliario. O se han producido debates próximos a la clásica cuestión de cuándo el paternalismo jurídico está justificado (Ramiro Avilés, 2006) con los temas de si el Estado puede obligar a la población a llevar mascarilla o a vacunarse.

En el análisis de Rose Ackerman esta pandemia puede haber favorecido la corrupción debido a una serie de factores: “en primer lugar, el rápido desarrollo de la pandemia y la correlativa recesión económica han conducido a una feroz competencia por los recursos esenciales. En segundo lugar, los gobiernos han movilizado rápidamente fondos públicos (tanto para el sistema sanitario como para la estabilidad económica) en una escala sin precedentes, creando oportunidades para la captación de dinero fácil de muchos tipos, incluyendo las abiertamente corruptas. En tercer lugar, los políticos, los funcionarios y los profesionales sanitarios ejercen una discrecionalidad sustancial en la asignación de recursos. Una pérdida de transparencia y debilitamiento de la supervisión y del cumplimiento de las normas han exacerbado los problemas de corrupción y de fraude, y las medidas públicas contra esos delitos no han mantenido el paso del desarrollo de la crisis” (Rose-Ackerman, 2021, 41).

El COVID-19 es un buen escenario donde calibrar la calidad de la rendición de cuentas porque los gobernantes deben informar y justificar sus decisiones. Éstas han de estar asesoradas por expertos, aunque ellos tienen la última palabra como responsables públicos. Los gobernantes son premiados o castigados por sus decisiones en una de las dimensiones de la rendición de cuentas. En otra dimensión, los políticos deben justificar sus decisiones. En el caso de COVID-19, se daban grandes dosis de incertidumbre y discrecionalidad en la toma de decisiones que afectaban a la inmensa mayoría de la población. Como se ha puesto de manifiesto, los mecanismos de rendición de cuentas son particularmente relevantes, en este contexto, para evitar la corrupción. Un elemento destacable de la experiencia

española de rendición de cuentas es que, pese a que se tiene una comprensión política, a nivel académico, frente al enfoque meramente administrativo, ésta no está arraigada popularmente, ni periódicamente. Los valores de la cultura de la *accountability* permanecen ocultos para el gran público, subyaciendo en la base de la democracia y siendo realmente el núcleo sobre el que se basa el sistema de legitimidad. Esto facilita que un nuevo gobernante, o partido político, pueda trasgredir estos valores, en todo o en parte, con más facilidad. En este sentido, se ha de comprender cómo la rendición de cuentas es un concepto *modesto*, que puede, a veces, manifestarse en alguno de sus elementos o tipos, y simultáneamente, es la *pedra de toque* de los sistemas democráticos.

En España, además de estos factores que incrementarían la corrupción, se ha producido durante esta pandemia un debilitamiento de la rendición de cuentas horizontal, como ha señalado el Tribunal Constitucional. Por una parte, se ha optado por la declaración de estado de alarma por el gobierno, dando cobertura a confinamientos domiciliarios. En la interpretación del Tribunal Constitucional esto afecta al contenido esencial de derechos fundamentales y hubiera sido preferible declarar el estado de excepción con la intervención del Parlamento para su aprobación. En segundo lugar, durante estado de alarma se suspendió la actividad parlamentaria, limitando así la rendición de cuentas horizontal y el derecho de participación política. El Tribunal Constitucional español tampoco ha considerado justificada esta suspensión.

Los estados de alarma, excepción y sitio forman parte de la Razón de Estado democrática. La justificación de esta institución viene porque, en situaciones excepcionales, es necesario restringir algunos derechos provisionalmente para proteger el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Estos estados han sido regulados previamente en una Ley Orgánica, donde se prevén quién, cómo, cuándo y por cuánto tiempo se pueden suspender los derechos. Es una garantía del sistema que, cuándo la ocasión lo justifica, se limiten ciertos derechos de forma temporal y según un procedimiento establecido con anterioridad.

La pandemia del COVID-19 ha sido una buena oportunidad para calibrar la calidad de Estado de Derecho y del sistema de rendición de cuentas. El panorama no es para un gran optimismo, sigue siendo necesario que los gobernantes respondan *-be accountable-* por sus decisiones, aun en situaciones excepcionales. Las democracias saldrán fortalecidas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Bustos Gispert, R. (2017). *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*. Marcial Pons.
- Boin, A. (2020). Beyond COVID-19: Five commentaries on expert knowledge, executive action, and accountability in governance and public administration. *Canadian Public Administration*, 63 (3), 339–368
- Bovens, M. (2010) Two Concepts of Accountability: Accountability as a Virtue and as a Mechanism. *West European Politics*, 33 (5), 946–967.
- Cutter, Ch, Nelson, Ch, Abir, M. (2021). Accountability to Population Health in the COVID-19 Pandemic: Designing Health Care Delivery Within a Social responsibility Framework. *Population health management*, 24 (1), 3–5. DOI: 10.1089/pop.2020.0096
- Diab, A.A., Metwally, A, Mohamed, M. (2021). The failure of global leadership and accountability problems during the COVID-19 pandemic. *Academic of Strategic Management Journal*, 20 (3), 1–8.
- Diab, A.A. (2021). The accountability process during the time of COVID-19 pandemic and the emerging role of non-profit associations. *Academy of Strategic Management Journal*, 20 (1), 1–9.
- Klitgaard, R. (1997). Cleaning up and invigorating the civil service: summary. *Public Administration & Development*, 17 (5), 487–509.
- Klitgaard, R. (1998). *Controlling corruption*. University of California Press.
- Goetz, A. M., JENKINS, R. (2001). Hybrid forms of accountability. *Public Management Review*, 3, 363–383.
- nnerarity, D. (2020). *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*. Galaxia Gutenberg.
- Leoni, G. *et al.* (2021). Accounting, management and accountability in times of crisis: lessons from the COVID-19 pandemic. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 34 (6), 1305–1319.

- Manin, B., Przeworski, A., Stokes, S. (1999). Elections and representation in Przeworski, A., Stokes, S., Manin, B. (eds.). *Democracy, accountability and representation*, Cambridge University Press, 29-54.
- O'Donnell, G. (1998). *Accountability horizontal*. *Estudios políticos*, 19, 9-46.
- Ojiagu, M. C., Nzewi, H. N., Arachie, A.E. (2020). Accountability and transparency in nation building: a COVID-19 experience in Sub-Saharan Africa. *International Journal of Public Policy and Administration Research*, 7 (1), 23-33.
- Ramiro Avilés, M.A. (2006). A vueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y Libertades*, 15, 211-256.
- Rose-Ackerman, S. (2021). Corrupción y COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 37-60.
- Schelder, A. (1999) Conceptualizing Accountability en Schelder, A., Diamond, L., Plattner, M. (eds.). *The self-restraining state. Power and accountability in new democracies*. Lynne Rienner Publishers, 13-28.
- Shimizu, K. Mossialos, E. (2021). Accountability and transparency are vital in a pandemic response. *Journal of General and Family Medicine*, DOI: 10.1002/jgf2.401
- Smulovitz, C. Peruzzotti, E. (2000). Societal Accountability in Latin America. *Journal of Democracy*, 11 (4), 147-154.
- Wang X., Xiao, H. Yan, B. & Xu, J. (2020). New development: Administrative accountability and early responses during public health crises—lessons from Covid-19 in China. *Public Money & Management*, DOI: 10.1080/09540962.2020.1819012
- World Bank (2004). *State-society synergy for accountability. Lessons from the World Bank*, World Bank Working Paper no. 30.

REPUBLICANISMOS DELIBERATIVOS Y DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO

Deliberative republicanism and democracy beyond the State

CONSTANZA NÚÑEZ DONALD*

Universidad de Chile

RESUMEN

El siguiente artículo aborda la problemática de la democratización de las instituciones autoritativas globales a través del enfoque de la democracia deliberativa planteada por aproximaciones republicanas. Se examinan, en particular, las propuestas de Martí, Besson y Bohman y se comparan a través de los ejes conceptuales de democracia, soberanía, poder constituyente, ciudadanía, solidaridad y los arreglos institucionales que proponen para hacer realidad el ideal democrático más allá de las fronteras estatales. Contrarios al escepticismo imperante referido a las posibilidades de democratización de la esfera internacional, se presentan estas propuestas como concepciones plausibles de la democracia y que no abandonan el contexto del discurso constitucionalista.

Palabras clave: Democracia deliberativa, republicanismo, democracia transnacional, *democracia*

* Académica Facultad de Derecho Universidad de Chile. Contacto: cnunez@derecho.uchile.cl

ABSTRACT:

The article addresses the democratization of global authoritarian institutions through the lens of deliberative democracy proposed by republican approaches (Martí, Besson, and Bohmann). The proposals are compared through the conceptual axes of democracy, sovereignty, constituent power, citizenship, solidarity, and the institutional arrangements they propose to realize the democratic ideal beyond state borders. Contrary to the prevailing skepticism regarding the possibilities of democratization, these proposals are presented as plausible conceptions of democracy that do not abandon the context of constitutionalist discourse.

Keywords: Deliberative democracy, republicanism, transnational democracy, *democracy*.

1. LOS DEBATES SOBRE DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO EN EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA

El constitucionalismo cosmopolita es una aproximación del constitucionalismo en clave global¹, que aúna diferentes propuestas referidas a la transformación del paradigma del constitucionalismo en el contexto de la globalización y que busca la aplicación de los principios e instituciones del constitucionalismo (derechos humanos, democracia y Estado de Derecho) más allá del Estado. El objetivo del proyecto es establecer las condiciones para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos en todo el mundo, fijar límites al poder (que puede ser un poder

¹ En este sentido, forma parte de las diferentes escuelas del constitucionalismo global, pudiendo distinguirse de otras por su marcado carácter normativo al aunar dimensiones cosmopolitas y constitucionalistas. Sobre las diferentes aproximaciones al constitucionalismo global, véase: Antje Wiener et al., “Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law,” *Global Constitutionalism* 1, no. 1 (2012): 1–15.

estatal, supranacional o privado) y condiciones para su ejercicio legítimo considerando las particularidades del escenario postwestfaliano².

En esta ambiciosa tarea, uno de los dilemas más acuciantes que enfrenta la teoría constitucional cosmopolita, es la dimensión de democratización de la esfera internacional, tanto por las características del escenario internacional, como porque la construcción de la teoría democrática en el constitucionalismo ha estado fuertemente influenciada por el paradigma estatal del constitucionalismo y, por ello, ha sido complejo construir y pensar posibilidades de democratización más allá de las fronteras estatales.

En efecto, las mayores críticas que se realizan en torno al proyecto del constitucionalismo cosmopolita se vinculan a su carácter “irrealista”³ y potencialmente “ilegítimo”⁴. Mientras el primer tópico ataca las posibilidades prácticas de llevar a cabo del programa del cosmopolitismo, el segundo se centra en la imposibilidad de incorporar elementos democráticos más allá del Estado⁵. La objeción de “ilegitimidad” se centra, por tanto, en el debate sobre la posibilidad de concebir un demos más allá del Estado, considerando que éste sería un elemento fundacional de cualquier concepción de autogobierno que pretenda fundar decisiones legítimas en términos constitucionales. Aunque en el discurso del constitucionalismo cosmopolita no existe una identificación necesaria (como veremos) entre democracia más allá del Estado y democracia global (es decir, pueden pensarse arreglos institucionales que no impliquen estructuras de

² He desarrollado el concepto de constitucionalismo cosmopolita, en: Constanza Núñez, “Constitucionalismo cosmopolita,” *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 18 (2020): 214–38.

³ A modo de ejemplo, Nico Krisch, “Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order,” *International Journal of Constitutional Law* 14, no. 3 (2016): 671.

⁴ Stéphane Pinon, “Las incertidumbres del constitucionalismo global,” *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 46 (2020): 141–72.

⁵ Cormac Mac Amhlaigh, “Who’s afraid of suprastate constitutional theory? Two reasons to be sceptical of the sceptics,” En *Legitimacy. The State and Beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 184.

democracia global y aun así hablar de democracia más allá del Estado), este elemento es usado por los escépticos⁶ ya sea para sostener la imposibilidad de la democracia más allá del Estado (crítica ontológica) o su indeseabilidad.

La objeción sobre *el demos* se basa en una comprensión estatista del constitucionalismo y resalta las diferencias radicales entre la comunidad internacional y la sociedad anclada en el Estado⁷. Como señala Mac Amhlaigh, caracterizando a los escépticos del *demos* transnacional, desde estas posiciones se sostiene la existencia de fragmentación, radical heterogeneidad cultural, lingüística, política, histórica, religiosa, asimetrías de poder, desacuerdos irresolubles y una infraestructura institucional muy débil en el ámbito global. En un contexto como el descrito, la noción de *demos* (y, por tanto, del constitucionalismo) se hace muy compleja⁸. La mayor dificultad que enfrenta la teoría constitucionalista cosmopolita es que nuestra comprensión de la democracia está muy ligada a la construcción del Estado-nación y a la idea de comunidades políticas circunscritas o limitadas⁹. Las críticas a la imposibilidad del *demos* lo que hacen es desarrollar una “analogía doméstica” con la democracia más allá del Estado (exigiendo las mismas condiciones). Aunque el constitucionalismo cosmopolita intenta rebatir estos argumentos desde las premisas normativas (como veremos), también existen

⁶ Una revisión general a las críticas sobre la democracia más allá del Estado, en: Laura Valentini, “No Global Demos, No Global Democracy? A Systematization and Critique,” *Perspectives on Politics* 12, no. 4 (2014): 789–807 y Daniele Archibugi, “Cosmopolitan democracy and its critics. A review,” *European Journal of International Relations* 10, no. 3 (2004): 437–73.

⁷ Este sería uno de los “tres dogmas” de la filosofía política contemporánea: Rainer Forst, “Transnational justice and democracy: overcoming three dogmas of political theory,” en *Political equality in transnational democracy*, ed. Eva Erman y Sofia Näsström (New York: Palgrave Macmillan, 2013), 41–59.

⁸ Cormac Mac Amhlaigh, “Who’s afraid of suprapstate constitutional theory? ”, 184.

⁹ Gráinne de Búrca, “Developing democracy beyond the state,” *The Columbia Journal of Transnational Law* 46, no. 2 (2008): 105. En el mismo sentido, pero reflexionando en torno a la democracia en Europa, véase: Daniel Innerarity, “La Unión Europea como democracia compleja,” *ReCHERches*, no. 15 (2015): 11–38.

estudios que desde la perspectiva empírica cuestionan la veracidad de las afirmaciones de que las condiciones exigidas para la democracia estatal hubieran existido alguna vez¹⁰.

La crítica “ontológica” a la posibilidad de hablar de democracia más allá del Estado (y, por tanto, de la imposibilidad de hablar de constitucionalismo en un sentido fuerte), entiende al demos de una manera performativa¹¹, es decir, que el demos requiere ciertas características para que la democracia pueda funcionar, el grupo debe tener la capacidad de sostener un sistema de decisiones democráticas. Para ello se recurre a argumentos de necesidad de cohesión etno-lingüística¹², de solidaridad entre grupo, confianza, o a aspectos generales como la necesidad de compartir ciertos intereses comunes y principios¹³. Dependiendo del tipo de exigencias de cohesión que se demande será más o menos posible –de acuerdo con esta perspectiva– hablar de democracia más allá del Estado. Mientras que la necesidad de cohesión etno-lingüística haría imposible el demos más allá del Estado (y esta sería la crítica ontológica propiamente tal), la exigencia de solidaridad entre grupo o compartir intereses o principios comunes, se intenta solventar mediante interpretaciones de ciertas tendencias de la sociedad global (que darían cuenta de su posibilidad) o bien proponiendo mecanismos que favorezcan este tipo de integración. La imposibilidad del desarrollo de un demos más allá del Estado –desde esta perspectiva– trae consigo, como corolario, que cualquier proyecto destinado a desarrollar normas más allá del contexto estatal se transforma en hegemonía. Estado

¹⁰ Por ejemplo Koenig-Archibugi destaca que en las democracias surgidas entre 1945 y 2009 nunca han existido las condiciones que se exigen a la democracia más allá del Estado, véase: Mathias Koenig-Archibugi, “Global democracy and domestic analogies,” en *Global Democracy. Normative and empirical perspectives*, ed. Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 160–82.

¹¹ Valentini, “No global demos, no global democracy?,” 792.

¹² Will Kymlicka, “Citizenship in an era of globalization: Commentary on Held,” en *Democracy’s Edges* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 112–26.

¹³ David Miller, “Against global democracy,” en *After the nation: Critical reflections on post-nationalism*, ed. Kaith Breen and Shane O’Neill (London: Palgrave Macmillan, 2010).

de Derecho sin democracia es Derecho hegemónico, y Derecho hegemónico es desformalización y moralización de la ley¹⁴.

La crítica que se refiere a la indeseabilidad tiene dos dimensiones. Por una parte, hay quienes argumentan desde el mismo concepto de lo político y que la dimensión agonista subyacente a él queda oscurecida bajo la ampliación del demos y, por tanto, lo haría indeseable¹⁵. Por otra, hay quienes argumentan requisitos funcionales de la democracia que en contextos no-estatales no podrían darse (por ejemplo, la información o transparencia) y, por tanto, harían imposible su desarrollo. Esta última sería una dificultad motivacional y epistémica de la democracia más allá del Estado¹⁶.

Pero las objeciones a la ilegitimidad de la toma de decisiones más allá del Estado que hemos referido, por su carencia de credenciales democráticas, no solo provienen del discurso académico, sino también de la sociedad civil. Numerosas decisiones de organismos internacionales han sido contestadas mediante protestas que cuestionan que políticas que tienen la capacidad de afectar de manera

¹⁴ Señala Koskenniemi respecto del proyecto del constitucionalismo global: “La Constitución que se promulgara no sería internacional sino imperial”, véase: Martti Koskenniemi, *La política del Derecho Internacional* (Madrid: Trotta, 2020), 383 y Hauke Brunkhorst, “How much democracy does global constitutionalism need?,” en *Between cosmopolitan ideals and state sovereignty*, ed. Ronald Tinnevelt y Gert Verschraegen (London: Palgrave Macmillan, 2006), 190.

¹⁵ Aquí podemos encontrar las perspectivas basadas en el pluralismo radical o la democracia agonista. Así por ejemplo lo sostiene Mouffe inspirada en el concepto de “pluriverso” de Schmitt, véase: Chantal Mouffe, “Which world order: cosmopolitan or multipolar?,” *Ethical Perspectives* 15, no. 4 (2008): 464. Véase también, por ejemplo, Loughlin quien destaca que las concepciones constitucionalistas de carácter pluralista oscurecen la distinción inclusión/exclusión que es esencial de la política: Martin Loughlin, “Constitutional pluralism: an oxymoron?,” *Global Constitutionalism* 3, no. 1 (2014): 28

¹⁶ Robert Dahl, “Can international organizations be democratic? A skeptic’s view,” en *Democracy’s Edges*, ed. Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordon (Cambridge: Cambridge University Press, 1999); Thomas Christiano, “A democratic theory of territory and some puzzles about global democracy,” *Journal of Social Philosophy* 37, no. 1 (2006): 81–107.

significativa la vida de las personas, no obedezcan a un proceso que les brinde espacios de participación e incidencia¹⁷. Las consignas de los movimientos sociales transnacionales que impugnan el carácter elitista de las decisiones globales¹⁸, ponen el foco justamente en este desafío que enfrenta la teoría constitucional cosmopolita.

Para hacer frente a estas objeciones, el discurso del constitucionalismo cosmopolita ha dado un “giro democrático” en los últimos años¹⁹ y se ha centrado en desarrollar criterios o conceptos para cuestionar la asunción de la imposibilidad o indeseabilidad de un demos más allá del Estado, construyendo una nueva visión de la legitimidad constitucional que permita dotar de autoridad legítima al ejercicio del poder en un contexto postnacional²⁰. Se ha intentado, en este sentido, argumentar contra aquella objeción que cuestiona la desaparición de la “política” en el discurso cosmopolita²¹. En efecto, además de los argumentos contextuales vinculados a la gestión global de problemas comunes de la humanidad, una de las explicaciones del surgimiento de las teorías sobre democracia más allá del Estado, es precisamente la necesidad de realizar un esfuerzo para devolver la agencia política a las personas, aquella que ha sido arrebatada por las fuerzas de la globalización

¹⁷ De Búrca, “Developing democracy beyond the state”, 120.

¹⁸ Brunkhorst, “How much democracy does global constitutionalism need?”, 191.

¹⁹ Mattias Kumm, “Rethinking constitutional authority: on the structure and limits of constitutional pluralism,” En *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, ed. M. Avbelj y J. Komárek (Oxford; Portland: Hart Publishing, 2012), 48.

²⁰ Samantha Besson, “Institutionalising global democracy,” en *Legitimacy, Justice and Public International Law*, ed. Lukas H. Meyer (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 59. En efecto, la teoría política no podía seguir evadiendo este problema si la democracia se ha transformado -casi universalmente- en la única forma de legitimar el poder político, como indican: Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti, “Introduction: mapping global democracy,” en *Global Democracy. Normative and empirical perspectives*, 1.

²¹ Pinon, “Las incertidumbres del Constitucionalismo Global”, 153.

neoliberal²². Es decir, en los debates sobre demos más allá del Estado se asumen argumentos tanto teleológicos como deontológicos²³.

La pregunta que debe responder el constitucionalismo cosmopolita en este punto es: considerando que, en la esfera transnacional, hay órganos que ejercen poder cuyas decisiones tienen la capacidad de impactar de manera significativa en la vida de las personas, ¿qué elementos deben concurrir para que estas decisiones sean consideradas aceptables en términos democráticos para quienes son afectados por ellas?²⁴.

Para responder la pregunta que se ha apuntado, podemos encontrar dos enfoques en la literatura del constitucionalismo cosmopolita. Por una parte, aquellos discursos que limitan el rol de los criterios democráticos en el ámbito internacional a través de estrategias “compensatorias”²⁵, es decir, desarrollando otros elementos en los cuales fundar la legitimidad, reinterpretando algunas asunciones de la teoría de la democracia para adaptarlas al escenario transnacional²⁶, y otras posturas donde el componente democrático es central en el análisis institucional y conceptual, como es el enfoque de los republicanismos deliberativos que se examinará en este estudio.

²² Richard Falk, “The promise and perils of global democracy,” en *Global Democracy. Normative and empirical perspectives*, 274–83.

²³ Raffaele Marchetti, “Models of global democracy. In defence of cosmo-federalism,” en *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, 22.

²⁴ De Búrca, “Developing democracy beyond the state”, 110.

²⁵ De Búrca, “Developing democracy beyond the state”, 121.

²⁶ Es, por ejemplo, el caso de Kumm y los estándares de razón pública supranacional, véase: Mattias Kumm, “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state,” En *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, ed. D Dunoff y J. P. Trachtman (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 258–324.

Una de las cuestiones que hay tener en consideración es que el constitucionalismo cosmopolita no se identifica únicamente con la tradición liberal de la democracia representativa²⁷ y tampoco con una única forma de comprender el cosmopolitismo²⁸, pese a que gran parte del debate se ha concentrado en estas aproximaciones. En este sentido, un elemento que es útil para identificar las diferentes propuestas de democratización de la esfera internacional tiene que ver con las comprensiones normativas de la democracia en las que se sustentan²⁹ y aquí es posible encontrar comprensiones liberales³⁰, garantistas³¹ y deliberativas, algunas

²⁷ En este sentido disiento con lo sostenido por Somek, en el sentido de asociar el constitucionalismo cosmopolita únicamente a la tradición liberal de la democracia representativa, véase: Alexander Somek, “Cosmopolitan constitutionalism: The case of the European Convention,” *Global Constitutionalism* 9, no. 3 (2020): 467–89. Desde esta perspectiva las críticas que apuntan que el constitucionalismo cosmopolita es “excesivamente liberal” en su comprensión de la democracia (por ejemplo, Christian Volk, “Why global constitutionalism does not live up to its promises,” *Goettingen Journal of International Law* 4, no. 2 (2012): 551–74), no consideran las alternativas republicana o deliberativa de carácter crítico que se encuentran dentro de este discurso.

²⁸ En efecto, en sus fundamentaciones podemos encontrar diferentes aproximaciones. Sobre los diferentes tipos de cosmopolitismo, véase, por ejemplo: Federico Arcos Ramírez, “El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal,” *Anuario de Filosofía Del Derecho*, no. 29 (2013): 255–90.

²⁹ La democracia sería, en este sentido, uno de los clásicos ejemplos de conceptos esencialmente controvertidos en la categorización de Gallie (W.B Gallie, “Essentially contested concepts,” *Proceedings of the aristotelian society new series* 56 (1956): 167–98.) Se excluyen en este análisis concepciones de la democracia con impacto a nivel global, pero que no son compatibles con el constitucionalismo, como serían las perspectivas de democracia radical que podemos encontrar en autores/as como Mouffe o Negri. Sobre estas perspectivas en el debate sobre democracia global, véase: Jonathan Kuyper, “Global democracy,” En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

³⁰ Anne Peters, “Dual Democracy,” En *The Constitutionalization of International Law*, ed. J. Klabbers, A. Peters, y G. Ulfstein (Oxford: Oxford University Press, 2009), 263–352; Kumm, “The Cosmopolitan turn in Constitutionalism: on the relationship between Constitutionalism in and beyond the State.”

³¹ Luigi Ferrajoli, *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*, ed. Trotta (Madrid, 2022); Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del estado* (Madrid: Trotta, 2018).

de las cuales se examinarán a continuación. Esta distinción no es solo relevante para deslindar posiciones, sino también porque la concepción normativa influye en el diseño institucional propuesto. Así, por ejemplo, MacDonald indica en relación a los límites del demos, que aquello depende de que “tipo de ideal democrático estemos comprometidos, ‘cívico-republicano’, ‘liberal-representativo’ o algún otro híbrido”³².

Dentro de estas propuestas, me parece especialmente interesante analizar las propuestas del republicanismo deliberativo, no solo para subvertir el tópico de asimilar la democracia más allá del Estado al ideal de la democracia representativa, sino también porque es una aproximación con un potencial apto para hacerse cargo adecuadamente de lo que implica pensar en los desafíos de la democracia cuando se trascienden los márgenes estatales, como se desarrollará a lo largo de este estudio. En efecto, esta perspectiva presenta múltiples como teoría normativa desde una perspectiva (1) conceptual y (2) empírica.

Desde la (1) perspectiva conceptual, hay que destacar que el desacople que se hace entre Estado-nación y democracia, permite que ésta sea una teoría que encaja de manera más adecuada con los desafíos de la democracia más allá del Estado y ello se refleja en su flexibilidad. La deliberación es compatible con fronteras fluidas, así como con la comunicación transnacional³³, pues es más importante el carácter de la interacción política antes que su locación³⁴. Por otra parte, tiene una vocación transformadora y crítica. Como indica Benhabib, el modelo procedimental de la democracia deliberativa, antes que grandes diseños institucionales, nos proporciona, antes que todo, parámetros críticos normativos para evaluar hacia

³² Terry Macdonald, “Boundaries beyond borders: delineating democratic ‘Peoples’ in a globalizing world,” *Democratization* 10, no. 3 (2003): 188. El problema de MacDonald es que hace una identificación entre democracia estatal con la dimensión republicana y democracia cosmopolita con el ideal liberal. Como veremos, la relación no se da necesariamente en términos binarios.

³³ Besson, “Institutionalising global demoi-cracy”, 74.

³⁴ *Ídem*.

donde ir³⁵. Es una teoría en cuya base está la reflexividad. Como indica Sheuerman, la gran riqueza de la teoría crítica deliberativa está en su apertura constante a reflexionar sobre sus propios supuestos y eso la posiciona de una manera preferente frente a sus competidores para enfrentar la complejidad de la democracia más allá del Estado³⁶. De acuerdo con lo indicado respecto a la importancia de contar con un marco amplio que nos permita gestionar los múltiples elementos que tensionan la comprensión de la democracia más allá del Estado, esta flexibilidad permite un macro diálogo entre diferentes estrategias democratizadoras (bajo un horizonte normativo crítico común).

Por otra parte, la democracia deliberativa, al poner como ejes centrales de la comprensión de legitimidad de las decisiones autoritativas, los principios de igualdad política, autogobierno e intercambio de razones, existe un diálogo directo con los principios del cosmopolitismo que exigen mantener la apertura de la conversación hacia la progresiva inclusión y que ello tenga como corolario una progresiva realización de la autonomía individual. Es decir, no es una teoría de la democracia neutra en términos morales, es una teoría que incorpora una perspectiva cosmopolita dado los presupuestos igualitarios de la conversación (presupone el derecho básico a la justificación, de carácter universal)³⁷. En este sentido, es también práctica profundamente cosmopolita en la medida en que la deliberación puede surgir en cualquier lugar donde los seres humanos se deban razones y puedan afectar las decisiones y acciones de los demás³⁸.

³⁵ Seyla Benhabib, "Toward a deliberative model of democratic legitimacy," En *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, ed. Seyla Benhabib (Princeton; New Jersey): Princeton University Press, 1996), 70.

³⁶ William E Scheuerman, "Critical theory beyond Habermas," En *The Oxford Handbook of Political Theory*, ed. John S. Dryzek, Bonnie Honig, y Anne Phillips (Oxford: Oxford University Press, 2008),136; Rainer Forst, "The rule of reasons. Three models of deliberative femocracy," *Ratio Juris* 14, no. 4 (2001): 369.

³⁷ Forst, "The rule of reasons", 366.

³⁸ Benhabib, "Toward a deliberative model of democratic legitimacy", 68.

Por otra parte, es relevante destacar que para los republicanismos cosmopolitas la idea de no dominación resulta central para justificar la necesidad de contar con un marco que democratice las relaciones de poder más allá del Estado y éste es un fundamento indispensable que conecta con el surgimiento de lazos de solidaridad transnacionales basados en la comunidad de dominación y resistencias³⁹.

Es relevante también para los teóricos de la democracia deliberativa la generación de una esfera pública vital⁴⁰. Este elemento es central en la elaboración de una teoría de la democracia más allá del Estado, justamente porque lo que está ausente en este ámbito es aquella esfera pública. La tarea central democratizadora es generar las condiciones para que progresivamente ésta se vaya desarrollando. En este sentido, esta perspectiva atiende también a la importancia de la generación de las condiciones materiales (no solo las formales) para que éstos diálogos se puedan desarrollar.

Desde la (2) perspectiva empírica, podemos destacar su flexibilidad, su anclaje en las prácticas jurídicas contemporáneas y su rol en la gestión de la diversidad. Respecto de la flexibilidad, al tratarse de principios normativos que guían la evaluación de las prácticas jurídicas, éste permite márgenes de experimentalismo democrático, es decir, el desarrollo de instituciones que puedan irse moldeando mediante procedimientos de aprendizaje colectivo, como veremos. Por otra parte, las prácticas de democracia deliberativa, como han destacado sus teóricos, ya se encuentran insertas en instituciones y en ciertas prácticas políticas⁴¹, a diferencia de las grandes estructuras que, por ejemplo, que propone el garantismo. En este

³⁹ James Bohman, “Cosmopolitan republicanism: Citizenship, freedom and global political authority,” *The Monist* 84, no. 1 (2001): 3–21. Sobre la explotación global capitalista como escenario de visibilización de deberes de justicia globales, véase: Rocío Lorca, “Explotación y justicia global,” *Revista de Ciencia Política* 38, no. 1 (2018): 105–23.

⁴⁰ Forst, “The rule of reasons”, 369.

⁴¹ Como destaca Benhabib, no es una teoría “en busca de la práctica”, sino que ya se encuentra presente en nuestras prácticas de justificación política, véase: Benhabib, “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, 84.

sentido, en la tensión utopía–realidad, permiten desarrollar una lógica incremental que, a partir de las instituciones existentes, avance hacia otras reformas. Finalmente, en relación con la gestión de la diversidad, es importante indicar que, como destaca Benhabib, la racionalidad práctica que está detrás de esta concepción de la democracia reclama validez transcultural⁴². Esto no implica negar que detrás de cada conquista democrática hay batallas y retrocesos, pero es posible resaltar los procesos de aprendizaje como centrales para los procesos de democratización.

Para abordar estos enfoques desarrollaré las propuestas de Besson, Bohman y Martí, bajo el análisis de los conceptos poder constituyente y soberanía, ciudadanía, demos y esfera pública, y los arreglos institucionales propuestos. Estos elementos son aquellos donde ha existido mayores disputas teóricas respecto a la posibilidad o imposibilidad de concebir la democracia en un contexto no estatal. Si estos/as autores/as ofrecen un respaldo a sus argumentos en base a estos conceptos es posible debatir en torno a su plausibilidad. Estos elementos corresponden, a su vez, a una cierta comprensión “mínima” de los elementos normativos a analizar cuando se evalúa una teoría democrática basada en la soberanía popular: (i) comunidad de personas libres e iguales, (ii) organización de capacidades colectivas de acción y; (iii) solidaridad⁴³. De la forma en que confluyen estos tres elementos, que se darían de manera “ideal” en el Estado–nación, es el núcleo del debate sobre las posibilidades de la democracia más allá del Estado. Para finalizar, se plantearán algunas críticas a estas perspectivas y que nos plantean la necesidad de seguir revisándolas.

⁴² Benhabib, “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, 69.

⁴³ Jürgen Habermas, *La Constitución de Europa* (Madrid: Trotta, 2012), 48.

2. LA PROPUESTA DE LOS REPUBLICANISMOS DELIBERATIVOS

Con modelo deliberativo me refero a aquellas propuestas que asumen el ideal deliberativo para fundamentar la comprensión de legitimidad democrática de las decisiones⁴⁴. La democracia deliberativa es un “modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática”⁴⁵, en este modelo la premisa fundamental es que en la toma de decisiones participen todos los/as ciudadanos/as (inclusión) y que el procedimiento tiene una forma dialógica, esto es, que consiste en un acto de comunicación colectiva de intercambio de razones que cuentan como argumentos⁴⁶.

En este sentido, el núcleo común de todas estas perspectivas estaría en tres elementos: (1) Principio de inclusión, (2) procedimiento dialógico y, (3) relevancia de la esfera pública. Aunque en la tradición democrática de los republicanismos deliberativos, además de autores/as como Bohman, Martí y Besson), también podríamos ubicar a Habermas⁴⁷ (porque hay rasgos compartidos tanto en la

⁴⁴ Seyla Benhabib, “Toward a deliberative model of democratic legitimacy,” en *Democracy and Difference. Contesting the boundaries of the political*, ed. Seyla Benhabib (Princeton: Princeton University Press, 1996), 67–94.

⁴⁵ José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 22.

⁴⁶ *Ibidem*, 2–24.

⁴⁷ Aunque hay que resaltar que los republicanismos deliberativos aquí analizados tienen en común -como veremos- una determinada comprensión de la libertad (como no dominación) y Habermas ha intentado mediar entre las concepciones de la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, véase: Jürgen Habermas, “Tres modelos normativos de democracia,” En *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política* (Barcelona: Paidós, 1999), 231–46. Sin embargo, por ejemplo, Velasco califica a Habermas igualmente como un “republicano deliberativo”, en atención a su lectura republicano desde la teoría comunicativa, véase: Juan Carlos Velasco, “Los derechos humanos en la democracia deliberativa o la superable contraposición entre liberalismo y republicano,” *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, no. 52 (2007): 479–512.

comprensión de la política deliberativa, como en la asunción de ciertos postulados del republicanismo), se excluirá del análisis la propuesta Habermasiana⁴⁸ y me enfocaré en los republicanismos deliberativos “propriadamente tales”⁴⁹, en atención a las diferencias en los énfasis argumentativos (la no dominación), así como en los diseños institucionales propuestos (*demosi-cracia*)⁵⁰.

En la caracterización que se realizó al inicio sobre las diferentes alternativas para abordar el problema de la democracia en la literatura del constitucionalismo cosmopolita, la perspectiva republicana se encuentra en aquellas que asigna un rol fundamental a la democracia en el proyecto normativo del constitucionalismo cosmopolita, pero bajo la comprensión de que conceptualización de la democracia debe ser repensada, así como los conceptos asociados de pueblo, lo público, la ciudadanía y los derechos humanos⁵¹. Como señala Bohman, “si el mundo en el que esos conceptos han sido desarrollados está sufriendo transformaciones, la teoría democrática actual no podrá brindar un marco adecuado en el cual proponer

⁴⁸ He revisado detalladamente la propuesta habermasiana en: Constanza Núñez Donald, “Habermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa,” *Anales de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata* 15, no. 48 (2018): 1129–59. Véase también: Jean L. Cohen, “The Constitutionalization of International Law,” en *The Habermas Handbook*, ed. Hauke Brunkhorst, Regina Kreide, y Cristina Lafont (New York; Sussex: Columbia University Press, 2018), 143–52; James Bohman, “The constitutionalization of international law and politics,” en *The Habermas Handbook*, ed. Hauke Brunkhorst, Regina Kreide, y Cristina Lafont (New York: Columbia University Press, 2017), 474–86.

⁴⁹ Me refiero con “republicanos propriadamente tales” a estos/as autores/as porque, aunque como se señaló, Habermas puede ser considerado un “republicano deliberativo” su comprensión de la democracia deliberativa busca mediar precisamente entre concepciones liberales y republicanas de la democracia.

⁵⁰ Existen diferencias también en las concepciones sobre los derechos humanos. Mientras la perspectiva habermasiana de la democracia deliberativa presupone una teoría discursiva de la ética, en el caso de republicanos como Bohman la construcción de los derechos humanos solo es política.

⁵¹ James Bohman, *Democracy across borders. From demos to demoi* (Massachusetts: MIT Press books, 2007), viii.

soluciones”⁵². Aunque el republicanismo originalmente ha tenido en mente el modelo estatal para desarrollar su propuesta democrática⁵³, autores/as como Bohman, Besson y Martí, han rescatado de esta tradición elementos que permiten darle un giro cosmopolita, para sostener que el republicanismo es un territorio no explorado, pero que ofrece las mejores herramientas analíticas para enfrentar el problema de la dominación en la esfera global, “no hay un cosmopolitismo coherente sin republicanismo, no republicanismo sin instituciones cosmopolitas”⁵⁴.

Aunque estos/as autores/as comparten sus presupuestos normativos⁵⁵, tienen diferentes énfasis y aproximaciones a la hora de abordar el problema de la dominación global, como veremos.

⁵² *Ibidem*, 3.

⁵³ Así, por ejemplo, Pettit, quien siguiendo a Rawls, opta por incorporar la perspectiva internacional teniendo a los Estados como único actor posible y legítimo en el ámbito internacional, véase: Philip Pettit, “A republican law of peoples,” *European journal of political theory* 9, no. 1 (2010): 70–94. Un análisis crítico de la dimensión estatista de la propuesta de Pettit, en: José Luis Martí, “A global republic to prevent global domination,” *Diacrítica* 24, no. 2 (2010): 31–72.

⁵⁴ James Bohman, “Republican cosmopolitanism: popular sovereignty in multilevel systems,” en *Political Equality in Transnational Democracy*, ed. Eva Herman; Sofia Näsström (New York: Palgrave Macmillan, 2013), 18.

⁵⁵ No trato en este apartado propuestas como las de Dryzek, ya que si bien se trata de una propuesta de transnacionalización de la democracia en clave republicana, sólo se enfoca en la sociedad civil transnacional, no desarrollando la dimensión institucional que se vincula a las ideas del constitucionalismo cosmopolita, es decir, es una teoría democrática cosmopolita, pero insuficientemente constitucionalista, ya que no existe un vínculo entre democracia y su forma jurídica, véase: John S. Dryzek, “Transnational democracy: beyond the cosmopolitan model,” en *Deliberative democracy and beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2002). En el mismo sentido, Bohman destaca que la apuesta “bottom-up” de Dryzek no provee ninguna base para elaboración institucional (Bohman, *Democracy across borders*, 44). Para Scheuerman, este tipo de perspectivas serían también insuficientemente democráticas, en la medida en que la influencia de la sociedad civil no es, por sí misma, equivalente al ejercicio mismo del poder, véase: William E. Scheuerman, *Frankfurt school perspectives on Globalization, Democracy and the Law* (New York: Routledge, 2008), 128.

2.1 Concepción de la democracia

Para estas perspectivas, el republicanismo, antes que el liberalismo como teoría política, está mejor orientado para enfrentar los problemas de la democracia más allá del Estado. Esta concepción de democracia está íntimamente vinculada a su concepto de libertad. El republicanismo, entiende la libertad como no dominación (en oposición a la idea liberal de la libertad como no interferencia)⁵⁶ y ello supone tener la posibilidad de poder definir las condiciones bajo las cuales las personas se consideran como seres libres. Lo opuesto a libertad, sería poder arbitrario⁵⁷. En este sentido, no toda injerencia sería opuesta a la libertad, sino solo aquella que puede ser considerada arbitraria. Para ejemplificar la oposición entre esta concepción de la libertad y la del liberalismo, se acude, por ejemplo, al dilema del déspota o dictador benevolente (individuos que no son libres, pues, aunque no sufran injerencias en su libertad, están dominados y sujetos a un control ajeno)⁵⁸. Por ello, para evaluar la dominación lo importante es la determinación si estamos bajo posibilidades de ser sometidos a interferencias arbitrarias o no, es decir, si tenemos la posibilidad de cuestionarlas.

Tradicionalmente, el republicanismo ha entendido que la forma más efectiva de evitar la no dominación es mediante la pertenencia a un Estado con una democracia que permita a los individuos cuestionar los esquemas de dominación. El adagio clásico del republicanismo de base estatal sostiene que ser libre es ser ciudadano de un Estado libre⁵⁹. Tanto Bohman como Martí cuestionan la base estatal del republicanismo clásico, al constatar que en el contexto contemporáneo

⁵⁶ Véase, por ejemplo, Skinner y Pettit: Quentin Skinner, *Liberty before liberalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998) , Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Barcelona: Paidós, 1999).

⁵⁷ John Maynor, “El republicanismo transnacional. ¿Un desafío demasiado lejano?,” en *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, ed. Pablo Riberi, vol. 12 (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 305.

⁵⁸ Maynor, “El republicanismo transnacional”, 312.

⁵⁹ Bohman, “Republican cosmopolitanism: popular sovereignty in multilevel systems”, 19.

los Estados no son los únicos actores capaces de ser objeto y sujeto de dominación, y que éstos tampoco tienen la capacidad para proteger a sus propios ciudadanos de la no dominación en contextos de interdependencia sistémica (cuando no somos capaces de identificar la fuente de la dominación)⁶⁰. En este sentido, el republicanismo cosmopolita ofrece una idea de no dominación más compleja que la analizada por el republicanismo contemporáneo, porque incorpora una reflexión de qué tipo de orden político es necesario para asegurar la no dominación en un contexto transnacional.

Lo que está detrás es la constatación de que las relaciones de dominación pueden desarrollarse en cualquier tipo de comunidad política⁶¹. Cuando las teorías de la justicia refieren la necesidad de comunidades definidas como un prerrequisito para los contextos de justicia (como sería el caso de Walzer⁶² o Nagel⁶³), lo que hacen es confundir conclusiones con premisas. El contexto de la justicia y, por tanto, de la aplicación de arreglos democráticos, son aquellos donde existan relaciones de dominación⁶⁴. La dominación política en el contexto transnacional se manifiesta en la capacidad de los actores de imponer deberes y obligaciones incluso en contra de procesos democráticos⁶⁵. En este sentido, lo que estos/as autores/as intentan hacer es ofrecer una comprensión del republicanismo que sea capaz de enfrentar los desafíos de la globalización.

⁶⁰ Martí, “A global republic to prevent global domination”, 62.

⁶¹ Forst, “Transnational justice and democracy”, 46.

⁶² Michael Walzer, *Las esferas de la justicia: una defensa al pluralismo y la igualdad*, 2a ed. (México D.F.: Fondo de Cultura económica, 2011).

⁶³ Thomas Nagel, “El problema de la justicia global,” *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo* 9, no. 1 (2005): 169–96.

⁶⁴ Forst, “Transnational justice and democracy”, 47.

⁶⁵ Bohman, *Democracy across borders*, 9.

Bajo esta concepción, la democracia es un orden reflexivo que implica control popular en el proceso de toma de decisiones en un sentido específico: la interacción entre la libertad comunicativa tal como está manifestada en la esfera pública y los poderes normativos a través de los cuales el pueblo crea y controla los derechos, obligaciones y sus estatus deónticos⁶⁶. En este sentido, no solo se delibera en relación con lo que concierne a la vida en común, sino también al marco normativo institucional de la democracia en sí misma.⁶⁷ Por ello, conforme a esta perspectiva es importante destacar que la democracia no es instrumental para la realización de los derechos humanos, sino que por sí misma es constitutiva de justicia⁶⁸.

Cuando aplicamos este concepto al debate que nos ocupa, se sostiene que el objetivo de un modelo cosmopolita debe estar centrado en proveer a las personas de la capacidad de concurrir con su voluntad en la imposición de deberes y obligaciones, es decir, evitar la dominación. Desde la perspectiva de Bohman ello se consigue bajo lo que denomina un “mínimo democrático” y para Martí y Besson, bajo el cumplimiento de una serie de principios de legitimidad democrática que deben concurrir en los actores que participan en la esfera global.

Antes de desarrollar qué supone cada uno de estos principios, es importante destacar que en todas las perspectivas se refiere a la importancia de superar el concepto de *demos*, por el de *demoi*. Los modelos liberales que siguen centrados en el *demos* tienen el problema de ser muy rígidos para enfrentar los dilemas de la dominación, al identificar el ideal de autodeterminación con la voluntad de un pueblo unificado⁶⁹. Sin embargo, para estos/as autores/as, la democracia no debe

⁶⁶ *Ibidem*, 5.

⁶⁷ *Ibidem*, 2. En el mismo sentido, en relación a la “metademocracia”, véase: Nancy Fraser, *Escalas de justicia* (Barcelona: Herder Editorial, 2012), 104.

⁶⁸ Bohman, *Democracy across borders*, 135. En el mismo sentido, Forst, “Transnational justice and democracy”.

⁶⁹ Estas serían las asunciones de la teoría democrática estándar que habría que superar, véase: James Bohman, “A response to my critics: democracy across borders,” *Ethics & Global Politics* 3, no. 1 (2010): 83.

verse como más allá del Estado (lo que supondría seguir manteniéndonos en la concepción clásica de demos), sino a través de las fronteras⁷⁰, es decir, como múltiples comunidades políticas, desterritorializadas y funcionalmente dispersas, que interactúan entre sí (donde cada una de ellas debe cumplir con el mínimo democrático o con los principios de legitimidad democrática). De esta manera, la propuesta de la democracia transnacional no pasa solo por hacer ajustes institucionales, sino también por transformar las bases normativas del concepto de democracia⁷¹.

El mínimo democrático de Bohman se sostiene en la relevancia de la democracia deliberativa y su vínculo con las exigencias de la no dominación. El mínimo democrático, en este sentido, sirve para designar las condiciones necesarias (aunque no suficientes)⁷² de no-dominación para el ejercicio de democratización. Este mínimo implica que las personas siempre tengan la capacidad de iniciar deliberación y participar de la actividad común de deliberar, incluso cuestionar la agenda política de las instituciones y las reglas que guían la actividad política⁷³. Ya que el mínimo democrático es una cuestión de grado, puede ser realizado en múltiples dimensiones y procedimientos.

Por su parte, para Martí y Besson las exigencias de legitimidad democrática deben evaluarse en relación con cumplimiento de cuatro principios que deben concurrir en cada actor y/o institución que pretenda actuar a nivel internacional: (1) el principio de control popular último y efectivo bajo el criterio de “todos los afectados por las decisiones” inspirado en la soberanía popular, (2) igualdad política (ninguna persona ni grupo de personas puede imponer sus visiones unilateralmente), (3) contestabilidad e interacción deliberativa y, (4) protección de

⁷⁰ Bohman, *Democracy across borders*, 12.

⁷¹ *Ibidem*, 21.

⁷² *Ibidem*, 48.

⁷³ *Ibidem*, 47.

los derechos humanos⁷⁴. Estos principios también configuran un mínimo al que debe aspirar cualquier sistema que aspire a la legitimidad democrática en la esfera internacional.

2.2 Poder constituyente y soberanía

En relación con el poder constituyente, Bohman sostiene que es necesario entender que en el constitucionalismo cosmopolita no existe “un momento original de autorización por el soberano o el demos unificado”, sino que es algo disperso espacial, temporal e institucionalmente⁷⁵. En efecto, cuando el autor señala que como elemento básico de los diseños constitucionales debe tenerse en consideración a la humanidad como estándar de justificación, esto exige que el diseño constitucional y sus normas estén abiertas a las demandas de otros/as que no son ciudadanos/as y ello puede implicar un poder constituyente en permanente transformación.

Respecto de la soberanía, Bohman propone la superación de la perspectiva lockeanas o rousseunianas de soberanía del pueblo, hacia una tradición democrática que reconoce la soberanía compartida o distribuida a través de los *demos*⁷⁶. Para los republicanos, la idea de soberanía distribuida está en los orígenes del pensamiento republicano, en los antecedentes del pensamiento federalista anti-imperialista⁷⁷, que rechaza la identificación de la soberanía popular entendida como autolegislación asociada a un demos unificado, para evitar la dominación. Es justamente aquella comprensión de la soberanía la que ha permitido excesos tiránicos y facilitado la

⁷⁴ Samantha Besson y José Luis Martí, “Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation,” *Jurisprudence* 9, no. 3 (2018): 510.

⁷⁵ Bohman, *Democracy across borders*, 72.

⁷⁶ *Ibidem*, 35.

⁷⁷ En concreto, Bohman sostiene que es posible rastrear en Madison, en particular, un germen de republicanismo cosmopolita en su comprensión de la soberanía y en el modelo propuesto para EE.UU, véase: Bohman, “Republican cosmopolitanism: popular sovereignty in multilevel systems.”

dominación en el contexto transnacional y que en la actualidad es reivindicada por nacionalistas de extrema derecha⁷⁸.

Siguiendo en esta misma línea de reflexión, Besson y Martí destacan que esto implica que la comunidad internacional estaría compuesta por co-soberanos. Por una parte, la humanidad en su conjunto que tiene el interés en la no-dominación global y, por otra, todas las entidades públicas que representan entidades territoriales y otro tipo de agrupaciones políticas⁷⁹. Se reivindica que ha existido un malentendido colectivista que se asoció –desde Hobbes– a una voluntad unívoca de un pueblo unificado para definir la soberanía, y buscan escapar de estas interpretaciones, resaltando las premisas normativas de la soberanía basadas en la autodeterminación⁸⁰.

2.3 Demos, ciudadanía y esfera pública

Como habíamos adelantado, para estos/as autores/as es relevante poner énfasis en la necesidad de re-conceptualizar la democracia basada en el “demos” (un pueblo) hacia la democracia basada en el “demoi” (plural). ¿Qué significa esto?, que existen múltiples comunidades políticas, desterritorializadas y que cumplen diferentes funciones. A esto correspondería el “We, the peoples”⁸¹ anunciado en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas (unión de pueblos, antes que de Estados). Las comunidades políticas se determinan funcionalmente en relación con las tareas que deben ejecutar y los intereses de los afectados por las decisiones. Pese a no existir una unidad de un “demos global”, la multiplicidad de los *demoi* encuentra su unidad al tener la obligación de satisfacer el estándar de justificación vinculado a la humanidad en su conjunto (y allí reside el carácter cosmopolita del proyecto)⁸². El carácter reflexivo y flexible de los *demoi* es lo que ofrece una ventaja conceptual

⁷⁸ Bohman, “A response to my critics: Democracy across borders”, 75.

⁷⁹ Besson y Martí, “Legitimate actors of international law-making”, 530.

⁸⁰ *Ibidem*, 531.

⁸¹ Besson, “Institutionalising global demoi-cracy”, 70.

⁸² Bohman, “A response to my critics: democracy across borders”, 81 y Besson y Martí, “Legitimate actors of international law-making”, 530.

frente al concepto de demos liberal, ya que éste requiere o presupone comunidades políticas delimitadas, y ello no permite gestionar adecuadamente la tensión entre universalidad y particularidad que se da en el contexto transnacional. El desafío de la teoría democrática está, entonces, en desarrollar mecanismos institucionales de vinculación entre los diferentes *demos*.

En relación con la ciudadanía, se constata que el problema de las perspectivas republicanas basadas en el Estado es que anclan las posibilidades de protección frente a la dominación al hecho de la pertenencia a un Estado. En este sentido, la no dominación sigue estando condicionada a la pertenencia a un Estado donde se cumplan con las exigencias democráticas y por ello la ciudadanía ha pasado a ser un primer bien social y no, la no dominación⁸³. Para evitar esto, el modelo republicano cosmopolita destaca que lo que se requiere en términos de ciudadanía es que las personas dispongan efectivamente de poderes normativos que les habiliten con los poderes necesarios para iniciar la deliberación política⁸⁴. El derecho político básico sería la capacidad de iniciar deliberación.

La base normativa de la existencia de dichos poderes normativos está en la membresía a la comunidad política. Con independencia de la adscripción nacional, cada persona tiene el derecho básico de membresía política a la humanidad (entendida como comunidad política)⁸⁵. En este punto es donde aparece claramente la dimensión cosmopolita del proyecto republicano. “El derecho a tener derechos”⁸⁶ es la base normativa fundamental para la construcción de la comunidad política. En este sentido, hay una relación dialéctica entre democracia y derechos humanos. La democracia es necesaria para la plena realización de los derechos humanos y el

⁸³ Bohman, *Democracy across borders*, 27.

⁸⁴ *Ibidem*, 30.

⁸⁵ El concepto de humanidad entendido como comunidad política “mezcla”, de esta manera, la dimensión moral (“humanness”) del concepto de humanidad, y su sentido de conjunto de personas (“humanity”), propiamente tal.

⁸⁶ Bohman, *Democracy across borders*, 103.

derecho básico es la membresía a la comunidad política constituida por la humanidad (carácter universal de los derechos políticos).

En este marco, la membresía es negada no solo cuando no se pertenece a una comunidad política (como por ejemplo es el caso de las personas apátridas), sino sobre todo cuando las personas son vulneradas en sus derechos por actos sistemáticos de violencia. En esto, siguiendo a Arendt, Bohman señala que cuando las personas son víctimas de actos de violencia lo que han perdido es su pertenencia a la humanidad⁸⁷. Las violaciones a los derechos humanos son, entonces, violaciones a la condición de pertenencia a la humanidad⁸⁸. Para ilustrar esto Bohman recurre al concepto de crímenes contra la humanidad, derechos de las personas refugiadas y el derecho a la nacionalidad.

Si volvemos al adagio republicano, cuando es matizado por el giro cosmopolita, éste sería entendido como: “ser libre es ser ciudadano de una comunidad política”⁸⁹. En el caso de la comunidad política constituida por la humanidad, aquello implica el derecho a tener derechos y, por tanto, el derecho a tener el poder normativo de iniciar deliberación⁹⁰. La universalidad de este derecho a la membresía es aquel que permite que, en definitiva, en casos de tiranía o dominación, exista una comunidad a la que hacer demandas y a la que se pueda obligar a actuar. Lo que exigiría esta perspectiva de la membresía sería que, en toda comunidad política determinada, se considerara la humanidad como estándar de justificación constitucional, lo que implica que la comunidad debe estar abierta a las demandas de cualquier persona (ciudadana o no) basada en sus derechos

⁸⁷ *Ibidem*, 107.

⁸⁸ *Ibidem*, 108.

⁸⁹ *Ibidem*, 106.

⁹⁰ El derecho básico a iniciar deliberación en Bohman es similar al derecho básico a la justificación de Rainer Forst, pero la reflexión de Bohman se enmarca en una concepción política de los derechos humanos porque presupone la existencia de una comunidad política: Kenneth Baynes, “Critiquing democracy, democratizing critical theory: a brief retrospective on James Bohman’s work,” *Constellations* 28, no. 2 (2021): 151–58.

humanos⁹¹, ello implica asumir la perspectiva del otro generalizado (en el mismo sentido en que lo ha indicado Benhabib)⁹².

Además de estos conceptos, también es relevante el concepto de esfera pública (espacio social de interacción donde los participantes expresan sus opiniones y preocupaciones ante una audiencia indefinida y con un compromiso con la libertad e igualdad de los participantes)⁹³, como una de las pre-condiciones del desarrollo de la democracia transnacional. Siguiendo el concepto elaborado por Habermas, Bohman desarrolla el carácter “distributivo” de la esfera pública (por oposición a una visión unificada) y destaca especialmente las posibilidades que ofrece Internet para el desarrollo de una esfera pública transnacional. Aunque este espacio no ofrece por sí solo garantías (porque puede ser un mercado o un “commons”)⁹⁴, tiene una estructura que favorece la transnacionalidad. Para transformarse en esfera pública debe obedecer a principios como los de publicidad, igualdad y tener una estructura que garantice la inclusión.

En atención a la falta de claridad que ha supuesto la pregunta por el quiénes en relación a la participación de la sociedad civil en la esfera pública como un actor relevante en la construcción de la democracia transnacional, Martí y Besson han especificado que la participación de la sociedad civil en la esfera pública global deberá estar marcada también por los principios mínimos de legitimidad política asociados a su comprensión de la democracia (deliberación, igualdad política, control popular y derechos humanos)⁹⁵.

⁹¹ Bohman, *Democracy across borders*, 116.

⁹² Seyla Benhabib, *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* (Barcelona: Gedisa, 2006), 189.

⁹³ Bohman, *Democracy across borders*, 60.

⁹⁴ *Ibidem*, 74.

⁹⁵ Besson y Martí, “Legitimate actors of international law-making”, 537.

2.4 Arreglos institucionales

Las grandes diferencias entre los autores del republicanismo cosmopolita no están tanto en sus bases conceptuales, sino en sus arreglos institucionales. Mientras que Bohman se concentra en la pregunta acerca del cómo las comunidades pueden incorporar a la humanidad como estándar de justificación y si es posible articular los diálogos entre los diferentes *demoi*, Martí y Besson apuestan por especificar un modelo multidimensional de representación, donde destacan la relevancia de preguntarnos acerca de quiénes son los actores legítimos en la esfera internacional, en qué escala y cómo interactúan.

Desde la perspectiva de Bohman y Besson basada en los “demoi”, se constata que la buena gobernanza democrática requiere unidades grandes y pequeñas⁹⁶. Para Bohman el cosmopolitismo en un sentido moral y político solo puede ejercerse en la reorganización de las actuales estructuras políticas en múltiples unidades y niveles, ya que allí la humanidad puede “florecer” en su variedad (no sería un cosmopolitismo en un sentido jurídico y jerárquico)⁹⁷, indica el autor: “Aunque no propongo una cosmópolis, mi argumento es cosmopolita en el sentido de que sugiere que los derechos humanos son mejor realizados en comunidades democráticas diferenciadas, una comunidad que tiene por objetivo último la libertad de todos los seres humanos”⁹⁸.

⁹⁶ Bohman, *Democracy across borders*, 2.

⁹⁷ Bohman, “A response to my critics: democracy across borders”, 83.

⁹⁸ Bohman, *Democracy across borders*, 132.

Este sería el único modelo que permite realizar los derechos humanos y tener control popular sobre los procesos normativos. En este modelo, el “mínimo democrático” es una cuestión de grado, que se va realizando progresivamente y los requisitos del mínimo democrático (contar con poderes normativos, es decir, capacidad de iniciar deliberación), pueden ser especificados en muchas dimensiones y procedimientos⁹⁹.

En este sentido, la tarea de la teoría democrática estaría en generar instituciones que sean capaces de canalizar la libertad comunicativa, desarrollando una interacción institucionalizada entre los diferentes *demos*. La república cosmopolita de Bohman es descentralizada, poliárquica, basada en la diferenciación institucional, deliberación y reflexividad. Los elementos normativos básicos de este diseño institucional serían, 1) que permitan el ejercicio de reflexividad, 2) diferenciación, 3) y que estén siempre abiertos a reforma¹⁰⁰.

Como modelo de referencia de las posibilidades de una política democrática transnacional, Bohman estudia a la Unión Europea, señalando que se trata actualmente del único modelo que tiene características de un republicanismo cosmopolita (el modelo de Naciones Unidas no lo sería, por ejemplo, por contener el principio de no intervención)¹⁰¹. Aunque tiene críticas respecto de su diseño, indica que la teoría política tiene la misión de proveer ejemplos realistas donde asentar las propuestas y por ello destaca sus potencialidades¹⁰².

Cuando estudia el diseño de la Unión Europea, el autor pone especial énfasis en la necesidad de reforma vinculada con la falta de legitimidad basada en la deliberación popular. Es decir, la Unión Europea no sufriría de un “déficit democrático general” sino uno específico vinculado con la dimensión deliberativa

⁹⁹ *Ibidem*, 49.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 124.

¹⁰¹ *Ibidem*, 137.

¹⁰² Bohman, “A response to my critics: democracy across borders”, 82.

respecto de los fines de la política¹⁰³. En este sentido, en el marco de la Unión Europea sería necesario reforzar el elemento popular y deliberativo de la legitimidad (el elemento formal ya estaría en los tratados constitutivos de la Unión). Como condición general, se ha resaltado la importancia de que los/as ciudadanos/as tengan siempre la posibilidad de iniciar reformas democráticas tanto en momentos constitucionales, como en el día a día de las decisiones políticas.

Desde la perspectiva de la legitimidad popular se requiere que existan diversas instancias en todos los niveles y con suficientes poderes normativos. Se trata, además, de una legitimidad “distribuida” entre diferentes actores: legislaturas, cortes, administración y ejecutivos. Por ello, por ejemplo, para el autor los modelos que reducen todo el problema de la legitimidad en Europa a la necesidad de contar con un Parlamento con más poderes omiten que ello es solo uno de los niveles donde debe reflejarse la voluntad de los ciudadanos de Europa, ya que debe avanzarse, desde un modelo intergubernamental, hacia uno efectivamente transnacional. Un ejemplo de la falta de legitimidad popular (desde una perspectiva cosmopolita), es que en la ratificación de la Constitución de la Unión las personas no participaban como “europeos”, sino como nacionales de sus respectivos países¹⁰⁴.

¹⁰³ Bohman, *Democracy across borders*, 135.

¹⁰⁴ Bohman, *Democracy across borders*, 140.

Como ejemplo específico de institucionalización, Bohman desarrolla la idea de los “mini-públicos”¹⁰⁵ y toma como referencia también el modelo “Open Method of Coordination” de la Unión Europea (OMC)¹⁰⁶. En relación con los mini-públicos, Bohman destaca que, ya sea sean elegidos por sorteo o como representantes de un conjunto de ciudadanos en temas específicos, estos procedimientos dejan atrás los problemas de autoselección de las ONG y dejan fuera el dilema de la mera contestación como mecanismo de participación, pues se ofrece participación a grupos de ciudadanos no expertos dándoles poderes normativos para deliberar y formar su opinión y hacer recomendaciones y tomar decisiones¹⁰⁷. Para que no sean solo una forma de consulta, requieren legitimidad constitucional (que sean efectivo traspaso de poder). Cuando esto es aplicado a las posibilidades de reforma democrática en el marco de la Unión Europea (donde se juega, en concepto de Bohman, toda la coherencia del sistema), pone como ejemplo la “*Citizens’s Assembly on Electoral reform*” en Canadá, como modelo a replicar. Se trataría, de esta manera, de institucionalizar mini-públicos que estudiarían las posibilidades de reforma democrática en la Unión Europea. Por otra parte, en relación con el OMC, como mecanismo de intercambio de buenas prácticas en

¹⁰⁵ La idea de deliberación micro-cósmica consiste en “tomar un grupo relativamente pequeño, del que todos tengan posibilidad de formar parte, y proporcionarle buenas condiciones para deliberar, de modo que los participantes puedan llegar a un juicio considerado sobre alguna cuestión política o de política pública”, véase: Cristina Lafont, *Democracia sin atajos* (Madrid: Trotta, 2021), 152. Dentro de estas instituciones se pueden encontrar jurados ciudadanos, encuestas deliberativas, asambleas ciudadanas, etc.

¹⁰⁶ El método abierto de coordinación es una forma de elaboración de políticas intergubernamentales que no da lugar a medidas legislativas vinculantes de la UE y no exige a los países de la UE que introduzcan o modifiquen sus leyes. Véase:

https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/open_method_coordination.html#:~:text=The%20open%20method%20of%20coordination,introduce%20or%20amend%20their%20laws. [último acceso: 30 de septiembre de 2022].

¹⁰⁷ Bohman, *Democracy across borders*, 87.

términos deliberativos, Bohman enfatiza la importancia que se desarrolle en diferentes niveles y no solo como política intergubernamental¹⁰⁸.

El diseño de Bohman, inspirado en el federalismo (pero con las dimensiones cosmopolitas que hemos enfatizado) rechaza que la subsidiariedad sea el principio último de coordinación (entendida como la preferencia por el último nivel), sino que más bien insta por redefinir los patrones de jerarquía hacia unos de coordinación. El principio de subsidiariedad es un principio territorial por excelencia y en el contexto del modelo de democracia a través de los *demos*, la desterritorialización hace que la subsidiaridad pierda sentido¹⁰⁹.

Por su parte, el modelo de Besson y Martí, que se centra en la dimensión de la representación, es denominado “modelo de representación múltiple” y es definido como aquel que trasciende la simple dualidad usada para referir al rol del Estado y la sociedad civil como actores en la escena global y ve a la representación en el ámbito internacional como un esquema multinivel y multidimensional de representación política¹¹⁰.

Como vimos, a diferencia de Bohman, plantean requisitos más definidos y exigentes para que la intervención de los actores internacionales sea considerada legítima y ello se concreta en un diseño institucional que supone determinar las vías en que cada uno de estos principios (control popular, deliberación, igualdad política y derechos humanos) son respetados en cada nivel de decisión. Ejemplificando, respecto de los Estados, indican que ello supone limitar la capacidad de concurrir con su consentimiento, o no valorar el veto de aquellos Estados que no son democráticos (lo que requeriría compensar a la sociedad civil de esos Estados con otros mecanismos de participación en la esfera global y con la intervención de

¹⁰⁸ *Ibidem*, 85.

¹⁰⁹ En el mismo sentido: Besson, “Institutionalising global *demos*-cracy”, 71.

¹¹⁰ Besson y Martí, “Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation”.

tribunales internacionales que utilicen la representación reflexiva¹¹¹) y favorecer instancias de control popular y deliberación en torno a la política exterior. Asimismo, destacan que debe pensarse en distintos niveles de distribución de la autoridad pública que tengan mejor capacidad de representación y gestión de los intereses transnacionales, mencionando, como ejemplo, a las ciudades¹¹². Como iniciativa en este sentido mencionan la coordinación que se ha dado a través del Parlamento Global de Ayuntamientos¹¹³.

Todos los niveles de representación (local, estatal, regional y global), contribuyen en conjunto, a fortalecer la legitimidad del sistema internacional. En este sentido, cada uno –por sí solo– no sería suficiente y, por ello cada uno cumple un rol, “balanceando” los déficits de legitimidad que presentan cada uno de los actores. En este sentido, es posible caracterizar también a esta perspectiva como constitucionalista, en la medida en que identifican al modelo múltiple de representación como parte de un sistema único de representación, donde cada uno de los niveles refuerza el conjunto.

Pese a estas reflexiones centradas en la dimensión multinivel de la representación y la compatibilidad de aquello con la propuesta de Bohman, Martí previamente en el artículo “*A global republic to prevent global domination*” había destacado que, si bien comparte las asunciones del republicanismo cosmopolita de Bohman, es crítico en relación con la renuncia de éste a la posibilidad de instituciones autoritativas globales. La indeseabilidad de una república global

¹¹¹ Besson, “Institutionalising global democracy”, 83; Besson y Martí, “Legitimate actors of international law-making”, 534.

¹¹² Se indica que las ciudades poseen ventajas en términos de representación y cercanía con los intereses de los ciudadanos, así como capacidades para coordinar una gestión transnacional. Samantha Besson y José Luis Martí, “Cities as democratic representatives in international law-making,” en *Research Handbook on International Law and Cities* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021).

¹¹³ Creado en 2016 en la Haya con el objetivo explícito de transformarse en un actor poderoso en la gobernanza global, véase: <https://globalparliamentofmayors.org/> [último acceso: 30 de junio de 2022].

mediada por un marco constitucional que realice los principios del republicanismo estaría viciada por “temores” que no compensan el examen de efectividad del modelo. Para el autor, al momento de evaluar un modelo institucional debemos determinar si está en capacidad de cumplir con sus objetivos. Martí señala que el modelo de democracia deliberativa transnacional propuesta por Bohman corre el riesgo de no ser efectiva para los fines de la dominación, ya que, en contextos de alta dispersión funcional, se requieren instituciones que tengan la capacidad de dirimir en caso de conflicto y que, en definitiva, tengan la última palabra.

Por otra parte, en relación con la indeseabilidad de un modelo de república global, Martí señala que la teoría normativa del republicanismo ofrece criterios para cuestionar de manera permanente el funcionamiento de las instituciones. Lo que le interesa al autor es destacar que la función de la teoría normativa debe ser ofrecer razones morales para optar por un modelo institucional, aun cuando en la actualidad sea improbable su desarrollo. De lo que se trata es de apuntar a un futuro posible y de ofrecer los mejores argumentos para avanzar hacia ese camino. El autor se detiene en este punto sin ofrecer ejemplos concretos de cómo institucionalizar estos principios, sin embargo, destaca que en ningún caso pueden trasladarse los mismos esquemas de la república estatal. El desarrollo de una república global exige entonces de nuestra máxima “imaginación política y creatividad para innovar sobre el tipo de estructuras necesarias para este nuevo mundo”¹¹⁴.

Esta perspectiva de Martí puede ser interpretada en dos vías: o bien ha renunciado a la posibilidad de una república global enfocándose en la estrategia de la democratización desarrollada en conjunto con Besson, o bien la república global sigue siendo el horizonte que alcanzar y las estrategias desarrolladas en conjunto con Besson son caminos complementarios para profundizar la democratización en diferentes niveles. Cuando Martí junto con Besson, indican, por ejemplo, que “si la creación de un parlamento mundial y la convocatoria a unas elecciones globales no es una opción disponible, al menos durante un tiempo, debemos explorar otras

¹¹⁴ Martí, “A global republic to prevent global domination”, 67.

formas por las que el pueblo o los pueblos puedan ejercer el control final de las instituciones”¹¹⁵, es posible concluir que es una estrategia complementaria.

3. CRÍTICAS Y CAMINOS DE FUTURO: MACRO- DELIBERACIÓN EN UN MARCO CONSTITUCIONAL

No me ocuparé en este lugar de las críticas específicas a la democracia deliberativa (porque ello excede los objetivos de este trabajo)¹¹⁶, sino que me centraré específicamente a los cuestionamientos que se han desarrollado en torno a los arreglos institucionales propuestos en este modelo.

Pueden resumirse en tres nodos de conflicto: (1) Reemplazo de las funciones participativas por funciones epistémicas, (2) Ausencia de poderes normativos efectivos e institucionalización para la solución de controversias, (3) Cuestionamiento al abandono sobre la reflexión de las pre-condiciones de la democracia (garantía social y esfera pública).

En primer lugar, es posible advertir una cierta tendencia a valorar las funciones epistémicas de la democracia deliberativa en detrimento de sus funciones participativas. Por ejemplo, cuando Bohman destaca las funciones de los mini-públicos en su modelo (en lo que sería una concepción lotocrática de la democracia deliberativa)¹¹⁷, lo que se hace es disminuir la dimensión participativa, en la medida en que se sigue exigiendo una deferencia ciega de los ciudadanos a instituciones respecto de las cuales no existe capacidad de control¹¹⁸. El problema de esto es que cuando se transforma en la única forma de legitimación, el corazón normativo del concepto de democracia se ve alterado y, en palabras de Scheuerman, existiría -en

¹¹⁵ Besson y Martí, “Legitimate actors of international law-making”, 511.

¹¹⁶ Un diálogo con los diferentes problemas de la democracia deliberativa puede leerse en: Samantha Besson y José Luis Martí, eds., *Deliberative democracy and its discontents*, Applied Legal Philosophy (Hampshire: Ashgate, 2006).

¹¹⁷ Lafont, *Democracia sin atajos*, 145.

¹¹⁸ *Ibidem*, 29.

este sentido- una oscilación entre la “radicalización y la resignación”¹¹⁹. Esto, aplicado al análisis de la democracia deliberativa a la esfera transnacional, ha supuesto asignar un valor preponderante a la sociedad civil transnacional y su potencial de ser un actor de influencia en las decisiones globales, versus otras formas más “fuertes” de participación.

En relación con el segundo punto, se alerta sobre la falta de especificación de los poderes normativos vinculados al concepto de ciudadanía. Como señala Lafont, es relevante que la directriz normativa fundamental del mínimo democrático sea el derecho a iniciar deliberación, pero ello siempre se hace en una comunidad política determinada (aunque éstas sean múltiples). Ello supone que cualquier reflexión en torno a los poderes normativos, no puede ir desligada de una concretización del concepto de ciudadanía (aunque desanclada de la nación), porque aquel dispositivo -en tanto engloba participación y representación-, es el único que nos asegura control sobre los resultados del procedimiento de deliberación¹²⁰. En el caso de Bohman, se asocia al derecho a iniciar deliberación. Sin embargo, no concreta la forma en que ello se traduce en poder normativo de participación y control de resultados. Aunque Bohman anuncia la relevancia de la constitucionalización de estos poderes normativos (y ello supondría una cierta estabilidad en cuanto a la posibilidad de control de resultados), no queda claro si esa constitucionalización debe darse en todos los niveles o la mera habilitación de un marco autoritativo global sobre derecho a iniciar la deliberación, bastaría como “título” normativo.

¹¹⁹ Scheuerman, *Frankfurt school perspectives on globalization, democracy and the law*, 124.

¹²⁰ Cristina Lafont, “Can democracy go global?,” *Ethics & Global Politics* 3, no. 1 (2010): 13–19.

Siguiendo con la reflexión en torno a poderes normativos e institucionalización, a los republicanos deliberativos se les reprocha, en particular, la falta de desarrollo de instituciones autoritativas que sean capaces de gestionar los conflictos entre los múltiples *demos*¹²¹ y la falta de *accountability* que tendrían las instituciones. Como indica Scheuerman, ¿ante quienes se puede exigir la *accountability* si el *demos* es siempre fluido y sin sujeto?¹²² A ello se sumaría la complejidad del diseño. La diversificación de tantos espacios de toma de decisión puede generar confusión y “trae aparejada consigo el peligro de que estas agencias terminen siendo excesivamente complejas e incomprensibles para los ciudadanos comunes”¹²³. En este último punto resuenan las críticas que se han hecho –en general– a la democracia deliberativa en torno a su potencial carácter elitista. En un sistema complejo y con múltiples focos, los peligros de cooptación de los públicos deliberativos por agentes con más información y poder, sigue estando latente.

Finalmente, nos encontramos frente al problema de las precondiciones de la democracia. Difícilmente van a existir las condiciones para la transnacionalización de la democracia si no existe un mínimo de igualdad de condiciones entre los participantes en el discurso. En este sentido, llama la atención la relegación del vínculo con los derechos económicos, sociales y culturales y la prevalencia del debate sobre derechos civiles en la reflexión sobre estas cuestiones en los teóricos de la democracia deliberativa transnacional¹²⁴. Sin embargo, sí existe una conexión fuerte entre justicia global y la deliberación democrática a través de las fronteras¹²⁵.

¹²¹ Marchetti, “Models of global democracy. In defence of cosmo-federalism”, 24; William E Scheuerman, “Critical theory beyond Habermas,” en *The Oxford Handbook of Political Theory*, ed. John S Dryzek, Bonnie Honig, y Anne Phillips (Oxford: Oxford University Press, 2008):93.

¹²² Scheuerman, “Critical theory beyond Habermas”, 100

¹²³ Maynor, “El republicanismo transnacional”, 319.

¹²⁴ Carol C. Gould, “Democracia regional frente a democracia global: posibilidades y limitaciones,” *Bajo palabra.Revista de filosofía*, no. 2 (2016): 190; Besson, “Institutionalising global *demos*-cracy”, 65.

¹²⁵ Gould, *Interactive democracy*, 206.

Como indica Young, se requiere vincular la defensa de la democracia deliberativa con la necesidad de atacar la desigualdad social. Si la pobreza extrema sigue impidiendo la participación de millones de ciudadanos/as globales, no existiría ninguna condición para que se desarrolle una esfera pública vital¹²⁶. Este análisis no está desligado de un cuestionamiento de la soberanía estatal, en la medida en que, en muchos casos, la soberanía de los Estados es un obstáculo para la realización de los derechos sociales, por la práctica de fórum shopping y la existencia de paraísos fiscales, entre otros ejemplos. Si existieran instituciones autoritativas globales que regularan este tipo de cuestiones, la provisión de recursos para la garantía de estos derechos sería más adecuada. Los impuestos también es una cuestión de democracia global¹²⁷.

Para este problema es un gran aporte las perspectivas garantistas como las de Ferrajoli¹²⁸ o el constitucionalismo global social de Peters¹²⁹, que marcan una diferencia sustantiva con las perspectivas deliberativas, al abordar este problema de manera directa. En estos casos se asume que el análisis de la igualdad política no puede ir desligado del desarrollo de instituciones de garantía que aseguren condiciones materiales básicas de existencia.

Un segundo obstáculo que tiene que ver con las deficiencias de las precondiciones de la democracia más allá del Estado tiene que ver con el deterioro de la esfera pública mediado por la proliferación de noticias falsas, violencia en redes sociales, concentración de medios, etc. Este, que no es un problema exclusivo de la esfera supranacional (sino que de las democracias contemporáneas en general), se ve agudizado más allá de las fronteras estatales sobre todo por la distancia que existe

¹²⁶ Iris Young, “Modest reflections on hegemony and global democracy,” *A Journal of Social and Political Theory*, no. 103 (2004): 8

¹²⁷ Martí, “A global republic to prevent global domination”, 38.

¹²⁸ Ferrajoli, *Por una Constitución de La Tierra. La humanidad en la encrucijada*.

¹²⁹ Anne Peters, “Global Constitutionalism: The Social Dimension,” En *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives* ed. Takao Suami et al., (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 277–350.

respecto de la información y las decisiones que se toman en órganos supranacionales e internacionales. Ello genera un distanciamiento crónico de los/as ciudadanos/as que obstaculiza las redes informales de deliberación transnacional. En este sentido, cualquier teoría de la democracia más allá del Estado debe hacerse cargo también de las condiciones para una deliberación razonable, lo que implica hacer una reflexión profunda sobre los mecanismos institucionales que colaboren en esta tarea.

El análisis de las pre-condiciones que he indicado, apunta a los dos ejes que Forst identifica como relevantes en una tarea de largo plazo de pensar las instituciones democráticas: (1) enfoque de la promoción de la justicia (análisis de las instituciones que son necesarias) y, (2) el enfoque de la demanda de justicia, es decir, hacerse cargo de las relaciones sociales que demandan justicia¹³⁰.

Este análisis se conecta directamente con el marco constitucionalista que engloba los debates sobre democracia más allá del Estado. El marco constitucionalista lo que provee es una serie de instituciones y estructuras jurídicas (condiciones formales) que dan forma jurídica a los mínimos democráticos que se requieren para que se desarrollen los diálogos, es decir, asegura -de forma mínima- las pre-condiciones de la deliberación. El marco constitucional institucionaliza las condiciones mínimas de deliberación al consagrar un catálogo de derechos e instituciones de representación que cumplen la función de ser la base para la construcción del modelo¹³¹. Este tipo de estructuras son necesarias en un contexto de democracia deliberativa experimental en la medida que dichos mecanismos, sin un marco institucional de garantías, pueden ser objeto de captura en contextos de desigualdades de poder¹³². Como ha indicado Peters, lo que se debe evitar en contextos de diálogos transnacionales, es que aquellos que “hablen más fuerte” (más

¹³⁰ Forst, “Transnational justice and democracy: overcoming three dogmas of political theory”, 50.

¹³¹ Forst, “The rule of reasons”, 370.

¹³² Adrian Little and Kate Macdonald, “Pathways to global democracy? Escaping the statist imaginary,” *Review of International Studies* 39, no. 4 (2013): 810.

financiación o estén mejor organizados), puedan tener mayor influencia¹³³. En definitiva, el marco constitucional juridifica las pre-condiciones para la deliberación igualitaria a través de la codificación del derecho básico a la justificación (derechos humanos), representación igualitaria y la garantía social.

Todos estos elementos configuran un esquema complejo de división del trabajo, es decir, un sistema con múltiples niveles y múltiples actores, por lo que el análisis de la legitimidad requiere ser sistémico u holístico, es decir, entender que “todo el peso de la toma de decisiones y la legitimidad no recae en un solo foro o institución, sino que se distribuye entre distintos componentes en diferentes casos”¹³⁴. Este análisis entiende que cada una de las partes puede jugar un rol relevante en la democratización del sistema en su conjunto y que no todos los principios relevantes concurren a la vez en una sola institución¹³⁵. Esto es una perspectiva de “macro-deliberación”, que es diacrónica, es decir, implica un proceso que se va a producir a diferentes velocidades a lo largo del tiempo.

Es relevante, en este sentido, comprender la complejidad de la democracia más allá del Estado, pero no por ello renunciar a su posibilidad. Es una tarea donde la división del trabajo para alcanzar los objetivos macro-deliberativos, es central. Como indica Besson, el elemento central de la democracia más allá del Estado no

¹³³ Peters, “Dual democracy”, 269-270.

¹³⁴ Jane Mansbridge et al., “A systemic approach to deliberative democracy,” en *Deliberative systems: deliberative democracy at the large scale*, ed. Jane Mansbridge y John Parkinson, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 5. Un concepto similar trabaja Buchanan cuando se refiere a la “legitimidad ecológica” de las instituciones internacionales de derechos humanos, que valora la dimensión de la interacción entre diferentes instituciones, véase: Allen Buchanan, “An ecological view of the legitimacy of International Legal Human Rights Institutions,” en *The Heart of Human Rights* (New York: Oxford University Press, 2013).

¹³⁵ Little y Macdonald, “Pathways to global democracy? Escaping the statist imaginary”, 794.

es tanto su “cantidad”, sino su cualidad funcional¹³⁶, es decir, analizar cómo cada uno de los elementos contribuye a los esfuerzos democratizadores.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Archibugi, Daniele. “Cosmopolitan democracy and its critics. A review.” *European Journal of International Relations* 10, no. 3 (2004): 437–73.
- Archibugi, Daniele, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti. “Introduction: mapping global democracy.” En *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, ed. Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti, Kindle Edition, 1–21. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Arcos Ramírez, Federico. “El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal.” *Anuario de Filosofía del Derecho*, no. 29 (2013): 255–90.
- Baynes, Kenneth. “Criticizing democracy, democratizing critical theory: a brief retrospective on James Bohman’s work.” *Constellations* 28, no. 2 (2021): 151–58.
- Benhabib, Seyla. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy.” En *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, ed. Seyla Benhabib, 67–94. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 1996.
- . *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*. Barcelona: Gedisa, 2006.
- . *Dignity in adversity: human rights in troubled times*. Cambridge: Polity, 2011.
- Besson, Samantha. “Institutionalising global democracy.” En *Legitimacy, Justice and Public International Law*, ed. Lukas H. Meyer, 58–91. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Besson, Samantha, y José Luis Martí, eds. *Deliberative democracy and its discontents. Applied Legal Philosophy*. Hampshire: Ashgate, 2006.
- . “Legitimate actors of international law-making: towards a theory of international democratic representation.” *Jurisprudence* 9, no. 3 (2018): 504–40.

¹³⁶ Besson, “Institutionalising global democracy”, 75. En el mismo sentido: Seyla Benhabib, *Dignity in adversity: human rights in troubled times*, (Cambridge: Polity, 2011), 164.

- . “Cities as democratic representatives in international law-making.” En *Research Handbook on International Law and Cities*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2021.
- Bohman, James. “Cosmopolitan republicanism: Citizenship, freedom and global political authority.” *The Monist* 84, no. 1 (2001): 3–21.
- . *Democracy across borders. From demos to demoi*. Massachusetts: MIT Press books, 2007.
- . “A response to my Critics: Democracy across Borders.” *Ethics & Global Politics* 3, no. 1 (2010): 71–84.
- . “Republican cosmopolitanism: popular sovereignty in multilevel systems.” En *Political Equality in Transnational Democracy*, ed. by Eva Herman; Sofia Näsström, 17–40. New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- . “The constitutionalization of international law and politics.” En *The Habermas Handbook*, ed. Hauke Brunkhorst, Regina Kreide, y Cristina Lafont, 474–86. New York: Columbia University Press, 2017.
- Brunkhorst, Hauke. “How much democracy does global constitutionalism need?” En *Between Cosmopolitan Ideals and State Sovereignty*, ed. Ronald Tinnevelt y Gert Verschraegen, 182–93. London: Palgrave Macmillan, 2006.
- Buchanan, Allen. “An Ecological View of the Legitimacy of International Legal Human Rights Institutions.” En *The Heart of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2013.
- Christiano, Thomas. “A Democratic Theory of Territory and Some Puzzles about Global Democracy.” *Journal of Social Philosophy* 37, no. 1 (2006): 81–107.
- Cohen, Jean L. “The Constitutionalization of International Law.” En *The Habermas Handbook*, ed. Hauke Brunkhorst, Regina Kreide, y Cristina Lafont, 143–52. New York; Sussex: Columbia University Press, 2018.
- Dahl, Robert. “Can International Organizations be democratic? A Skeptic’s view.” En *Democracy’s Edges*, ed. Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordon. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- De Búrca, Gráinne. “Developing democracy beyond the state.” *The Columbia Journal of Transnational Law* 46, no. 2 (2008): 221.
- Dryzek, John S. “Transnational Democracy: Beyond the Cosmopolitan Model.” En *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Falk, Richard. “The promise and perils of global democracy.” En *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, ed. Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti, 274–83. Cambridge, 2012.

- Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- . *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*. Trotta. Madrid, 2022.
- Forst, Rainer. “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy.” *Ratio Juris* 14, no. 4 (2001): 345–78.
- . “Transnational justice and democracy: overcoming three dogmas of political theory.” En *Political Equality in Transnational Democracy*, ed. Eva Erman y Sofia Näsström, 41–59. New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- Fraser, Nancy. *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder Editorial, 2012.
- Gallie, W.B. “Essentially contested concepts.” *Proceedings of the Aristotelian Society New Series* 56 (1956): 167–98.
- Gould, Carol C. *Interactive democracy: the social roots of social justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- . “Democracia regional frente a democracia global: posibilidades y limitaciones.” *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, no. 2 (2016): 187–98.
- Habermas, Jürgen. “Tres modelos normativos de democracia.” In *La Inclusión Del Otro. Estudios de Teoría Política*, 231–46. Barcelona: Paidós, 1999.
- . *La Constitución de Europa*. Madrid: Trotta, 2012.
- Innerarity, Daniel. “La Unión Europea como democracia compleja.” *ReCHERches*, no. 15 (2015): 11–38.
- Koenig-Archibugi, Mathias. “Global democracy and domestic analogies.” En *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, ed. Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti, 160–82. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Koskenniemi, Martti. *La política del Derecho Internacional*. Madrid: Trotta, 2020.
- Krisch, Nico. “Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the postnational order.” *International Journal of Constitutional Law* 14, no. 3 (2016): 657–79.
- Kumm, Mattias. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state.” En *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, ed. D. Dunoff y J. P. Trachtmann, 258–324. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- . “Rethinking constitutional authority: on the structure and limits of constitutional pluralism.” En *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, ed. M. Avbelj y . Komárek, 39–65. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2012.
- Kuyper, Jonathan. “Global democracy.” En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

- Kymlicka, Will. "Citizenship in an era of globalization: commentary on Held." En *Democracy's Edges*, 112–26. Cambridge University Press, 1999.
- Lafont, Cristina. "Can democracy go global?" *Ethics & Global Politics* 3, no. 1 (2010): 13–19.
- . *Democracia sin atajos*. Madrid: Trotta, 2021.
- Little, Adrian, y Kate Macdonald. "Pathways to global democracy? Escaping the statist imaginary." *Review of International Studies* 39, no. 4 (2013): 789–813.
- Lorca, Rocío. "Explotación y justicia global." *Revista de Ciencia Política* 38, no. 1 (2018): 105–23.
- Loughlin, Martin. "Constitutional pluralism: an oxymoron?" *Global Constitutionalism* 3, no. 1 (2014): 9–30.
- Mac Amhlaigh, Cormac. "Who's afraid of supranational constitutional theory? Two reasons to be sceptical of the sceptics." En *Legitimacy. The State and Beyond*, 182–205. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Macdonald, Terry. "Boundaries beyond borders: Delineating democratic 'peoples' in a globalizing world." *Democratization* 10, no. 3 (2003): 173–94.
- Mansbridge, Jane, *et.al.* "A systemic approach to deliberative democracy." En *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale*, ed. Jane Mansbridge y John Parkinson, 1–26. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Marchetti, Raffaele. "Models of global democracy. In defence of cosmo-federalism." En *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, ed. Daniele Archibugi, Mathias Koenig-Archibugi, y Raffaele Marchetti, Kindle Edition, 22–46. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Martí, José Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- . "A global republic to prevent global domination", *Diacrítica* 24, no. 2 (2010): 31–72.
- Maynor, John. "El republicanismo transnacional. ¿Un desafío demasiado lejano?" En *Fundamentos y desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, ed. Pablo Riberi, 12:336–52. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Miller, David. "Against global democracy." En *After the Nation: Critical Reflections on Post-Nationalism*, ed. Kaith Breen y Shane O'Neill. London: Palgrave Macmillan, 2010.

- Mouffe, Chantal. “Which world order: cosmopolitan or multipolar?” *Ethical Perspectives* 15, no. 4 (2008): 453–67.
- Nagel, Thomas. “El problema de la justicia global.” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 9, no. 1 (2005): 169–96.
- Núñez Donald, Constanza. “Habermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa.” *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata* 15, no. 48 (2018): 1129–59.
- . “Constitucionalismo cosmopolita.” *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 18 (2020): 214–38.
- Peters, Anne. “Dual Democracy.” En *The Constitutionalization of International Law*, ed. J. Klabbers, A. Peters, y G. Ulfstein, 263–352. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- . “Global Constitutionalism: The Social Dimension.” En *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives* ed. Takao Suami, Anne Peters, Dimitri Vanoverbeke, y Mattias Kumm, 277–350. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Pettit, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós, 1999.
- . “A Republican Law of Peoples.” *European Journal of Political Theory* 9, no. 1 (2010): 70–94.
- Pinon, Stéphane. “Las incertidumbres del constitucionalismo global.” *Teoría y Realidad Constitucional*, no. 46 (2020): 141–72.
- Scheuerman, William E. “Critical theory beyond Habermas.” En *The Oxford Handbook of Political Theory*, ed. John S. Dryzek, Bonnie Honig, y Anne Phillips, 85–105. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- . *Frankfurt school perspectives on Globalization, Democracy and the Law*. New York: Routledge, 2008.
- Skinner, Quentin. *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Somek, Alexander. “Cosmopolitan constitutionalism: The case of the European Convention.” *Global Constitutionalism* 9, no. 3 (2020): 467–89.
- Valentini, Laura. “No Global Demos, No Global Democracy? A Systematization and Critique.” *Perspectives on Politics* 12, no. 4 (2014): 789–807.
- Velasco, Juan Carlos. “Los derechos humanos en la democracia deliberativa o la superable contraposición entre liberalismo y republicanismo.” *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, no. 52 (2007): 479–512.

- . “La política en la constelación postnacional. Una aproximación a la concepción habermasiana del Estado.” *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica* 72, no. 272 (2016): 523–43.
- Volk, Christian. “Why Global Constitutionalism Does not Live up to its Promises.” *Goettingen Journal of International Law* 4, no. 2 (2012): 551–74.
- Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia: una defensa al pluralismo y la igualdad*. 2a ed. México D.F.: Fondo de Cultura económica, 2011.
- Wiener, Antje, Anthony Lang, James Tully, Miguel Maduro, y Mattias Kumm. “Global constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law.” *Global Constitutionalism* 1, no. 1 (2012): 1–15.
- Young, Iris Marion. “Modest reflections on hegemony and global democracy.” *A Journal of Social and Political Theory*, no. 103 (2004): 1–14.

ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN

Ecologism in addition to human rights for emancipation

LAURA BARONA VALLEJO*¹

RESUMEN:

Ecologismo y Derechos Humanos para la Emancipación parte de una reflexión sobre las tensiones ecológicas contemporáneas para introducir a los derechos humanos como un discurso aliado del propósito de transformación hacia sociedades cuya máxima sea la preservación de la vida. Para que ello ocurra, se deberá promover la ecologización del derecho humano al medio ambiente desde una revisión crítica a la fundamentación convencional de los derechos humanos, en respeto y correspondencia con los principios de diversidad, eco dependencia y la ética de los cuidados.

Palabras clave: Antropoceno / desigualdades socioambientales / derechos humanos / ecologismo / pluralismo.

ABSTRACT:

Ecologism in addition to human rights for emancipation starts from a reflection on contemporary ecological tensions to introduce human rights as a speech in conjunction to the purpose of transformation toward societies whose maxim is the preservation of life. In order for this to happen, the human right to the environment must be on the basis of an ecological perspective as well as from a critical review of the conventional foundation of human rights, in respect to correspondence with the principles of diversity, eco-dependence and care ethic.

Key words: Anthropocene / human rights / ecologism/ social and environmental inequalities / pluralism.

* Antropóloga, Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

La crisis ecológica es una contradicción del proyecto cultural hegemónico moderno, incluso cabría decir que se configura como su falla nodal en tanto arraiga una idea de progreso fundando en los presupuestos de crecimiento ilimitado y acumulación, que no sólo desconocen el comportamiento cíclico de la naturaleza, la capacidad de carga de esta, sino que atenta contra las bases materiales que permiten la vida.

El proyecto cultural moderno, al basarse en una concepción antropocéntrica fuerte² anclada en el principio de individualismo y potenciada desde una visión universalista, ha promovido no sólo el detrimento ecosistémico, sino también, la restricción de escenarios democráticos pluralistas en ejercicio de la igualdad, tanto a nivel país como a nivel sistema-mundo.

La problemática ambiental discute frontalmente con el sistema económico capitalista y si la panóptica se sitúa desde la periferia mundial, revela los tejidos de poder que desprenden dinámicas de explotación y rechazo de otras formas de convivir con la naturaleza. Los avatares de las periferias, las luchas por los territorios, las disputas de poder, las muertes, los intereses económicos atravesados por la guerra, el hambre, la desesperanza y el racismo, invitan a dotar al ecologismo de política y a ésta de una mirada ecológica.

Este es el sentido de la ecología política desde y para Latinoamérica, una ecología que convoque a distintas disciplinas a reflexionar sobre “los principios morales que guían la conducta de los hombres y que legitiman la toma de decisiones sobre las prácticas de uso y explotación de los recursos naturales” (Leff: 2005 p. 276), con el objetivo de proponer, de forma interdisciplinar e intercultural, alternativas

² El antropocentrismo fuerte sitúa en un plano de superioridad al ser humano como especie. Bajo este principio justifica en razón las violencias, usos y abusos sobre otras especies y la naturaleza, debido a la satisfacción de sus necesidades básicas o adquiridas.

orientadas hacia la sustentabilidad y la convivencia; es decir, una apuesta por la vida que parta de la defensa de la diferencia y en virtud de ella, abogue por la solidaridad, la reciprocidad y el relacionamiento intersubjetivo.

En el marco de las históricas desigualdades socioambientales, los derechos humanos pueden motivar, hoy en día, transformaciones que permitan hacer frente a la crisis de civilización³, siempre y cuando partan del reconocimiento de la ética de los cuidados y la diversidad.

En virtud de lo precedente, este artículo tiene como propósito dar cuenta de la necesidad de tejer una relación estrecha pero crítica entre los derechos humanos y la crisis ecológica, para así abogar por la ecologización del derecho humano al medio ambiente y, a partir de ello, apostar por unos derechos humanos mestizos, que permitan situar en el plano político los debates sobre la vida desde una perspectiva plural y ecologista.

³ “A pesar de la evidencia de la crisis ecológica y social, muchas personas viven de espaldas al más que previsible colapso. La crisis global se transforma en una crisis civilizatoria, porque, a pesar de su gravedad, permanece social y políticamente (...) Nuestra civilización cree y siente que vive del dinero más que del agua, la tierra o la fotosíntesis. El dinero se ha convertido en una creencia práctica y el sentido de la vida se construye en torno a él. En su nombre se sacrifican fuentes de vida: bosques, ríos, minerales, animales, personas... Nuestra civilización está ciega para reconocer las señales que evidencian que nos acercamos velozmente a un abismo por el que ya se están precipitando algunos pueblos y personas. Existe una enorme brecha entre la condición objetiva de la crisis terminal y la vivencia subjetiva de hallarnos en un sistema fulgurante y tecnolátrico que promete que inventará algo que resuelva los problemas, incluso los que él mismo ha creado.” (Durán Ramón y González Reyes Luís: 2014 p. 14-15).

1. DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE COMO CRÍTICA AL SISTEMA HEGEMÓNICO

Los límites del planeta, la codicia moderna y la catalización del Antropoceno⁴, ponen de manifiesto una amenaza “de la supervivencia humana pues lo que se está arriesgando no es la continuidad de cualquier forma de vida sobre el planeta, sino la persistencia de la humanidad como la conocemos” (Bellver: 1995, p.351). En consecuencia, los problemas ecológicos al incidir “de manera directa en las condiciones de la vida cotidiana de las personas y afectar al disfrute y a la titularidad de sus derechos [...] constituyen un problema de derechos humanos” (Rodríguez: 2010.p48) que invita a cuestionar, desde un plano material, a la propuesta liberal y capitalista que ha amparado a este discurso, proponiendo la ampliación de su catálogo a partir de la incorporación del derecho (...) al medio ambiente (Ansuátegui:2010. p14) y al desarrollo, entre otros.

Los derechos de cuarta generación o derechos emergentes posibilitan una mirada crítica desde el Derecho, para avanzar de manera programática en posturas políticas que procuren una concienciación sobre la crisis civilizatoria, enmarcada en los desastres ecológicos y en las relaciones dispares de poder que caracterizan al sistema mundo.

⁴ “El término Antropoceno se ha creado para designar las repercusiones que tienen en el clima y la biodiversidad tanto la rápida acumulación de gases de efecto de invernadero como los daños irreversibles ocasionados por el consumo excesivo de recursos naturales (...) Creado en un principio por el biólogo estadounidense Eugene F. Stoermer, este vocablo lo popularizó a principios del decenio de 2000 el holandés Paul Crutzen, premio Nobel de Química, para designar la época en la que las actividades del hombre empezaron a provocar cambios biológicos y geofísicos a escala mundial” (Rejane Issberner Liz y Léna Philippe: 2018-2. p.1)

De este modo, en aras de avanzar hacia un tejido social global cuya base sea el principio de conservación de la vida, tanto humana como no humana, a partir de un respeto por las relaciones entre los seres humanos y de éstos con los no-humanos, se hace necesario trabajar para que en las decisiones políticas se incorpore e implemente de manera progresiva, la ecologización del derecho al medio ambiente, aunque esto conduzca a un debate frontal pero necesario, con el concepto convencional de desarrollo⁵.

1.1. Una breve revisión del desarrollo como ¿un futuro común?

Los impactos sobre la naturaleza como consecuencia de la puesta en marcha de proyectos de urbanización, excesiva tecnificación e industrialización, conllevaron a que en la década de los setenta se debatiera sobre los límites de la naturaleza y los alcances destructivos del crecimiento económico, enraizado en la apuesta capitalista del desarrollo.

Tales debates desprendieron voces de conciencia sobre el impacto ambiental acarreado por el modelo económico, motivando la elaboración de declaraciones donde fuera reconocido el medio ambiente como derecho humano. Si bien el derecho humano al medio ambiente data de la década de los setenta, de manera previa se habían adelantado reuniones de cara a divulgar los desastres ecológicos y emprender una concienciación sobre el tema.

Dentro de las reuniones celebradas con tal vocación, es importante destacar el Primer Congreso Internacional de Protección de la Naturaleza, celebrado en Suiza en 1913, donde Paul Sarasin denunció al capitalismo como principal destructor de la naturaleza; posteriormente, en el año de 1928, fue constituida la Oficina Internacional para la Defensa de la Naturaleza. Ambas iniciativas tuvieron

⁵ El desarrollo como concepto incorporado en el plano socio económico, fue tomado desde una visión naturalista, impulsada por tesis como las de Rostow, quien aseguraba que las sociedades debían superar cuatro fases para alcanzar el desarrollo en la etapa máxima y deseada: el alto consumo masivo. En este sentido, el subdesarrollo no es reverso del desarrollo sino su forma inacabada, embrionaria. (Rist:2002).

como fin la internacionalización del movimiento ecologista, propósito interrumpido por la II Guerra Mundial y que fuera recuperado con ciertos matices en 1948, con la creación de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos (UICN), auspiciada por la UNESCO y el gobierno francés.

Sin embargo, el momento más recordado sobre esta temática es la Conferencia de Estocolmo, realizada en 1972, dado que se configuró como el marco de reconocimiento del medio ambiente como derecho humano. Esta declaración supuso el inicio de la toma de conciencia sobre los temas medioambientales y la universalización de la misma.

La reunión contó con la asistencia de 113 países, quienes discutieron sobre las implicaciones de la cuestión ambiental a partir de dos temas: el modelo de desarrollo y las relaciones del hombre con la naturaleza. El primero, estuvo encaminado a mostrar las relaciones dispares entre el “primer” y el “tercer” mundo y, el segundo, en debatir sobre la relación hombre-naturaleza. Este último, cobró dos perspectivas: por un lado, la postura imperante y luego oficializada, mediante la cual se instrumentaliza a la Tierra; y la disidente, que proponía otorgarle a la naturaleza un valor en sí misma.

Como era de esperarse del tan arraigado paradigma de desarrollo, las conclusiones de la Conferencia estuvieron encaminadas a vincular el medio ambiente con el discurso desarrollista, aduciendo que el primer problema ecológico a resolver era el subdesarrollo, señalando que la naturaleza estaba compuesta de recursos que deberían ser gestionados de manera sostenible, con miras a asegurar una de vida digna a los seres humanos.

De manera posterior, se han realizado diferentes proclamaciones sobre el derecho humano al medio ambiente, destacándose la reunión de Estados en Nairobi, en 1982, y la Conferencia de Río de Janeiro en 1992.

ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN

Durante la reunión en Nairobi se concluyó que la pobreza y la guerra eran los peores enemigos del medio ambiente, razones que justificaban la cooperación internacional (a su vez constituida de los pilares estratégicos del desarrollo). A partir de esta reunión, se creó en 1983, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo objetivo fuera analizar los problemas ambientales y de desarrollo que aquejaban al planeta. Los estudios realizados en el marco de esta Comisión fueron publicados cuatro años después, bajo el título *Nuestro Futuro Común*.

Aunque este informe carece de valor jurídico, su incidencia ha sido enorme, pues ha condicionado notablemente las posteriores declaraciones de organizaciones o conferencias internacionales y porque ha contribuido a crear un estado de opinión favorable al reconocimiento de tal derecho, lo que, sin duda, es el factor principal para que una demanda social adquiriera una configuración jurídica (Bellver: 1995. p326).

La Conferencia realizada en Río de Janeiro recalcó los problemas ambientales y visibilizó el cambio climático, motivando la elaboración del protocolo de Kioto. A pesar de ello y de las múltiples denuncias sobre afectaciones ambientales, la línea de trabajo sobre el derecho al medio ambiente se seguía correspondiendo con el crecimiento económico; de allí que se propusieran, por ejemplo, cuotas de contaminación al aire y al agua, o políticas medioambientalistas para la mitigación de los impactos a causa de proyectos de extracción de hidrocarburos. Sea como sea, el discurso del desarrollo ha primado sobre la preservación de la naturaleza.

Por último, vale la pena señalar la Carta de París de 1989, donde quedó explícita la separación del mundo entre el Norte y el Sur, tal como lo enunció en su momento Harry S. Truman. En esa Carta se desconoce la responsabilidad ambiental histórica que Europa, como parte del Norte, ha tenido con los países del “Tercer Mundo”. Pero peor aún, y como señala Naomi Klein, fue invisibilizado lo que para ese entonces ya había comenzado a suceder con la entrada en vigor del neoliberalismo: la relocalización de los proyectos industriales. Así, gracias a la desregularización y a la confianza inversionista, el Norte invertiría en el Sur,

abandonando los problemas ambientales una vez su objetivo económico fuera alcanzado.

La Carta de París fue un documento firmado por los jefes de Estado miembros de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación Europea, con el objetivo de establecer la salvaguarda ambiental, a partir de la restauración del equilibrio ecológico, como una necesidad entre las naciones europeas.

Es histórica la declaración de París, en la medida en que la preocupación efectiva por el ambiente manifestada en los países de la Comunidad Europea se hace extensiva a todos los países del continente, mediante tal documento. Pero la desaparición del conflicto Este-Oeste y la consiguiente vuelta a la realidad de los países de la Europa oriental, ha quedado empañada por la irrupción, con toda su virulencia, del todavía más grave enfrentamiento Norte-Sur. Me permito calificar de más grave la división pendiente que la recién resuelta, por cuanto que el sustrato cultural de los países europeos era idéntico, y ello facilitaba las condiciones para que se liquidaran los aparentes abismos de división. En el caso de la división Norte-Sur, sin embargo, la dificultad se ve incrementada por dos aspectos: uno de índole cultural —el enfrentamiento se produce entre la civilización occidental, hegemónica en el mundo, y el resto de las formas culturales, amenazadas por aquella—; y otro económico —los países subdesarrollados se juegan la supervivencia y viven bajo el sentimiento de ser continuamente explotados (Bellver: 1995. p351).

Si bien el derecho al desarrollo hace parte de la cuarta generación de derechos humanos, es necesario cuestionarse sobre los alcances que el discurso del desarrollo ha tenido en el resquebrajamiento del bienestar socioambiental, así como el impulso a estrategias de corte bélico que han promovido, por ejemplo, la puesta en marcha de extrahecciones⁶ y el ahondamiento de las desigualdades socioambientales, específicamente en países periféricos.

⁶ Extrahección es un concepto fundamentado en la voz latina *extrahere*, donde *ex* quiere decir fuera y *trahere*, arrancar o traer para sí. Por tanto, *extrahere* aduce actos violentos a

ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN

Habría que pensar si seguir defendiendo al desarrollo como derecho síntesis es una opción para la mejora de la calidad de vida o si será necesario reconducir este discurso y respectivo concepto, hacia terrenos de decrecimiento económico que defiendan, desde una mirada ecologista, el habitar en el planeta⁷.

El desarrollo como discurso anclado en una mirada de progreso lineal, occidental, basado en la privatización y en la acumulación, pareciera una religión incuestionable. El derecho al desarrollo se ha convertido en una sombrilla que viabiliza proyectos cuya repercusión ambiental es, en la mayoría de las ocasiones,

través de los cuales se arrancan las materias primas de los territorios. Las extrahecciones son los casos más agudos de extractivismo, en tanto la violencia no es el resultado, sino un factor vinculado; es decir, se violan derechos fundamentales en razón de la extracción. El concepto de extrahecciones aportado por el Centro Latinoamericano de Estudios en Ecología Social, permite visibilizar que hay niveles de apropiación de la naturaleza que son impuestos con violencia y que incurren en la vulneración de derechos. (Gudynas:2015)

⁷ Alberto Acosta en su libro *El Buen Vivir Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos* explica que existen distintas propuestas filosóficas que apuntan a criticar al progreso y al desarrollo como medios para lograr el bienestar, desde planteamientos que dejan entrever un desencanto arraigado en una profunda preocupación frente al consumo desenfrenado que desgasta al planeta. En este sentido, afirma que la mirada convencional del progreso y el desarrollo no es consecuente con los desastres ambientales y las alertas del desgaste ambiental que amenaza al mundo en general, pero especialmente a los países donde son llevados a cabo los procesos directos de explotación del territorio. Si bien su propuesta defiende al modelo del Buen Vivir como alternativa filosófica y política, rescata a pensadores quienes no necesariamente se centran en el Buen Vivir, pero coinciden en la necesidad de avanzar hacia otros modelos de vida y convivencia, como por ejemplo Aníbal Quijano, Vandana Shiva, Joan Martínez Allier, José Manuel Naredo, Enrique Leff, Eduardo Gudynas, Serge Latouche; entre otros. “Muchos de estos pensadores son conscientes, por lo demás, de los límites biofísicos existentes. Por lo tanto, sus argumentos prioritarios son una invitación a no caer en la trampa de un concepto de desarrollo sustentable o capitalismo verde que no afecte el proceso de revalorización del capital, es decir el capitalismo [...] También debemos estar alerta sobre la confianza desmedida en la ciencia, en la técnica”. (Acosta: 2013, p 63).

irreparable. A partir de este derecho, bastante manipulado por el poder, se justifican las zonas de sacrificio socioambiental y se impulsan proyectos extractivistas, que a largo plazo son mucho más costosos que el progreso que prometen.

En este sentido, el reto que hoy en día se presenta es lograr que la preservación del medio ambiente sano evite ser subsumida por medidas ecocapitalistas que instrumentalizan a la naturaleza. Por el contrario, se debe perseguir la ecologización del medio ambiente, desde un replanteamiento de la relación naturaleza-cultura, que permita entender que los seres humanos no son la medida de todas las cosas y se argumente el sentido teórico práctico del derecho a partir de una ética de cuidados y de responsabilidad.

En consecuencia, la apuesta ecologista por la defensa del derecho al medio ambiente reevalúa al desarrollo lineal, abogando por la ralentización del consumo, ya no sólo como alternativa favorable, sino como única salida a la actual crisis civilizatoria. Sin medio ambiente no es posible hablar de libertad, de igualdad, de dignidad, de autonomía; no es posible hablar de la vida y ¿qué mayor propósito para los derechos humanos que intentar preservarla?

A pesar de los “avances” internacionales en la “preservación” del medio ambiente, la realidad ha demostrado que el vilipendio ecológico crece exponencialmente, acentuando la división geopolítica global que ha permitido imaginar los territorios periféricos como enclaves a explotar en nombre del progreso y el desarrollo, a pesar de que ello implique violaciones de derechos fundamentales y el incremento del riesgo de la preservación de la existencia humana.

Así las cosas, se hace necesario que el discurso de los derechos humanos se implique con la problemática socio-ecológica, en aras de visibilizar cómo las afectaciones ambientales influyen en la vulneración de derechos fundamentales y, más aún, arriesgan las condiciones materiales para la conservación de la existencia humana. Por tanto, el horizonte no es proteger al medio ambiente desde medidas enmarcadas en el desarrollo sostenible, sino plantear una crítica frontal al sistema político-económico, con miras a encaminar alternativas para la vida desde una convivencia democrática, decolonial, ecologista e intercultural.

1.2. La cuarta generación de derechos humanos como camino para la superación de un medio ambiente eco-capitalista

De acuerdo con Rodríguez Palop, la reivindicación del nuevo catálogo de derechos humanos tuvo sus primeras voces en “la Europa occidental y en los Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial. Durante los años posteriores a 1945, especialmente en las décadas de los sesenta y setenta, el panorama político, económico y social pareció sufrir una profunda transformación que no podía dejar de afectar al papel que el Estado venía jugando en el orden interno y en el ámbito internacional” (Rodríguez:2003, p.232).

En el plano internacional, estos movimientos cuestionaron las relaciones coloniales e imperialistas, así como a la división Norte- Sur, que ha permitido justificar la explotación de recursos en países del “tercer mundo”. En esta medida, los derechos humanos emergentes comprometen un alto sentido crítico, en tanto exigen un cambio de rumbo del sistema político-económico convencional, apostando por una visión anti-productivista y un sentido de irreversibilidad cero (Rodríguez:2003), además de combatir una noción de mundo construida al tenor de una perspectiva etnocéntrica, que ha motivado la estratificación de los problemas que aquejan al mundo globalizado y desconoce la importancia de la preservación de los bienes comunes, las relaciones dialógicas y la interculturalidad.

De manera específica, la reivindicación del derecho al medio ambiente surge de manera mancomunada con el movimiento ecologista, que durante las décadas de los años sesenta y setenta buscaba responder a la crisis política y ecológica que sufría el mundo, a raíz del incremento de daños irreversibles causados por las guerras, la expansión de un sistema económico sin límites, una dinámica productiva incentivadora del consumo descontrolado en países industrializados, el crecimiento demográfico y por una fe ciega en la tecnificación.

En virtud de esta situación, los ecologistas pusieron de manifiesto las alarmas frente al cambio climático y develaron la importancia de entender que el crecimiento sostenido e ilimitado, actuaba en detrimento de la capacidad de absorción, carga y producción de la Tierra. Así, el pensamiento ecologista apuesta por una crítica al sistema de producción y consumo exponencial, a fin de fortalecer un esquema de cooperación justa, en el que los países del norte tengan con los del sur relaciones equitativas y al mismo tiempo, sea posible reducir la dependencia económica recíproca (Rodríguez: 2003) puesto que la explotación de países del “tercer mundo” ha generado efectos irreversibles en sus ecosistemas, así como resquebrajamientos sociales irreparables.

Se aduce, entonces, que el derecho humano al medio ambiente no deberá partir de una argumentación arraigada en el capitalismo verde; en su lugar, habrá que dotarlo de un contenido teórico-práctico, que parta de una postura ecologista que halle fundamentación en el valor de la solidaridad y en las necesidades básicas radicales, que guardan, a su vez, una inherente relación con el objeto de protección de este derecho: la delimitación de los intereses colectivos.

El derecho humano al medio ambiente, así como los otros emergentes, está encaminado a proteger intereses colectivos, aunque no por ello su titularidad será colectiva. Si bien los derechos de cuarta generación giran en torno a la discusión sobre los intereses colectivos, no deben ser categorizados como tales, pues lo que se persigue es la articulación de modos de aprovechamiento y disfrute individual de

los bienes comunes. En consecuencia, su titular será el individuo, aunque, debido a sus reivindicaciones e intereses, serán ejercidos de manera colectiva (Rodríguez: 2010).

1.3. La solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente

El valor de la solidaridad dota de una dimensión espacio temporal al discurso de los derechos humanos, rompiendo con la abstracción a-histórica acostumbrada por el discurso moderno y liberal, tradicionalmente arraigado en la defensa de la libertad y la igualdad, como valores primordiales. La solidaridad, por su parte, permite extender la preocupación sobre la preservación ambiental, así como la satisfacción de las necesidades básicas radicales de otros, quienes sin estar presentes deben ser considerados en las decisiones del hoy.

En consecuencia, se establecen como criterios a revisar la solidaridad diacrónica, que según Mancisidor se hace extensible a generaciones futuras, y sincrónica, mediante la cual se examinan los afectados por las decisiones del presente.

[...]defender la solidaridad como un principio jurídico-político fundamentado de nuevos y viejos derechos, propugnar los derechos de las generaciones futuras y la pertinencia de imponer deberes positivos generales a los hombres del presente, introduciendo una dimensión temporal a nuestro esquema jurídico, conlleva cambios de gran trascendencia en la concepción del Estado, del individuo de los valores, de la relevancia de la moral en el discurso jurídico del Derecho y de los derechos y deberes, que hemos heredado de la modernidad (Rodríguez:2010, p.85).

Desde el plano moral la solidaridad implica dotar de sentido de reciprocidad intergeneracional, irrumpiendo en posturas filosóficas que niegan o desvirtúan la responsabilidad con las generaciones futuras, para dar lugar a una preocupación por las “condiciones de posibilidad materiales que posibiliten que los seres humanos tengan en el futuro la capacidad de comportarse moralmente, es decir, de decidir en libertad y forjarse sus propias condiciones de vida buena” (Lema: 2010, p.120).

Para cumplir tal cometido debe ser incorporado un sentido de justicia intergeneracional que parta de la reciprocidad indirecta⁸, desde la cual se entrelazan los vínculos morales de las generaciones pasadas con las del futuro, entendiendo que toda generación pasada fue, en su momento, una generación del futuro. En este sentido, es importante entender que, de no haber un compromiso moral diacrónico, las deudas que se gesten en el presente podrán representar una limitación de la libertad, la igualdad y la calidad de vida por venir.

Ahora, la solidaridad no debe restringirse únicamente a las generaciones futuras, debe ser también desarrollada intra-generacionalmente, dado que las relaciones asimétricas motivadas por el usufructo y el ideal de progreso generan deudas ecológicas que ponen en entredicho las condiciones básicas para sostener una vida digna. El extractivismo supone la destrucción socioambiental de territorios de enclave, así como la creación de ciudades basurero como es el caso de Accra. ¿De dónde salen las materias primas que permiten la riqueza, la tecnología y el consumo desenfrenado? ¿A dónde van los residuos? ¿A caso el extractivismo y depósito de estos recursos limita o impide el plan de vida de las poblaciones locales? Por supuesto, no sólo lo limita, sino que lo impide.

⁸ La reciprocidad indirecta se caracteriza porque la generación de deudores es diferente de la generación acreedora o, si se quiere, es diferente la generación a quien le debemos algo, de la generación beneficiaria directa de la devolución de nuestra deuda. La idea de la reciprocidad indirecta sitúa en primerplano que las relaciones de justicia intergeneracional no se plantean únicamente de forma bilateral entre una generación y las generaciones futuras. [...] por el contrario, la idea de reciprocidad directa destaca la idea de que las relaciones de justicia intergeneracional enlazan tanto hacia el futuro como hacia el pasado, creando una red de vínculos intergeneracionales entrelazados. (Lema:2010, p.120)

Estas poblaciones son víctimas directas del sistema moderno/colonial/capitalista y deben ser recompensadas en virtud de sus necesidades básicas, del respeto de sus culturas y desde un principio de reciprocidad que permita irrumpir con medidas paliativas forjadas desde el racismo y el clasismo del centro global.

1.4 Las necesidades básicas como presupuesto antropológico del derecho humano al medio ambiente

El derecho humano al medio ambiente se relaciona de manera directa con la existencia de nuevas necesidades que dan cuenta de los cambios y fragmentaciones sociales, políticas y económicas, que a su vez se manifiestan de manera práctica como demandas y carencias de la sociedad contemporánea (Rodríguez: 2003). En este sentido, el principio antropológico de los derechos emergentes y concretamente del medio ambiente, trasciende a la dignidad humana para situar al concepto de necesidad básica como un principio nodal de fundamentación, pues evita “incurrir en especulaciones metafísicas, en ontologías o naturalismo, ni en fundacionalismos constructivistas [...] Las necesidades básicas sirven de puente válido entre los planos del ser y del deber ser” (Sosa: 2013.p80).

De acuerdo con la postura política de este trabajo se defienden a las necesidades básicas radicales como el principio antropológico de los derechos humanos, bajo el entendido de que “reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, [...] satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para una vida digna” (Añón: 1994, p.266). Esto es, necesidades como exigencias no intencionales, por lo que sólo se tendrán en cuenta aquellas que no requieran justificación y cuya falta de satisfacción represente daño, sufrimiento e imposibilita superar la situación de gravedad o vulneración en la que el individuo o población se encuentre inmerso.

Las necesidades básicas radicales serán posibles de medir de manera objetiva en tanto no representan deseos o aspiraciones particulares y dotarán de contenido material a los derechos humanos, toda vez que éstos son entendidos como realidades

instrumentales, inventadas o formuladas por los seres humanos para resolver necesidades vitales que se presentan según un determinado contexto histórico o existencial (Rodríguez:2003).

En síntesis, mediante la ecologización del derecho humano al medio ambiente, su incorporación a los ordenamientos jurídicos, y con un rigor de desarrollo programático y deliberativo que incida en las decisiones políticas (globales y locales), se apuesta por un relacionamiento distinto con la naturaleza; esto es, una interacción desde el antropocentrismo débil⁹ que propugne por la protección de las fuentes materiales de vida, a partir de la defensa de relaciones intersubjetivas y recíprocas.

Ahora bien, los conflictos ambientales por extractivismos vienen mediados por extrahecciones que repercuten en desigualdades socio ambientales y, generalmente, despiertan conflictos pluralistas por confrontación de cosmogonías e intereses por el territorio. Este tipo de contextos acarrearán situaciones de vاپuleo y subordinación de los “otros”, cuyas visiones del mundo y disposiciones sobre el

⁹ Desde el antropocentrismo débil se busca armonizar la relación que tejen los seres humanos con las demás especies y la naturaleza, en virtud de la satisfacción de sus necesidades. Si bien se reconoce que los seres humanos necesitan el uso de los entornos naturales para su supervivencia, no se justifica, de ninguna manera, el abuso de aquellos. En este sentido, se parte del respeto de los principios de ecodependencia, responsabilidad, así como de solidaridad tanto diacrónica como sincrónica; en otras palabras, se parte de la ubicación del ser humano en un plano de interrelación y no de absoluta prevalencia. Desde el antropocentrismo débil es posible argumentar que los seres humanos no son la medida de todas las cosas y que la satisfacción de sus necesidades deberá corresponder a las lógicas de preservación ambiental desde una perspectiva ecologista. En ese sentido, es posible vincular la implementación de medidas ecologistas con las acciones derivadas del discurso revisado de los derechos humanos; tomando como punto de partida las deliberaciones adelantadas por la cuarta generación de derechos humanos en razón del cambio climático, las tensiones desencadenadas de un modelo económico que actúa en detrimento de la vida y cuya consecuencia se ven reflejada en lo que hoy es identificada como una inminente crisis de civilización.

mismo, son distintas o incluso incongruentes con la visión hegemónica moderna/colonial. En este sentido, abrir puertas para motivar cambios en el mundo de la vida y para la superación de las relaciones coloniales de poder sobre las naturalezas y las culturas, supondrá un reto mayor para los derechos humanos.

Así, de la mano de la incorporación del derecho humano al medio ambiente como derecho síntesis, será necesario abogar por una apuesta práctica y situada de los derechos humanos, si lo que se pretende con ellos es generar instrumentos que permitan trascender las esferas de vulneración ancladas en el racismo y ampliamente amparadas por una lógica liberal de pretendida universalidad, que ignora al otro o en el mejor de los casos lo aborda desde medidas asimilacioncitas o acciones afirmativas. Debido a ello y en respeto de la interculturalidad, se propone realizar una revisión crítica del discurso liberal de los derechos humanos, para pensarlos desde las periferias y para la emancipación.

2. POR UNOS DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN

Las tensiones pluralistas y una realidad tejida desde la diversidad deberían motivar la superación de las cegueras epistémicas¹⁰ a causa de la pretensión moderna de universalidad y así mismo evocar a la contextualización desde la práctica, toda vez que los derechos humanos se configuran como una plataforma de lucha para los sectores oprimidos y por ello, deben responder a las demandas situadas de quienes los reclaman.

¹⁰ H, Machado *en Potosí, el origen. Genealogía de la minería contemporánea*, defiende que la ceguera epistémica del mito de modernidad consiste en la imposición de la realidad única que elimina de formas alternativas de vivir, de sentir y de hablar el mundo. Para al capitalismo el buen vivir o el decrecimiento son formas imposibles; para la modernidad el vínculo sagrado con el territorio, la colectividad y la coexistencia intercultural son aspectos, en el mejor de los casos, residuales, pero generalmente invisibles, inimaginados, inexistentes. (Machado:2014)

En este sentido, se apuesta por una mirada pragmática que desenmascare

(...) una determinada ‘sobre ideologización’ dominante en el ámbito de los derechos humanos, la cual utiliza su propia y unilateral interpretación de la realidad como mecanismo de control y cohesión social, al igual que como medio de dominación política, cultural, económica y medioambiental. [...] No olvidemos, que la ideología subyacente tras aquel discurso es la propia de la burguesía capitalista, que transformó el mundo tras la Revolución Francesa, con su ideario ilustrado, y que utilizó la concepción ‘moderna’ de los derechos humanos como una especie de ‘lujo politizado’ de una determinada clase (burguesía liberal), género (hombre) y raza (blanca) de individuos (Fariñas:2006, p.16).

Los derechos humanos representan una posibilidad de ruptura a lo establecido, una plataforma discursiva cargada de tintes políticos que invocan a la resistencia frente a la opresión y a las injusticias. Sin embargo, para las poblaciones oprimidas, para las víctimas y para los “otros” –según Occidente–, este discurso puede convertirse en una construcción ambivalente, si es que de liberación y transformación se trata.

Los derechos humanos como opción teórico-práctica a trabajar desde los históricamente ninguneados deberán optar por una revisión estructural necesaria, a fe de una práctica congruente con la interculturalidad y la pluriversidad. Es necesario para ello, comprender que la modernidad es un esquema totalizante y por ese motivo el camino a trazar no deberá perseguir su perfeccionamiento, sino la confrontación con otras epistemes que han sido silenciadas desde el racismo y el clasismo.

Existen formas de vida, formas de estar y entender el mundo que deben ser respetadas no desde la tolerancia (pues no necesariamente irrumpe a la superioridad), sino desde una democracia plural y reforzada. Es decir, una democracia que busque “desarrollar un discurso plural de las identidades que permita equitativamente desarrollar los planes de vida de los individuos, independientemente de su grupo cultural, en igualdad de oportunidades con los

miembros de la mayoría” (Pérez: 2004, p.411). A su vez, los derechos humanos deberán reconsiderar sus ejes de fundamentación si es que el motivo es preservar las fuentes de vida (la naturaleza) y la pluralidad, evitando a toda costa el encubrimiento cultural.

Es necesario que este discurso pierda su foco blanquecino y aburguesado para mutar, como explica Boaventura de Sousa Santos, hacia unos derechos humanos mestizos, críticos y, quizás lo más importante, atentos de analizar y resolver desde el plano pragmático, los conflictos contemporáneos que amedrantan la posibilidad de asumir la convivencia desde planos relacionales anclados en el cuidado.

En este sentido debe trabajarse por una reconstrucción práctica e intercultural de los derechos humanos, que parta de una crítica a la pretensión de universalismo, toda vez que éstos se han planteado como derechos universales a partir de una visión moderna/colonial de sujeto, según la cual se aduce que sus presupuestos serán válidos en todo tiempo y lugar (Sousa Santos: 2014), en tanto reúnen las características y necesidades de la humanidad; es decir, se asume “la existencia de una «naturaleza humana universal» [que] es imposible de demostrar sociológica y antropológicamente” (Fariñas:2006, p.38).

El imaginario occidental de una humanidad universal se enmarca en la concepción de un sujeto abstracto, que subyace a una mirada racional y dualista del mundo. Bajo esta perspectiva, se plantea un sujeto sin tiempo, sin raza, sin espacio, sin cuerpo, sin historia; en otras palabras, un sujeto aislado que permite evitar cuestionamientos sobre el lugar desde el cual se habla.

Esto es fundamental para revisar el concepto de universalidad porque queda impreso en la filosofía occidental a partir de Descartes, un universalismo abstracto en dos sentidos: en el sentido de los enunciados, un conocimiento que se abstrae de toda determinación espacio temporal y pretende ser eterno; y el segundo tipo, en

el sentido epistémico de un sujeto de enunciación que es abstraído, vaciado de cuerpo y contenido, y de su localización en la cartografía de poder mundial, para así proponer un sujeto que produce conocimiento con pretensiones de verdad, como diseño global, universal para todos en el mundo (Grosfoguel:2003, p.203).

Los derechos humanos en su fundamentación tradicional se pretenden universales desde una lógica moderna/colonial, que ha permitido excluir conceptos de bienestar que se alejen de la rúbrica europea y han apoyado, a su vez, mecanismos de opresión a partir de la defensa de la autonomía ligada a la libertad individual. Como se explica desde el giro decolonial, “toda propuesta global que se construya a partir del universalismo abstracto del sujeto epistemológico [...], no escapará de ser un diseño global imperial/ colonial (Grosfoguel 2003, p.208).

Ahora bien, debe reconocerse que con el trasegar de la interpretación filosófica de los derechos humanos, se han abierto discusiones importantes sobre la definición del sujeto de derechos, defendiendo un sujeto situado, con cuerpo; en otras palabras, dejando de lado la abstracción descarnada, heredada de la Ilustración. Es imprescindible ahondar en las tensiones contemporáneas que se presentan desde el discurso, con el fin de seguir replanteando la fundamentación abstracta, para abrir paso a unos derechos humanos contextualizados e interculturales, que permitan, entre otras cosas, resolver de manera teórico-práctica, el racismo epistemológico inherente al desenvolvimiento de la filosofía occidental.

Para alcanzar tal cometido, no basta con hacer localizaciones precisas si es que no se fractura la tradición universalista. Este es el caso de la teoría marxista que propende por un proyecto político universal, el comunismo, a partir de la identificación localizada del proletariado como sujeto oprimido y en conflicto con las estructuras de poder político-económico intra-europeas. En consecuencia, la diversidad queda subsumida bajo una categoría de clase, que se extrapola a otros escenarios culturales, soslayando la posibilidad de discutir en pie de igualdad, con los pensamientos periféricos.

ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN

Es innegable que la filosofía moderna guarda un vínculo inherente con el universalismo y éste con el racismo epistémico que “considera inferiores a todas las epistemologías no-occidentales y encubre a quién habla y desde dónde habla, en las relaciones de poder global” (Grosfoguel: 2003, p.208). Esto conduce a proponer que uno de los desafíos en pro de la emancipación de las relaciones opresivas, será superar la imagen del universalismo como verdad generalizada pues esto conlleva a imponer, desde una mirada particular, una posición hegemónica y autoritaria.

Ahora, trascender el universalismo de cara a la interculturalidad supone un reto adicional: dotar de cotidianidad el quehacer de los derechos humanos. Se aboga por la contextualización de los derechos humanos desde una visión histórica y multidimensional que considere a: la geopolítica, a los entramados culturales particulares y fomente una postura de relacionamiento intersubjetivo que dé cuenta de las relaciones que se fraguan entre los sujetos de derechos para identificar las dinámicas de poder que oprimen o subyugan.

Los derechos humanos situados y para la emancipación deberán contar con una revisión del machismo estructural que ha motivado e incluso justificado al *continuum* de violencias¹¹ en contra de las identidades feminizadas. Por ese motivo, se defiende una mirada ecofeminista sobre los derechos humanos, dado que las dos matrices de opresión de la apuesta moderna capitalista y patriarcal, han sido la naturaleza y las identidades feminizadas.

¹¹ El *continuum* de las violencias sociopolíticas se refiere a que las mujeres han tenido que cargar con la extensión de diferentes repertorios de violencias luego de perpetrado el primer hecho, conformando un encadenamiento de victimizaciones a lo largo del tiempo, como resultado de una impunidad vinculada con la ausencia de protección de las mujeres víctimas. Es decir, hay un entramado de violencias basadas en género estructurales y persistentes con altos grados de impunidad social y jurídica. (Díaz:2020)

Los derechos humanos liberales han desprovisto de importancia la diferenciación de las necesidades que las personas menstruantes y demás identidades feminizadas afrontan en su cotidianidad pero que han tenido que reprimir, silenciar e incluso ignorar porque no son asuntos que la apuesta cultural hegemónica reivindique.

Es claro que situar a los derechos humanos implica dotarlos de realidad(es), desde la comprensión que no hay un solo rotulo que defina y agrupe a todos los seres humanos. Por eso, no basta con agrupar bajo una gran categoría de clase, o una gran categoría étnica o territorial, el compromiso por la vida que pretenden librar los derechos humanos. De hacerlo de ese modo persistiría un esquema de sutiles opresiones que jerarquizan las necesidades básicas de ciertos sectores poblacionales, como lo es, por ejemplo, relegar a planos de menor relevancia a los derechos sexuales y reproductivos cuando estos están vinculados con la salud y ésta actúa en conexidad con la vida.

A su vez, las manifestaciones de violencia justificadas en prejuicios anclados en una visión patriarcal que impone roles de género, así como una construcción binaria de la identidad, perpetúan vulneraciones aparentemente sutiles sobre las mujeres y las personas con identidades de género diversas (LGBTIQ¹²); violencias que desafortunadamente han sido acompañadas de impunidad social y jurídica.

Nada justifica el acoso, el acceso carnal violento, la instrumentalización de los cuerpos con fines mercantiles, la manipulación psicológica para el aprovechamiento del otro/la otra/el otre. No hay justificación moral, racional o económica para el ejercicio de las violencias basadas en género; quizás haya una motivación: las manifestaciones patriarcales, pero éstas no serán permisibles ni mucho menos excusables en el marco de la promoción de los derechos humanos mestizos para la emancipación. Por lo tanto, tampoco basta con pretender combatir

¹² Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, *queer*.

la dinámica neutralizadora de los derechos humanos desde el análisis filosófico y será necesario también

Trasladar dicho combate a la realidad práctica, porque, precisamente, el hecho de haber estado basados los derechos humanos, hasta ahora, en pilares y/o principios abstractos, absolutos, metafísicos y universales, ha impedido que se pudiera llegar a un verdadero compromiso pragmático sobre ellos, que atendiera y diera una solución normativo-jurídica a los actuales conflictos derivados de la pluralidad cultural y jurídica y que se basara en un consenso desde la diversidad (Fariñas:2006, p20).

Para lograr la implementación de tal compromiso es necesario transitar hacia la contextualización enfocada en el plano relacional, de manera que se evite la construcción de los derechos desde la abstracción de tiempo y espacio (Fariñas:2006). En otras palabras, se promueve la elaboración teórico-práctica de los derechos humanos a partir de la identificación y análisis de sujetos situados dentro de su contexto y subjetividad. Esto supone, en consecuencia, que, a la neutralización típica del discurso liberal de los derechos humanos, se responda con visiones dinámicas sobre las realidades y se anteponga el principio de solidaridad diacrónica y sincrónica, así como la reciprocidad, a partir de la incorporación de los cuidados como ética que cobije a las interacciones entre los seres humanos y estos con el mundo de la vida de lo no-humano.

Lo anterior representa un reto pertinente, porque el propósito de este discurso en los sectores poblacionales oprimidos es que pueda convertirse en plataformas de reivindicación y fragmentación de las estructuras que desconocen la diversidad y generan conflictos que normalmente llegan a ser resueltos, en el mejor de los casos, desde alternativas democráticas formales, que subsumen la identidad del “otro”.

Por ello, la crítica al liberalismo y al individualismo y, en definitiva, a los paradigmas propios de la modernidad, se hace hoy día necesaria —y, en ocasiones, urgente— no en aras de una nostalgia comunitaria premoderna, sino como salida para los problemas existentes, los cuales no han encontrado una solución satisfactoria, ni eficaz, en la realización práctica de las tesis universalistas del liberalismo y del individualismo (Fariñas:2006, p.40).

Se persigue por tanto, que los derechos humanos inviten a alternativas jurídicas plurales que se constituyan en herramientas para los sectores históricamente oprimidos y para ello es fundamental alcanzar escenarios de confrontación desde el diálogo abierto, transcultural, que evite, desde luego, al universalismo pero también al relativismo, pues éste implica inconmensurabilidad en tanto “niega la posibilidad de comunicación y creación conjunta de significados y se muestra escéptico ante la idea de construir zonas de consenso intercultural” (Bonet:2017,p.31).

En esta medida, propone Santos, que la reconstrucción intercultural de los derechos humanos (Sousa Santos:2012) deba asumir las siguientes características: primero, entender que no todas las culturas, incluida la propia, son completas y esto debe llevar a puntos de desencanto que hagan necesario abrir el diálogo con otras culturas; segundo, reconocer la diversidad intra-cultural y desde allí escoger los planos de mayor reciprocidad que permita fomentar el reconocimiento y el encuentro con los otros; tercero, comprender que no basta con reconocer de manera formal la igualdad y la diferencia, razón por la cual “habrá que aceptar que tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, y el derecho de ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad” (Sousa Santos:2012, p175).

Finalmente, se deberá evitar trazar tiempos de manera unilateral, dado que, para alcanzar un mayor grado de éxito, las culturas participantes del diálogo deberán sentir la necesidad de entablarlo, pero también de terminarlo, el significado político

ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN

de una decisión unilateral de acabar con el diálogo intercultural es diferente cuando la decisión se toma por una cultura dominante que cuando se toma por una cultura dominada, mientras el segundo caso puede ser un acto en defensa propia, el primero probablemente será un acto de chovinismo agresivo (Sousa Santos:2012,p.174).

Así las cosas, la propuesta es abogar por la ecologización del derecho humano al medio ambiente de manera mancomunada con una apertura del discurso de los derechos humanos de cara a la emancipación, toda vez que se pretende defender la existencia humana, así como la posibilidad de pensarse sin los yugos de la modernidad/colonialidad que coartan la libertad de otras culturas. Se defienden unos derechos humanos implicados en las luchas situadas, en las vidas de las víctimas, de los oprimidos, de los territorios colonizados y de las periferias del sistema mundo.

En consecuencia, habrá que tener en cuenta, en primer lugar, que el colonialismo se teje desde múltiples aristas, no sólo la económica.

Si bien los imperativos económicos de la economía-mundo se vinculan en red, se enredan con otras cadenas de poder que operan en otros niveles (como por ejemplo las relaciones étnicas, epistémicas, sexuales, espirituales, de género y de clase), estas relaciones no son determinadas por las relaciones de trabajo y tampoco son reducibles las unas a las otras (Castro-Gómez:2007, p. 168).

En segundo lugar, se deberán encaminar procesos que superen la perspectiva mono cultural y liberal de la sociedad, pues el propósito es alcanzar procesos interculturales mediados por democracias reforzadas desde el respeto de la diferencia y con un fuerte anclaje en la deliberación colectiva, llevada a cabo en espacios anti- elitistas y anti-racistas. Como explica Gargarella, se persigue a través de la democracia deliberativa, lograr minimizar procesos de toma de decisiones en los que el tener voz resulta un privilegio, pues se reflexiona mínimamente sobre los problemas o las

consecuencias que se derivan de nuestras demandas, sin dar consideración debida de los puntos de los demás” (Gargarella :2011, p.142).

En tercer lugar, habrá que dotar de interculturalidad a los espacios procurados por la democracia deliberativa con miras a convertirlos en escenarios de demo diversidad, como propone Santos. El compromiso de la demo diversidad será hacer frente a los límites planteados por la democracia liberal y conducir sus esfuerzos hacia la creación de espacios donde sea posible incorporar la voz activa, política, con cuerpo y situada, de todos aquellos quienes han sido silenciados desde la invisibilización. Esto deberá conllevar a respaldar procesos democráticos extrainstitucionales, donde también se delibera y se toman decisiones, como lo son por ejemplo las asambleas comunitarias, la desobediencia civil, las mingas indígenas o las movilizaciones campesinas, entre otros.

El discurso revisado de los derechos humanos de fundamento liberal puede representar una herramienta aliada para encaminar transformaciones sociales, políticas y ambientales. Tal como lo ha demostrado el análisis decolonial (desde la filosofía) y la ecología política (desde la práctica), es necesario que los derechos humanos se orienten hacia posturas mestizas que permitan hacer un balance entre la teoría y la práctica, con miras a construir proyectos libres de todo yugo racista y colonial.

Además, deberán implicarse en la problemática ambiental, defendiendo la incorporación programática y con incidencia política del derecho humano al medio ambiente, desde una perspectiva ecologista. El objetivo, entonces, es trabajar por sociedades transmodernas, ecologistas e interculturales que aboguen por la salvaguarda de la naturaleza y combatan las pretensiones universalistas que encubren y no se corresponde con el mundo de la vida y la praxis.

En síntesis, trabajar por la diversidad implica aunar esfuerzos por generar una convivencia política participativa, dinámica, que defienda los saberes históricamente encubiertos por el dominio colonial; en otras palabras, implica trabajar por ampliar las rígidas fronteras del liberalismo para lograr respaldar los saberes silenciados, las expresiones encubiertas, las identidades relegadas, las epistemologías despreciadas, y para ello será imprescindible abogar por unos derechos humanos mestizos, que permitan responder a los desafíos socio-culturales y ambientales contemporáneos. “Sólo cuando identifiquemos bien las cadenas que nos inmovilizan, tendremos alguna oportunidad de liberarnos de ellas” (Klein:2015, p.88).

3. CONSIDERACIONES FINALES

La crisis ecológica actual ha sido procurada por una convicción antropocéntrica fuerte anclada en un sistema capitalista sostenido en un sueño de desarrollo homogéneo, eurocéntrico, basado en la acumulación y la codicia. Este sistema relega a la naturaleza como un medio para la obtención de riqueza: un medioambiente que podrá ser explotado a gusto y “necesidad” de los seres humanos, desconociendo que sin éste es imposible la vida.

La idea de sostenibilidad del desarrollo parte de una apuesta ecocapitalista, mediante la cual es posible disimular las graves consecuencias del crecimiento por el crecimiento, que no teme en poner precio a todo lo que pueda generar riqueza, así sea a costa de la estabilidad de sociedades enteras (presentes y futuras). Como se expuso en lo precedente, la bandera del desarrollo, cuyo objetivo inicial fuera la erradicación de la pobreza a nivel mundial, ha contribuido a la profundización de las desigualdades socioambientales que hacen evidente la asimetría del sistema mundo, así como la agudización de los desastres ecológicos.

Desastres cada vez más inminentes debido a la finitud de los recursos del planeta, el cambio climático (a pesar del desprestigio que tras la caída del muro de Berlín se hizo de las tesis y estudios divulgados por científicos y ecologistas respecto

de esta temática) y al incremento de la huella de carbono. Desastres que, además, se presentan como consecuencia de un comportamiento que evade la codependencia de los seres humanos, hasta el punto de catalogar a los territorios ricos en materias primas, como enclaves estratégicos para la extracción, a pesar de que éstos se conviertan en potenciales zonas de sacrificio natural y socio-cultural.

Pues bien, en el marco de este sistema los poderes locales alimentan su ejercicio a partir de normativas asimétricas, desde donde es posible implementar relaciones dispares con los “otros”. Relaciones que coartan la posibilidad de convivencias interculturales, democráticas y equitativas, debido a que todo lo que no se corresponda con la visión hegemónica, será asociado como inferior, atrasado o simplemente no será tenido en cuenta.

Así las cosas, se identifican dos problemas estructurales a combatir en el marco de la crisis civilizatoria: el ecocapitalismo y la pretensión de universalidad. En este sentido, los derechos humanos pueden representar una herramienta aliada para encaminar la transformación a sociedades pluralistas, basadas en la ética de los cuidados, así como en la responsabilidad intra e intergeneracional, siempre y cuando se promueva una revisión crítica del alcance y fundamentación de éstos.

Tal como lo ha demostrado el análisis decolonial, la ecología política y el ecofeminismo es necesario que los derechos humanos se orienten hacia posturas mestizas que permitan hacer un balance entre la teoría y la práctica, con miras a construir proyectos libres de todo yugo racista, colonial y patriarcal. Además, deberán implicarse en la problemática ambiental, defendiendo la incorporación programática y con incidencia política del derecho humano al medio ambiente desde una perspectiva ecologista y, para esto, el principio antropológico de este derecho sean las necesidades básicas radicales y su fundamentación la solidaridad, tanto diacrónica como sincrónica.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. (2013) El Buen Vivir Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos. edit Icaria.
- Añón, María José. (1994) Necesidades y Derechos un Ensayo de Fundamentación. Edit. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bellver, Vicente. (1995) Paradigma ecológico y nuevo derecho humano al medio ambiente. Edit. Universidad de Valencia.
- Bonet, Antoni. (2017) Descolonizar la democracia apuntes sobre demodiversidad y nuevo constitucionalismo en Bolivia. Astrolabio. Revista internacional de filosofía No. 19.
- Castro-Gómez, Santiago. (2007) Michel foucault y la colonialidad del poder. Revista Tabula Rasa, No.6: 153-172.
- Campoy, I y Rey, J. et.al Desafíos actuales a los derechos humanos: el derecho al medio ambiente y sus implicaciones. (2010) Edit. Dykinson.
- Díaz Bonilla, Paola Andrea. (2020) El continuum de la violencia sociopolítica como necropolítica de género en Colombia. Nómadas no.53 Bogotá July/Dec.
- Dussel, Enrique. (1994). 1492 El encubrimiento del otro. Edit. Antropos.
- Fariñas, María José. (2005) Universalidad e interculturalidad en 10 palabras Clave sobre Derechos Humanos. Editorial Verbo Divino.
- Fariñas, María José. (2006) Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológica- jurídica a la actitud postmoderna. Edit. Dykinson.
- Fernández, Ramón y González, Luis. (2014) La espiral de la energía. Volumen I y II Edit. Libros en Acción.
- Gargarella, Roberto. (2011) “La democracia deliberativa y sus presuntas paradojas” en Jaramillo, L. La democracia deliberativa a debate. Cuadernos de Investigación. edit Universidad EAFIT.
- Gudynas, Eduardo. (2015) Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza. Edit CEDIB.
- Grosfoguel, R. (2003) Hacia un pluri.-versalismo Transfmoderno Decolonial. En Tabula Rasa No9: ISSN 1794-2489
- Klein, Naomi (2015) Esto lo cambia todo. Editorial Paidós.
- Machado, Horacio. (2014) Potosí, el origen. Genealogía de la minería contemporánea. Editorial Mardulce.

LAURA BARONA VALLEJO

- Pérez, Óscar. (2004). Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres? En Revista Derechos y Libertades. Instituto San Bartolomé de Las Casas. No. 13.
- Rejane Issberner Liz y Léna Philippe. (2018) Antropoceno: La Problemática Vital de un Debate Científico. UNESCO.
- Rist, Gilbert (2002) El desarrollo: una creencia occidental. Editorial Catarata.
- Rodríguez, María Eugenia (2010) La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación. Editorial Dykinson.
- Rodríguez, María Eugenia. (2003) ¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir.
Anuario de Filosofía del derecho. No 20.
- Sousa Santos, Boaventura. (2012) Derecho y Emancipación. Edit. Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
- Sousa Santos, Boaventura (2014) Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Edit. De Justicia.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Notes on the genesis and historical development of International Criminal Law

MARCOS PABLO MOLOEZNİK*
JORGE ALEJANDRO GÓNGORA MONTEJANO**

RESUMEN

El trabajo que se pone a consideración del lector, persigue dar cuenta de la génesis del derecho penal internacional así como de su desarrollo histórico *ex ante* de la creación de la Corte Penal Internacional, incluyendo los principios del derecho internacional y de los procesos penales internacionales establecidos por los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio; adicionalmente, se presenta un panorama de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y se cierra con algunas consideraciones finales.

Palabras Clave: *Derecho internacional. Jurisdicción ad hoc. Tribunales internos. Justicia penal. Tribunal de Núremberg*

* Profesor-investigador del Departamento de Estudios Políticos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro nivel II del Sistema Nacional de Investigadores. Primer académico no estadounidense en ser acreedor al Premio William J. Perry a la Excelencia en Educación en Seguridad y Defensa en la categoría individual, por parte del William J. Perry Centro Hemisférico de Estudios de Defensa, dependiente de la Universidad Nacional de la Defensa, Washington, D. C., Estados Unidos, 21 de septiembre de 2017.

** Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Guadalajara, Jalisco, México; ha realizado estancias en el Centro William J. Perry de Estudios Hemisféricos de la Defensa en los cursos de Estrategia y Política de Defensa (2013), Lucha contra el Crimen Transnacional Organizado y las Redes Ilícitas (2015) e Implicaciones Estratégicas en el Estado de Derecho y Derechos Humanos (2016). Es profesor-investigador de la Universidad de Guadalajara y Fiscal Especial de Derechos Humanos de la Fiscalía del Estado de Jalisco.

ABSTRACT

The work that is put to the reader's consideration, seeks to account for the genesis of international criminal law as well as its *ex ante* historical development of the creation of the International Criminal Court, including the principles of international law and international criminal proceedings established by the international military courts of Nuremberg and Tokyo; additionally, an overview of *ad hoc* international criminal courts is presented and closes with.

Keywords: International law. *Ad hoc* jurisdiction. Internal courts. Criminal justice. Nuremberg Court's Court

1. BREVES PALABRAS INICIALES

La persecución de los crímenes clásicamente descansa en el derecho interno de cada Estado soberano, específicamente en el derecho penal, traducido en la columna vertebral sobre la cual se estructura todo el sistema represivo de un Estado-nación y encuentra su origen en el principio de territorialidad, en virtud del cual el país donde se comete un delito es competente para juzgarlo. A esta facultad de juzgar se la denomina "jurisdicción": es la competencia judicial en el ámbito penal de un Estado que, a su vez, constituye uno de los mecanismos de manifestación del principio de soberanía.

Sin embargo, esta jurisdicción no proporciona solución plena a los ataques que lesionen intereses básicos de un Estado, cuando se cometen allende sus fronteras; ante ello, el derecho ha encontrado mecanismos alternativos o subsidiarios, cuyo objetivo es complementar el enjuiciamiento de aquellos delitos que la jurisdicción territorial no puede abarcar (Sorensen, 1998).

De ahí la pertinencia de explorar la génesis del derecho penal internacional, así como de su desarrollo histórico *ex ante* de la creación de la Corte Penal Internacional, incluyendo los principios del derecho internacional y de los procesos

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

penales internacionales establecidos por los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio, que muchos años después serán retomados por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, de los que se da cuenta también en un apartado específico.

2. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

A los mecanismos alternativos o subsidiarios a los que se hace referencia en párrafos anteriores se los concibe como *principios del derecho internacional* y su principal característica descansa en la extraterritorialidad, a saber:

a.- Principio real, de protección o de defensa.

En cuya virtud, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico agredido por el ilícito, le otorga facultad para aplicar la ley nacional sin tomar en cuenta el lugar donde fue cometido ni la nacionalidad de su autor o autores, a lo que se suma como elemento fundamental –siguiendo a Guillermo Fierro– la naturaleza eminentemente pública del bien jurídico tutelado (Fierro, 1997, pág. 316).

En este sentido, el derecho comparado ofrece el objetivo del principio de forma clara a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que ha resuelto en dos ocasiones distintas que: “Si el delito perpetrado en un Estado afecta exclusivamente los hechos y los intereses de otro, es a éste a quien corresponde la jurisdicción represiva” (Caso Teobaldo Fogliatti, 1909). El derecho internacional sudamericano reconoce jurisdicción represiva a favor del Estado damnificado por el delito, porque es el único que puede invocar la defensa jurídica como base de la penalidad y razón del castigo (Caso Wilhem Wolthusen, 1826).

De esta manera la República Argentina les reconoce a otros Estados jurisdicción por aquellos crímenes en los que sus intereses se vean afectados. Este principio también se encuentra consagrado en instrumentos internacionales tales como el Tratado de Montevideo sobre Propiedad Intelectual (1940), y algunas convenciones como la de Tokio sobre Delitos Cometidos Abordo de Aeronaves (1963), la de la Haya sobre Apoderamiento Ilícito de Aeronaves en Vuelo (1970) y el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971). Conviene destacar que este principio está plasmado en muchos ordenamientos nacionales; en México, por ejemplo, se encuentra recogido en el artículo 2º del Código Penal Federal.

b.- Principio de nacionalidad o personalidad activa.

Se trata de una jurisdicción que no encuentra obstáculos para su aplicación, pues la mayoría de los países reconocen –dentro de su codificación– su existencia; se traduce en la aplicación de la jurisdicción en crímenes cometidos por nacionales en un país extranjero, o en contra de nacionales en un país extranjero, y se divide en dos tipos:

b.1.- Pasiva: cuando el delito se comete en contra de un nacional en territorio de otro Estado; se trata de una expresión del Principio Real, aunque lo único que se toma en cuenta es la nacionalidad de la víctima del delito. No obstante que este principio no es aceptado por muchos Estados, ha sido reconocido en diversas convenciones tanto a nivel universal (ONU, 1987) como regional (OEA, 1987) de manera que el principio rige para aquellos países que no la tengan reconocida en su legislación doméstica, a la luz de la suscripción de cualquiera de esos instrumentos internacionales.

b.2.- Activa: cuando el delito lo comete un nacional en territorio de otro Estado. Este principio, evita la posibilidad de impunidad cuando quien comete el crimen en un país distinto regrese al propio a sabiendas de la prohibición de los tratados de extradición. En México, ambas jurisdicciones son reconocidas en el Código Penal

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Federal en el artículo 4º, que a la letra reza: “Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República...” (Congreso de la Unión, 1931).

En cuanto a la activa, por lo general se establecen ciertos requisitos para su aplicación, de ahí que en nuestro país es casi nula, pero en Europa su utilización ha sido mucho más constante que en América. Incluso, esta jurisdicción ha sido elevada al rango de regla consuetudinaria internacional (Sorensen, 1998).

c.- Principio de justicia supletoria o justicia penal subsidiaria.

Se aplica cuando el poder punitivo de otros Estados competentes legitimados para actuar no pueden hacerlo; su finalidad es colmar posibles lagunas que generen impunidad, por lo que de esta forma un Estado puede ejercer jurisdicción en lugar de quien tenía la legitimación para hacerlo y no quiso o no pudo, siempre y cuando existan ciertos requisitos: que exista identidad de norma, es decir, que se encuentre tipificado como ilícito en ambos Estados; y que exista el principio de liquidación, esto es, que no haya sido juzgado, amnistiado o indultado por el Estado donde aconteció el crimen. En México no existe reconocimiento a este tipo de jurisdicción en su derecho interno; sin embargo, como Estado parte del estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, acepta las reglas de complementariedad y supletoriedad por parte de ese órgano jurisdiccional.

d.- Principio de universalidad, mundial o cosmopolita.

Se denomina “jurisdicción universal” a aquella que, sin reparar en el territorio en que se ha cometido el crimen o la nacionalidad de la víctima o del perpetrador o si se han afectado intereses nacionales y, en rigor, desentendiéndose de toda circunstancia fáctica, atribuye jurisdicción a los tribunales de todos los Estados debido a la naturaleza misma del delito involucrado (Relva, 2001).

Esto significa que los Estados que han suscrito las diversas convenciones que tipifiquen delitos de naturaleza internacional, asumen el compromiso de perseguir a los delincuentes que los cometan o bien los extraditen al Estado que lo solicite¹

Ejemplo de ello es el caso Cavallo en el cual el Estado mexicano realizó su detención, pues existían señalamientos en su contra por la comisión de crímenes considerados de *lesa humanidad*, de acuerdo con el derecho internacional y una solicitud de extradición expedida por España, precisamente en aplicación de la jurisdicción universal.²

Un conocido aforismo latino reza: *Ubi societas, Ubi ius*.³ Resulta importante tomarlo en cuenta en la medida que nos permite trazar una perspectiva cuando se pretende hacer un abordaje histórico de instituciones del derecho, en su concepción de reguladoras de la conducta del hombre y como limitadoras de su libertad en tanto convive con otras libertades. Desde el nacimiento del pensamiento jurídico se ha tratado de formular una doctrina capaz de establecer un orden internacional en la que el respeto de los derechos del hombre sea constante; a lo largo del devenir histórico de la humanidad esta idea se ha direccionado al derecho penal

¹ En este principio se reconoce la máxima acuñada por GROCIO: “*aut dedere, aut punire*” (entregar o castigar) o más bien la adecuación realizada por Cherif BASSIOUNI “*aut dedere, aut iudicari*” (entregar o juzgar), pues de lo contrario se estaría prejuzgando la culpabilidad del presunto delincuente.

² El CASO CAVALLO no tiene parangón en el derecho mexicano, pues es la primera vez que el sistema judicial de nuestro país hace un análisis del derecho internacional para un caso concreto a fin de resolverlo. Vale la pena destacar que, a pesar del criterio sostenido en este caso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual reconoce y legitima la existencia de la jurisdicción universal, si hacemos una revisión de la posición de la Corte desde un punto de vista crítico, en su resolución el máximo Tribunal mexicano aceptó que la jurisdicción universal también aplica para México. De ahí que lo que debió haber determinado era que Cavallo fuese procesado en nuestro país, por tribunales nacionales y no como ocurrió al autorizar su extradición a España.

³ Esto es, donde existe sociedad, existe el derecho.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

internacional, en la búsqueda de someter las conductas criminales a reglas jurídicas universalmente reconocidas.

3. GÉNESIS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Desde los tiempos de la organización humana de clanes se ha transitado paulatinamente de la venganza privada individual (*vindicta privata*) hasta la colectiva o de sangre; posteriormente a la ley del talión; más adelante, se evolucionó a la composición o compensación, al principio fue de manera voluntaria y negociada libremente entre el ofensor y ofendido; y, finalmente, hasta la que hoy conocemos como la composición legal, fijada por el poder público, que no es otra cosa que la dictada a través de los tribunales.

En el campo del derecho penal internacional, la evolución se presenta de manera similar hasta finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, durante los cuales la humanidad experimentó cambios dramáticos y radicales, en particular en las áreas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional, que han permitido la evolución de la justicia penal internacional. Las fuerzas que han interactuado para este desarrollo son diversas y van desde la filosofía, la tecnología, la religión y la propia conducta humana capaz de cometer actos abominables (Campos, 2002).

No obstante, la juventud del derecho penal internacional, existen registros históricos de la existencia de un primer tribunal internacional; se trata, del que sometió a juicio en 1474 a Peter von Hagenbach, quien, al servicio de Carlos *El Temerario*, Duque de Borgoña, cometió atrocidades en la ciudad de Breisach donde actuaba como gobernador. Este funcionario, siguiendo con excesivo celo las instrucciones de su señor, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror a fin de reducir la población de Breisach al sometimiento total. Los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada se volvieron prácticas generalizadas. Estos actos no solo se

presentaron contra pobladores locales, sino también contra los habitantes de los territorios vecinos y comerciantes suizos que acudían a la feria de Frankfurt.⁴

Al tomar conocimiento de estos excesos, los gobiernos de Austria, Francia, Berna, así como las ciudades y caballeros del Alto Rin, formaron una coalición internacional⁵ a fin de poner fin a las acciones perniciosas cometidas en nombre de la ambición del Duque de Borgoña (Neir, 1998, pág. 12).

Así, después de reducir militarmente a von Hagenbach, la coalición instauró una corte *ad hoc*, conformada por 28 jueces para juzgar sus acciones. Los argumentos de acusación iban desde la vulneración de las leyes del hombre hasta las de Dios,⁶ mediante el homicidio, la violación, el perjurio, y otros actos maléficos (*malefacta*), entre los que se incluía el impartir órdenes a sus mercenarios de matar a los hombres en las casas donde se alojaban para que las mujeres y los niños quedaran

⁴ Véase, SCHWARZENBERGER, G. (1968) "International Law as Applied by International Courts and Tribunals"; en, Vol. II: *The Law of Armed Conflicts*, London, Stevens, Londres, p. 15; Ögren, K. (1996) "El derecho humanitario en los *Artículos de Guerra* decretados en 1621 por el Rey Gustavo Adolfo II de Suecia"; en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 136, julio-agosto de 1996, p. 472. Los *Artículos de Guerra* suecos, que tuvieron considerable influencia en Europa, estaban basados, al mismo tiempo, en los primeros modelos continentales del siglo XVI; citado en, GREPPI, Edoardo, "La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional". Disponible en: <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/0/0fd5a3c9f14adc45032568c500485681?OpenDocument> (consultado el 19 de junio de 2022)

⁵ De acuerdo con SCHWARZENBERGER, G. (1968) en un marco de derecho cuasi-internacional, cuya característica es "un estado de igualdad *de facto* en el que los entes manejan sus relaciones mutuas como si fueran sujetos de derecho internacional", el Sacro Imperio Romano "se había desintegrado a tal punto que las relaciones entre sus miembros se manejaban en unas condiciones difíciles de diferenciar de las relaciones internacionales". *Vid Supra*, p. 464.

⁶ Recordemos que en esa etapa de la historia los mandatos de la iglesia se consideraban reglas divinas, de modo que ante cualquier tribunal debía señalarse las reglas de Dios que fueron violentadas.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

a su merced. No obstante utilizar la obediencia debida⁷ como medio de defensa, von Hagenbach fue hallado culpable, privado de su grado de caballero y de los privilegios que dicha investidura le otorgaba (por haber cometido crímenes que tenía la obligación de prevenir) y posteriormente ejecutado.

A pesar de que la implementación de este tribunal internacional fue un acto que la historia registra como aislado, se observa que ya comenzaba a gestarse lo que al paso de los siglos se consideraría como crímenes de *lesa humanidad*. Por otra parte, no se puede afirmar que la existencia de este tribunal estuviera sentando las bases de la justicia penal internacional individual, pues su objetivo no era conocer de crímenes en lo general y establecer un tribunal permanente, sino llevar a juicio a un individuo en lo particular.

4. INICIOS DE LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Tratar de entender el origen de la persecución de los crímenes de derecho internacional en el marco del derecho pactado por las naciones, impone un breve recuento de los instrumentos jurídicos que dieron vida al interés mundial para su judicialización.

⁷ Para mayor información respecto de esta figura; véase, DINSTEIN, Y. (1965) “The Defence of Obedience to Superior Orders”; in *International Law*, Leiden; MULLER-RAPPARD, E. (1965) “L'ordre Supérieure Militaire et la Responsabilité Pénale du Subordonné”, París; GREEN, L.C. (1976) “Superior Orders in National and International Law”, Leiden, 1976; SACERDOTI, G. (1997) “A proposito del caso Priebke: la responsabilità per l'esecuzione di ordini illegittimi costituenti crimini di guerra”; en, *Rivista di Diritto Internazionale*, p. 130; GAETA, P. (1998) “Rilevanza dell'ordine superiore nel diritto internazionale penale”; en, *Rivista di Diritto Internazionale*, p. 69.

a.- Los Tratados de Versalles

No es sino hasta 1919, que un instrumento internacional trae a la vida jurídica la figura de responsabilidad penal internacional: los Tratados de Versalles, que permitían la persecución de presuntos criminales de guerra alemanes por conductas cometidas en la primera conflagración mundial, también llamada *Gran Guerra* que tuvo verificativo de 1914 a 1918. Agotada ésta con la victoria de la *Entente* – integrantes del bando de los aliados–, se analizó la urgente necesidad de crear una justicia penal internacional para evitar dejar en la impunidad crímenes de guerra cometidos durante este conflicto armado por las *Potencias Centrales* –belligerante que sufrió la derrota– Así, por virtud del Tratado de Versalles, se determinó someter a Alemania y a sus aliados a sanciones económicas y territoriales y, además, llevar a juicio al Káiser Guillermo II de Hohenzollern, emperador de Alemania, para responder por la *violación grave contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados*.

Por otra parte, se ordenó la creación de un tribunal especial para juzgar a los demás acusados, donde se les asegurarían las garantías esenciales del derecho de defensa (Sentencia C-578 , 2002). Este primer intento de crear un tribunal internacional fracasó por diversos factores: el gobierno de los países bajos se rehusó a extraditar al Káiser alemán a los Poderes Aliados, ya que consideró que el delito por el que se le acusaba era una infracción política; además, el tribunal especial para juzgar al resto de los criminales nunca se integró, aunque se permitió a Alemania iniciar juicios internos en Leipzig ante su Corte Suprema. Sin embargo, estos juicios tuvieron un fin más disciplinario que de justicia internacional, ya que, de los 895 presuntos criminales registrados por las autoridades aliadas, solo condenó a 13, y lo hizo por penas que no fueron superiores a dos años, en tanto que el resto fueron absueltos o huyeron.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

b.- Los Tribunales Penales Internacionales de Núremberg y Tokio

Debido a los magros resultados obtenidos para juzgar a criminales de la primera conflagración mundial, la Sociedad de Naciones se dio a la tarea de redoblar esfuerzos para crear un derecho internacional positivo aplicable en todo momento; de esta manera surge, en el marco de la Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1927, la declaración sobre las guerras de agresión y posteriormente el Tratado de París o también llamado *Pacto Briand-Kellog* (27 de agosto de 1928) sobre la renuncia de la guerra como instrumento de política internacional, que fue suscrito por Alemania.

Durante la segunda guerra mundial (1939-1945) la voluntad de aplicar ese derecho converge con acciones crueles y despiadadas: el nacionalsocialismo hitleriano (1933-1945) fue el detonante, mediante la aberrante práctica de la intolerancia y los excesos que quedaron al descubierto, ante un mundo entero que clamaba por una justicia que era necesaria, porque fue a la humanidad en su conjunto a la que se afectó. El camino para lograr estas exigencias y, al mismo tiempo, lograr el desenvolvimiento del derecho internacional y el mantenimiento de la paz, era la vía judicial.

De esta forma, en 1945 mediante el Acuerdo de Londres sobre Persecución Judicial y Castigo de los principales criminales de guerra de los países Europeos del Eje (2002, pág. 315), se estableció el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, cuyo anexo contenía el estatuto del nuevo tribunal, así como la definición de los crímenes por los cuales serían juzgados, principalmente, los líderes del régimen nazi.

Este tribunal comenzó a funcionar el 14 noviembre de 1945 y concluyó sus funciones el 1º de octubre de 1946; el primer juicio que llevó a cabo fue en el que se procesó a 24 principales líderes alemanes del Tercer Reich (*major war criminals*), por los siguientes cargos:

- Crímenes contra la paz: actuaciones que llevaran a la planificación o ejecución de violaciones de tratados internacionales o comisión de actos de agresión injustificada contra naciones.
- Crímenes inhumanos o contra la humanidad: planificación, ejecución o participación en exterminios y genocidios.
- Crímenes de guerra: violaciones de las leyes y convenios internacionales sobre la guerra.
- Conspiración: actuación con otros o asociación con ellos para cometer cualquiera de los crímenes señalados en los cargos anteriores (Overy, 2003, págs. 69-78).

De ellos solamente veintidós terminaron el proceso. Se dictaron doce condenas de muerte, tres condenas perpetuas, cuatro penas de prisión por determinado tiempo y tres absoluciones. De manera paralela a este Tribunal, con sustento en la Declaración de *Potsdam* del 26 de julio de 1945, el 19 de enero de 1946 el general Douglas MacArthur, comandante supremo aliado en Japón, hizo pública la orden de inicio del proceso a los criminales de guerra japoneses por parte del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, mejor conocido como el Tribunal de Tokio (Prieto Sanjuán, 2005, pág. 29).

El acta de acusación contenía los cuatro cargos esgrimidos en el Tribunal de Núremberg (conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de *lesa humanidad*). El proceso inició en contra de 28 personas, de las cuales solo fueron juzgadas efectivamente veinticinco: siete condenados a muerte, dieciséis a cadena perpetua y dos a penas de prisión de veinte y siete años de prisión, respectivamente.

Los juicios de Núremberg y de Tokio, no solamente sirvieron para sancionar a participantes y representantes de regímenes que pasaron por alto disposiciones internacionalmente reconocidas, sino que con su jurisprudencia contribuyeron a sentar las bases del actual sistema de justicia penal internacional, ya que mediante sus sentencias crearon principios de derecho internacional que modificaron el paradigma de la responsabilidad penal.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A 73 años de distancia, el significado histórico de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio descansa en los innegables precedentes e impronta para la creación de los Tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y Ruanda, así como el impulso al Estatuto de Roma para la emergencia de la Corte Penal Internacional establecida el 17 de julio de 1998 (Huhle, 2011, págs. 54-56). A lo que se suma su influencia sobre los contenidos y alcances de la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio (en vigor desde enero de 1951) y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, máxima expresión del derecho de los tratados del derecho internacional humanitario.

5. PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE RIGEN LOS PROCESOS PENALES INTERNACIONALES

Estos principios establecidos en Núremberg y Tokio, desde entonces rigen los procesos penales internacionales, ya que por mandato de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) dichos principios fueron recogidos como parte de un instrumento de opinión que, a la postre, se convertirían en derecho consuetudinario; asimismo, por encargo de la propia Asamblea General de la ONU, se ordenó a la Comisión de Derecho Internacional para que tratara la cuestión de la codificación de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y, al mismo tiempo, iniciara los trabajos para la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente (Prieto Sanjuán, 2005).

a.- Responsabilidad individual en delitos de derecho internacional

Hasta antes de los Tratados de Versalles de 1919 y las sentencias del Tribunal de Núremberg de 1946, la figura de la responsabilidad penal internacional del individuo aparece estrechamente vinculada a la posición que la persona humana ocupaba en el derecho internacional, no sujeto del derecho internacional desde la óptica de la doctrina positivista clásica –con la salvedad del caso von Hagenbach ampliamente señalado y otros como la piratería–; es decir, solamente se consideraba a las personas sujeto de derechos pero no de obligaciones. Basta ver las posiciones que mantenían algunos de los juristas de finales del siglo XIX y principios del XX,

tales como Bluntschli y von Liszt, que se resistían a aceptar la subjetividad del individuo en el derecho internacional, para advertir que esa postura era la imperante en esa época (Espinoza Carrión, 2003, págs. 2-3).

Sin embargo, existían otros juristas, como Heffter y Fiure que, por el contrario, defendían la subjetividad del individuo, basados en los derechos internacionales de los que era titular (2003, pág. 3). Esta postura fue ratificada por los Tratados de Versalles cuando se determinó llevar a juicio al Káiser Guillermo II y a otros criminales de guerra; aunque estas disposiciones resultaron nulas por las circunstancias ya señaladas, por lo que no fue sino con la resolución adoptada por el Tribunal de Núremberg que se hizo realidad. De esta forma, los argumentos esgrimidos por esta instancia se sustentaron en la afirmación de que los crímenes contra el derecho internacional son realizados por los hombres y no por entidades abstractas, *por lo que sólo castigando a los individuos que los cometieron pueden ser aplicadas las disposiciones del derecho internacional* (Delgado & Martín Martínez, 2001, pág. 18).

De manera que, en la actualidad, no sólo se le reconocen a los individuos derechos y obligaciones, sino también capacidad de obrar (Rodríguez Carrión, 1994, pág. 144). Esta subjetividad es de alcance limitado y nada comparable a la de los Estados, pues es a través de la voluntad de éstos que se crean las normas internacionales que permiten reconocer la subjetividad del individuo en el plano internacional, cuya efectividad se logra a través de los propios Estados, salvo excepciones.

La sentencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de noviembre de 1946 al respecto, a la letra reza: “... Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por personas y no por sujetos abstractos, por eso únicamente a través del castigo de los individuos que perpetran tales actos pueden tener aplicación los preceptos del Derecho Internacional” (Osmanczyk, 1976, pág. 1208).

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

b.- Primacía del derecho internacional sobre el derecho interno

Se trata de otro aporte fundamental de los Tribunales de Núremberg y Tokio; este principio descansa sobre la idea-fuerza de la supremacía del derecho internacional sobre los derechos internos, pues consiste en determinar que el argumento de cumplimiento del derecho interno por parte del criminal internacional no lo exime de responsabilidad. Con este principio no solo se estableció la primacía del derecho internacional sobre el nacional, sino que además se dejaba claro que la ilicitud de los hechos sería determinada por el derecho internacional y no por el derecho nacional del criminal.

Esta determinación encuentra sustento en teorías unitarias como la *monista* que se define de acuerdo con el principio de subordinación, por el cual todas las normas jurídicas se hallan subordinadas entre sí en un orden rigurosamente jerárquico. Admite dos variantes, a saber: la primacía del derecho internacional o la primacía del derecho interno. En Hans Kelsen encuentra uno de sus principales defensores, al adoptar el monismo con primacía del derecho internacional, aunque sin desconocer la hipótesis de la primacía del derecho interno. En verdad, detrás de la teoría monista (Kelsen, 2009), sea cual sea la hipótesis que se acepte, hay un planteamiento *iusfilosófico*, esto es, el normativismo, unidad de todas las normas jurídicas.

Bajo esta teoría se plantea como un hecho que, en el caso de tratados internacionales, su aplicación en el ámbito doméstico sería automático; no obstante, en México esto no resulta del todo posible. Ejemplo de ello es la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que encuentra su fundamento en el Convenio Americano sobre Derechos Humanos, instrumento ratificado por nuestro país, que además ha aceptado su competencia contenciosa; en un caso hipotético en el que México fuese condenado por aquella instancia a modificar determinadas normas o a realizar determinadas acciones para reparar el daño ocasionado, nos encontraríamos ante una situación complicada pues de hacerlo a

pesar de no existir la disposición para su materialización en la norma, el Estado Mexicano estaría vulnerando el principio de legalidad, por el que el Estado solo puede hacer lo que se encuentra permitido en la norma.

Por otra parte, de no atender la sentencia dictada por la Corte Interamericana, se estaría violentando el contenido de la citada Convención; por lo que es preciso, en algunos casos, contar con dispositivos legales que permitan la implementación de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana. Siguiendo al propio Kelsen, Alfred Verdross establece la existencia de un “monismo moderado” sobre la base del derecho internacional, en el cual se mantiene la distinción entre derecho internacional y el derecho estatal, pero subraya su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional (Verdross, 1985, pág. 65).

Frente a la teoría monista se erige la teoría del *dualismo* que establece la separación absoluta y completa entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional. Tradicionalmente, se reconoce a Triepel y Anzillotti como sus acérrimos defensores. Esta teoría sostiene que las normas internas no son obligatorias, en virtud de que la norma básica del derecho y las normas internacionales no pueden influir sobre el valor obligatorio de las normas internas y viceversa (Pizarro, 1967). Es decir, considera al derecho internacional y al derecho interno como dos sistemas iguales, independientes y separados, pero que no se confunden nunca.

Aceptar esta teoría sería como aceptar que ningún tratado internacional puede ser aplicado de manera directa en el ámbito interno, cuando en México la realidad nos dice lo contrario; ejemplo de ello, es la Convención de los Derechos del Niño, cuya aplicación es ampliamente realizada por órganos jurisdiccionales a pesar de no existir un mecanismo jurídico de implementación.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

c.- La ley internacional es aplicable a individuos, sin distinción de jerarquía, o si se trata o no de agentes del Estado.

El hecho de que una persona que haya cometido una conducta que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.

Este principio tiene que ver de manera directa con el primero de los ya mencionados, pues alude a la responsabilidad individual de la persona humana, aunque en este caso se refiera a la necesidad de juzgar sin distinción de jerarquía o rango a los responsables de la comisión de crímenes. En este sentido, vale la pena citar los argumentos que la sentencia del Tribunal de Núremberg hacía respecto de la responsabilidad individual:

“...El principio de Derecho Internacional que, bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a actos condenados como criminales por el Derecho Internacional. Los autores de estos actos no pueden refugiarse en su posición oficial para eludir el castigo en procesos apropiados {...} El que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad al actuar bajo la autoridad de un Estado, si el Estado que autoriza la acción sobre pasa su competencia conforme al Derecho Internacional...”

Con esta tesis se echaba por tierra el argumento sostenido por Napoleón I de que los crímenes de Estado no pueden ser reprochados a nadie (Herzog, 1949).

d.- Elimina la obediencia debida

El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de responsabilidad conforme al Derecho Internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral; sin embargo, puede esta circunstancia ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere.

De ahí la siguiente sentencia del Tribunal de Núremberg: “...Que se haya ordenado a un soldado matar o torturar en violación del Derecho Internacional de Guerra no puede reconocerse como defensa para tales actos de brutalidad, aunque [...] la disciplina debida deba ser tenida en cuenta para mitigar el castigo...”

Frente a la obediencia debida, aparece como alternativa viable la objeción de conciencia, que no es sino el análisis ético–moral interno que hace y exterioriza un individuo ante órdenes que vulneran una norma que es deber respetar y cuyas consecuencias tendrían un efecto mayor que negarse a cumplir lo ordenado.

e.- Procesamiento en juicio imparcial

Este principio hace referencia a las garantías mínimas con que debe contar una persona que es sujeto a un proceso criminal y que van desde la asesoría de un defensor, hasta la posibilidad de presentar pruebas y gozar del beneficio de la libertad caucional, si procede.

f.- Delitos punibles en el derecho internacional

Este principio incorporó conductas que ya el derecho interno consideraba como punibles (delitos contra la paz y delitos de guerra) y que formaban parte de instrumentos de derecho internacional, pero concibió una categoría nueva de crímenes cuya brutalidad afectaba a la humanidad en su conjunto; a éstos, se los denominaron crímenes de *lesa humanidad*, y los elementos característicos de estos crímenes han ido modificándose a lo largo del tiempo, pero su definición respeta la característica esencial de ofensa a la humanidad y su imprescriptibilidad.

g.- El derecho internacional se aplica a organizadores, instigadores y cómplices

La complicidad también fue considerada como uno de los principios del Tribunal de Núremberg, cuando se realice en el contexto de uno de los crímenes ya citados; de esta manera, cualquier individuo que haya participado de manera indirecta será sujeto de responsabilidad internacional. Estos principios y criterios son los que

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

rigen, desde el fin de la segunda conflagración mundial, los procesos penales internacionales.

6. LOS TRIBUNALES DE OPINIÓN Y LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC

Con posterioridad a Núremberg, surgieron tribunales de opinión y *ad hoc*, de los que conviene poner a consideración del lector:

6.1. Los Tribunales de Opinión

Así llamados porque no ejercían una jurisdicción real, pero que nacen debido a la situaciones candentes del escenario internacional; ejemplo de ello, es el *International Tribunal on the American War Crimes in Viet-Nam*,⁸ fundado por el filósofo británico Bertrand Russell, que a la postre sería conocido como el “Tribunal Russell”, cuyo cometido –tan solo de opinión– fue analizar los crímenes cometidos por el ejército estadounidense (*US Army*) en la guerra del Sudeste Asiático y en el que trabajaron juristas norteamericanos que habían participado en el proceso de Núremberg (Cala Sage, 1998).

Años después, el senador italiano Lelio Bassao creó el “Russell Tribunal II”, que se ocupó de las dictaduras militares de Brasil y Chile. En 1979 se constituyó en Bolonia, Italia, el *Tribunal Popular Permanente* entre cuyos miembros destacan el premio Nobel de la paz Adolfo Pérez Esquivel, que ha investigado la intervención de Estados Unidos en Nicaragua, el endeudamiento del tercer mundo, la destrucción de la selva Amazónica de Brasil, la presencia soviética en Afganistán, entre otros asuntos. Mientras que en Latinoamérica se conoce la existencia del *Tribunal Antiimperialista de Nuestra América* que fue presidido por el guatemalteco Guillermo Toriello Garrido.

⁸ Tribunal Internacional para los crímenes de guerra cometidos por norteamericanos en Vietnam.

La función principal de estos organismos de opinión no radica solamente en la denuncia y estigmatización moral y política de los crímenes contra la humanidad, sino, como lo señala Luigi Ferrajoli: “contribuir a la afirmación del derecho internacional” (2004, pág. 121).

6.2.- Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*

Se trata del antecedente inmediato a la creación de la Corte Penal Internacional.

Los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda deben ser considerados como tribunales de carácter limitado, pues al ser jurisdicciones *ad hoc* (a modo) solamente tienen competencias territoriales, personales y temporales, debidamente delimitadas; no obstante, ello, su creación se advierte como un modo de hacer frente a situaciones calificadas como amenazas a la paz y a la seguridad internacional.

6.2.1.- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

A partir de 1991 se desintegra la estructura de la llamada República Socialista Federativa de Yugoslavia dando lugar a sucesivos conflictos (con o sin carácter internacional) que culminan con violaciones graves, masivas y generalizadas del derecho de gentes en su territorio, particularmente en Bosnia-Herzegovina. El Consejo de Seguridad de la ONU ya tenía la percepción de que las violaciones masivas de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario afectaban a la paz y seguridad internacional y, por tanto, justificaban la adopción de medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, dentro del sistema institucionalizado de seguridad colectiva.

Y así, después de recordar en diversas resoluciones de 1991 y 1993 la obligación estatal de respetar el Derecho Internacional Humanitario, el Consejo por medio de las Resoluciones 771/1992 y 780/1992 (ante los informes sobre violaciones generalizadas del Derecho Internacional Humanitario en Bosnia-Herzegovina) solicita la constitución de una Comisión de Expertos para informar al secretario general de la ONU de la situación.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Poco después, la Resolución 808/1993 del Consejo de Seguridad de la ONU pidió al secretario general un Informe con el fin de establecer el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Y, al aprobar dicho Informe, la Resolución 827/1993 del Consejo, con expresa referencia al Capítulo VII de la Carta, creó el mencionado Tribunal Internacional y aprobó su Estatuto (Rodríguez-Villasante, 2000).

En dicha resolución, el Consejo de Seguridad de la ONU, expresó su profunda alarma, “dados los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional Humanitario que tienen lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, y especialmente en la República de Bosnia y Herzegovina, inclusive los informes de asesinatos en masa, de detenciones y violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas, y de la continuación de la práctica de la depuración étnica...”, situación que constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacional; por lo que decidió la creación de un tribunal internacional con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1º de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez instaurada la paz. Al mismo tiempo, se aprobó el Estatuto del Tribunal, lo que permitiría que, de un listado de 130 inculpados, haya procesado y dictado diversas condenas a poco más de 50, la más severa hasta al momento, en contra de Radislav Krstic por genocidio, con 46 años de prisión.

Vale la pena recordar que se sobrepasó el procedimiento en el cual se acusaba a quien fuera presidente de Serbia, Slobodan Milosevic, debido a que durante el proceso falleció sin haberse dictado sentencia. Debido a que el Consejo de Seguridad no había determinado el fin de la jurisdicción del Tribunal en marzo de 1999, los crímenes cometidos en la crisis de Kosovo pasaron a ser de su competencia, lo que dio lugar a la acusación cursada el mismo contra Milosevic en mayo de 1999.

Hay que precisar que el Tribunal no puede juzgar a Estados, sino sólo a personas físicas sospechosas de haber cometido los crímenes en los que es competente, así como a quienes los hayan ordenado, incitado o contribuido a preparar y ejecutar. En este sentido, los altos funcionarios y autoridades del Estado, incluido el jefe de Estado, no gozan de estatuto privilegiado alguno que les exonere o atenúe la responsabilidad que hayan podido contraer. La “obediencia debida” de los subordinados no es aceptada como eximente de la pena, aunque puede considerarse como causa atenuante para rebajarla. A su vez, los superiores son responsables de los actos cometidos por sus subordinados si los conocían o estaban en situación de conocerlos y no adoptaron medidas para impedirlos.

En cuanto a las penas, podrán ser de privación de libertad teniendo en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado. Además, se podrá ordenar la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos.

En la práctica, el funcionamiento del tribunal es lento y se ve lastrado por la falta de medios económicos, la excesiva burocracia y la falta de cooperación por la policía yugoslava. A mediados del año 2000 eran una treintena las personas acusadas, en general con un nivel de responsabilidad inferior.

6.2.2.- Tribunal Internacional para Ruanda

Por lo que se refiere al conflicto de Ruanda, ante el desarrollo de disturbios internos, desintegración del aparato estatal del país y la existencia de matanzas masivas, el Consejo de Seguridad de la ONU condenó la violencia allí desatada y pidió un Informe al secretario general. Rendido éste en términos muy esclarecedores, al destacar que “la magnitud de la calamidad humana [...] pudiera ser inimaginable”, y con la información presentada por una Comisión de Expertos imparcial, se emitió la Resolución 955/1994 del Consejo de Seguridad (actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta) que estableció un Tribunal Internacional para enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Internacional

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994, aprobando también el Estatuto del mencionado Tribunal.

Sin duda la sentencia más sonada de este tribunal ha sido la dictada a Jean-Paul Akayesu (septiembre de 1998). El Tribunal lo declaró culpable de nueve cargos, por genocidio y crímenes contra la humanidad, se le condenó a tres cadenas perpetuas y a ochenta años de prisión por violaciones sexuales y por estimular la ampliación de la violencia sexual.

Su competencia se aplica a los hechos cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 tanto en Ruanda como en el territorio de los Estados vecinos. Para mediados del año 2000, el número de condenados ascendía a una cincuentena, un volumen muy reducido teniendo en cuenta la magnitud de la tragedia juzgada.

6.3. Tribunales Mixtos

Estos tribunales son similares a los de la ex Yugoslavia y Ruanda, en tanto que fueron establecidos para intervenir en tiempos y contra personas delimitadas por hechos ya ocurridos previo a su creación (*ad hoc*); sin embargo, existen diferencias sustanciales, una de ellas es que tienen la cualidad de que integran elementos internacionales a su jurisdicción nacional, es decir, se trata de instancias internas que apoyan su actuación en principios del derecho internacional (de ahí su denominación de mixtos) pero desde su fuero interno, lo que les permite actuar con mayor legitimidad.

6.3.1. Timor Oriental o Timor del Este

A raíz de la violencia desatada con la ocupación y anexión de este país por Indonesia durante veinticinco años, que concluyó gracias al referendo donde se aprobó su independencia, el Consejo de Seguridad de la ONU decide crear un organismo al que denominó Administración Transitoria de las Naciones Unidas en el Timor Oriental.⁹ Instancia que posteriormente crearía las Salas con competencia exclusiva sobre delitos criminales graves.

Con base en esta última, se establecen paneles o salas para el conocimiento de graves crímenes en la Corte de Distrito de Dili, cuya competencia es exclusiva respecto de crímenes de *lesa humanidad*, genocidio y crímenes de guerra, cometidos entre el 1º de enero y el 25 de octubre de 1999. Las disposiciones de esta jurisdicción se encuentran contenidas en la Resolución 200/15 del 6 de junio de 2000 (Prieto Sanjuán, 2005).

6.3.2. Sierra Leona

Este tribunal fue creado de conformidad con la resolución 1315 del Consejo de Seguridad de la ONU del 14 de agosto de 2002, mediante acuerdo de la ONU y el gobierno de Sierra Leona suscrito el 4 de octubre de 2000 en Freetown. Se le denomina *Special Court for Sierra Leone*, institución que no tiene el carácter de órgano de la ONU, aunque encuentra su sustento en una resolución de su Consejo de Seguridad.

La competencia de este tribunal es retroactiva a partir del 30 de noviembre de 1996, y comprende crímenes de *lesa humanidad*, violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y su Protocolo adicional II. Cabe resaltar que debido a la participación de “niños soldados” en los crímenes de su competencia, este órgano puede procesar a menores de edad, comprendidos entre los 15 y 18 años (De Versalles a Rwanda: La Internacionalización de la Jurisdicción Penal, 2005).

⁹ Por sus siglas en inglés UNTAET, adoptada mediante Regulación 1272 del 25 de octubre de 1999, del Consejo de Seguridad de la ONU.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

6.3.3. Kosovo

Después de la intervención de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo (provincia de mayoría albanesa de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, hoy Serbia), mediante Resolución 1244 del 10 de junio de 1999, el Consejo de Seguridad de la ONU establece la Misión Transitoria de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK, por sus siglas en inglés), cuya labor en el ámbito judicial habría de funcionar en colaboración con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia –que tiene prelación sobre los tribunales nacionales–, en relación con los principales autores de crímenes cometidos durante la desintegración del territorio de la ex Yugoslavia.

Su competencia la ejerce a través de cinco tribunales de Distrito y uno de apelación ante el Tribunal Superior de Prístina, aplicando el código penal de Kosovo.

6.3.4. Camboya

Después de la Segunda Guerra Mundial, el genocidio de mayor escala que ha ocurrido es el atribuido al *Khmer Rojo* (Partido Comunista de Camboya, después denominado Partido Democrático Comunista de Camboya y posteriormente Partido Democrático de Kampuchea), que detentó el poder a lo largo de la segunda mitad de la década de los setentas del siglo XX, durante la cual exterminaron a cerca de dos millones de personas, a lo que se le ha denominado “auto genocidio”.

Con posterioridad a la caída del régimen encabezado por Pol Pot,¹⁰ y de su muerte en 1998, el poder real, las fuerzas políticas camboyanas y la ONU,

¹⁰ Cuyo nombre original era SALOTH SAR, fue el principal líder de los *Jemeres Rojos* desde su surgimiento en la década de 1960, hasta su propia muerte en 1998. Fue primer ministro de "Kampuchea Democrática", forma en la que se constituyó políticamente el actual Reino de Camboya bajo el poder de su régimen entre 1975 y 1979. Forjador de un estado de corte maoísta, durante el cual llevó a cabo una drástica política de reubicación de la población de los principales centros urbanos hacia el campo como una medida determinante hacia el tipo de comunismo que deseaba implantar.

entablaron negociaciones que redundaron en la ratificación –el 3 de octubre de 2004– por parte de la Asamblea Nacional del Reino, del Acuerdo establecido entre el Gobierno de Camboya y el Secretario General de la ONU del 3 de junio de 2003, relativo a la creación de Salas Extraordinarias o Especiales que dentro del marco del derecho de Camboya juzgará a los responsables del régimen del *Khmer Rojo*.

A mediados de 2005, comenzaron a ser juzgados algunos de esos dirigentes por su responsabilidad en los crímenes de infracciones graves del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario, las normas consuetudinarias en la materia y las convenciones internacionales de las que el país forme parte, cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979. Entre los crímenes que conocerá se encuentra el genocidio y los crímenes de *Les a Humanidad*, según se encuentran definidos por el Estatuto de Roma de 1998.

6.3.5. Iraq

Con la captura de Saddam Hussein el 13 de diciembre de 2003, por parte de las fuerzas de ocupación en Irak, se revivió el debate en torno a la instancia y mecanismos para su enjuiciamiento, así como de sus principales colaboradores. Tres días antes, el Consejo de Gobierno Iraquí, con la cesión de la autoridad legislativa de manera temporal por parte del Administrador de los Estados Unidos, creó el Estatuto del Tribunal Especial.

La competencia de éste le permite conocer de hechos ocurridos a partir del 17 de julio de 1968, cuando Hussein y miembros del Partido *Ba'ath* tomaron el poder, hasta el 1º de mayo de 2003, cuando se declaró el fin de las principales operaciones de combate en el territorio. Su competencia material son los crímenes contra la humanidad, de guerra y genocidio, el uso de armas químicas y otros actos de barbarie contra la población (kurdos principalmente), así como la masacre, tortura y desplazamiento forzado de árabes chiitas y de los pantanos (*Ma'dan*) después de la Primera Guerra del Golfo. Su competencia territorial abarca tanto territorio iraquí como aquellos crímenes perpetrados durante la guerra contra Irán

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

entre 1980 y 1998, así como durante la invasión y ocupación de Kuwait en 1990; además, se le suman tres crímenes más del derecho nacional: intento de manipulación de la magistratura, la malversación de recursos nacionales o fondos públicos, el abuso de autoridad y la adopción de políticas que pudiesen conducir a la amenaza de la guerra o al uso de la fuerza armada contra un país árabe. Así, Saddam Hussein fue condenado a muerte y ejecutada la sentencia en la horca, al igual que varios de los miembros de su régimen.

Cabe señalar que el Tribunal Especial de Iraq, funcionalmente ejerció como atribuciones las competencias: a) personal, al juzgar a Saddam Hussein; b) espacial, sobre el territorio; y, c) temporal, por los crímenes cometidos desde el 17 de julio de 1968 hasta el 1° de mayo de 2003, incluyendo los de la guerra de Irán y la invasión y ocupación militar de Kuwait (Garduño Yáñez, 2019).

6.3.6. Líbano

El denominado Tribunal Especial para el Líbano (TEL) se creó de común acuerdo entre el gobierno del Líbano y la ONU para enjuiciar a los responsables del atentado terrorista perpetrado el 14 de febrero de 2005, en Beirut, que causó la muerte al ex primer ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y a otras 22 personas, así como heridas a docenas de personas.

La primera fase para la edificación de este tribunal consistió en la creación, en abril de 2005, de una Comisión Internacional Independiente de Investigación (IIIC por sus siglas en inglés) para “ayudar a las autoridades del Líbano a investigar todos los aspectos de [este] acto terrorista e incluso a identificar a sus autores, patrocinadores, organizaciones y cómplices” (2005).

Pero, fue a petición del propio gobierno del Líbano –a través de una carta de fecha 13 de diciembre de 2005 (S/2005/783) dirigida al Secretario General de la ONU– que se empezó a vislumbrar la posibilidad de establecer un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los responsables del asesinato de Rafiq

Hariri y que, a su vez, se extendiera a los atentados terroristas que habían tenido lugar en el Líbano desde el 1° de octubre de 2004. Fue entonces, cuando en marzo de 2006, el Consejo de Seguridad de la ONU mediante Resolución 1664 encomendó al “Secretario General a negociar con el Gobierno del Líbano un acuerdo para establecer un tribunal de carácter internacional”. Un año después, se celebró el Acuerdo entre la ONU y el Gobierno del Líbano para el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano, que entró en funciones el 1° de marzo de 2009.

Según lo establecido en el artículo 1 del Estatuto “el Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. Si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1° de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, [...], están conectados conforme a los principios de la justicia penal al atentado del 14 de febrero de 2005 y son de naturaleza y gravedad similares, también será competente para enjuiciar a los responsables de esos ataques.” Estos últimos se refieren a los ataques que sufrieron distintos personajes clave de la política libanesa.

Curiosamente, una de las características del TEL que valen la pena resaltar, es la posibilidad de llevar a cabo juicios en ausencia (*in absentia*) del acusado; situación que resulta poco común en los tribunales internacionales debido a las garantías del acusado y normas de debido proceso. Sin embargo, en el Artículo 22 del Estatuto se establecen claramente los supuestos en que será posible celebrar un juicio aún en ausencia del acusado.

En el mes de enero del año 2011, el Fiscal presentó la primera acta de acusación relacionada con el caso Hariri, de manera confidencial, debido a la sensibilidad de su contenido. Si bien es cierto que estos dos últimos tribunales son de creación más reciente que la propia Corte Penal Internacional, también lo es que los hechos que los motivaron son anteriores a la gestación del Estatuto de Roma;

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

además, algunos de ellos no pueden considerarse internacionales porque su jurisdicción la aplican tribunales internos conformados por ciudadanos de esas naciones.

Este Tribunal fue creado el 30 de mayo de 2007 y comenzó a operar el 1 de marzo de 2009 en La Haya. Los primeros cargos fueron presentados por el fiscal en contra de cuatro acusados, el 17 de enero de 2011. Aunque hasta ahora no ha habido ninguna sentencia pronunciada, la Corte de Apelaciones del Tribunal resolvió varias preguntas de la Defensa sobre la definición de su jurisdicción en su primera decisión. El juicio contra cuatro acusados empezó en enero de 2014. El Tribunal sigue funcionando en la actualidad¹¹.

Es el primer tribunal internacional en juzgar crímenes solo bajo el derecho nacional. Es también relevante indicar que el Tribunal Especial no juzga a autores de crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio como el resto de los tribunales internacionales. De manera única también, el mandato del tribunal se enfoca en un evento criminal específico a pesar del pasado nacional marcado por guerras y otras violencias. La inclusión del terrorismo dentro de la competencia del Tribunal constituye otro rasgo excepcional para una jurisdicción híbrida¹².

7. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho internacional tiene su origen en el *ius gentium* romano (amalgama de todos los derechos de los pueblos del imperio); éste, según Concepción Arenal (Arenal, 1999), ha dado lugar a la generación del Derecho de gentes positivo; es decir, al conjunto de leyes, tratados, convenios, principios admitidos –tácita o expresamente– y usos generalmente seguidos por las naciones cultas, en sus relaciones mutuas, ya de nación a nación, de una nación con un súbdito de otra, o

¹¹ Para profundizar; ver: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Libano.pdf> (consultado el 27 de abril de 2019)

¹²*Ibidem*.

entre súbditos de naciones distintas. Este derecho de gentes positivo fue distinguido, por primera vez, por Hugo Grocio.¹³

Posteriormente, se incrustó en el derecho internacional la teoría sostenida por Immanuel Kant, según la cual, aunque los Estados siguen siendo los principales actores de la escena internacional, los individuos son, y deberían serlo aún más, el centro de las relaciones internacionales. Efectivamente, con anterioridad –bajo la hegemonía de la teoría de Grocio– los individuos solamente estaban en contacto a través de sus respectivos Estados, de la misma forma que regía al igual que con las relaciones entre Estados; más tarde, con la teoría de Kelsen, los individuos se convierten en sujetos de derecho internacional por *mutuo* propio, sin necesidad de intervención, pero sí bajo la supervisión del Estado.

Otra de las características que confluyen a las relaciones internacionales, según esta teoría (Cassese, 2010), es la existencia de un núcleo de valores universalmente reconocidos (la paz, el respeto por los derechos humanos, la libre autodeterminación de los pueblos, entre otros). Bajo esta premisa, se enmarca el principio de derecho penal internacional sostenido en el fallo definitivo del Tribunal de Núremberg: los crímenes de derecho internacional *los cometen individuos*, normalmente actuando en una capacidad oficial como agentes del Estado: líderes militares, soldados, oficiales de policía, ministros de gobierno, u otros.

¹³ En su obra *Mare Liberum* (1609) GROCIO distingue entre el Derecho de gentes primario, que considera inmutable por derivarse del Derecho natural, y el Derecho de gentes secundario, voluntario o positivo. Este Derecho se derivaría de la voluntad de las naciones y sí sería susceptible de modificación.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Es precisamente dentro de los principios y usos seguidos por las naciones en sus relaciones internacionales, donde la punibilidad de los crímenes materia de competencia de la Corte Penal Internacional encuentra su sustento. Para nosotros, el bien jurídico que tutela este tipo de figuras deberían ser considerados normas *ius cogens* (en inglés *peremptory norms*), a saber:

La voz (*ius cogens*) es una locución latina que hace referencia a normas de derecho imperativo, en contraposición a las de derecho dispositivo. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,¹⁴ son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Además, poseen la característica de ser inderogables y que su obligatoriedad se impone, incluso, por encima del consentimiento de los Estados.

Entre los ejemplos de este tipo de normas, interpretados así por organismos internacionales, conviene citar:

a) En el asunto sobre la *licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares*; la Corte Internacional de Justicia hizo referencia a "principios intransgredibles de derecho internacional", pero no usó expresamente el término *ius cogens*. Se refería a tres principios de derecho internacional humanitario, aplicables en caso de conflicto

¹⁴ Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Disponible en: http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Convencion_Viena.pdf#search=%22%22Convenci%C3%B3n%20de%20viena%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20tratados%22%22 (consultado el 11 de julio de 2022)

armado. En primer lugar, la prohibición de ataques contra civiles y el uso de armas que no distingan entre civiles y militares; en segundo lugar, la prohibición del uso de armas que causen un daño mayor que el necesario para conseguir objetivos militares legítimos; y, en tercer lugar, el trato otorgado a civiles y militares de acuerdo con principios de humanidad, en atención a la disposición del derecho internacional humanitario conocida como Cláusula Martens, que a la letra reza:¹⁵

“Mientras que se forma un código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del derecho de gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

De esta cláusula se infiere que los principios del derecho de gentes se aplican en todo conflicto armado, tanto si una situación dada no se halla prevista por el derecho convencional o de los tratados como si éste no vincula, en cuanto tal, a las partes en conflicto (CICR, 1977).

b) El Comité de Derechos Humanos ha afirmado expresamente que son normas de *ius cogens* la prohibición de la tortura y la privación arbitraria de la vida (Observación general N.º 24), así como el derecho a las garantías procesales

¹⁵ La Cláusula Martens -llamada así en honor al diplomático ruso Frederic de Martens, quine la formuló- se encuentra asentada en el Preámbulo de los Convenios sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907. Posteriormente se incorpora al Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), aprobado en Ginebra el 8 de junio de 1977, en cuyo artículo 1, párrafo segundo, se establece que: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

mínimas, en especial el derecho a la presunción de inocencia (Observación general N.º 29).¹⁶

c) Además, hay otras normas internacionales esenciales, como el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), por el cual un Estado y demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor, a cumplirlos de buena fe. Los precedentes que la consagran son innumerables y la creencia que es obligatoria es totalmente universal (Sorensen , 1998); en virtud de ello, esta disposición se traduce en una norma *ius cogens*, dado que sin ella no cabría la existencia de ningún tratado internacional.

d) De acuerdo con el prestigiado experto alemán Kai Ambos, los crímenes codificados en los artículos quinto, sexto y séptimo del Estatuto de Roma, son reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, incluso como *ius cogens* (Ambos, 2003, pág. 27), y no resulta ocioso hacer notar que el artículo séptimo de ese instrumento se refiere a los crímenes de *lesa humanidad*.

De ahí que sea obligatorio para todos los Estados, en el ámbito de las relaciones internacionales, respetar cualquiera de esas disposiciones; y, en la medida que su derecho doméstico lo permita, perseguir y juzgar conductas que violenten esas normas. De donde se desprende que el gran reto continúa siendo la expedita justicia en el sentido de su pronta intervención y resolución para que no se sigan cometiendo conductas y delitos atroces en los lugares donde se originan; a su vez, en el marco de las mismas sentencias, la incorporación no solo de sentencias ejemplares, sino la de otorgar garantías en las reparaciones integrales de los daños cometidos a las comunidades agraviadas, así como las medidas de protección y no repetición.

¹⁶ Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de la ONU, para su consulta en la *web*; ver, <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. (consultado el 11 de julio de 2022).

Recapitulando, el derrotero histórico del derecho penal internacional encuentra sus raíces en Europa a fines del siglo XV, cuya continuidad se hace presente con los Tratados de Versalles; pero es de la mano de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio cuando se establecen los principios que rigen los procesos por crímenes imprescriptibles al considerarse que vulneran la dignidad y la condición humana en su conjunto.

Finalmente, la dinámica del derecho penal internacional, a la sazón como instrumento coercitivo que trasciende a Estados-nación, pone en la mesa de debate el alcance de la jurisdicción a sujetos atípicos del derecho internacional e, incluso, la posibilidad de responsabilizar a las empresas que coadyuven conspire o colaboren en las violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (CICR, 2012).

8. REFERENCIAS DE CONSULTA

- Resolución 1595 (Consejo de Seguridad de la ONU 2005).
- Ambos, K. (2003). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional/Fundación Konrad Adenauer.
- Arenal, C. (1999). *Ensayo sobre el Derecho de Gentes*. Madrid.
- Cala Sage, J. J. (1998). *Un acercamiento al estudio de un Tribunal Penal Internacional*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Recuperado el 12 de Julio de 2022, de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlj3.htm>
- Campos, C. A. (2002). *Reseña de la Evolución de la Justicia Penal Internacional. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional: Adecuación de la legislación peruana*. Lima. Obtenido de <http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Anicama.pdf>
- Caso Teobaldo Fogliatti (Corte Suprema de la Nación Argentina 10 de Diciembre de 1909).
- Caso Wilhem Wolthusen (Corte Suprema de la Nación Argentina 05 de marzo de 1826).
- Cassese, A. (2010). Un gran paso para la justicia internacional. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Obtenido de http://www.crimesofwar.org/icc_magazine_s/icc-cassese.html

**APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO
PENAL INTERNACIONAL**

- CICR. (1977). *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
- CICR. (30 de septiembre de 2012). *La evolución del derecho penal internacional y el caso de la participación de empresas en crímenes internacionales*. Obtenido de <https://www.icrc.org/es/international-review/article/la-evolucion-del-derecho-penal-internacional-y-el-caso-de-la>
- Congreso de la Unión. (14 de agosto de 1931). *Código Penal Federal*. Obtenido de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Codigo_Penal_Federal.pdf
- Delgado, I. L., & Martín Martínez, M. (2001). *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Barcelona: Ariel.
- Espinoza Carrión, K. (2003). *La Responsabilidad Penal Individual y la Jurisdicción en la Corte Penal Internacional. Tesis para obtener el grado de Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de San Marcos, Lima, Perú*. Lima, Perú.
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones del Pacifismo*. Madrid: Trotta.
- Fierro, G. (1997). *La Ley Penal y el Derecho Internacional*. Buenos Aires: Tipográfica Editorial.
- Garduño Yáñez, F. (2019). *Tribunal Penal Internacional para Irak, una visión crítica*.
- Herzog, J. B. (1949). *Recuerdos del proceso de Nuremberg. Recuerdos del proceso de Nuremberg*. Santiago: Derecho y Jurisprudencia.
- Huhle, R. (2011). *Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg*. Bogotá: Nuremberg Human Rights Center.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. México D. F.: Porrúa.
- Neir, A. (1998). *War Crimes*. Toronto: Random House.
- OEA. (28 de febrero de 1987). *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*. Recuperado el 09 de Julio de 2022, de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- ONU. (26 de junio de 1987). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Recuperado el 09 de Julio de 2022, de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

- Osmanczyk, E. J. (1976). *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Overy, R. (2003). *Interrogatorios, El Tercer Reich en el banquillo*. Barcelona: Tusques Editores.
- Pizarro, J. P. (1967). Los Tratados Internacionales como fuentes del derecho administrativo. *Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época*. Recuperado el 30 de junio de 2022, de http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_completa/0,1363,SCID%253D1666%2526ISID%253D78,00.html
- Prieto Sanjuán, R. A. (2005). *De Versalles a Rwanda: La Internacionalización de la Jurisdicción Penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Biblioteca Jurídica DIKE.
- Relva, H. A. (2001). La Jurisdicción Estatal y los Crímenes de Derecho Internacional. *Revista Relaciones Internacionales*.
- Rodríguez Carrión, A. (1994). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Rodríguez-Villasante, J. L. (2000). Crímenes contra la Humanidad y Genocidio. *Duque de Ahumada*. Madrid.
- Sentencia C-578, Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002v “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de la Corte Penal Internacional (30 de Julio de 2002).
- Sorensen, M. (1998). *Manual de Derecho Internacional Público*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Verdross, A. (1985). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Aguilar.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR. UN ESTUDIO A PROPÓSITO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA

Legal argumentation in the motivation of discretionary decisions of a precautionary nature. A study regarding the contentious-administrative process in Guatemala

ROLANDO WOTZBELÍ ZÚÑIGA GONZÁLEZ

Universidad de Alicante

RESUMEN

En este trabajo reflexiono acerca del tipo de discrecionalidad que tienen los tribunales contencioso-administrativos al momento de otorgar protección cautelar. A partir de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, analizo el concepto de discrecionalidad y pongo en evidencia que el carácter discrecional de esta clase de actos es bien distinto de una mera libertad decisoria. Lo anterior me lleva a afirmar, finalmente, que las herramientas que proporciona la teoría de la argumentación jurídica son útiles para controlar la razonabilidad de este tipo de actuaciones judiciales. En particular, sostengo que el control sobre tales decisiones es posible en tanto que: i) cabe examinar la apreciación que el tribunal lleva a cabo respecto de la concurrencia de las condiciones de aplicación de la protección cautelar (tanto en lo que atañe a la interpretación de las exigencias que de estos presupuestos se derivan para el justiciable, como en lo relativo a la apreciación de la prueba para demostrar su existencia); y ii) es posible evaluar la ponderación realizada entre los distintos medios disponibles para alcanzar el fin prescrito en la norma, especialmente, en lo que respecta a la necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida que ha sido adoptada.

Palabras clave: Argumentación jurídica, discrecionalidad judicial, protección cautelar, tutela judicial efectiva, contencioso administrativo.

ABSTRACT

In this paper, I reflect on the type of discretion that contentious-administrative courts have when granting precautionary protection. Starting from a sentence of the Constitutional Court of Guatemala, he analyzed the concept of discretion and showed that the discretionary nature of this kind of act is very different from a mere decision-making freedom. The foregoing leads me to affirm, finally, that the tools provided by the theory of legal argumentation are useful to control the reasonableness of this type of legal proceedings. In particular, I maintain that control over such decisions is possible as long as: i) it is necessary to examine the appreciation that the court carries out regarding the concurrence of the conditions of application of the precautionary protection (both with regard to the interpretation of the demands that these presuppositions derive for the defendant, as in relation to the appreciation of the evidence to demonstrate its existence); and ii) it is possible to evaluate the weighting carried out between the different means available to achieve the end prescribed in the regulation, especially with regard to the necessity, suitability, proportionality and reasonableness of the measure that has been adopted

Keywords: Legal argumentation, judicial discretion, precautionary protection, effective judicial protection, administrative litigation.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental del administrado frente a las actuaciones de la Administración Pública ha significado un cambio radical en la estructura del proceso contencioso administrativo. Sin duda, el de la protección cautelar es uno de los ámbitos que ha experimentado modificaciones más profundas en esta materia: al punto que hoy se admite una posibilidad amplia de obtener medidas precautorias como forma de asegurar el resultado de este tipo de procesos. Sin embargo, las disposiciones que habilitan la protección cautelar en el contencioso administrativo guatemalteco prevén que este tipo de medidas se decreten en forma discrecional por parte de los tribunales de justicia. Ello ha provocado que, en algunos casos, en la práctica tribunalicia se interprete lo discrecional como un espacio amplio de libertad que permite decidir acerca de la protección cautelar sin estar sujeto a límite jurídico alguno (o, en todo caso, sujeto a unos límites tan amplios que controlarlos resulta prácticamente imposible).

En este trabajo pretendo esclarecer qué tipo de discrecionalidad tienen los tribunales contencioso-administrativos al momento de otorgar protección cautelar, para poner en evidencia que el carácter discrecional de esta clase de actos es bien distinto de una mera libertad decisoria. Lo anterior me llevará a afirmar finalmente, que es posible controlar este tipo de actuaciones judiciales. Para hacerlo, propongo el estudio de una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que ejemplifica bastante bien esta forma equivocada de concebir la discrecionalidad cautelar; y, a partir de ella, pretendo reconstruir argumentativamente una respuesta satisfactoria para las controversias de esta naturaleza.

1. EL CASO DE ESTUDIO: FUNTECH CONTRA EL MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE GUATEMALA

La Fundación para el Desarrollo y Tecnología (FUNTECH) celebró contrato administrativo con el Ministerio de Gobernación de la República de Guatemala, para la remodelación y el equipamiento de dos establecimientos de privación de libertad: el Centro Preventivo Fraijanes II y el Centro de Detención Preventiva para Mujeres Santa Teresa. Sin embargo, luego de haber suscrito el contrato administrativo y comenzado su ejecución, el ministro de Gobernación decide unilateralmente terminar con el vínculo contractual. Ello lo hizo en ejercicio de las facultades que le confieren las cláusulas exorbitantes que rigen en este tipo de contratos. Ante esta decisión, FUNTECH inicia un proceso contencioso administrativo en contra del Ministerio de Gobernación de la República de Guatemala.

FUNTECH presenta demanda en la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y solicita como medida precautoria, en tanto se tramita el proceso, que se ordene la suspensión provisional del acto administrativo impugnado. Las razones que aduce para sustentar su solicitud radican esencialmente en que el proceso contencioso administrativo debe ser una instancia reparadora de la conducta antijurídica de la Administración Pública; y que, al haber actuado de forma contraria a lo convenido en el contrato suscrito, el órgano administrativo demandado había incurrido en una ilegalidad agravante para la parte actora, lo cual debía ser reparado a la brevedad posible y sin ser necesario esperar hasta el pronunciamiento definitivo de la sentencia. Este requerimiento estaba fundamentado en el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que preceptúa: “El actor podrá solicitar providencias precautorias urgentes o indispensables. El tribunal resolverá discrecionalmente sobre las mismas en la resolución que admita para su trámite la demanda.” Sin embargo, la Sala rechaza su petición de protección cautelar aduciendo (por toda justificación) que “las circunstancias del caso no lo ameritan”. En contra de la negativa de la Sala, la

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

demandante interpone recurso de reposición ante el mismo órgano jurisdiccional, quien confirma lo antes resuelto.

Agotados los recursos ordinarios, FUNTECH inicia un proceso constitucional de amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala, en el que denuncia violación de su derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Corte deniega la protección constitucional solicitada, y para sustentar su decisión argumenta que el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo determina que este tipo de procesos carecerán de efectos suspensivos respecto del acto administrativo controvertido: salvo los casos concretos excepcionales en que el tribunal decida lo contrario, siempre que lo considere indispensable y que de no hacerlo se causen daños o perjuicios irreparables a las partes. En este caso, según sostiene la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo había actuado dentro de lo que la propia ley le permite, puesto que tiene la facultad de decidir discrecionalmente en qué circunstancias es aconsejable la suspensión del acto administrativo impugnado.

Inconforme con lo resuelto en primera instancia, la demandante apela la sentencia de amparo ante la Corte de Constitucionalidad. En apelación, la Corte considera procedente confirmar lo resuelto y, para ello, funda su decisión en el ya citado artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, que determina el carácter discrecional de las decisiones cautelares adoptadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El razonamiento de la Corte es el siguiente: i) el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo preceptúa que este tipo de procesos carecen, por regla general, de efectos suspensivos respecto del acto administrativo controvertido (por lo que, el hecho de acordar tal suspensión, sería una decisión excepcional); ii) por otra parte, el artículo 34 de la Ley citada, establece que, aun cuando el actor tiene el derecho de solicitar en su demanda que se decreten providencias precautorias, su petición debe ser resuelta en forma discrecional por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; iii) según la Corte, la discrecionalidad con que cuenta el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se traduce en una

potestad que, al ser ejercida, queda bajo el prudente arbitrio y la estricta responsabilidad del tribunal. Refiere que, en relación con ello, existe un precedente sentado por la propia Corte en casos análogos, que determina que ésta es la manera correcta de interpretar el carácter discrecional de esa potestad: como un poder jurídico amplio, que el tribunal ejerce según su libre apreciación de las circunstancias del caso; iv) por tal razón, no es dable para un tribunal constitucional ejercer un control intenso sobre la corrección del criterio de fondo asumido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en este tipo de asuntos, puesto que la decisión cautelar debe adoptarse sin tener en cuenta nada más que el prudente juicio del órgano jurisdiccional acerca de la probabilidad futura de que se produzcan daños y perjuicios al demandante.

Así las cosas, la Corte de Constitucionalidad estimó procedente denegar la protección constitucional solicitada, en atención a que la Sala Sexta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo había ejercido correctamente su potestad discrecional en materia cautelar: al negarse a suspender el acto administrativo impugnado en un caso en que no se evidenciaba necesidad de hacerlo (dada la amplia libertad con la que goza el tribunal para acordar este tipo de suspensiones, y a la falta de información que acreditara la posibilidad de que tal acto causara daños y perjuicios irreparables a la parte actora).

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La discrecionalidad ha sido un asunto del que se ha ocupado el Derecho Administrativo desde hace un buen tiempo. La mayoría de las veces ha sido entendida como un poder que cabe ejercer sin límite alguno y, por lo tanto, no susceptible de control (Fernández, 2006, p. 23). Sin embargo, las discusiones iusadministrativas se han enfocado, principalmente, en la discrecionalidad con que cuentan los órganos administrativos para adoptar ciertas medidas en atención al interés público (Muñoz Machado, 2015, pp. 223-227). Por esta razón, al considerar la discrecionalidad como característica de los poderes con que cuentan las autoridades administrativas (y no tanto como un rasgo que caracterice la labor de

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

los jueces), no abundan en la dogmática del Derecho Administrativo disquisiciones en torno a las potestades discrecionales de los tribunales contencioso-administrativos.

Esto no significa que en el ámbito del Derecho Administrativo se desconociera la amplitud del poder que suelen llegar a tener los jueces en ejercicio de sus funciones. De hecho, es bien sabido que las zonas de actividad administrativa exentas de control jurisdiccional surgen en un principio con el objeto de evitar abusos por parte de los tribunales de justicia (García de Enterría, 1962, pp. 163-164). En otras palabras, porque se tenía conciencia de la amplitud de los poderes judiciales (es decir, porque se sabía que podían ser ejercidos muchas veces en forma discrecional) es que se buscó blindar a la Administración Pública frente a intromisiones judiciales en el cumplimiento de sus funciones. Es evidente que, con el cambio de paradigma que supuso la adopción del modelo de Estado Constitucional - cuya justificación última radica en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales que protegen la dignidad de toda persona frente a algunos males inevitables en toda relación de dominación política (Aguiló, 2019, p. 89) - la tutela judicial se amplía hasta abarcar también aquellas esferas antes exentas de la intervención de los tribunales de justicia. Al dotar de poderes amplios a los jueces en lo que respecta al control de la actividad administrativa se plantea de nuevo la cuestión relativa a la discrecionalidad; pero ahora, no solamente como una nota característica de las potestades de los órganos administrativos, sino también como una particularidad del quehacer de los tribunales contencioso-administrativos.

Acerca de la discrecionalidad judicial se ha discurrido mucho en ámbitos ajenos al de la dogmática administrativa. En especial, han sido valiosos los aportes realizados desde la Teoría del Derecho. También en esta disciplina el problema de la discrecionalidad ha sido tratado, en algunas ocasiones, de manera que se lo identifica con el de un poder no sometido a límites estrictamente jurídicos (en forma bastante similar al enfoque que se maneja en la dogmática del Derecho

Administrativo en lo que respecta a la discrecionalidad de las actuaciones de los órganos de la Administración Pública). Por esta razón, la discrecionalidad ha sido considerada como un espacio de libertad con que cuentan los jueces para seleccionar entre una u otra alternativa de decisión, sin vulnerar el derecho vigente (que, por otra parte, dota de la posibilidad de realizar esta elección, al permitir con cierta amplitud, que sea el operador jurídico quien escoja entre diversos cursos posibles de acción). Es decir, que, en determinados casos, “el propio Derecho deja al juez márgenes para que elija distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso” (García Amado, 2006, p. 151-152).¹ En suma, se trataría de una zona en la que el sistema jurídico parece no preconfigurar en su totalidad la decisión del juez; sino que, por el contrario, le permitiría optar entre distintas alternativas de solución para el caso, todas igualmente válidas.²

¹ En similar sentido parecen comprender la discrecionalidad judicial otros iusfilósofos positivistas, como: Kelsen (2009, p. 133) o Hart (2009, p. 164). Para una explicación del origen de este tipo de discrecionalidad en las propias características del lenguaje natural, ver: Carrió (p. 56-72).

² Cabe aún cuestionarse qué tipo de decisiones judiciales tienen este carácter discrecional, y si es una situación habitual en nuestros sistemas jurídicos o, por el contrario, una circunstancia excepcional y con carácter, más bien, anómalo o patológico. La concepción que se tenga del Derecho, sin duda, incide en la capacidad que quepa reconocer al sistema jurídico para predeterminar la decisión del juez y limitar así, el ámbito de discrecionalidad con que puede contar al momento de resolver. Posturas como el formalismo ingenuo de algunas formas de positivismo decimonónico, negaría que existiera tal discrecionalidad. Otras posiciones, más bien escépticas (como la del realismo jurídico norteamericano) sostendrían la incapacidad de un sistema de reglas para limitar el arbitrio judicial. Para lo que acá interesa, basta considerar que, contrario a los actos de la Administración Pública (quien por su función vicarial debe intervenir en forma activa en la consecución de fines de interés general, lo que explicaría que la discrecionalidad suela presentarse en su ámbito de actuación con regularidad), se asume que el quehacer de los jueces es, más bien, pasivo. Es decir, que encuentra la fuente de su legitimidad en la sujeción del juez al Derecho preexistente. Lo anterior excluye, en principio, la posibilidad de ámbitos de decisión excesivamente abiertos en ejercicio de la función judicial. Esto es lo que explica que, en general, la jurisdicción sea vista como una actividad de aplicación del derecho mediante una operación subjuntiva; y que, finalmente, opona una fuerte resistencia para aceptar la

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

La protección cautelar es uno de esos ámbitos en que, según parece, cabría admitir la posibilidad de que el juez opte entre varias alternativas de decisión, sin que quepa reprocharle haber escogido una en vez de la otra, siempre que la actuación judicial tienda a asegurar los resultados del proceso.³ En este sentido, sería posible sostener que todas las alternativas resultan indiferentes desde el punto de vista jurídico, puesto que, elegir una u otra, es algo que corresponde al ámbito de libertad del decisor. Ahora bien, si se tiene en cuenta el inescindible vínculo que existe entre la protección cautelar y el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a los justiciables parece necesario tomarse con mucha mayor seriedad este tipo de medidas (que no serían gracias que el tribunal concede, sino manifestaciones de un derecho cuyo cumplimiento es posible exigir). En relación con ello, conviene resaltar que, actualmente, se considera que las medidas de tutela cautelar o provisional forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva, debido a su relevancia en el efectivo cumplimiento de la sentencia que recae al final del proceso (Chinchilla Marín, 1993, p. 168).⁴ Dentro de tales medidas, dada su importancia, sobresale la suspensión de la ejecución del

creencia en que las decisiones discrecionales sean algo habitual en el ámbito de la actuación judicial.

³ La razón de esto podría atribuirse a las propias disposiciones que confieren al juez el poder jurídico para decretar tales medidas, ya que, por lo regular, no contemplan en número cerrado las providencias con carácter precautorio que el tribunal puede decretar, ni tampoco suelen restringir los casos en que procede dictar una medida de esta naturaleza. Para muestra, basta leer los precitados artículos 18 y 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

⁴ La Corte de Constitucionalidad ha consolidado en su actividad judicial una línea jurisprudencial clara que vincula el derecho a la protección cautelar como parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela judicial efectiva. Para muestra, las sentencias dictadas en los expedientes 2022-2009, 1262-2010 y 1852-2016. Por esta razón, no en todos los casos ha sostenido que exista discrecionalidad amplia al momento de decretar protección cautelar. De hecho, la propia Corte ha considerado (en ámbitos distintos al contencioso administrativo) que la posibilidad de decretar providencias cautelares está limitada por criterios de razonabilidad en atención a los fines que debe perseguir (por todas, baste consultar las sentencias dictadas en el ya citado expediente 1262-2010, así como el fallo del expediente 17-2015).

acto administrativo impugnado. Ello ha sido así, a tal punto, que en otro tiempo se consideraba que esta última era la única medida cautelar admisible en este tipo de procesos (y lo era, solamente en forma excepcional). Sin embargo, en la actualidad no se trata de la única medida admisible, según quepa optar por uno u otro medio para asegurar la eficacia de la resolución que pueda poner fin al proceso (García Pérez, 2015, p. 374).

Acá lo importante es considerar que, si lo discrecional va unido a lo que es indiferente jurídicamente, no parece que la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo pueda calificarse como algo que se escoge libremente dentro de unos amplísimos márgenes de decisión; sino que, más bien, se presenta como un deber cuya responsabilidad debe ser asumida con seriedad por el juez, a efecto de asegurar el buen resultado del proceso (y, por esta razón, no cabría decir que se trata de algo que queda abandonado al mero arbitrio del tribunal). En otras palabras, la protección cautelar se manifiesta como un deber del juez frente al administrado: quien, por su parte, tiene derecho a una instancia judicial que responda con efectividad a sus legítimas pretensiones. Lo anterior implica que, aun cuando exista la necesidad de que el administrado acuda a un proceso para que se le reconozca que tiene la razón, esto no debe suponer un daño en caso de que efectivamente tenga la razón.

En este punto es necesario volver al caso FUNTECH: el problema jurídico que ahí se planteaba estaba referido a cuáles son las condiciones que justifican la adopción de una medida cautelar por parte del tribunal de lo contencioso administrativo, y la forma en que pueden ser controladas este tipo de decisiones por instancias judiciales superiores. Pero, precisamente por este motivo, la justificación que ofrece la Corte de Constitucionalidad no parece dar respuesta satisfactoria a esta cuestión. Esto, porque en un primer momento la Corte considera que la decisión del tribunal de lo contencioso administrativo es discrecional en un sentido fuerte, ya que refiere que en materia cautelar se pueden adoptar medidas según el prudente arbitrio del juzgador, es decir, en forma libre y conforme se estime

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

conveniente, sin posibilidad de que otro órgano controle plenamente esta decisión. No obstante, luego parece ya no sostener que exista tal libertad, puesto que añade que este tipo de providencias deben decretarse siempre que haya necesidad de evitar que se produzcan daños y perjuicios al administrado (lo cual vendría a ser lo mismo que sostener que, más que un ámbito amplísimo de libertad que no es posible controlar, se trataría de un deber judicial de impedir que se produzcan ciertos resultados indeseables para el ordenamiento jurídico, por lo que siempre existe la posibilidad de que tal deber se cumpla satisfactoriamente, o no). Sin duda, esto último se deriva de la propia conciencia que tiene la Corte acerca del vínculo que existe entre protección cautelar y tutela judicial efectiva (aceptado, inclusive, en sus propios precedentes), lo que supondría una importante fuente de resistencia para admitir decisiones puramente discrecionales en este ámbito. Debido a lo anterior, la Corte no se llega a plantear la cuestión realmente importante en un caso de esta naturaleza: determinar en qué forma sería posible ejercer control sobre las decisiones discrecionales del tribunal de lo contencioso administrativo acordadas en materia cautelar, en el entendido que este tipo de actos procesales se encuentran enmarcados dentro de ciertos límites que determina el propio sistema jurídico (límites que, si bien amplios, no lo son tanto como parece concebirlo inicialmente la Corte).

Para dar una respuesta al problema jurídico que plantea el Caso FUNTECH, es necesario cuestionarse entonces, cuál es la manera correcta en que cabe ejercer control sobre las decisiones cautelares adoptadas discrecionalmente por el tribunal de lo contencioso administrativo. Esto supone, abordar otras dos interrogantes: i) La primera sería la cuestión acerca de qué tipo de discrecionalidad tiene el tribunal de lo contencioso administrativo al momento en que adopta una decisión con carácter cautelar. Esta pregunta, a su vez exige: a) desenmarañar toda la confusión que aparece en la motivación de la sentencia de la Corte de Constitucionalidad, de manera que, en un esfuerzo de esclarecimiento conceptual, sea posible establecer en qué consiste el fenómeno de la discrecionalidad jurídica, y si bajo esta categoría se hace referencia a un problema unitario o a varios problemas distintos; b) una vez

esclarecido el concepto de discrecionalidad, y los distintos tipos de fenómenos jurídicos que son incluidos bajo esta expresión, es necesario determinar a qué clase de discrecionalidad se refieren los artículos 18 y 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo; c) para poder llevar a cabo esta operación, me propongo someter a análisis las disposiciones que confieren poder jurídico al tribunal para decretar providencias cautelares, y, de esta manera, determinar cuáles son las potestades discrecionales a las que realmente dan origen. ii) A partir de lo anterior, la segunda pregunta que tendría que ser respondida, estaría referida a la manera en que las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo operan en el razonamiento jurídico de los jueces al conferirles poder para decretar providencias precautorias. De esta cuenta, se trataría de esclarecer en qué forma debe el juez argumentar para motivar válidamente una decisión cautelar. Esto cabría realizarlo en dos pasos: a) cuestionando, en primer lugar, cuál es el esquema de razonamiento que el tribunal de lo contencioso administrativo debe seguir cuando justifica la adopción de una providencia cautelar. En otras palabras, interrogarse acerca de la justificación interna de la resolución judicial que decide acerca de la protección cautelar; y b) reflexionar, finalmente, acerca de las razones que deben tomarse en cuenta al momento de acordar una decisión correcta en materia: esto es, la justificación externa de las premisas que conducen a la decisión adoptada por el tribunal de lo contencioso administrativo.

En suma, una vez explicitados los elementos relevantes que debe cumplir la motivación de una decisión judicial que decreta protección cautelar en lo contencioso administrativo, será posible exponer los puntos medulares que debería considerar todo aquel que está en la obligación de controlar este tipo de actuaciones procesales. De tal suerte que, en este punto, se estará ya en la mejor posición para reconstruir argumentativamente una respuesta al problema jurídico suscitado en el caso FUNTECH.

3. DOS TIPOS DE DISCRECIONALIDAD JURÍDICA

La discrecionalidad resulta problemática, según parece, porque con la misma expresión no siempre se alude a un mismo concepto. La discrecionalidad a que se refieren los filósofos positivistas como Kelsen o Hart⁵ sería un fenómeno derivado de la incapacidad de un sistema de normas expresadas mediante el lenguaje natural, para prever todos los casos que podrían suscitarse en la realidad (algo que, en todo caso, resulta inevitable dada la textura abierta del lenguaje y la indeterminación de los hechos futuros: lo cual, sin duda, condicionaría la posibilidad de hallar una solución sencilla para todos los problemas de los que se ocupan los juristas prácticos). Por esta razón, la consecuencia de la discrecionalidad sería la libertad para elegir entre una u otra alternativa de decisión, todas las cuáles serían igualmente válidas, puesto que los criterios para elegir entre una u otra, se encontrarían fuera del Derecho.

Dworkin fue un agudo crítico de esta forma de concebir la discrecionalidad judicial. Para él solamente cabe predicar discrecionalidad de alguien que está sujeto a las normas establecidas por una autoridad; y, por este motivo, la discreción del juez sería como el agujero en una rosquilla: “no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea” (1989, p. 84). La negativa de Dworkin a aceptar la existencia de discrecionalidad judicial en la forma concebida por los filósofos analíticos de tipo positivista (especialmente de Hart), quienes ven lo discrecional como un margen de libertad para optar por alternativas de decisión igualmente válidas, obedecería a su concepción más amplia del Derecho: que imbricaría el fenómeno jurídico con la moral, por medio de los principios.

Más allá de la crítica al concepto de discrecionalidad imperante en la filosofía positivista, el análisis dworkiniano de la discrecionalidad distingue tres sentidos de discrecionalidad (Dworkin, 1989, p. 84-85) que pueden resultar útiles para

⁵ Que sería la misma postura que mantienen en la actualidad autores positivistas como García Amado (2006) o Guastini (2017).

esclarecer este concepto: i) el primero, que cabría denominar un sentido débil de la discrecionalidad, estaría referido a la necesidad de discernir (de deliberar) para aplicar una norma (es decir, que no es posible aplicar la norma en forma mecánica); ii) el segundo, que también sería un sentido débil de la expresión, se predicaría de aquella situación en la que se encuentra un funcionario que tiene la autoridad final para tomar una decisión, y que, por tal razón, no puede ser revisada ni anulada por otra persona; iii) el tercer sentido, este sí que cabría llamarlo un sentido fuerte, sería el que se daría en aquellos casos en que, para resolver un problema, simplemente no se está vinculado por estándares impuestos por autoridad alguna.

Ahora bien, para Dworkin el tipo de discrecionalidad relevante en el Derecho sería el tercero (los otros dos se darían también dentro del ámbito jurídico, pero sostenerlo resultaría, por ser tan sabido, algo más bien trivial): en otras palabras, lo importante es determinar si los jueces pueden decidir sin estar vinculados por estándares normativos. La respuesta que Dworkin ofrece es que no, porque, a diferencia de los positivistas, que ven en las dificultades del lenguaje en que se expresan las reglas un problema irresoluble que da lugar a una decisión no condicionada jurídicamente; para su concepción del Derecho, en la que también existen principios, ya no habría libertad para el juez de decidir sin sujeción jurídica alguna. Más allá de esto, el análisis de Dworkin permite deslindar algunos de los rasgos que, de ordinario, han servido para definir el problema acerca de la discrecionalidad judicial. Entre las notas comunes al uso de la expresión discrecional, se encontrarían: i) la elección entre varias alternativas al momento de tomar una decisión; ii) la ausencia de estándares jurídicos aplicables, y iii) el carácter último de la decisión.⁶ Aun así, cabe todavía preguntarse si dentro de los rasgos comunes al uso de esta expresión podría aludirse a distintas clases de discrecionalidad.

⁶ Para un análisis de los rasgos definitorios de la discrecionalidad en este mismo sentido, ver: Lifante (2002, p. 417-418); y Alonso Vidal (2020, p. 91).

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

Lifante (2002, p. 430) sostiene que existen dos fenómenos distintos bajo el rótulo de discrecionalidad: el primero, estaría vinculado con la idea de libertad negativa (entendida como permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre diversas alternativas), y su origen vendría dado por la indeterminación del derecho entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma. Asimismo, las referencias a la idea de poder en este tipo de discrecionalidad vendrían a señalar aquí únicamente que el órgano que actúa con discreción es el que tiene la capacidad o competencia formal para adoptar la decisión en cuestión. Por otra parte, el segundo fenómeno tendría una conexión especial con un sentido de libertad distinto, más próximo a la idea de libertad positiva (en el sentido que el sujeto decisor es responsable de determinar qué curso de acción emprender), y con la indeterminación del Derecho entendida como la cualidad de no haber sido fijada en la norma cuál sea la conducta a seguir. Finalmente, esta forma de discrecionalidad estaría vinculada con la idea de poder, en el sentido que incluye la posibilidad de introducir nuevas evaluaciones de intereses a la luz de las circunstancias del caso que se ha suscitado.

En este sentido, aunque en ambos casos se trata de situaciones en que el Derecho otorga una posibilidad más o menos amplia al decisor para optar por diversas alternativas al momento de resolver un problema jurídico, serían dos formas distintas de discrecionalidad, puesto que: a) la primera, concibe la discrecionalidad tal como ha sido entendida por el positivismo normativista: es decir, como un problema derivado de la indeterminación del lenguaje normativo, en el que cabría que el órgano jurisdiccional eligiera entre distintas alternativas de solución fuera de los límites que le preestablece el ordenamiento jurídico (el cual, por medio de formulaciones normativas expresadas en un lenguaje natural, termina siendo insuficiente para poder prever todos los casos que pueden presentarse en la realidad); b) la segunda, que acá resulta la más interesante, se produciría como consecuencia de una indeterminación diferente: el Derecho no fija la conducta concreta que ha de seguir su destinatario, pero no por un problema congénito al lenguaje natural, sino porque la autoridad normativa (el creador de la norma)

intencionalmente ha decidido que sea el destinatario de la norma quien asuma la responsabilidad de optar por la acción que resulte, a la luz de las circunstancias del caso, el mejor medio para alcanzar un determinado fin que resulta jurídicamente valioso.

Con ello no se renuncia a la tesis de Dworkin respecto a que, aun dentro del ámbito discrecional, el sistema jurídico sigue condicionando la actuación del operador jurídico; pero se toma conciencia acerca de la distinta manera en que el Derecho determina la actuación judicial que resulta justificada en dos tipos de contextos diferentes. Aun así, es posible todavía cuestionarse qué clase de discrecionalidad (si es que la hay) existe en el caso de las decisiones que adoptan los tribunales de justicia en materia de protección cautelar. Para saberlo, resulta importante comprender qué tipo de mecanismos son los que proveen tutela cautelar y, para ello, las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo (más bien escasas) no aportan mucho. Sin embargo, la dogmática procesal resulta muy útil para esclarecer cuáles son los rasgos característicos de las medidas cautelares que podrían explicar el hecho de que originen algún tipo de discrecionalidad en la actuación judicial.

4. LA DISCRECIONALIDAD EN LAS DECISIONES CAUTELARES

Las medidas cautelares se decretan por medio de una resolución judicial que cuenta con las siguientes características: i) provisoriedad (limitación en su duración); ii) instrumentalidad (nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están orientadas a asegurar un resultado práctico posterior); y iii) variabilidad (pueden ser modificadas según cambien las circunstancias concretas que justificaron su adopción). Además de ello, suponen la afectación de la esfera jurídica del demandado con el objeto de asegurar los fines propios del proceso (Calamadrei, 1984, p. 35 y ss.).

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

A partir de estos rasgos característicos de la decisión cautelar, es posible apreciar que existe una vinculación fuerte entre la protección cautelar y la necesidad de asegurar un determinado fin (que, vendría siendo, aquel estado de cosas que permita la ejecución plena del fallo que se dicte al concluir el proceso).⁷ En otras palabras, los rasgos característicos de las medidas cautelares solo se explicarían en relación con la idea de fin: estas medidas tienen una duración provisional en tanto esos fines puedan encontrarse en riesgo de verse frustrados; son instrumentales, porque precisamente persiguen asegurar los fines en cuestión; y pueden variar porque, dependiendo de las circunstancias del caso, la medida idónea para asegurar tales fines podría ser otra distinta de la inicialmente acordada. Las medidas cautelares entonces, no serían concebibles sin la noción de un fin, es decir, de un estado de cosas deseable que pretenden asegurar.

En todo caso, el propio carácter provisorio, instrumental y variable de las providencias cautelares evidencia algo más: que el órgano jurisdiccional cuenta con márgenes amplios de actuación que le permiten optar por el medio más idóneo para asegurar el resultado del proceso. Esto es, que las medidas cautelares son provisorias y variables (en suma, flexibles), en atención a que el juez puede elegir unas u otras, según resulten ser instrumentalmente aptas para asegurar que el justiciable obtendrá una protección efectiva de sus pretensiones en juicio. Por esta razón, las normas que dotan al juez del poder jurídico para decretar una providencia cautelar no pueden preconfigurar en forma cerrada cuál será la medida más adecuada a adoptar para asegurar el resultado de un proceso, puesto que esto cambiará según las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Así, la solución óptima en este tipo de asuntos será dotar al juez de la posibilidad de apreciar los aspectos particulares de cada controversia, y seleccionar la mejor medida para asegurar la

⁷ Esta concepción de la protección cautelar como mecanismo procesal orientado a asegurar un fin valioso (que sería, finalmente, garantizar la tutela judicial efectiva del justiciable), no solamente ha sido recogida por los procesalistas, sino también por diversos especialistas en la dogmática del Derecho Administrativo. Entre otros, véase: García de Enterría y Fernández (2000), p. 620; Cassagne y Perrino (2006), p. 320; Chichilla Marín (1993), p.169; y Jiniesta Lobo (2019), p. 369-370.

eficacia del fallo que en un futuro dirimirá el conflicto entre las partes. Entonces, si cabe hablar de discrecionalidad en esta materia, solo lo sería en la medida en que se responsabiliza al juez por el resultado del proceso que ante él se tramita y, por este motivo, la discrecionalidad en materia cautelar sería, más bien, del segundo tipo de las dos clases a las que antes se ha hecho referencia: una manera de permitir al destinatario de la norma seleccionar aquel curso de acción que resulte el medio más óptimo (de entre varios posibles) para alcanzar un determinado fin.

5. LAS REGLAS DE FIN Y LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN LA LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La discrecionalidad en materia cautelar puede ser explicada como un fenómeno cuyo origen se encuentra en las propias normas que dotan de competencia a los órganos jurisdiccionales para decretar medidas precautorias. Esto es así, puesto que, como habrá sostenido acertadamente Dworkin (p. 1989, 84), solo cabe predicar discrecionalidad de autoridades sujetas a normas. En esta línea de pensamiento, Lifante (2002, p. 419) refiere que la discrecionalidad aparece siempre como consecuencia de las normas: ya sea como el resultado de la ausencia o indeterminación de los materiales jurídicos (en el primer tipo de discrecionalidad), o como producto de que las propias normas confieran intencionalmente un poder a su destinatario (en el segundo tipo de discrecionalidad).

Si bien es necesario preguntarse acerca de qué tipo de normas son las que regulan el ejercicio de la protección cautelar en la Ley de lo Contencioso Administrativo, antes de ello, resultará útil realizar algunas consideraciones acerca de la manera en que los diferentes tipos de enunciados jurídicos determinan la mayor o menor amplitud con que cuenta el destinatario de la norma para poder actuar. Atienza y Ruiz Manero (1996) han elaborado una teoría de los enunciados jurídicos que resulta muy útil para explicar el origen de la discrecionalidad. Estos autores proponen distinguir entre las normas regulativas (que serían las que dirigen la conducta de sus destinatarios haciéndoles saber qué conductas son obligatorias,

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

cuáles están permitidas y qué otras están prohibidas, a efecto de encauzarlas hacia la consecución de los fines propios del Derecho) y las constitutivas (que serían las que determinan la manera en que es dable producir un resultado institucional válido dentro del propio sistema jurídico, en especial, para la creación y modificación de otras normas jurídicas). Dentro de las normas regulativas, ambos autores distinguen las reglas de los principios, y los clasifican según se trate de normas de acción (reglas de acción y principios en sentido estricto) o normas de fin (reglas de fin o directrices). En lo que a este trabajo interesa, lo que resulta más relevante de esta tipología es la distinción entre reglas de acción y reglas de fin.

Las reglas estarían conformadas por un antecedente y un consecuente, en el que se correlacionan casos genéricos (conformados por un conjunto cerrado de propiedades) con soluciones (que incluirían la calificación deóntica de una determinada conducta como obligatoria, permitida o prohibida). Sin embargo, solamente para el caso de las reglas de acción la solución normativa prevista en el consecuente sería una conducta en concreto: puesto que, por otro lado, en lo que respecta a las reglas de fin, lo que se calificaría deónticamente sería la obtención de un determinado estado de cosas. En este punto conviene resaltar que el mero hecho de modular deónticamente la producción de un estado de cosas da lugar a la creación de una zona de discreción en el destinatario de la norma, ya que se le permite la selección de los medios causalmente idóneos para producirlo. (Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 8).⁸

⁸ En similar sentido, González Lagier (1997, p. 158) refiere que el resultado de una norma es siempre una conducta o el estado de cosas resultante de una conducta (en este punto, sigue a Alchourrón y Bulygin, 1987, p. 72). En cuanto a las normas de fin, este autor manifiesta que darían lugar a una actuación discrecional por cuanto que hay varias acciones que pueden conducir al estado de cosas normativamente prescrito, y al destinatario de la norma le está permitido escoger entre varias de ellas. De tal suerte que, González Lagier terminará afirmando lo siguiente: “Supongamos que nos interesa dotar a un agente de la máxima discrecionalidad posible respecto a un caso. Una manera de hacerlo podría ser la de dictar una norma cuyo contenido fuera una disyunción de todas las formas de una acción. Pero dado que para la mayoría de los casos puede resultar imposible enumerar todas

Lo que conviene cuestionar ahora, es en qué forma ayuda esta clasificación de los enunciados jurídicos a comprender mejor el funcionamiento de la protección cautelar en el proceso contencioso administrativo de Guatemala. Esto conlleva analizar las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo que se refieren a la posibilidad de obtener tutela cautelar en este tipo de juicios. Pues bien, el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo es la norma general en materia cautelar: sin embargo, no resulta completa en las previsiones que contempla, puesto que se limita a disponer que la parte actora tiene el derecho de solicitar en su demanda la aplicación de una medida precautoria, y que el tribunal resolverá en forma discrecional a su requerimiento. Como puede apreciarse, en su formulación no determina cuáles son las condiciones que deben cumplirse para que resulte procedente otorgar tales medidas, y al establecer que el tribunal podrá otorgarlas en forma discrecional tampoco proporciona claridad acerca de cuál tendría que ser el fin que debe perseguirse con el otorgamiento de una protección como esta (frente a la libertad con que cuenta el tribunal para adoptar o no, una determinada providencia precautoria).

El sentido completo de esta disposición no cabe encontrarlo sino reconstruyéndolo a través de su integración con otras disposiciones que resulten aplicables, y que permiten obtener una visión completa acerca de cuál es la manera correcta en que se debe dictar una providencia cautelar en el orden contencioso administrativo. Para esto, es importante: a) en primer lugar, considerar que el artículo 26 de la Ley de lo Contencioso Administrativo preceptúa que en todo lo que resulten insuficientes sus disposiciones deberán integrarse con aquellas previstas en el Código Procesal Civil y Mercantil; b) en segundo lugar, es importante evidenciar que el Código en mención no contempla en forma general cuáles son las condiciones de aplicación que deben cumplirse para otorgar medidas cautelares, así como tampoco los fines que con ellas deben perseguirse. Por el contrario,

las formas de la acción, la autoridad puede simplemente dictar una norma cuyo contenido sea la acción final o una norma de fin” (1997, p. 172).

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

solamente se limita a hacer una enumeración de las diversas medidas que pretenden ser útiles para garantizar los resultados de un proceso.⁹ Ahora bien, dentro de tales medidas aparecen algunos mecanismos procesales que se denominan providencias de urgencia: que, en su formulación, sí que explicitan aquello que tanto los procesalistas como los tribunales han considerado como requisitos para otorgar la tutela cautelar (así como los fines hacia los cuáles este tipo de protección debe tender).

El artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que toda persona tiene derecho a solicitar al juez por escrito las providencias que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo del litigio, siempre que se tenga motivo para temer que, durante la tramitación del proceso, el derecho que se discute en juicio se halle amenazado por un perjuicio inminente e irreparable. Me parece que la formulación de este artículo permite obtener una mejor comprensión acerca de la tutela cautelar a que se refiere la Ley de lo Contencioso Administrativo. Esto, porque explicita con suficiente claridad: i) que las condiciones de aplicación de esta regla de fin serían: a) la seriedad en la pretensión de la parte actora (que sería el *fumus boni iuris*); b) que exista motivo para temer que durante la tramitación del proceso se cause un perjuicio irreparable para el actor (esto es, el *periculum in mora*);¹⁰ y, ii) por otro lado expresan que el fin que debe perseguir el juez cuando se dan estas dos condiciones será asegurar los efectos de la decisión que posiblemente dicte sobre el fondo del litigio, escogiendo para ello la medida que resulte idónea a la luz de las

⁹ Las causas de esta ausencia de disposiciones generales comunes para la procedibilidad de toda medida precautoria, quizá se explique en que las condiciones de aplicabilidad de este tipo de medidas se han dado por sabidas desde hace un buen tiempo (además de haber sido acogidas de manera uniforme por los tribunales de justicia de Guatemala).

¹⁰ En cuanto al reconocimiento jurisprudencial uniforme acerca de estas condiciones de aplicación de las medidas cautelares (en ámbitos que van desde los procedimientos administrativos hasta los procesos penales y civiles), basta consultar las sentencias de la Corte de Constitucionalidad dictadas dentro de los siguientes expedientes: 1720-2012, 4679-2012, 540-2013, 72-2016, 297-2016 y 1541-2016, entre otros.

circunstancias del caso concreto. Esto último explicaría finalmente la discrecionalidad a la que se refiere el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, a partir de una regla de fin que autoriza al tribunal para apreciar las particularidades del caso y optar por el mecanismo que mejor resguarde la posibilidad de ejecutar un fallo posterior.

El artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo entonces, reconoce discrecionalidad al tribunal de lo contencioso administrativo, no en el sentido de otorgarle libertad para poder decretar o no la protección cautelar a su libre arbitrio (ya que, de darse las condiciones de aplicación de la regla, siempre tendrían que decretarse este tipo de medidas: puesto que las reglas precisamente son razones de primer orden, perentorias e independientes de su contenido¹¹, para que su destinatario procure el estado de cosas prescrito); sino en cuanto a que, dada la apertura que actualmente prevé la Ley de lo Contencioso Administrativo en esta materia (puesto que ya no restringe las medidas cautelares solamente a la suspensión del acto administrativo impugnado), el tribunal tiene el deber de deliberar y optar por la medida que mejor permita asegurar la eficacia de la sentencia que se dictará al concluir el proceso.

6. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES CAUTELARES

Ahora que se ha esclarecido el tipo de discrecionalidad que cabe predicar de la potestad cautelar del tribunal de lo contencioso administrativo (a partir de los propios enunciados que condicionan el ejercicio de este poder jurídico), es necesario cuestionarse acerca de la manera en que correctamente deben motivarse las decisiones judiciales en que se decretan este tipo de mecanismos procesales. Para analizar los distintos elementos que deben tenerse en cuenta en la motivación correcta de la protección cautelar, me propongo seguir la distinción que se ha hecho

¹¹ En relación con esta tipología de las reglas como razones para la acción, véase: Raz, 1991, p. 37-45; y Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 11.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

en la Teoría de la Argumentación Jurídica entre la justificación interna y la justificación externa de la decisión judicial, con el objeto de evidenciar los principales aspectos que deben ocupar al juez con competencia contencioso-administrativa al motivar su resolución en este tipo de casos.

6.1 LA JUSTIFICACIÓN INTERNA: EL JUICIO DE ADECUACIÓN

El papel del silogismo deductivo como esquema de justificación de la decisión judicial cuenta todavía con un importante grado de aceptación en la Teoría de la Argumentación Jurídica (Alexy, 1997, p. 214; Atienza, 2013, p. 31; MacCormick, 2016, p. 79), y ello es así, puesto que permite dar cuenta en forma satisfactoria acerca de la manera en que razonamos al utilizar normas: lo cual exige pasar de unas determinadas premisas (conformadas precisamente por una norma general y abstracta, y los datos fácticos del caso que se subsumen en aquella) a la conclusión (la aplicación de la consecuencia jurídica, que sería finalmente lo que justificaría la resolución que se adopta). Sin embargo, resultará importante realizar algunas acotaciones adicionales en relación con este punto.

Atienza (2013, p. 183) distingue tres clases de esquemas de justificación interna de la decisión judicial, que no se limitan únicamente al razonamiento clasificatorio (subsuntivo), sino que incluirían también a la adecuación y la ponderación. La necesidad de optar por uno u otro modelo de justificación interna dependerá de los materiales jurídicos que condicionan la resolución del problema jurídico planteado (sobre todo, del tipo de enunciados jurídicos de que se trate). En este orden de ideas, cuando la norma que el juez debe aplicar es una regla de fin, el razonamiento será el de la adecuación medio-fin. Se trataría de un esquema de razonamiento que adoptaría la siguiente estructura: «si se dan las circunstancias X, el juez debe procurar alcanzar el fin F; se dan las circunstancias X; la acción M es un medio adecuado para obtener F (o, quizás mejor: sólo si M, entonces se producirá F); por lo tanto, el juez debe realizar M».

Finalmente, dado que universalizar es esencial para la justificación en el razonamiento práctico – en cuyo ámbito se incluiría también al razonamiento jurídico – por medio del esquema de adecuación lo que se haría es construir una norma de origen judicial, que procure una solución que sea susceptible de ser aplicada a todos los casos futuros que presenten las mismas características relevantes que aquel que ha sido enjuiciado (MacCormick, 2016, p. 149-150).

6.2 LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA: LAS RAZONES RELEVANTES

Es evidente que, aunque de gran importancia, la lógica deductiva no es suficiente para explicar toda la complejidad del razonamiento judicial (Atienza, 2013, p. 21). Ante todo, la corrección de la decisión final dependerá de la manera como se determine el contenido de las premisas. Pues bien, es a esto último a lo que se ha venido a denominarse la justificación externa de la decisión judicial.

Es necesario resaltar algunos aspectos importantes en relación con la justificación externa en el esquema de la adecuación. Serían los siguientes: a) que, a diferencia de la subsunción, su premisa fáctica mira hacia futuro: en el sentido de que enuncia un juicio predictivo sobre algo que podría ocurrir o no en el futuro, y, por tanto, tiene mayor apertura que el razonamiento subsuntivo (Atienza, 2013, p. 183-184); y b) la justificación externa de la segunda premisa del razonamiento finalista es un tipo de ponderación que permite optar por uno de entre los diversos medios en principio existentes (Atienza, 2017, p. 20). Por tal razón, la discrecionalidad que existe en este tipo de razonamiento, solo lo sería en un sentido débil, puesto que no cualquier curso de acción resultará el medio más idóneo para alcanzar el fin que la norma prescribe (Atienza, 2013, p. 438).

6.2.1 LA PREMISA NORMATIVA: LA INTERPRETACIÓN CORRECTA

En lo atinente a la primera premisa (esto es, a la normativa) la principal cuestión que cabe plantearse es aquella relativa al sentido que se debe atribuir a la disposición que habilita la protección cautelar. Esto, sin duda, es un problema de interpretación: para resolverlo, es conveniente realizar algunas consideraciones en torno a la naturaleza de la interpretación de los materiales jurídicos. Para ello, me apoyaré en la teoría de la interpretación de Dworkin por considerar que una concepción constructivista como esta, se condice mejor con los valores que la práctica jurídica está llamada a realizar en el contexto de un Estado Constitucional (Lifante, 2018, p. 209-210).

Dworkin (2012, p. 57) concibe al Derecho como una práctica social inescindiblemente vinculada con la interpretación.¹² Por esta razón, los participantes de la práctica jurídica solamente son capaces de conformarla y alcanzar sus fines, procediendo con una actitud interpretativa: esto es, conscientes de que la práctica tiene un sentido (sirve a propósitos o valores), y que la propia práctica es sensible a tal sentido (en otras palabras, que los materiales jurídicos no son exclusivamente aquello que expresa su formulación lingüística reconocida en el pasado, sino que deben ser entendidos, aplicados y modificados a la luz de los propósitos que los dotan de sentido). A partir de ello, Dworkin propone su tesis de la interpretación jurídica como actividad constructiva que se desarrolla en tres etapas: i) la primera, sería una etapa preinterpretativa, en la que se deben identificar los materiales jurídicos autoritativos aplicables al caso (por ejemplo, las reglas que

¹² De hecho, para Dworkin (2012, p. 44) el Derecho formaría parte de una categoría de conceptos que denomina interpretativos. Según él, debido a su carácter interpretativo es posible que los distintos actores que conforman la práctica jurídica disientan genuinamente acerca de aquello que el Derecho ordena para resolver cada caso concreto. Esto sería así, porque se trataría de desacuerdos teóricos acerca del Derecho o, en otras palabras, desacuerdos respecto de las distintas concepciones de moral política que dotan de sentido al Derecho como práctica social en cuyo desarrollo se encuentran involucrados distintos actores a lo largo del tiempo, que actúan como quienes forman parte de una empresa orientada por valores en la que los distintos participantes buscan la integridad de la práctica.

regulan el asunto en cuestión); ii) la segunda, sería la etapa interpretativa, en la que habría que atribuir un propósito a los materiales jurídicos identificados en la etapa anterior¹³; iii) finalmente, en la etapa postinterpretativa, el intérprete ajustaría el sentido de los materiales jurídicos en vista de aquello que necesita realmente la práctica para adecuarse mejor al propósito que se le ha atribuido: se trataría entonces, de ofrecer una versión de la práctica como la mejor posible a la luz de los valores que persigue.

La importancia de la teoría dworkiniana radica, sobre todo, en su capacidad para explicar las prácticas de interpretación jurídica como parte de un esfuerzo por asegurar la plena realización de los derechos que justifican la existencia de una organización política cuyo fundamento se halla en la dignidad humana (como sería un Estado Constitucional): esto, en tanto que facilita comprender cuan estrechamente relacionados están los materiales jurídicos de carácter autoritativo, con los valores que están llamados a realizar. Así, para interpretar las condiciones de aplicación de las providencias cautelares (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), no deberíamos olvidar que este tipo de mecanismos constituyen instrumentos para asegurar un fin valioso: la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables (es decir, que este tipo de medidas no tienen sentido si no es con miras a asegurar la intervención judicial oportuna para resolver óptimamente las controversias intersubjetivas que puedan surgir en la dinámica social ordinaria).

Desde esta particular perspectiva, interpretar aquello que exige de los justiciables el cumplimiento de estos presupuestos, requiere de los tribunales la amplitud suficiente para no denegar de entrada la protección provisional del demandante en juicio (sobre todo, significaría no colocar estándares de imposible cumplimiento para los justiciables). No obstante, ello tampoco significa descuidar

¹³ Para atribuir tal propósito no sería necesario adaptarse a cada una de las características de la práctica a lo largo del tiempo, pero sí que se deberían respetar en una buena medida los aspectos que permiten reconocer a la práctica jurídica como tal, al menos, para que el intérprete pueda ser visto interpretándola y no creando una nueva

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

que las medidas afectarán los intereses de terceras personas, en este caso, los de la Administración Pública (que cabría reconducirlos a los intereses generales que esta representa), por lo que, en todo caso, habrá que ser cautos al decretarlas (con esto quiero decir, habrá que tomarse en serio la determinación de los presupuestos que habilitan otorgar tales medidas, pero entendiendo con una amplitud razonable lo que esos presupuestos exigirían de la persona que requiere la tutela cautelar). Aun así, lo anterior supondrá, en principio, favorecer la protección cautelar: una vez es posible apreciar que la efectividad de la sentencia podría quedar frustrada (sobre todo, como consecuencia de la duración del propio proceso contencioso administrativo y de la autotutela ejecutiva que se reconoce generalmente a los actos administrativos), habría que abandonar en definitiva los privilegios injustificados en favor de la Administración Pública, y optar por la protección provisional de los intereses del administrado.

Sin duda, una interpretación flexible de los presupuestos que permiten acceder a la tutela cautelar puede generar dudas acerca de la capacidad que podrían tener los jueces para resolver correctamente este tipo de casos. En este punto, habrá que tener presente que los jueces son seres falibles y que siempre existe la posibilidad de que se puedan equivocar. Sin embargo, como bien sostuvo Dworkin (1989, p. 207-208), esto no parece que sea algo que podamos oponer válidamente en contra del hecho de exigir de nuestros jueces respuestas correctas para casos difíciles. De hecho, dado que tanto los jueces como nosotros mismos podemos dudar acerca de cuál es la respuesta correcta para el caso en cuestión, deberíamos promover técnicas que reduzcan el número de errores basándonos en las capacidades reales de los operadores jurídicos. Esto significa exigir que los jueces hagan su mejor esfuerzo por encontrar la mejor respuesta con los materiales jurídicos disponibles: ello, aunque, de hecho, podríamos nunca saber si hemos dado con esa respuesta. Sería, en palabras de Alexy (2006, p. 24), concebir la respuesta correcta como idea regulativa en sentido kantiano: en algunos casos se puede dar con la respuesta correcta y no se sabe en qué casos es así, por lo que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta.

6.2.2 LA PREMISA FÁCTICA: LA APRECIACIÓN DE LOS HECHOS

La justificación externa de la premisa fáctica supone determinar la existencia de los hechos relevantes que se discuten en el proceso. En las decisiones cautelares, esta cuestión plantea una problemática especial: la relativa a la apreciación de hechos que no han sucedido aun, pero que se espera que podrían suceder en un futuro. Aun cuando esta sería la dificultad más evidente que se presentaría para el juez que conoce un caso de este tipo; la realidad es que, en general, resulta problemático determinar cuándo es posible inferir la concurrencia de cualquiera de los presupuestos que hacen viable otorgar la protección cautelar. Conviene considerar esto con mayor detenimiento.

Las dos condiciones de aplicación de las medidas cautelares son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. La discusión probatoria está encaminada a probar que ambos presupuestos concurren dentro de los hechos particulares que se están enjuiciando. Pues bien, en un primer momento, el *fumus boni iuris* obligará al juez a considerar la fuerza probatoria de los medios de prueba que el demandante presenta con la solicitud de protección cautelar. Por tratarse de una etapa prematura dentro del proceso no cabe exigir el mismo grado de certeza que debe proveer la prueba que se valora al momento de resolver el fondo del asunto. Sin embargo, debería, por lo menos: a) exigirse una razonable apariencia de que el recurrente litiga con razón (acá debo reiterar que al actor debería bastarle con acompañar la documentación pertinente que sirva para probar que sus pretensiones no son resultado del mero capricho, sin que sea dable exigirle la información probatoria que condicionaría el mérito de su pretensión en la sentencia); y b) la existencia de dudas razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa (Rodríguez Arana-Muñoz, 2007, p. 459). El demandante entonces, tendría que presentar al juez un número suficiente de pruebas que evidencien la seriedad de su pretensión; a la vez que debe cumplir con realizar una argumentación adecuada que tienda a explicitar las posibles anomalías que presenta el acto de la Administración Pública que se controvierte dentro del proceso.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

El *periculum in mora* requiere que el demandante demuestre que podría producirse una afectación irreparable sobre su esfera jurídica, en caso que el órgano jurisdiccional decida esperar hasta el pronunciamiento definitivo de la sentencia para intervenir activamente en la situación que ha dado lugar al proceso. La complejidad que supone apreciar las pruebas tendientes a probar este presupuesto, radica en que conlleva hacer un juicio a futuro acerca de lo que puede suceder de no adoptarse la medida cautelar en cuestión. Considero que esto podría resolverse de la siguiente manera: i) el tribunal de lo contencioso administrativo debe valorar la prueba evaluando la contribución que realiza cada medio probatorio en el esfuerzo por averiguar la verdad en el proceso (verdad procesal en el sentido de verdad como correspondencia con la realidad. En este sentido: Taruffo, 2010, p. 98; González Lagier, 2019, p. 10; y Gascón Abellán, 2010, p. 60); ii) Para el caso de los hechos futuros, el problema de asumir una postura que entienda la verdad procesal como correspondencia con la realidad, radica en que habitualmente se tiene una concepción ontológica según la cual la realidad termina en el presente. Ahora bien, esto no parece aceptable si se tiene en cuenta que asumir tal posición también significaría negarle realidad al pasado que ya no existe (y acá habría que recordar que la determinación de hechos en los procesos judiciales, por lo regular, está referida a los hechos pasados: por lo que resultaría sumamente extraño afirmar respecto de estos últimos, que tampoco puede predicarse su correspondencia con la realidad). En este orden de ideas, Alchourrón y Bulygin (1991, p. 577) sostienen que lo que parecería diferenciar realmente los hechos pasados y presentes, respecto de los futuros, sería la fijeza y la necesidad: en el sentido que tanto el presente como el pasado no pueden modificarse; en cambio, el futuro puede constituirse de distintas maneras.¹⁴ Aun así, para estos autores esto no supondría un obstáculo para

¹⁴ Respecto del carácter incierto de los acontecimientos futuros en las normas de fin, González Lagier (1997, p. 173) afirma que, aunque el estado de cosas que debe procurarse no se encuentra totalmente bajo el control del destinatario de la norma (puesto que, en todo caso, podría no alcanzarse el fin deseado con el curso de acción que éste decida adoptar), el mero hecho de que la norma tenga como contenido un cambio parcialmente dentro del control de su destinatario cumple una doble función: por un lado, presenta ese

aceptar que sea posible predicar la verdad de las proposiciones que se refieren a los hechos futuros. Ello, en el sentido que siempre se puede afirmar que tales hechos futuros son la causa de la determinación semántica de la verdad de las proposiciones de futuro, con independencia de si los hechos futuros están o no determinados ontológicamente por los presentes (1991, p. 587-588); iii) Por lo tanto, los tribunales contencioso-administrativos habrán de asumir que la determinación de hechos futuros presenta complejidades análogas a las que supone la reconstrucción de hechos pasados, en cuanto a que en un proceso judicial, el futuro aparece tan indeterminado como el pasado. Sin embargo, sopesar con seriedad las probabilidades de que se produzca el estado de cosas que se busca evitar con la protección cautelar, y asumir que el día de mañana podría acaecer el acontecimiento futuro que volvería verdadera (en el sentido de correspondiente con la realidad) la proposición afirmada por la parte que requiere la protección cautelar, obligaría a considerar con total rigor la posibilidad cierta de que la futura sentencia quede sin materia de no decretarse la medida solicitada.

Es evidente que la persona que solicita la protección cautelar deberá demostrar el peligro cierto e inminente que existe de que la sentencia dictada al final del proceso, resulte ineficaz en caso de que no se proceda a decretar la medida requerida. Esto se traduce, ante todo, en la exigencia de aportar al tribunal elementos probatorios suficientes para demostrar la situación actual en que se encuentra el administrado en relación con la actuación administrativa controvertida, así como información fidedigna que permita inferir el riesgo que supone no actuar inmediatamente para asegurar los efectos del fallo que se dictará en el futuro (en especial, para evidenciar la posible afectación – los daños y perjuicios que se producirían – al permitir que el acto administrativo se ejecute).

cambio como un objetivo dotado de valor; y por otro lado, prescribe realizar las acciones que posibilitan (aunque no aseguran) ese objetivo.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

Finalmente, es necesario recordar que, en cuanto a la dinámica probatoria para acreditar el *periculum in mora*, existen dos presunciones que condicionan el deber de aportar pruebas que recaen sobre la persona que solicita la protección cautelar: la primera, sería la presunción de validez del acto administrativo, que supone su ejecutoriedad salvo pronunciamiento judicial en relación con la necesidad de proveer tutela cautelar al administrado, a tenor de lo que establece el artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, la propia presunción que garantiza la eficacia del acto da lugar a presumir a la vez el riesgo de consumación que el acto en sí mismo puede suponer para los derechos e intereses legítimos del demandante. Por otra parte, también es oportuno señalar que el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil (aplicable supletoriamente a la materia contencioso-administrativa) presume que los procesos judiciales, por su propia naturaleza, tienen una duración más o menos prolongada: lo cual también significa presumir que, por tal razón, la mera necesidad de acudir al proceso implica, en sí misma, un riesgo para el demandante en tanto que debe esperar un pronunciamiento judicial que le sea favorable. Por esta razón, las cargas procesales que en materia probatoria recaen sobre quien requiere la protección cautelar deben exigirse con la suficiente flexibilidad para favorecer la protección de la persona que requiere este tipo de medidas.

6.2.3 RAZONES SUSTANTIVAS Y RAZONES INSTITUCIONALES EN LAS DECISIONES CAUTELARES

En el razonamiento finalista que debe realizar el tribunal que decreta providencias precautorias existe un componente que es importante no dejar de lado: que la selección del mejor medio para alcanzar el fin prescrito por la norma supone realizar un juicio de ponderación entre los diversos medios, a efecto de poder optar por aquel que se considera el más apto para lograr aquello que la norma requiere alcanzar (Atienza, 2017, p. 20). Es bien sabido que la determinación del medio más adecuado para alcanzar un fin resulta compleja en muchos casos. Perelman (1989, p. 428) afirma que un fin valioso puede transmitir su valor al medio que se utiliza para alcanzarlo: siempre que este último sea eficaz para su cometido. Por esta razón, añade que la determinación del mejor medio es un problema técnico que exige la

aplicación de datos diversos y el recurrir a argumentaciones de toda índole. En este punto no pretendo analizar el esquema del razonamiento ponderativo,¹⁵ sino considerar las distintas razones que deben tomarse en cuenta al momento en que se elige aquel medio que aparece como el más idóneo para las circunstancias del caso concreto (esto es, al momento en que se atribuye mayor peso a uno u otro medio de protección cautelar, y se lo selecciona como el óptimo para el caso que se está enjuiciando).

En este punto resulta útil la tipología elaborada por Summers (2020, p. 44 y ss.) para explicar las razones que los jueces toman en cuenta para justificar sus decisiones. Según Summers, los jueces al dictar una resolución tienen en cuenta dos tipos de razones: de autoridad y sustantivas. Las primeras serían razones de carácter formal en las que para fundamentar la decisión se apela a algún tipo de autoridad jurídica, como serían la ley o el precedente. Las segundas, por otro lado, serían las que utilizan los jueces cuando recurren a consideraciones morales, económicas, políticas, institucionales o de orden social, como motivo determinante para justificar la decisión que adoptan. A su vez, estas razones sustantivas se subdividirían en razones teleológicas (o finalistas) y razones de justicia (o de corrección). Finalmente, existiría una categoría de razones que él califica como institucionales,

¹⁵ Dentro de los esquemas del razonamiento mediante ponderación sobresale el de Alexy (1986, p. 89). Si bien su esquema no puede ofrecer respuestas con precisión aritmética para los casos en que los tribunales deben ponderar (Bernal Pulido, 2003, p. 238), sí que ofrece una ruta adecuada para expresar las buenas razones que se tienen para dar prioridad a un curso de acción en vez de otro. En esta misma línea (aunque con algunas diferencias), Barak (2017, p. 159) sostiene que el esquema de ponderación como instrumento metodológico estaría conformado por cuatro componentes: i) el fin adecuado; ii) la conexión racional; iii) los medios necesarios; y iv) la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la restricción originada con ocasión de la medida adoptada. De igual manera, la propia Corte de Constitucionalidad ha sostenido que para decretar medidas cautelares se deben respetar alcances razonablemente idóneos y proporcionales respecto del derecho que se pretende preservar o asegurar, así como una justificación congruente con el objeto del proceso (expediente 1262-2010). En esto, sin duda, la Corte se refiere al propio deber de ponderar que tiene todo órgano jurisdiccional al momento de otorgar tutela cautelar.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

y que ocuparían un rol muy especial en el razonamiento jurídico. Veamos esto con más detenimiento en lo que respecta a la tutela cautelar.

Las razones teleológicas derivan su fuerza de que la decisión judicial servirá a un buen fin social. Por este motivo, se trata de razones que ven hacia el futuro. En el caso de la tutela cautelar es evidente que las razones teleológicas ocuparán un rol preponderante: en el sentido que de lo que se trata es de anticipar los efectos de la medida precautoria en relación con un determinado fin. Sin embargo, en las decisiones cautelares es importante tener en cuenta que los fines que pretenden resguardarse con las medidas no son, en todos los casos, reconducibles a un ideal de promover el interés general: más bien se trata de resguardar la esfera jurídica del demandante frente a la posibilidad de un fallo que resulte nugatorio de sus expectativas de justicia (con los consiguientes efectos negativos que esto tendría a nivel social, en lo que respecta a la confianza de la población en la intervención oportuna del sistema justicia para resolver controversias de este tipo). En este sentido, se trataría de lo que Summers denomina razones teleológicas parasitarias concomitantes (2020, p. 50) en cuanto son razones teleológicas generadas por decisiones basadas en razones de justicia (esto es, que persiguen generar mayor justicia por medio de la promoción de ciertos valores).¹⁶

Por su parte, las razones de justicia no derivan su fuerza de los efectos beneficiosos que puedan producir, sino del ajuste de la decisión con normas socio-morales que determinan la actuación correcta en cuanto se aplican a las acciones de las partes involucradas en el litigio (Summers, 2020, p. 52). Las decisiones cautelares tendrían relación con razones de corrección, sin duda, porque su justificación radica en la necesidad de prevenir un estado de cosas resultante entre las partes, que sería injusto de no ser por la intervención judicial. La relación entre las razones de justicia y la protección cautelar habría que buscarla entonces, en que este tipo de

¹⁶ Esto estaría muy próximo a lo sostenido por MacCormick (2016, p. 200) en cuanto a que, para evaluar las consecuencias de una decisión judicial, se debe aludir a valores (a una pluralidad de valores, tales como: la justicia, el bien público o la conveniencia jurídica).

providencias están orientadas a evitar que la persona que tiene la razón en un litigio se vea afectada con ocasión de la necesidad de acudir al proceso para que se le reconozca que tiene la razón. Permitir esto último sería dar lugar a una situación contraria a nuestras convicciones acerca de lo que es justo, puesto que el proceso se volvería un obstáculo para alcanzar justicia, más que el medio idóneo para conseguirla (sobre todo, en atención a que en las controversias administrativas la amenaza de consumación del acto impugnado siempre daría lugar a la posibilidad de impedir la ejecución final de la decisión judicial).

Las razones institucionales son “razones teleológicas o razones de justicia que se relacionan con la forma en que las funciones judiciales y los procesos influyen los trabajos decisorios y justificativos de los jueces” (Summers, 2020, p. 78). En lo que atañe a las razones institucionales como condicionantes de la corrección de una decisión cautelar en lo contencioso administrativo, habrá que tener en cuenta algunos aspectos característicos de este tipo de procesos: i) Existe una razón institucional fuerte que determina que los tribunales de justicia deben respetar la separación de funciones que es característica esencial de un Estado Constitucional. En la distribución de las competencias que les corresponden a los poderes públicos, los tribunales no siempre se encuentran en la mejor posición para calcular los efectos que, en relación con los intereses generales, puede ocasionar el hecho de evitar la actuación oportuna de las autoridades administrativas.¹⁷ Por tal razón, en este tipo de causas habrá que ser cautos para evitar interferir en forma abusiva dentro del ámbito de actuación que es propio de la Administración Pública. ii) Si dentro de su razonamiento teleológico los tribunales tendrían que cuidarse de no afectar los intereses públicos (representados por la actuación de la autoridad administrativa), entonces la decisión de obligar a la Administración a soportar una medida cautelar, obligaría a constatar previamente si existe la posibilidad de

¹⁷ En un sentido similar, MacCormick (2016, p.187) habrá dicho: “Las consecuencias sociales a largo plazo son difíciles de calcular para el juez. Tanto los jueces como los abogados están muy mal situados para este tipo de evaluación, en comparación con el legislativo y el ejecutivo. No cuentan con estas herramientas y, aún de contarlas, sería difícil encontrar un criterio para evaluarlas.”

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

permitir a la autoridad administrativa el cumplimiento de sus competencias propias sin poner en riesgo los fines del proceso.

Esto contribuye, sin lugar a dudas, a comprender a cabalidad cuál es el sentido que cabe atribuir al artículo 18 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a que, si se preceptúa que la suspensión de la eficacia del acto administrativo impugnado es excepcional, lo es únicamente en atención a que deben concurrir razones de peso que autoricen impedir que la autoridad administrativa cumpla con sus cometidos de interés público. Evidentemente, esto no tendría que dar lugar a colocar obstáculos de imposible cumplimiento para quien pretende obtener la medida, sino únicamente requiere exigirle que cumpla con una carga argumentativa y probatoria suficiente para justificar la necesidad de la protección cautelar. En todo caso, lo anterior no debe suponer, sin más, que toda medida cautelar en lo contencioso administrativo tenga ese carácter sumamente excepcional (solo lo tendría aquella que consiste en ordenar la suspensión de la eficacia del acto impugnado, por lo que otro tipo de medidas podrían ser admisibles con mayor grado de apertura, en el sentido que afectan menos el ejercicio de competencias administrativas). Por último, tampoco debe significar que en el contencioso administrativo no procede otra medida que no sea la suspensión del acto impugnado (ya que el artículo 34 de la propia Ley de lo Contencioso Administrativo contempla en abierto la posibilidad de optar por otras medidas, según la discrecionalidad que se reconoce en esta materia al propio tribunal).

En suma, el balance de razones que debe realizar el tribunal para adoptar la decisión cautelar en materia contencioso-administrativa puede llegar a ser muy complejo. En este punto, cabría añadir que la propia decisión que hay que adoptar requiere, en gran medida, de la prudencia del juzgador: ello, en el sentido de poder apreciar a cabalidad las circunstancias del caso para optar por la mejor alternativa de acción. Esto es tanto como decir que este tipo de situaciones demandan del juez sabiduría práctica para apreciar los distintos valores en conflicto, y actuar de manera razonable para no comprometerlos más allá de lo que requiere la solución óptima

de la controversia (en otras palabras, para realizar un correcto balance orientado a alcanzar el equilibrio entre tales valores). Por tal razón, no sería desacertado afirmar que la frónesis en el sentido aristotélico (Aristóteles, trad. en 1985, p. 267 y ss.) es la virtud judicial por excelencia en este tipo de casos.¹⁸ MacCormick (2016, p. 184-185) supo expresar bien esta idea: “la prudencia y la responsabilidad hacia los demás requieren que uno piense seriamente en las consecuencias previsibles de las acciones y decisiones propias antes de actuar o decidir... más aún cuanto más crítica sea... la decisión en cuestión.”

7. CONCLUSIONES

Elaborar las bases para una resolución correcta en un asunto como el planteado en el caso FUNTECH, requiere extraer algunas conclusiones a partir de lo que ha sido analizado hasta este punto:

i) En primer lugar, es importante tomar consciencia de que la expresión «discrecionalidad» en contextos jurídicos es ambigua: lo es, en la medida en que con la misma palabra se hace referencia a fenómenos de distinta naturaleza. Debido a ello, lo discrecional no es, sin más, un espacio en el que es posible resolver sin límites predeterminados por el propio sistema jurídico (y, en consecuencia, en el que no cabe ejercer control pleno sobre la actuación discrecional). Más bien, habría que considerar que, aunque uno de los posibles significados de la discrecionalidad tendría algunos de esos rasgos, el otro aludiría a una característica distinta y muy

¹⁸ De hecho, Hart (2014, p. 90) sostiene esta misma idea al afirmar que “al fin y al cabo la discrecionalidad es el nombre de una virtud intelectual: es prácticamente un sinónimo de sabiduría práctica o sagacidad o prudencia; es la capacidad de discernir o distinguir qué es lo que debe hacerse en diversos campos, y etimológicamente está relacionada con la noción de discernimiento. Por ello, cuando hablamos de los años de discrecionalidad no nos referimos meramente a la etapa en la que el ser humano es capaz de elegir (puesto que podemos elegir desde mucho antes), sino sólo a la etapa de madurez del juicio o discernimiento que debe aplicarse a la elección. Una persona discreta no es alguien que simplemente permanece callado, sino que elige estar callado cuando el silencio es lo que conviene.”

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

propia de todo sistema jurídico: frente a la imposibilidad de prever anticipadamente todos los posibles escenarios en los cuales es necesario asegurar la realización de fines valiosos, existe la necesidad de responsabilizar a las autoridades jurídicas para desarrollar el Derecho en aquellos casos en que haya que determinar los mejores cursos de acción para alcanzar fines jurídicamente importantes. Esta segunda forma de discrecionalidad tendría su origen en enunciados jurídicos del tipo de las normas de fin (las cuales no deberíamos olvidar si lo que pretendemos es comprender a cabalidad algunos de los problemas que generalmente son calificados como problemas de discrecionalidad).

ii) En segundo lugar, que la protección cautelar que los tribunales de justicia deben proveer a los justiciables en las circunstancias previstas por nuestros sistemas jurídicos, solamente es comprensible con arreglo a la idea de un fin jurídicamente valioso: el de asegurar el estado de cosas que permita la ejecución plena del fallo que se dictará para poner fin a la controversia suscitada entre las partes. Por esta razón, las distintas disposiciones que habilitan a los tribunales para decretar medidas cautelares suelen adoptar la forma de reglas de fin. Así, el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo al determinar que el tribunal de lo contencioso administrativo debe resolver discrecionalmente el requerimiento de protección cautelar, estaría refiriéndose al segundo tipo de discrecionalidad jurídica (es decir, en el que se concibe lo discrecional como una forma de responsabilizar al operador jurídico para adoptar el mejor medio para alcanzar un fin valioso).

iii) Por este motivo, el razonamiento que los tribunales de justicia llevan a cabo cuando justifican una decisión en la que adoptan una medida cautelar es abierto: en el sentido que obliga a deliberar acerca de cuáles son los mejores medios para alcanzar ciertos fines. En todo caso, el esquema justificativo sería el de la adecuación, que se estructura en dos niveles: en un primero, se trataría de determinar si concurren las condiciones de aplicabilidad de la medida (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*); y, en el segundo, se trataría de llevar a cabo una ponderación entre los diversos medios disponibles para asegurar la posibilidad

futura de ejecutar el fallo que se dictará al concluir el proceso, y optar por aquel que sea el mejor para alcanzar el fin en cuestión.

iv) La justificación de las premisas de este esquema de razonamiento, conduciría: a) en el caso de la premisa normativa, a comprender que los presupuestos de aplicabilidad de las medidas deben ser entendidos con miras a asegurar la plena realización del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, razón por la cual no estaría justificado colocar requerimientos excesivos en cuanto al cumplimiento de tales presupuestos; b) por su parte, la justificación externa premisa fáctica obligaría al juez a tomar con seriedad la necesidad de contar con pruebas suficientes para justificar que los presupuestos para obtener la medida, se dan en el caso concreto. Esto no significa exigir estándares probatorios de imposible cumplimiento en una etapa procesal prematura; y, menos aún, ante la urgencia que se presenta al momento en que se requiere la medida.

v) La ponderación entre los distintos medios disponibles para asegurar los resultados del proceso, dará lugar a que el tribunal de lo contencioso administrativo deba adoptar como medida cautelar aquella que sea capaz, no solamente de asegurar los resultados del proceso, sino que resulte menos invasiva de las competencias administrativas en procura del interés público. En todo caso, siempre que no exista otra posibilidad para garantizar la efectividad del fallo, que interferir con el ejercicio de tales competencias, entonces debe privilegiarse el deber de asegurar la tutela judicial efectiva.

vi) Finalmente, el control sobre las decisiones discrecionales del tribunal de lo contencioso administrativo en materia cautelar sería posible en tanto que: i) cabe, primero, examinar la apreciación que el tribunal lleva a cabo respecto de la concurrencia de las condiciones de aplicación de la protección cautelar (tanto en lo que atañe a la interpretación de las exigencias que de estos presupuestos se derivan para el justiciable, como en lo relativo a la apreciación de la prueba que ha sido aportada para demostrar su existencia); ii) también debe, en segundo lugar,

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

evaluarse la ponderación realizada entre los distintos medios posibles para alcanzar el fin prescrito en la norma, especialmente en lo que respecta a la necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida que ha sido adoptada.

8. UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA PARA RESOLVER EL CASO FUNTECH

A partir de lo anterior, resultará mucho más sencillo abordar de nueva cuenta el caso FUNTECH en procura de una resolución correcta para la problemática que plantea. En principio, habría que considerar que no es posible invocar la discrecionalidad que tiene el tribunal de lo contencioso administrativo en materia cautelar, como justificación para evitar controlar el criterio de fondo que se ha adoptado para otorgar o denegar la medida. Esto es así, puesto que la discrecionalidad con que cuenta el tribunal no lo es en un sentido lo suficientemente fuerte como para concluir que todas sus alternativas de actuación en este ámbito son indiferentes desde el punto de vista jurídico. En este orden de ideas, lo discrecional acá tan solo radicaría en que el tribunal puede optar entre diversos medios para asegurar los resultados del proceso; y que, en cumplimiento de esta tarea, dispone de alguna amplitud en la apreciación de lo que se presenta como más conveniente para alcanzar el fin ordenado por los materiales jurídicos aplicables al caso concreto. Una comprensión equivocada de la discrecionalidad (en tanto es vista solo desde la perspectiva del positivismo normativista) podría explicar la motivación de la Corte de Constitucionalidad; pero, una vez que se ha esclarecido que esta no es la única noción de discrecionalidad relevante en el Derecho, entonces, debe evitarse invocar en todos los casos a la discrecionalidad como el espacio en el que se puede decidir con plena libertad por parte de los operadores jurídicos.

Así las cosas, habría que considerar si la parte que requiere la protección cautelar (en este caso, la demandante FUNTECH) cumple con la carga argumentativa y probatoria suficiente para acreditar la concurrencia de las

condiciones de aplicación de la regla de fin que ordena decretar la protección cautelar. En este caso, se puede apreciar que la requirente de la protección cautelar no cumple con indicar en qué forma es posible sostener que acá concurren el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* que son exigibles para decretar una medida cautelar. Por el contrario, la demandante se limita a sostener que el órgano administrativo demandado ha incurrido en una ilegalidad manifiesta que debe ser reparada a la brevedad posible. En esta línea de pensamiento, el interés crítico que subyace a la potestad de autotutela ejecutiva con que cuenta la Administración Pública (es decir, la importancia que tiene el hecho de que los actos administrativos se ejecuten con prontitud en procura del bienestar general), justificaría denegar la protección cautelar en atención a que no ha quedado demostrado que exista un peligro grave de que, al llegarse a realizar la actuación administrativa impugnada, pudiera ocasionarse una afectación irreparable en la esfera jurídica del administrado de tal suerte que impidiera la ejecución de la sentencia que debe dictarse al concluir el proceso.¹⁹

El razonamiento que acá he realizado evidencia que la decisión final coincidiría con la de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que no era viable otorgar amparo frente a la denegatoria de tutela cautelar, puesto que no resultaba procedente decretar este tipo de medidas frente a la actitud asumida por la demandante en relación con el cumplimiento de las cargas procesales que a ella le correspondían (en particular, realizar una argumentación adecuada y un aporte probatorio suficiente, que evidenciaran la concurrencia de las condiciones de aplicabilidad de las medidas precautorias). Aun así, en este punto conviene

¹⁹ De hecho, esto es algo que, inclusive, notan tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte de Constitucionalidad en sus respectivas sentencias, puesto que sostuvieron que en la jurisdicción ordinaria la demandante no prueba los perjuicios que puede provocar la actuación impugnada; pero, finalmente, optan por fundar su motivación en la (mal entendida) discrecionalidad a que se refiere el artículo 34 de la Ley de lo Contencioso Administrativo.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

considerar que, si bien la decisión que acá propongo habría sido la misma que la adoptada por la Corte de Constitucionalidad, la motivación sería radicalmente distinta: en el sentido que no utilizaría a la discrecionalidad jurídica como pretexto para no asumir con seriedad el pleno respeto de los derechos fundamentales de los administrados (en especial, el derecho a la tutela judicial efectiva), y tampoco generaría la sensación de que existen zonas de actuación tribunalicia que, en esta materia, no son susceptibles de control alguno. Las resoluciones judiciales entonces, aunque hayan llegado a una buena decisión, cuando están mal motivadas son insatisfactorias: en tanto que se alejan del ideal de corrección y sujeción a la razón, que cabe exigir de los jueces en un Estado Constitucional.

Aun así, el Derecho, como bien sostiene Ost (2017, p. 46-47), opone resistencia a ser solo un instrumento al servicio del poder: su potencial emancipatorio precisamente radica en la imparcialidad que procura por medio de mecanismos de puesta en cuestión de los resultados autoritativos a los que se pudo haber arribado en el pasado. Quedará por ver si la Corte de Constitucionalidad cambia su concepción acerca de la discrecionalidad cautelar. No obstante, lo que resulta innegable es la importancia que tiene una comprensión más clara acerca de la forma en que razonan los jueces al decretar protección cautelar (esto, en la medida en que solamente al comprender estamos en condiciones para criticar). El fallo de la Corte de Constitucionalidad podrá ser definitivo para el caso FUNTECH, pero, al someter a crítica decisiones de esta naturaleza, preparamos las condiciones para que la concepción acerca de lo discrecional que actualmente impera en Guatemala pueda cambiar en un futuro próximo.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de Derecho. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 85-100, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99636/1/DOXA_42_04.pdf
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Análisis Lógico y Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y Razón Práctica*. Distribuciones Fontamara S.A.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica* (Trad. M. Atienza e I. Espejo). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1978).
- Alonso Vidal, H. (2020). *Derecho administrativo y teoría del derecho: tres cuestiones fundamentales*. Editorial Palestra.
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicómaca. Ética Eudemia*. (Trad. J. Pallí Bonet). Editorial Gredos.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta S.A.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S.A.
- Atienza, M., (2017). *Algunas Tesis sobre el Razonamiento Judicial*. En: Aguiló, J. y Grández, P. (Eds.). *Sobre el Razonamiento Judicial: Una discusión con Manuel Atienza*. Palestra Editores.
- Barak, A. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones (Trad. G. Villa Rosas). Palestra Editores. (Trabajo original publicado en 1992).
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 26, 225-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.35>.
- Calamadrei, P. (1984). *Providencias Cautelares* (Trad. S. Sentís Melendo). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Carrió, G. (2011). *Notas sobre derecho y lenguaje*, 6ª. Ed. Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. C. y P.E. Perrino. (2006). *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*. Lexis Nexis.
- Chinchilla Marín, C. (1993). El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. *Revista de Administración Pública*. 131, 167-189. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=129&IDA=23870>
- Dworkin R. (2012). *El imperio de la justicia* (Trad. C. Ferrari), 2ª. Ed. Editorial Gedisa. (Trabajo original publicado en 1986).
- Dworkin, R. (1989) *Los derechos en serio* (Trad. M. Guastavino), 2ª. Ed. Editorial Ariel S.A. (Trabajo original publicado en 1977).

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES
DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR

- Fernández, T. R. (2006). *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Palestra Editores.
- García Amado, J. A. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, 35, 151-172, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34>
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder. *Revista de Administración Pública*, 38, mayo-agosto, 159-205. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1993). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 3ª. Ed. Editorial Civitas S.A.
- García Pérez, M. (2015). *El Proceso Contencioso-Administrativo*. En: Rodríguez-Arana, J. y Rodríguez Rodríguez, L (Eds.). *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*. (3ª. Ed.). Marcial Pons Editores.
- González Lagier, D. (1997). Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin). *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 20, 157-175. <https://doi.org/10.14198/DOXA1997.20.05>.
- González Lagier, D. (2019). *Quaestio Facti. Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción*. Palestra Editores.
- Guastini, R. (2017). *Teoría Analítica del Derecho*. ZELA Grupo Editorial E.I.R.L.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto de derecho* (Trad. G. Carrió). Abeledo Perrot S.A. (Trabajo original publicado en 1961).
- Hart, H. L. A. (2014). Discrecionalidad. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 85-98, <https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-discrecionalidad>
- Jiniesta, E. (2019). *El Derecho Administrativo en Costa Rica*. En: Mejía, H., Orellana, E., Navarro, K., Jiniesta, E., Gasnell Acuña, C. y Rodríguez Huerta, O. (2019). *Tratado de Derecho Administrativo Centroamericano y República Dominicana, Tomo I*. Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho* (Trad. M. Nilve). Eudeba. (Trabajo original publicado en 1934).
- Lifante Vidal, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad. *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 413-439, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf

- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica: escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant Lo Blanch.
- MacCormick, N. (2016). *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico* (Trad. J. Gascón Salvador). Palestra Editores (Trabajo original publicado en 2005).
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad*. Agencia Boletín Oficial del Estado.
- Ost, F. (2017). ¿Para qué sirve el Derecho? ... Para contar hasta tres (Trad. V. Roca). *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 40, p. 15-48. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.01>.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989) *Tratado de la argumentación jurídica: la nueva retórica* (Trad. J. Sevilla Muñoz). Editorial Gredos (Trabajo original publicado en 1958).
- Raz, J. (1990). *Razón práctica y normas* (Trad. J. Ruiz Manero). Centro de Estudios Constitucionales. (Trabajo original publicado en 1975).
- Rodríguez-Arana, J. (2007). *Las Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*. En: Cisneros Farías, G., López Olvera, M. A., y Fernández Ruiz, J. (Coord). *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11304>.
- Summers, R. (2020). *Las razones sustantivas y la interpretación del Derecho en el common law*, (Trad. G. Villa Rosas). Palestra Editores (Trabajo original publicado en 1978).
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad: El juez y la construcción de los hechos* (Trad. D. Accatino Scagliotti). Marcial Pons Editores. (Trabajo original publicado en 2009).

VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM¹

Assessing Surrogate Motherhood in Islam

JESÚS FRANCISCO RAMÍREZ BAÑUELOS*

Universidad de Guadalajara

RESUMEN

Este ensayo reflexiona sobre la impermisibilidad de la maternidad subrogada en la mayoría de los países del Islam, con la excepción de Irán. Sin ser un estudio omnicomprendivo, se realiza una valoración de las principales razones que impiden a las parejas musulmanas acceder al método de asistencia reproductiva de la maternidad subrogada. El planteamiento de este ensayo es que la maternidad subrogada no es permitida dado que bajo el derecho islámico no es posible negar la maternidad. La presunción de la maternidad está sustentada tanto en el Corán como en el idioma árabe y se refleja en las interpretaciones que realizan los estudiosos del Islam. Se concluye que la maternidad subrogada gestacional es la única variante de la maternidad subrogada que puede ser compatible con los principios del Islam.

Palabras clave: maternidad subrogada, Islam, maternidad subrogada gestacional.

¹ Este artículo es el trabajo final del LLM en Derecho Internacional y Comparado del Trinity College de Dublín. No se ha recibido ninguna financiación para la preparación de esta investigación.

* Abogado y maestro en Gestión de Servicios Públicos en Ambientes Virtuales por la Universidad de Guadalajara. Máster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada, España. M2 en Historia del pensamiento jurídico contemporáneo por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. LLM en Derecho Internacional y Comparado por el Trinity College Dublin.

ABSTRACT

This essay reflects on the impermissibility of surrogacy in most Islamic countries, except for Iran. Without being an all-encompassing study, an assessment is made of the main reasons that prevent Muslim couples from accessing the reproductive assistance method of surrogacy. The approach of this essay is that surrogacy is not allowed since under Islamic law it is not possible to deny motherhood. The presumption of motherhood is supported in both the Qur'an and the Arabic language and is reflected in the interpretations made by Islamic scholars. It is concluded that gestational surrogacy is the only variant of surrogacy that can be compatible with the principles of Islam.

Keywords: Surrogacy, Islam, gestational surrogacy.

INTRODUCTION

Procreation is one of the most common goals in the life plan of human beings. However, not all people are able to achieve it through sexual intercourse with their partners. Given this reality, reproductive assistance techniques are considered as an alternative to achieve it. One of the most controversial of these alternatives is surrogate motherhood. Surrogate motherhood is almost unanimously —except for Iran specifically for gestational surrogacy— rejected by authorities in the Islamic world. However, the reasons for preventing surrogacy are not uniform and differ markedly depending on whether the community is predominantly Sunni or Shiite (Shabana, 2015 pp. 84-85; Aramesh, 2009, pp. 320-322).

It has been noted that the reasons for preventing surrogate motherhood in Islam are of two types. The first category corresponds to ethical and psychological reasons common to any society in the world, namely, the concern for monetising the arrangement between the surrogate mother and the biological parents; and the emotional impact that may result for the surrogate mother in giving up the

VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM

conceived child, as well as the psychological implications for the child growing up and knowing that he or she has "two mothers" (Fadel, 2002, p. 154). The second category are reasons specific to Islam, namely a) the intervention of third parties outside the marriage; b) the priority of family unity, based on the marriage bond and the preservation of patriarchal lineage; and c) the protection of the right of children to know the identity of their parents (Fadel, 2002, p. 148; Muaygil, 2017; Shabana, 2015, p. 83). Although the first set of arguments for rejecting surrogate motherhood have merit for analysis, they will not be addressed in this essay as they are beyond the scope of this study and do not relate directly to Islam (Shabana, 2015, pp. 115-116). However, none of the analyses have focused on the role of the mother in the construction of the family model that Islam protects. That is, the nuclear family originating from the marriage bond. This paper aims to contribute to the sense that the reason for the refusal to allow the use of surrogate motherhood in Islam is the legal impossibility of disregarding motherhood. This is so, since according to Islamic law there is a presumption of motherhood as the structural axis of the family unit.

Although medically there are two types of surrogate motherhood, namely, a) partial; and b) total, this paper will focus only on the first type, i.e., partial, or gestational surrogacy. This paper examines the compatibility of gestational surrogacy with Islam. For the purposes of this paper, partial or gestational surrogacy is defined as assisted reproductive techniques performed by a married couple in which one or both partners are infertile. In these cases, the couple resorts to *in vitro* fertilisation from the union of the husband's sperm with the wife's egg to create an embryo. The embryo is then implanted in the uterus of the surrogate mother. The surrogate mother carries the pregnancy to term and delivers the child to the commissioning couple (Fadel, 2002, p. 153). This essay limits its study to this type of surrogate motherhood, as it is the only variant that is in accordance with the principles of Islam (Muaygil, 2017, p. 113).

This paper is structured based on an analysis of the arguments given by Islamic scholars to reject surrogate motherhood. The first part establishes the premise underpinning this paper, namely that the mother is the fundamental actor in the institution of marriage, and it is around her that the family is legitimised. In the second part, the argument against the intervention of third parties outside the marriage as an element to prevent surrogate motherhood is studied. The third part analyses the preservation of lineage as a possible ground for excluding the acceptance of surrogate motherhood. The fourth part examines whether surrogate motherhood guarantees the right of children to know the identity of their parents. It concludes that only gestational surrogacy can satisfy the requirements of Islamic law. It is argued that so far, most states in the Islamic world do not allow it because their laws do not provide for the possibility of disregarding maternity. Thus, for those countries that are against it, surrogate motherhood is a risk to family stability. The risk is conceived not because of paternal filiation but because it is considered that there may be social uncertainty in distinguishing the person who gives birth from the concept of mother. For them the conclusion is aberrant: there are two mothers or no mother at all.

1. THE FUNDAMENTALITY OF THE MOTHER IN ISLAM

Contrary to the widespread idea that the family in Islam is structured around the father, this paper argues that it is the mother who is the pivot for the social and legal configuration of the family in Islamic law. It is true that children bear the appellations of the father, even when they are born out of wedlock (Shabana, 2015, p. 114). However, unlike paternity, maternity is not subject to legal disregard and there is even a verse in the Qur'an that refers to the mother as the one who gives birth: "None can be their mothers except those who gave them birth" (Fadel, 2002, p. 154). This divine affirmation is strengthened in the language itself. In this respect, it is revealing to note that the Arabic word *Walad* —to give birth— is very

close to the different *Walidah* —mother. There is an irrefutable conviction that the mother is the person who gives birth and no other (Fadel, 2002, p. 154).

It is around this linguistically endorsed divine truth that the legal provisions in the Islamic world are located. The mother is considered the centre of the family, legally formed by husband and wife. The offspring of this relationship are the only legitimate children. In the case of unmarried mothers, their children are considered illegitimate, but they remain their mother's children legally and socially —with the negative consequences for the woman.

The conceptualisation of the mother in the Islamic world is based on the naturalness of the human being. That is, the mother is the woman who is fertilised by a man's sperm and who, after carrying the pregnancy —during which time she nourishes the foetus in her own body and exchanges its genes and blood fluids— gives birth to a new being. That new being, her child, is also her father's child. But the truth is that the mother is unquestionable, not the father. Understandably, this biological view of the mother-child-father relationship, naturally reflected in the Qur'an, is called into question when faced with the intervention of medical science to facilitate procreation through surrogate motherhood. Of particular concern to Islam is the involvement of a third party, i.e., the surrogate mother, in the process of conception of a new being.

2. THE INTERVENTION OF THIRD PARTIES IN MARRIAGE

Islamic law is structured on the acceptance of divine designs as a guide to achieve virtue on earth. God is the creator and from him comes life. However, when couples become infertile, the question arises as to whether it is permissible in Islam for human beings to use assisted reproductive techniques. In Islam, the aim is for the human being to develop during his or her earthly existence in the best possible circumstances. Islam does not demand human resignation in the face of problems, but rather that the solutions be in accordance with the Qur'an, as well as the Sunnah

and, where applicable, the interpretations of scholars and religious authorities (Fadel, 2002, pp. 147-148).

For Islam, the community is at the centre of the life of human beings, who have a specific role according to the place they occupy in their family. Therefore, the family as a social nucleus is fundamental for human beings to maintain their relationship with God. In that sense, procreation is essential for the continuity of the family. However, Islam protects the nuclear family based on legitimate marriage (Shabana, 2015, p. 88). That is why adultery and even adoption as it is known in the West is rejected (Fadel, 2002, p. 150; Muaygil, 2015, p. 114).

According to Islam, marriage is the social space intended by God for procreation. As a central figure validated by God, marriage has a sacred value for the community (Alam, 2019, p. 249). Husbands and wives are obliged to keep their intimate relations within their marriage and not to display them to outsiders (Muaygil, 2015, p. 115). In fact, even when a wife must be treated for a health condition, Islamic law provides strict rules indicating who can treat her, with a woman being the preferred provider.

As marriage is a space reserved for husband and wife, the general opinion is that the intervention of a third person such as a surrogate mother breaks with the sanctity of the family institution. Those who believe otherwise point out that in the case of gestational surrogacy no such violation occurs, since the process of fertilisation of the husband and wife's sperm and egg takes place outside the family in a medical environment in front of competent personnel. Furthermore, they consider that the embryo is a distinct being, i.e., it does not involve the direct impact of the husband's sperm with the surrogate mother's eggs. In other words, the implantation of the embryo in the uterus of the surrogate mother does not break the marriage bond because the new being is the product of the union of the spouses' gametes (Muaygil, 2015, p.117).

The analogy with the milk mother to explain gestational surrogacy is very illuminating, especially when it is understood that the surrogate mother has no contact with the husband and there is no blood or genetic transfer with the embryo (Muaygil, 2015, p.117).

If this scientific explanation is accepted, then it follows that in the specific case of gestational surrogacy there is no third-party involvement in the marriage (Muaygil, 2015, p.113).

3. THE PRESERVATION OF LINEAGE

For Arab countries, even from the pre-Islamic tribal period, the preservation of lineage has been fundamental to social harmony. It is generally accepted that lineage follows paternal filiation, with the father's appellation being passed on to children and serving as an identification of the individual's family background (Muaygil, 2015, p.114).

In this regard, opponents of surrogacy point out that surrogacy confuses lineage by mixing the genes between the biological parents and the surrogate mother (Ahmed, 2015, pp. 38-39; Alam, 2019, p. 250). However, while this may be true in cases of full surrogacy where the husband's sperm fertilises the surrogate's egg, it is not true in the case of gestational surrogacy. Today, scientific advances make it possible to be certain that in the case of gestational surrogacy there is no transfer of genes or blood between the embryo —created from the husband's sperm and egg— and the surrogate mother's body. In this sense, without implying surrogate motherhood objectify the surrogate mother, her womb is the receptacle that nurtures a new being independent of her own genetics. Beyond the natural fact of giving birth, the surrogate mother does not share any genetic link with the new being, the child of the commissioning parents. Therefore, there is no confusion of lineages.

When a medical view is taken, it is possible to conclude that the parentage of the new being, and thus its lineage, is solely that derived from the marital

relationship between the commissioning spouses. However, the permanence of the Qur'anic and linguistic concept of mother makes many Islamic scholars doubt the denial of the motherhood of the woman who gave birth. In this regard, Iran sets several requirements to ensure that *in vitro* insemination does not confuse the lineage. These requirements are a) that the biological parents are married to each other; b) that the sperm comes from the husband; c) that the fertilisation occurs within a legally valid marriage; and d) that the procedure is performed by competent persons (Fadel, 2002, p. 152). In addition, the surrogate mother is required to abstain from sexual intercourse after the implantation of the embryo and for the duration of the pregnancy. As can be seen, if these elements are observed, it is possible to identify precisely who the biological parents of the new being are and what the role of the surrogate mother is. Under these conditions the right of the child to know the identity of the parents is not violated (Aramesh, 2009, p. 320).

4. THE RIGHT OF CHILDREN TO KNOW THE IDENTITY OF THEIR PARENTS

Another argument for opposing surrogate motherhood in Islam and concomitant with the preservation of lineage is the right of children to know the exact identity of their parents (Shabana, 2015, p. 89). This is perhaps the strongest argument, as the right of the child takes precedence over the right of the parents. Everyone should know where they come from and identify both their father and their mother (Muaygil, 2015, p. 89; Fadel, 2002, p. 150). In practice this right has greater implications for the knowledge of paternity, since, as mentioned above, motherhood is assumed to belong only to the woman who gives birth (Muaygil, 2015, p. 115).

For scholars of Islam who are against surrogacy—even gestational surrogacy—the fact that the birthing mother is not legally considered the mother is a contradiction in terms (Muaygil, 2015, p. 114). This confusion of roles of the women involved in procreation causes religious authorities to consider surrogate

motherhood as a risk to the stability of the family unit: how to explain in religious terms that the mother is the one who provided her egg to be fertilised *in vitro*, but did not give birth, and on the other hand, how to deny in terms of the Qur'an that the woman who gave birth is not the mother of the new being? (Aramesh, 2009, pp. 320-322) This dilemma between the literal interpretation of the Qur'an or applying the *qiyas* more broadly is why gestational surrogacy is permitted in Iran, as it is accepted as the only one that leaves no scientific doubt as to how the child was procreated. Even if its gestation occurs inside a woman other than the mother (Muaygil, 2015, p. 115).

This difficulty in reconciling the Koranic precept with the need to offer a legal alternative to infertile married couples has led to the issue of surrogate motherhood being discussed on several occasions in medical and religious forums from an Islamic perspective. However, no conclusive solution has been reached mainly because of concerns about legally distinguishing kinship (Shabana, 2015, pp. 89-98). In general, there are three positions and an absolute denial. The first position states that the commissioning parents are the legal parents, and the surrogate mother has the character of milk mother. The second position states that the new being is the child of the surrogate mother and her husband. The third position is that the mother is the surrogate mother—the one who gives birth—and the father is the biological father. The denialists say that neither woman fulfils all the elements to be considered a mother (Shabana, 2015, pp. 107-108).

5. CONCLUSIONS

This essay explores the compatibility of surrogacy with the principles of Islam. The research shows that the only type of surrogacy possibly valid in Islam is gestational surrogacy because it is performed by a married couple who are infertile, whose gametes unite and form an embryo that is then implanted into a surrogate mother to carry the pregnancy to term without mixing genes nor blood.

This essay shows that the almost unanimous refusal of Muslim countries to accept surrogate motherhood is explained by the impossibility of denying the

motherhood of the woman giving birth. For Islam there is a link between the concept of mother and the event of childbirth. Under the logic of Islam, recognising as a mother one who does not give birth or disowning one who does destabilise marriage and confuses lineages (Shabaik and Nelson, 2020, p. 1507). Ultimately, this paper shows that what is being protected is the preservation of the mother's role in the family.

6. REFERENCES

- Ahmed M. H. *The Legal Prohibition of Surrogacy for Muslims in Malaysia: A Critical Analysis*, 6 (1) *UUMJLS*, 33 (2015).
- Al Yadainy F. A. *Agreement Surrogate Mother and the Effect on Children's Status Born*. 1(2) *Journal of Law and Legal Reform*, 311 (2020).
- Alam S. *Judicial Review of Islamic Law: Surrogacy Phenomenon in Southeast Asia Countries*. 317 *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, 249 (2019).
- Aramesh K. *Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns*. 35 *J Med Ethics*, 320-322 (2009).
- Fadel H. E. *The Islamic Viewpoint on New Assisted Reproductive Technologies*. 30 *Fordham Urb LJ*, 147(2002).
- Muaygil R. A. *Reexamining the prohibition of gestational surrogacy in Sunni Islam*. (17) 2 *Developing World Bioethics*, 112 (2017).
- Shabaik S. and Nelson A. *In response to the article titled Thoughts on the Ethics of Gestational Surrogacy: Perspectives from Religions, Western Liberalism, and Comparisons with Adoption Issue Date: January 2020*. 37 *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 1507 (2020).
- Shabana A. *Foundations of the Consensus against Surrogacy Arrangements in Islamic Law*. 22 *Islamic Law and Society*, 82 (2015).

SOBRE LO SOBRE LO SÍMBOLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

On the symbolic in the meta theory of the guaranteed realist paradox of Luigi Ferrajoli

ANUAR FERNANDO GAUNA HORTA

Universidad de Guadalajara

RESUMEN

La meta teoría del derecho, desde el enfoque garantista, es abordar y reconocer la problemática del poder y las libertades a través de la norma, ello implica dada la compleja red de axiomas creadas por Ferrajoli una forma importante de atender a la posibilidad de observar los límites, de una teoría paradójica como la realidad misma y dadas las características isomórficas del derecho, preguntarnos se el enfoque simbólico dado por la meta teoría mantiene un enfoque que pudiera estudiarse con la profundidad debida, exigida por lo colectivo.

De tal manera que se pretende en el presente trabajo de investigación abordar mediante un método deductivo, inductivo, abductivo y analítico, analizar las posibles variables de una teoría simbólica del derecho. Los resultados son en definitiva polémicos y apasionantes, pues dotan de alma aquello que pareciera únicamente producto del intelecto, desmarcando lo absoluto y demostrando los límites reales de la meta teoría. De tal manera, a las conclusiones a las cuales llegamos es que la metateoría del derecho vista desde el aspecto simbólico de la psique humana, contiene lagunas e incluso contradicciones las cuales pueden ser disminuidas mediante el análisis simbólico, lo cual indica desarrollar una meta metateoría del derecho.

Palabras clave: Metateoría, garantismo, simbólico, signo, significado

ABSTRACT

The meta theory of law, from the guarantee approach, is to address and recognize the problem of power and freedoms through the norm, this implies, given the complex network of axioms created by Ferrajoli, an important way of attending to the possibility of observing the limits, of a paradoxical theory as reality itself and given the isomorphic characteristics of law, ask ourselves if the symbolic approach given by the meta theory maintains an approach that could be studied with due depth, required by the collective.

In such a way that it is intended in this research work to address, through a deductive, inductive, abductive and analytical method, analyze the possible variables of a symbolic theory of law.

The results are ultimately controversial and exciting, as they endow with soul what seems to be the sole product of the intellect, demarcating the absolute and demonstrating the real limits of meta-theory.

In this way, the conclusions we reach is that the meta theory of law seen from the symbolic aspect of the human psyche contains gaps and even contradictions which can be reduced through symbolic analysis, which indicates developing a meta meta law theory.

Keywords: Meta theory, guarantee, symbolic, sign, meaning

INTRODUCCIÓN.

En investigaciones recientes se han enfocado en estudiar el derecho desde su enfoque realista, siendo así superada la definición de ciencia del derecho otorgada por Maynez y aún hoy en día enseñada de esa manera a los estudiantes de derecho como una ciencia axiológica, es decir, como un tratado de los valores, el enfoque realista parte de la necesidad de utilizar el derecho como un medio para un fin político o social, no así como un fin en si mismo, siendo así, aparece la meta teoría del derecho en el garantismo, la cual parte de la necesidad de una normatividad rigurosa, pero entiende que estas no se siguen, ni por los que las crean, ni se siguen por los que supuestamente van dirigidos, de tal manera que la meta teoría del derecho se vuelve en definitiva paradójica.

Dejando varias interrogantes las cuales se intentan responder en el presente artículo es si ¿existe la posibilidad de analizar simbólicamente la meta teoría dentro del logos en el derecho? De ser así, cuáles son sus alcances, la respuesta apunta inevitablemente a conclusiones tan complejas como el mismo método y marco teórico aquí empleado, originando así un aparente bucle interminable de nuevas preguntas, derivadas de las posibles respuestas, situación que nos permitiría entender que los alcances del derecho de manera paradójica, van más allá de la aplicación axiológica, cuando se utiliza el axioma.

La importancia la cual reviste el presente trabajo de investigación es primeramente para observar la cronología dentro del avance de la meta teoría del derecho, tanto por el autor, como por autores externos, organizando así las ideas primigenias de la meta teoría del derecho, explicando así los alcances y posibilidades de crecimiento de la meta teoría del derecho, llevando así al límite al signo y significado, mediante lo simbólico y en caso de ser posible la verdadera utilización de lo simbólico en el derecho, entonces plantear algunas propuestas, con lo cual se permite al presente trabajo de investigación ampliar sus alcances con nuevos proyectos de investigación.

1. EL REALISMO JURÍDICO, VISTO DESDE LA ANALÍTICA.

Durante la historia de la humanidad aparece lo que pudiera ser considerado derecho en prácticamente todas las civilizaciones, siendo hasta quizá la aparición del derecho romano donde surgen las bases para poder decir esto es o no derecho conforme lo dispone una 'normatividad' (sin que se entienda esto desde el enfoque positivista en estricto sentido), que, en un principio no era estrictamente escrita pero con el paso de los años se determinó con la escuela positiva lo que aparentemente debía ser entendido como derecho para ser considerado como tal, no obstante hubiera indicios previos a este ya del derecho en su forma escrita y positiva, entendiendo esta última como la forma de su cumplimiento, de tal manera la finalidad siguió siendo la misma para el derecho positivo como bien lo dice Augusto Sánchez Sandoval (2008), menciona lo siguiente:

Entonces, la pureza de la razón se mide en cuanto satisface la voluntad de la dominante, que impone a las personas, la negación a ser sí mismas, y la aceptación de él como modelo único. En consecuencia, santo es el dócil, el puro, el que se flagela a sí mismo para matar sus propias sensaciones; el obediente que renuncia a la vida propia por el amor sublimado hacia el que manda. Así, se contribuyó a construir la moral contranatural, la moral enfermiza, que para dominar lo instintivo de la vida, dividiendo lo indivisible: el ser humano, en cuerpo y razón. (págs. 43-46)

Con lo cual se retoma el argumento en donde el fin del derecho es forma de legitimar el sometimiento de unos pueblos a otros (SANCHÉZ, 2004).

Se ha buscado entender los procesos que construyen y dan vida al mismo, iniciando por el derecho natural, continuando por el derecho positivo y ahora lo más recientes apunta al realismo jurídico que parte de la sociología, que aún y con sus evidentes complicaciones, dan forma al derecho contemporáneo, el realismo jurídico desde su variable sociológica cambian de manera radical el derecho, dejando de lado el derecho como un concepto, comenzando así a observarlo como

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

una función, sobre todo en el ámbito penal, área del derecho que justifica el sometimiento violento por parte del estado al individuo.

El desarrollo de las estructuras teóricas del realismo pueden percibirse desde el enfoque criminógeno, sin embargo, para el estudio de las nuevas corrientes del derecho con enfoque en un pensamiento jurídico político, acotaremos tan basta obra como lo es el realismo jurídico, únicamente como aquellas escuelas las cuales eliminan el elemento psíquico del sujeto quien obedece la norma, es decir, deja de abordar el problema de la norma como un problema de la teoría del conocimiento y se centra en este como el medio para poder cumplir fines políticos y sociales específicos, lo cual pudiera decirse, elimina psíquicamente al individuo, de esta forma entender el realismo jurídico como aquellas estructuras jurídicas cuyo desarrollo funciona mediante un objetivo sociológico de aplicación, deja de lado la aplicación de la norma con base en la filosofía de la justicia, de ahí que se denomine realismo jurídico a la aplicación ‘práctica’, si no es que funcional del derecho en una sociedad determinada.

La comprensión del ejercicio del poder como forma meramente funcional, parte del desarrollo de Kelsen a través de Strauss en el entendimiento sociológico y Freud desde el aspecto psicológico, en donde se maximizan las capacidades de acción de la estructura social mediante la coerción y con ella el ejercicio del poder.

Iniciando por las diferentes teorías realistas jurídicas redefinidas, cuyo resultado de entendimiento lógico jurídico, cae en el hecho de entender la norma desde un punto de vista meramente hipotético. Y es que, es de recalcar en el presente artículo únicamente abordaremos las escuelas, analítica italiana y las diferencias más generales entre la escuela del realismo alemán la cual tiene dos variables considerables, no así algunas teorías jurídicas las cuales son importantes, pero no logran acercarse al contexto sociológicos de aplicación real pretendido, esto visto desde su significado simbólico.

Para explicar esto habrá que remitirnos a Hans Kelsen interpretado por Ferrajoli (2017), quién señala la noma estática como única aplicación al ejercicio de la sanción, realizada mediante la implicación de la sanción por la normatividad violentada (pág. 180) a esto se le denominó como noma dinámica, este Kelsen desecha la idea de una eficiencia pura, sin embargo, la relación dada entre la norma y castigo nace como único fin de la norma sede jurisdiccional, determinando así prácticamente la justificación sobre la existencia del derecho positivo.

Esto logra además apreciarse cuando Correas (1989) señala:

‘El sistema de normas que llamamos orden jurídico es un sistema de naturaleza dinámica. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquiera clase. No hay ninguna especie humana que, por su misma naturaleza, no pareciera ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido heredada de acuerdo con determinada regla y solo por ella. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados. es decir, adquieren y pierden su validez. La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas. (págs. 189 y 190)’

La práctica en la aplicación de la sanción realizada por el órgano jurisdiccional se vuelve necesaria en su aplicación pragmática, de ahí las críticas realizadas desde la criminología al derecho, debido a la imposibilidad del mismo, de poder hacer valer en la mayoría de los casos la norma misma en la cual ha sustentado su existencia y objeto de estudio.

Este tipo de prácticas fueron seriamente criticadas por la criminología crítica; algo que señala Jonck Jung con su criminología radical, es el hecho de como la criminología crítica produce nuevas formas de desarrollo para la criminología etiológica, ecológica y prácticamente para cualquier escuela de criminología la cual

**SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

pretenda dar justificación a mantener y/o dotar de fuerza la ley penal a través de lo punitivo.

Desde esta óptica se comienza a dar forma al realismo jurídico el cual deja de lado la idea en sí del derecho como medio para llegar a un fin en sí mismo, es decir, deja de lado la idea respecto de la filosofía de la justicia y cómo podemos observar se desarrolla ahora como un medio para poder llegar a un fin, no es ya el derecho un fin en sí mismo, siendo el fin, el elemento político o sociológico al cual se pretende llegar, de ahí Atienza (2010) señala sobre el realismo jurídico:

‘...el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales, y no un fin en sí mismo. (pág. 25)’

Por otro lado, el realismo jurídico el cual se pretende abordar desde la meta teoría propuesta por la escuela analítica italiana, específicamente por Luigi Ferrajoli, no parte de los supuestos clásicos, pues estamos de acuerdo con Ricardo Guastini cuando señala al realismo jurídico redefinido, partiendo de tres tesis a tratar, una tesis ontológica, una tesis metodológica y una tesis epistemológica¹, por ende el realismo jurídico se caracteriza desde una óptica descriptiva y no meramente enunciativa, por ello las escuelas presentadas en el este trabajo de investigación son muestra de dicho análisis desde el punto de vista sociológico u político, pues recordemos el realismo jurídico utiliza al derecho como un medio, dejando de lado este como un fin, para una vez analizado dicho fin, lograr entender su alcance abstracto de aplicación real.

Luego entonces, el derecho según Guastini (2013), dentro del realismo jurídico redefinido debe entenderse en tres aspectos importantes:

- (1) un conjunto de textos normativos;*
- (2) un conjunto de normas producto de la interpretación y manipulación ‘creativa’ de tales textos;*
- (3) un conjunto de normas vigentes.’*

Dicho en otras palabras, el derecho para el realismo debe desintegrarse en signos para efecto de poder ser utilizado como un medio o mecanismo de control social, entonces, como también lo señala Guastini cabe el estudio de los diversos modelos de control los cuales utilizan el derecho desde lo que pareciera una *ultra positivización*, pues, puede que no todos los positivistas sean realistas, pero si los realistas son todos positivistas (duros) (2021) de ahí entonces la importancia de abordar los enfoques reales en la aplicación del derecho como un medio para alcanzar un fin político.

Es decir, es imposible estudiar el derecho en su dimensión pragmática (que no es lo mismo que realista) como bien señala Ferrajoli (2011):

‘Tal dimensión es a menudo ignorada o peor aún discutida por cuantos continúan fieles al viejo método técnico-jurídico, descriptivista y avalorativo, en la ilusión paracientífica de que el derecho puede ser estudiado como un objeto natural, autónomo respecto a la política y a la reflexión teórica y filosófica (pág. 35).’

Esto es así pues el tema central tanto para el derecho penal mínimo, como para el cognitivismo propuesto por Habermas o Gargaréla, el injusto penal de Roxin o el derecho penal del enemigo, no obstante, difieren completamente de la metodología de aplicación, se centran en lo mismo, ¿cómo hacer que funcione la norma prescrita por él legislador? derivando siempre del axioma, el derecho como signo e hiper tecnificación para el poder.

Ahora bien, Ferrajoli (2011) manifiesta en su *magna obra ‘Principia iuris’* en donde pretende abordar la meta teoría desde el inicio como una constitución simbólica, aunque derivado de las manifestaciones hechas por dicho autor logramos encontrar que su teoría está enfocada más al derecho como un conjunto de signos y significados (pág. 36) y es así donde pierde el enfoque ontológico capaz de demostrar su facticidad, situación a la cual estudiada desde un enfoque ontológico, propiamente desde la psicología analítica, diferiría bastante con percibir lo simbólico únicamente mediante signos y significados.

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Por otro lado, Ferrajoli (2011) se ciñe a su carácter metacientífico sobre el positivismo jurídico cuando este manifiesta lo siguiente:

‘Hemos de reconocer, por el contrario, como corolario metacientífico del positivismo jurídico y por tanto de la tesis del carácter artificial del derecho, el papel por así decir performativo de la cultura jurídica respecto al derecho.’ (pág. 36).

Este punto es interesante, pues nace de la idea del derecho como una invención, pareciera entonces que el mismo deriva de una ocurrencia, situación de cuya lectura simbólica, la cual parte del estudio del ser (ontológica), no podría desechar, pero tampoco verificar en todas sus variables pues el mismo Ferrajoli ha desarrollado una teoría la cual resulta sorprendente y seguramente será motivo de estudio en las décadas por venir, por ejemplo, el señala dos formas de interrelacionarse en la norma, por un lado entiende algo que en el derecho mexicano siempre se habló en catedra por los abogados postulantes, pero en realidad ningún libro de teoría explico con tanta claridad como Ferrajoli (2017), respecto del acto tético, como forma de predisposición (pág. 27) y no así necesariamente, únicamente como prescripción, permitiendo entender que el derecho no se relaciona únicamente desde su sede meramente jurisdiccional (pág. 52 y 53), pues su forma únicamente jurisdiccional señala este, redefiniendo a Kelsen, se da únicamente para dictar una sanción determinada por él Juez.

Entendemos con esto la metateoría del derecho propuesta por el jurista italiano como una propuesta que entiende la paradoja social entre la autoridad y el gobernado y como está al partir del ser humano en sí, debe controlar tantos los poderes, como las libertades salvajes.

Luego entonces, Guastini (2013) señala interpretando a Kelsen, que el proceso cognitivo se desarrolla únicamente en la esfera jurisdiccional a través de la teoría del conocimiento por el Juez, esta manifiesta lo siguiente respecto a la problemática en la aplicación de lo manifestado por Kelsen...

Estando así las cosas, parece obvio que los enunciados interpretativos – en abstracto (“El enunciado normativo E expresa la norma N”) y en concreto (“El caso x recae en el ámbito de aplicación de la norma N”) – son fruto de elecciones y decisiones, no de conocimiento. Es decir, los enunciados interpretativos tienen carácter ya no descriptivo (o cognitivo) sino adscriptivo y, en cuanto tales, carecen de valores de verdad¹⁰. Los enunciados interpretativos no son diferentes, en este sentido, de las estipulaciones y redefiniciones, respecto de las cuales son completamente análogos.

Las decisiones interpretativas de los operadores jurídicos están condicionadas, como es natural, por sus intereses prácticos (políticos, económicos, profesionales, etc.), por sus ideas de justicia y por la aceptabilidad de las diferentes decisiones dentro de la cultura jurídica existente. Por último, aunque no por ello menos importante, estas decisiones interpretativas de los operadores también están condicionadas por las elaboradas construcciones conceptuales de los juristas teóricos, esto es, de la dogmática jurídica. (pág. 4)

De tal manera que el realismo de Guastini no solo niega la posibilidad de una interpretación axiomática, sino también y quizá sobre todo, dialógica, oponiéndose así a lo dispuesto por Habermas o Gargarela, el primero pudiera decirse habla de un presupuesto visto a grandes y generales rasgos establecido mediante una comunicación cognitiva conductual, cuyo estímulo tiene como consecuencia llegar a posibles arreglos para así entender la norma y con ello poderla ‘obedecer’, mientras que Gargarella (2022) establece supuestos para entender la norma desde su enfoque con posibilidades meramente cognitivistas con los procesos que estos implican, toda vez que señala:

‘En mi opinión, para confrontar mejor los actuales problemas, de larga data y profundo alcance, necesitamos primero mejorar el diagnóstico que hacemos sobre los mismos. Ello así, al menos, hasta reconocer la raíz “democrática” de nuestras dificultades. Luego de ajustar el diagnóstico –entonces sí– vendrá la hora de precisar los contornos del “ideal regulativo” que aspiramos a realizar. Permítanme, a continuación, comenzar diciendo algo sobre el diagnóstico que nos debemos. Según creo, y como anticipara, la raíz de nuestras dificultades institucionales es “democrática”, y tiene que ver con el problema de (lo que de aquí en adelante llamaré) la “disonancia democrática” (pág. 6).’

La postura de un derecho dialógico, cuyo enfoque dado por Habermas (2012) el cual consiste aparentemente en atender a la dignidad humana, este señala...

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

‘...el concepto de dignidad humana transfiere el contenido de una norma moral basada en el igual respeto al orden del estatus de ciudadanos de un Estado que derivan su respeto propio del hecho de ser reconocidos por todos los demás ciudadanos como sujetos de iguales y exigibles (pág. 26)’

De tal manera que se entiende según este autor (HABERMAS, 1999), la única forma de solucionar el problema es a través del consenso y cito...

‘Si los procesos de entendimiento se dan a través del consenso y este consenso trae consigo una disminución en la patología social (pág. 464).’

De ahí se desarrolla un proceso de comunicación que se extiende en la parte positiva del “yo” permitiéndole al individuo partir de algo ya construido para que entonces pueda utilizar el amor de la forma arquetípica para lograr alcanzar la solidaridad y tener con esto una conciencia colectiva difícilmente puede obtenerse del modelo de construcción social propuesto por Habermas, esto no quiere decir que toda la teoría de la acción comunicativa sirva únicamente como fuente de control de las masas, el mecanismo intersubjetivo propuesto por Habermas implica una implicación de construcción Hermenéutica.

Por otro lado, Gargarella no alcanza para poder entender aquello pretendido evitar por Ferrajoli, el cual consiste en los poderes y las libertades salvajes, este proceso dialógico judicial al cual se refiere consiste básicamente en la deliberación entre iguales, este menciona lo siguiente:

Las alternativas de “deliberación inclusiva” a las que haré referencia muestran, desde el arranque, algunos rasgos de sumo interés. Todas ellas: i) parten del reconocimiento de la existencia de problemas político-institucionales gravísimos; ii) reconocen la naturaleza esencialmente “democrática” de dichos problemas; iii) apelan a respuestas que atacan la raíz “democrática” (antes que constitucional) del problema que se enfrenta; y iv) abordan ese problema democrático, desde una perspectiva preocupada por los dos pilares distintivos de las aproximaciones “deliberativas” de la democrática: la “inclusión social” y el “debate público”. De este modo, estas nuevas experiencias aparecen como pasos interesantes -

promisorios al menos-dados en la dirección del “ideal regulativo” de la “conversación entre iguales”.

Este aparentemente, se sigue basando en el mismo error de Habermas, pensar que existe la posibilidad de un verdadero dialogo exclusivamente cognitivo, por ende, la teoría de Ferrajolli (2010) parece más sincera y realista al entender que es necesario poner límites a tanto a las libertades, como a los poderes salvajes, tan es así, que el manifiesta:

‘Pero, en términos más generales, piénsese en todos los variados micro- y macropoderes salvajes y no sujetos a reglas que gobernaban y en parte siguen gobernando aún la vida de relación al margen de cualquier límite y control legal (págs. 135 y 136).’

No obstante, parece un ejercicio meramente cognitivo al desarrollar el cálculo de enunciados por Ferrajoli, consideramos su teoría tiene un carácter fuertemente simbólico, así la metateoría pudiera manifestarse desde lo simbólico, desde un carácter inconsciente de aplicación fáctica para la colectividad desde la individualidad.

El tema central es que tal y como se demostrara en el presente artículo, la meta teoría carece de elementos simbólicos suficientes con los cuales pueda potencializarse ontológicamente el derecho, visto desde esta manera, se hace necesario iniciar el proceso con el cual poder hablar de lo simbólico desde sus dimensiones fácticas y no solamente teóricas, por ende, se hace necesario estudiarlo desde dos aspectos importantes, el primero, siendo el lacaniano con el cual se justifica la característica simbólica del lenguaje, pues contrarió a lo que se pudiera pensar, para Lacan es de vital, sino la parte más importante, lo simbólico, sin embargo, Lacan pareciera no alcanzar para la geometría analítica del jurista italiano, pues esta pareciera desarrollarse desde lo onírico, siendo aquí en donde se pretende no solo incidir o criticar, sino también proponer desde lo simbólico, por ende se hace necesario el paradigma junguiano.

2. METODOLOGÍA.

La metodología empleada para el presente trabajo de investigación será el método inductivo, el cual deriva de lo particular a lo general, entendiendo que la pretensión es comprobar los resultados cuyas inferencias nos dan vista con la concatenación de enunciados lógicos, haciendo luego entonces necesario utilizar el método deductivo el cual va de lo general a lo particular, para efecto de poder corroborar los alcances de los resultados en las inferencias, derivado de la complejidad que enmarca los alcances simbólicos en la meta teoría del derecho, se hace necesario atender al método abductivo, con la finalidad de poder encontrar dentro de la paráfrasis de los resultados inductivos y abductivos, nuevos resultados para contrastar con el realismo garantista.

El marco teórico se sustentará con la meta teoría del derecho, la cual se centra en el análisis de las implicaciones reales dentro de la estructura normativa, pero al entender los limitantes de la meta teoría y como la redefinición del realismo implica el estudio ontológico, es decir, cuál será la facticidad y no solo así la vigencia o validez de la norma, dado el carácter simbólico el cual implica la teoría del garantismo de Ferrajoli y su fuerte influencia de la analítica italiana, se utilizará el método de la psicología analítica, utilizando el área desarrollada por Carl Gustav Jung, para poder observar la posibilidad de estudiar el aspecto ontológico dentro del análisis simbólico de la meta teoría del derecho, la cual podría brindarnos la posibilidad de describir los alcances y niveles de eficiencia/eficacia en la normatividad.

3. RESULTADOS. LA PSICOLOGÍA ANALÍTICA EN EL FENOMENO ONTOLOGICO DEL DERECHO COMO REALISMO.

Entonces, según lo expuesto anteriormente la redefinición realista parte de lo epistemológico, metodológico y ontológico, las primeras dos, ya se encuentran desarrolladas por la analítica italiana, siendo su teórico más fuerte hasta el momento

Luigi Ferrajoli, pero en su construcción meta teórica no se ha atendido al problema que implica el estudio del ser, únicamente se ha definido el ser, así Ferrajoli (2018) le contesta a Guastini quién pareciera hacer dicha observación, lo siguiente...

‘No entiendo de cuál de mis escritos Guastini ha podido inducir la idea absurda de que no admitiría la existencia de normas implícitas del tipo “aquellos que tienen dieciocho años de edad tienen derecho de voto” implicada por las normas “los mayores de edad tienen derecho de voto” y “aquellos que tienen dieciocho años de edad son mayores de edad” (Guastini, 2017, p. 118). Es claro que las normas implícitas, en ocasiones fruto de interpretaciones y de argumentaciones mucho más cuestionables que la anteriormente ejemplificada, no solo existen, sino que existen inevitablemente (FERRAJOLI, 2018).’

Es decir, pareciera que Guastini entiende que para Ferrajoli la constitución ontológica del derecho partiera únicamente dentro de la definición, cuando señala y transcribo...

‘Un discurso análogo puede hacerse para la aplicación del principio de implicación y para la cuestión de la plenitud. Con relación a la cual, Guastini (2017, p. 117) polemiza con una tesis que yo jamás he sostenido: “Luigi Ferrajoli sostiene que, si bien se dan relaciones de implicación lógica entre normas, no obstante las normas implícitas no pertenecen al ordenamiento mientras no sean expresamente formuladas por una autoridad normativa” (FERRAJOLI, 2018).’

Luego entonces tal y como señala Ferrajoli al menos dentro del espectro de la definición esto ya fue zanjado por dicho jurista en su obra *Principia Iuris*, pues es precisamente que la argumentación implícita puede representar un peligro que en efecto, aparentemente con la meta teoría se pretende detener, algo importante a resaltar es que para el jurista italiano su obra contiene elementos simbólicos, situación que va más allá de la crítica de Guastini a Ferrajoli, lo cual será motivo principal en el análisis del presente artículo.

Primeramente, hay que entender que, para Ferrajoli (2011), el derecho es universalmente simbólico, el lo señala de la siguiente manera:

‘...el derecho es esencialmente un universo simbólico, las distintas imágenes o concepciones producidas por sus teorizaciones han tenido siempre un papel decisivo tanto en su

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

construcción como en la formación del sentir común, de ese «sentido cívico» o «sentido del derecho» que constituye, entre otras cosas, el principal presupuesto social y cultural de su efectividad (pág. 46).'

Paro más que un análisis simbólico, Ferrajoli (2011) desarrolla su teoría generalmente mediante signos y significados, mencionándolo así:

'Porque el derecho es un mundo de signos y de significados. Es el lenguaje necesario para tratar los problemas políticos y sociales: para nombrarlos, para aclarar y precisar sus términos, para articular sus múltiples aspectos, para exponer sus concretas soluciones posibles.' (pág. 27)

Sin embargo, tal y como se describió anteriormente, pareciera más que su teoría se avoca más al signo y significado, lo cual es el desarrollo de la definición, por el problema ontológico el cual repercutiría irremediabilmente en su teoría axiomatizada como él lo ha planteado.

Si tomamos en cuenta lo señalado por San Agustín y la reinterpretación realizada por Lacan de este último, no se trata de la preeminencia de las cosas sobre los signos, sino de hacernos dudar de la premanencia de los signos en esa función esencialmente hablante que es enseñar. Aquí es donde según Lacan (1953) se produce lo que para él denominó como:

'La falla entre signum y verbum, nomen, el instrumento de enseñanza en tanto que instrumento de la palabra (pág. 376).'

Así continua Lacan (1953) entendiendo este problema del símbolo como *nomen*, desde una forma de transmisión del lenguaje, en la construcción del signo-significado el cual articula el significante (pág. 376). De esta manera entiende el *nomen* como un sentido del pacto, el cual se ejerce a través del reconocimiento.

Se entiende entonces para este autor que el símbolo, no así lo simbólico, se desarrolla como una forma de representación de la represión, es decir, aquello

escondido dentro del inconsciente que se entiende y de alguna manera pretende ser descubierto a su tiempo.

Entonces Lacan (1953) parte del estudio de lo real como forma de entender el ser o la nada, es decir, de lo ontológico, de esta manera cuando representa el *nomen* como el 'ser' cuyo hueco se denomina inconsciente, se aborda, así como fenómeno de la palabra, ya no en signo y significado, símbolo, sino a través de lo simbólico, lo imaginario y lo real (pág. 393). Teniendo una actitud interesante para poder entender la combinación entre ambos desde la dimensión del ser, y no así en la de lo real, Lacan (1953) inscribirse tres pasiones fundamentales: en la unión entre lo simbólico y lo imaginario, existe una ruptura, esa arista se llama amor; en la unión entre lo imaginario y lo real, el odio; en la unión entre lo real y lo simbólico, la ignorancia (pág. 394).

Así lo simbólico juega un papel sumamente importante dentro del espectro del entendimiento del ser humano y su interacción con el otro, Lacan (1954) explica entonces que esta interrelación es evidentemente superficial, aunque no por ello menos importante, pero es sin duda un enfoque arquetípico al fin y al cabo (pág. 395), es decir, en el lenguaje pueden encontrarse vestigios del alma humana, representados arquetípicamente de manera inconsciente y por lo tanto colectiva.

De tal manera que, por ejemplo, autores como Lacan jamás diría que lo simbólico, puede ser siquiera expulsado de lo real, pues la comprensión del mundo del 'otro' es una significación *sine qua non*, entre lo imaginario, lo simbólico y lo real, con lo cual no es posible hablar de estos tres de manera separada.

Es decir, no obstante se ha estudiado a Lacan desde su enfoque simbólico con la cultura, tanto este, como Jung, reconocen el carácter intrínseco entre lo simbólico cultura y lo matemático, así lo explica la Dra. Diana Ravinovich (1995)...

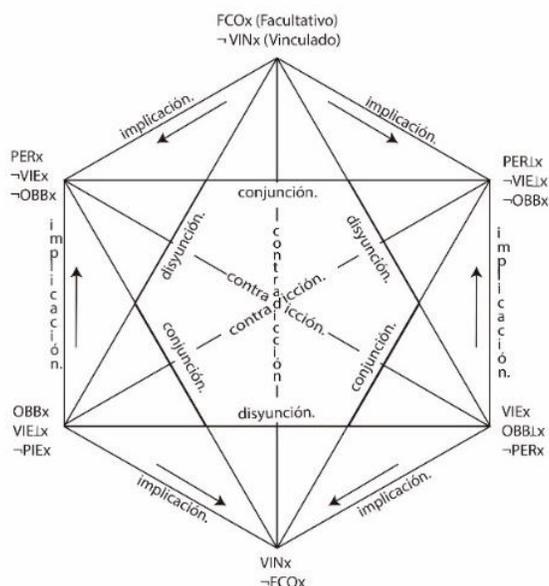
'Cuando Lacan hace pegar a lo simbólico este vuelco en el sentido de la letra matemática sigue hablando, en apariencia, de lo simbólico como si hablara de lo mismo. En realidad

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

¿de qué está hablando? Si se rastrea el término, éste era el proyecto original de más de un filósofo matemático, reunir en uno, lograr una simbología universal, un lenguaje universal. Pero para Lacan hay una comunidad entre esta teoría de lo simbólico y lo simbólico que viene de la antropología, de la historia del arte o de la lingüística. Lacan siempre dejó un punto de vacilación al respecto. Hay épocas en que enfatiza más uno que otro. Por ejemplo, en la primera época enfatiza más lo simbólico en el sentido cultural que en el sentido matemático, luego ambos se neutralizan. Pero no hay que considerar que uno anula al otro. Se suele tomar lo simbólico matemático olvidando la otra dimensión de lo simbólico y que el orden simbólico es una articulación original de ambos aspectos.'

Por otro lado, no obstante, contienen diversas diferencias Jung y Lacan, la psicología analítica su objeto de estudio será lo simbólico en el humano, esto significó para Jung el símbolo, es por demás digno de una tesis doctoral, sin embargo, presentaremos en el presente documento la síntesis de la síntesis de lo interpretación dada por Rosario Scrimieri Martín (2008), quién manifiesta...

'El símbolo es la misma imagen arquetípica en su proceso de acercamiento y de integración en la consciencia. Las imágenes arquetípicas son manifestaciones inmediatas de lo inconsciente colectivo, fragmentos de naturaleza, dice Jung, que se imponen a la percepción inmediata de la conciencia (pág. 22).'



En el presente artículo no obstante no se pretende abordar el arquetipo, se hace importante dejarlo como una oportunidad de investigación futura, para poder

desarrollar los posibles alcances ontológicos de la psicología analítica como disciplina transversal de aporte a la analítica del derecho.

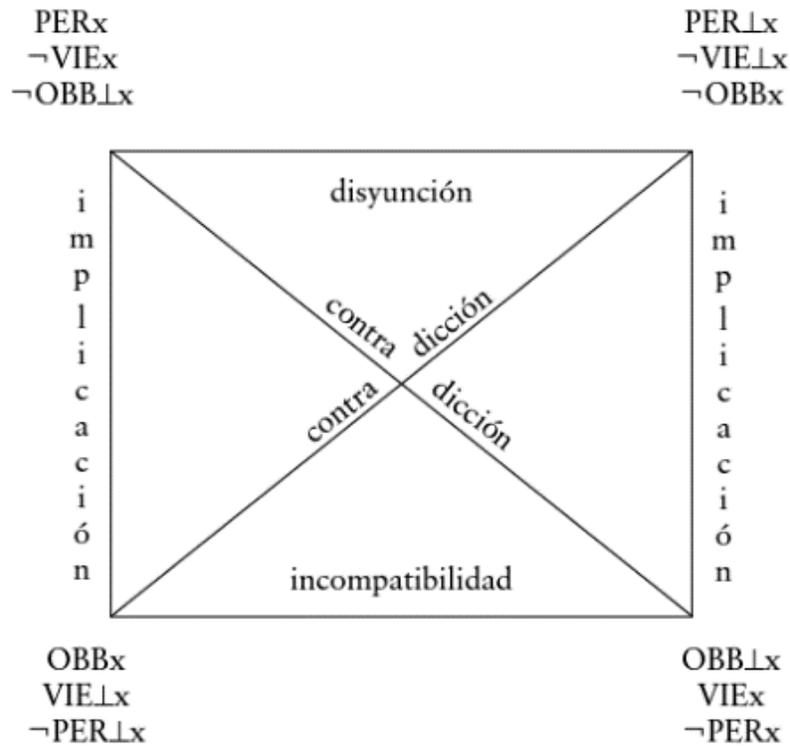
Así la hipótesis mediante la cual parte el presente artículo deriva de los alcances de la meta teoría del derecho propuesta por Ferrajoli para poder concatenar el elemento ontológico con la epistemología y metodología propuesta por el autor, pues no sirve de mucho una teoría la cual deje de lado el elemento subjetivo al cual aparentemente va dirigido, denominándolo, sin conceptualizar claro está, mucho menos poder definir como 'ser humano'.

Por lo tanto, no obstante, no es posible atender en lo simbólico únicamente el signo y significado como lo menciona Ferrajoli al inicio de su obra, pues lo simbólico va más allá de un mero signo y significado, tal y como se ha señalado; siendo así hasta el momento lo propuesto por el autor italiano como una forma de constitución lineal del lenguaje.

Plasmando el enfoque simbólico de la meta teoría, se discuten sus alcances cuando se inicia el proceso de geometría analítica para poder explicar los límites que debe tener cada postulado meta teórico, por ejemplo, dentro de la construcción de los cuadrados y hexágonos deónticos (FERRAJOLI, 2010):

Esta metodología meta teórica hace posible lograr comprender que el derecho tiene un carácter simbólico, aunque es mucho más profunda y compleja que lo propuesto por el autor italiano, por lo tanto, poder estudiarla de manera simbólica a través de la psicología analítica para poder llevar al límite la meta teoría como posibilidad dentro de su posible facticidad ontológica.

**SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**



DISCUSIONES.

Dentro del análisis simbólico es posible observar ciertas lagunas dentro de la metateoría del garantismo las cuales vale la pena presentar.

Primeramente, dentro de un análisis simbólico y geométrico, se hace más sencillo localizar dichas lagunas, si comenzamos con que el derecho inicia a través de aquello que esta $PERx$ (PERMITIDO), pudiendo representarlo simbólicamente de esta forma:



Después pudiera señalarse de manera positiva que no solo es aquello que se tiene $PERx$ (PERMITIDO), sino también aquello que se tiene $PER\lrcorner x$ (PERMITIDO QUE NO/ OMISIÓN), el cual pudiera caracterizarse de esta manera:



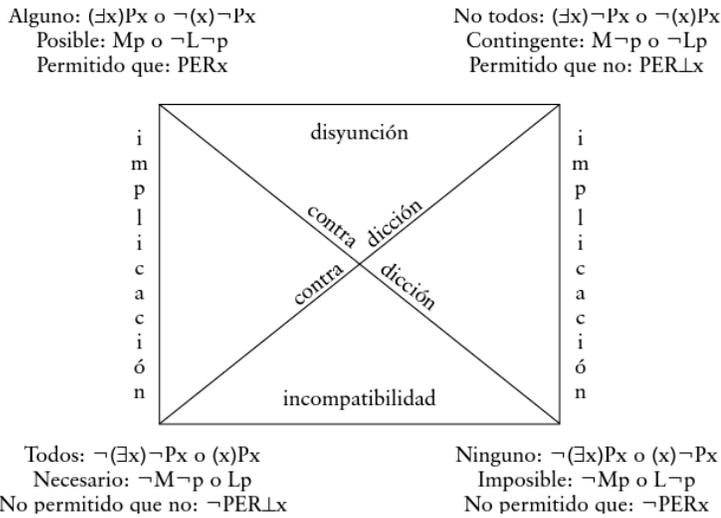
Si además observamos ya un carácter negativo dentro de dicha teoría, tal y como señala Ferrajoli (2018), utilizando el enfoque simbólico en donde después del dos, deviene el tres, tenemos la siguiente figura geométrica:



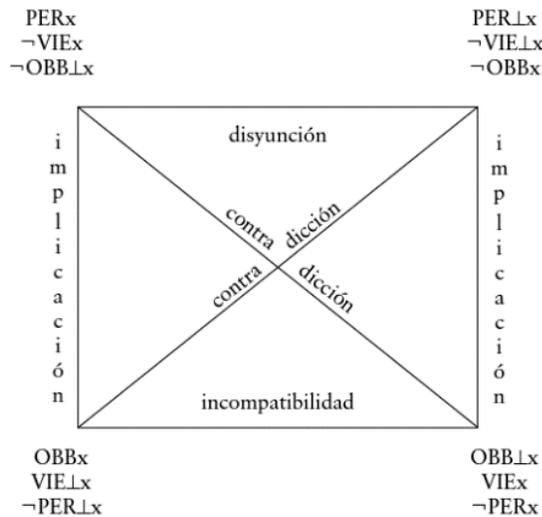
Entonces existe una conjunción entre lo permitido que y lo permitido que no, siendo el tercer punto la contradicción entre lo permitido que y lo permitido que no, derivando así, en un primer momento en una disyunción entre lo no permitido (no comisión) y lo permitido que no (omisión).

Por lo tanto, partiendo de la teoría simbólica, si después del tres, continua el cuatro, luego entonces cobra sentido comenzar a proponer la existencia del cuadrado deóntico (FERRAJOLI, 2011), el cual el jurista italiano lo desarrolla de la siguiente forma (págs. 117 y 118):

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI



Siendo la parte más interesante, la forma mediante la cual sobrepasar la paradoja, cuando Ferrajoli manifiesta que la forma de superarla es...



Este enfoque no solo se vuelve complejo de comprender, sino quizá, visto desde un meta nivel teórico simbólico, irreconcilable tanto con el cuadrado deóntico que lo antecede, como en el hexágono deóntico que lo precede, por tal motivo, siguiendo la misma dinámica simbólica, dado que después del cuatro, sigue el cinco, creemos es posible solucionar dicha paradoja de una manera más sencilla.

Realizando un análisis simbólico del logos en la meta teoría del derecho, utilizando las bases de la aritmética binaria, las cuales corresponde al I Ching, en donde predomina el número tres y cuatro los cuales son de mayor jerarquía e importancia. Marie Louis von Franz (1974) hace igualmente interesante como en Occidente el número cuatro representa la figura triádica de juicio (págs.- 107 y 108), situación importante a destacar, pues la teoría del garantismo, la cual difícilmente pudiéramos discutir aquí la contradicción con otras escuelas, al menos cuando se habla de formalismo.

El juicio, símbolo del número cuatro, inicia con cuatro formas derivadas geoméricamente.

Entonces, la paradoja deóntica más importante que se desarrolla en el garantismo es la existente entre el primer y el segundo modelo de cuadrado deóntico, en el primer cuadrado deóntico, el cual se compone de tres definiciones importantes, facultativo que es aquello de lo que se tiene permitida la comisión y no se tiene permitida la omisión, obligatorio que es aquello de lo que se tiene permitida la comisión y no se tiene permitida la omisión y prohibido que es aquello de lo que se tiene permitida la omisión y no se tiene permitida la comisión, la paradoja se desarrolla entre los negativos, es decir, entre el no permitido que (no omisión) y el no permitido (no comisión), ambas son distintas pero apuntan a un desarrollo psíquico el cual se niega a aplicar el realismo jurídico, pues el realismo se basa aparentemente en hechos.

Después de eso se brinca casi de manera mágica al hexágono deóntico, es decir, del cuatro se brinca al seis, ¿Dónde quedó el cinco?, este paso es fundamental pues aparentemente desarrolla con la supuesta solución el concepto más importante para su teoría, el de 'vinculado', el cual entiende como aquello de lo que se tiene permitida la comisión o la omisión, no así ambas, pero es que el vínculo no solo debe de ser de vigencia y validas, sino también de facticidad y para ello no abrió la puerta al análisis sociológico y político desde un enfoque científico.

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

En China dice Franz (1974) el número cinco posee el mismo significado que tiene el cuatro entre nosotros, porque se toma para representar el cuatro centrado este concepto también se encuentra en Occidente, en la idea alquímica de la quinta essentia. La quinta

essentia no se une de manera aditiva a los cuatro primeros como un quinto elemento, sino que representa la imagen espiritual más refinada en su forma cuantitativa y aditiva, la quintaesencia es, dice Jung (2018) el quincunx representado por el quincunx () como el centro de cuatro.

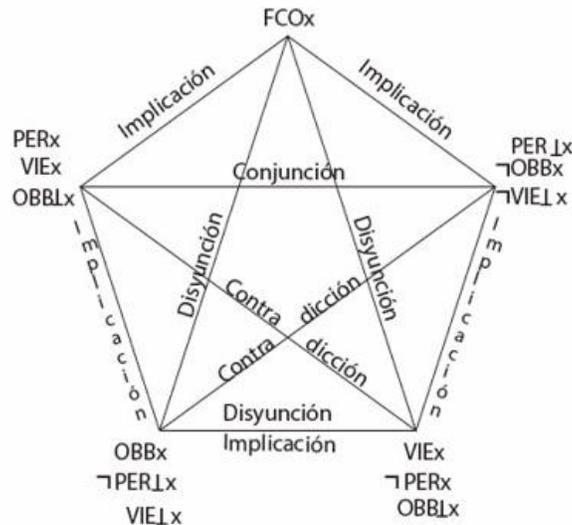
Las cuatro [formas], por así decirlo, un marco para el uno, acentuado como el centro... Al desplegarse en cuatro, adquiere características distintas y, por lo tanto, puede ser conocido. Mientras una cosa está en el inconsciente, no tiene cualidades reconocibles y, en consecuencia, se fusiona con lo desconocido universal, con el Todo y la Nada inconscientes, con lo que los gnósticos llamaron un "todo-ser inexistente". el contenido inconsciente entra en la esfera de la conciencia que ya se ha escindido en el "Tour", es decir, puede convertirse en objeto de experiencia sólo en virtud de las cuatro funciones básicas de la conciencia. Se percibe como algo que existe (sensación que se reconoce como esto y se distingue de aquello (pensar), se evalúa como agradable o desagradable, etc. mismo significado que la división del horizonte en cuatro trimestres el año en cuatro estaciones, es decir, a través del acto de volverse consciente se hacen visibles los cuatro aspectos básicos de todo el juicio (pág. 774).'

Así Jung (2018) realiza a través de su manifestación la idea de que es naturalmente posible que el intelecto idee medios adicionales para ver un tema, pero los cuatro mencionados parecen constituir los medios mínimos fundamentales para subdividir y clasificar así el círculo o totalidad (pág. 121).

Esto es importante destacar, ya que tal y como se mencionó anteriormente, el cinco tiene una naturaleza para oriente, prácticamente neutral, es decir, del cinco se parten los primeros ocho números para los chinos.

En pocas palabras, esto se traduce en hacer consciente lo inconsciente a través del número cinco, de ahí la extrañeza respecto a cómo brinca este paso Ferrajoli en su Principia iuris, derivado de que este significa sentimiento, el garantismo

propuesto en dicha obra, lleva a tal punto la racionalización que lo hace carente de emoción o, dicho en otras palabras, de apreciación subjetiva.

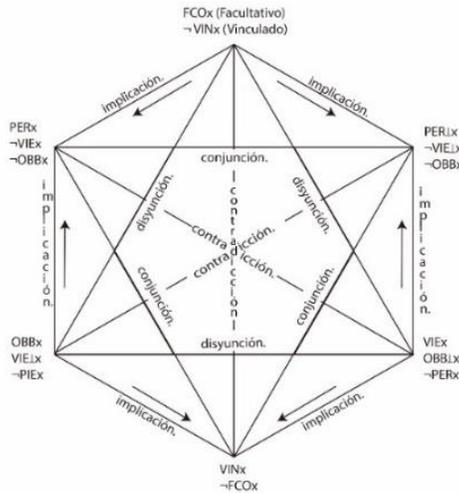


Estudiado este elemento de manera simbólica, se coloca en problemas la continuidad y congruencia defendida de manera impresionante por parte de Ferrajoli, ya que después del cuatro, sigue el cinco, pudiendo ser observado de la siguiente manera:

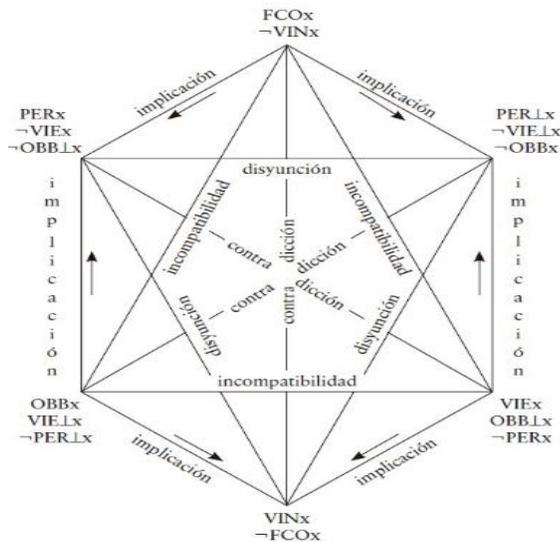
Con lo cual se obtienen diversos resultados en donde lo facultativo, se vuelve parte importante para poder entender de una manera más sencilla el derecho, aquí lo facultativo se divide en permitido que y permitido que no, entre permitido que y permitido que no, encontramos una conjunción, la cual comienza a demostrar la existencia entre contradicciones entre lo permitido que y lo prohibido, pero también entre lo permitido que no y lo obligado, la interrelación entre estas, no solo evita dejar de lado lo facultativo como forma de solución de la paradoja, además lo potencializa, abriendo paso a una teoría meta simbólico del derecho y con ello el estudio ontológico del derecho o dicho en otras palabras, el estudio meta realista del mismo.

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

De tal forma que así se cobra una congruencia simbólica, para posteriormente desarrollar en este punto, lo simbólico constituido en el hexágono deóntico (FERRAJOLI, 2011), el cual la meta teoría plasma de la siguiente manera (pág. 121):



Pero utilizando la metodología simbólica de la analítica, fue modificado por Gauna (2018), desarrollándose así de la siguiente forma (pág. 14):



El cambio realizado en el hexágono deóntico parte de la conformación de las definiciones, desarrolladas simbólicamente en donde la cadena de unión entre lo permitido y lo permitido que no, en lugar de desarrollarse como disyunción, representan una conjunción, la cual debe ser entendida entre las prohibido y lo

obligado, es decir, dejando de lado una potestad facultativa absoluta en el sujeto, dado que la resolución de la paradoja dada entre el cuatro y el cinco fue desarrollada mediante la correspondiente disyunción, se aplica así una forma diversa de entender la interdependencia entre lo obligado y lo prohibido, en donde no resulta de una incompatibilidad, sino de una mera disyunción.

Siguiendo esta lógica se hace posible desarrollar más definiciones, por ejemplo, pudiéramos hablar así de un heptágono deóntico (7), octágono deóntico (8) y eneágono deóntico (9); dice Marie Louis von Franz (1974):

La interrelación entre el número y el lenguaje formado de adjetivos, pero nunca más allá. En el Latín por ejemplo, octo, ocho, se refiere a un caso dual de cuatro, y en Alemán neun, 'nueve', es relacionado a 'nuevo': un inicio 'anew'. En checo uno dice 1+1 son 2, 2+2 son 4, pero 2+3 son 5 (aquí utilizamos cinco verbos). Es decir, estas representaciones se encuentran interconectadas dentro del uso del lenguaje, tan es así que dicha interrelación genera una estructura dentro que predispone psíquicamente al ser humano (pág. 115).

Los números anteriormente descritos, tal y como puede observarse tienen bastante fuerza simbólica pero que cada una, merecen un artículo propio, con el cual explorar su utilización simbólica, ontológica y jurídica, motivo por el cual no se abordará este tema aquí.

De tal manera que la teoría de Ferrajoli como el mismo señala no es ni normativista, ni realista, siendo normativista y realista al mismo tiempo (2018), así considera evidentemente injustificado el señalamiento de Guatiní quien manifiesta que la tesis de meta teoría de Ferrajoli es anti-realista (2018), consideramos con los elementos aquí aportado que más bien no ha existido el desarrollo de la tesis meta teoría en el garantismo con una perspectiva ontológica, pues no al no estudiarse dicha perspectiva ontológica se vuelve complejo concatenar la validez normativa, con la facticidad de la misma, por ende la complejidad del estudio de la meta teoría garantista, por ello es que tal y como señala el Ferrajoli, su tesis es y no es al mismo

**SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

tiempo, tanto normativa, como realista, esto hace de la meta teoría del derecho como Anuar Gauna (2018) menciona...

‘Entonces la idea de que la efectividad de las garantías primarias deriva de la efectividad de las garantías secundarias implican sin lugar a dudas una contradicción.

Dado el problema descrito anteriormente, puede deducirse también que, para resolver F con N, no es posible realizarlo con método axiomático propuesto, luego entonces la ciencia jurídica no es la metodología idónea para resolver el problema de la misma ciencia jurídica, por lo tanto, podemos decir que la forma de resolver el problema planteado entre praxis y sintaxis es una lógica de segundo orden y no de primer orden como resuelve la lógica de Russell (pág. 209).’

Con lo cual se llegó a la conclusión, dada la demostración, que la metateoría del derecho, pero sobre todo la norma es indecible e incompleta (pág. 220), sin embargo, es de destacar que no por ende deba descartarse la meta teoría del derecho, por el contrario, puede utilizarse como base para desarrollar nuevos estudios sobre el derecho como una constitución paradójica.

Luego entonces se demuestra la posibilidad de utilizar el análisis simbólico del derecho, lo cual implica necesariamente abocarse al estudio del impacto de la psique en lo colectivo, analíticamente hablando, de tal manera que la paradoja normativa se vuelve una posibilidad de atender y entender la respuesta inconsciente de la colectividad a este, como elemento simbólico, más que basarse a esta como un mero signo-significado.

Motivo por el cual lo manifestado por el jurista italiano (FERRAJOLI, 2010) ...

‘Las primeras establecen los signos, expresados mediante símbolos, que se admiten en dicho lenguaje y las combinaciones en las que pueden ser usados en las proposiciones. Las segundas, expresadas simbólicamente mediante fórmulas, son las reglas lógicas que determinan las inferencias posibles entre las proposiciones y, por tanto, el conjunto de las operaciones —o cálculo— que pueden llevarse a cabo a partir de ellas (pág. 51).’

Siendo un ejemplo de las segundas (GAUNA, 2018):

$T\psi(x)(y)\{[RET_x \rightarrow DFO_x] \equiv (GEN_x \cdot [(POL \cdot PBL) \rightarrow \psi xny])\}$ 251

Demostración. –

1. $(y')(y'')(GCO_{y'y''} \equiv (GAR_{y'y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NSO_{y''} \cdot NCS_{y'} \cdot NFO_y \cdot NCP_{y'}))$
D1
2. $(y')(y'')(GCP_{y'y''} \equiv (GCO_{y'y''} \cdot GAP_{y'y''}))$ D2
3. $(x)(y)\{INE_x \rightarrow [\neg(CLE_y \rightarrow (\psi yx))]\}$
D3
4. $(x)(y)\{EFC_y \cdot (POS_y \cdot NEG_y)\}$
D4
5. $(x)(y)\{CLE_x \rightarrow (\psi yx)\}$ T4.3
6. $(x)\{DFO_x \rightarrow (LIB_x \cdot (NEG_x \cdot POS_x))\}$
D5
7. $(x)\{RET_x \rightarrow DFO_x\}$
D6
8. $(x)\{[GEN_x \cdot [(POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow \psi xny]]\}$
D7
9. $(GCO_{y'y''} \equiv (GAR_{y'y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NSO_{y''} \cdot NCS_{y'} \cdot NFO_y \cdot NCP_{y'}))$
1/EU
10. $(GCP_{y'y''} \equiv (GCO_{y'y''} \cdot GAP_{y'y''}))$
2/EU
11. $\{INE_x \rightarrow [\neg(CLE_y \rightarrow (\psi yx))]\}$
3/EU
12. $\{EFC_y \cdot (POS_y \cdot NEG_y)\}$ 4/EU
13. $\{CLE_x \rightarrow (\psi yx)\}$ 5/EU
14. $\{DFO_x \rightarrow (LIB_x \cdot (NEG_x \cdot POS_x))\}$
6/EU
15. $\{RET_x \rightarrow DFO_x\}$ 7/EU
16. $\{[GEN_x \cdot [(POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow \psi xny]]\}$
8/EU
17. $\{GCP_{y'y''} \equiv [GCO_{y'y''} \cdot (DFO_x \rightarrow (LIB_x \cdot (NEG_x \cdot POS_x)))]\}$ 12/A2.1, RIM
18. $\{GCP_{y'y''} \equiv [GCO_{y'y''} \cdot (EFC_y \cdot (POS_y \cdot NEG_y))]\}$ 1,7/A2.2, SOS
19. $\{GCO_{y'y''} \equiv [GCA_{y'y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NSO_{y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NCS_{y'} \cdot NCP_{y'}]\}$
 $\rightarrow \{RET_x \rightarrow DFO_x\}$ 7,14/RIM
20. $\{GCO_{y'y''} \equiv [GCA_{y'y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NSO_{y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NCS_{y'} \cdot NCP_{y'}]\}$
 $\rightarrow \{RET_x \rightarrow DFO_x\} \equiv GCO_x$
17/L4.21
21. $\{GCA_{y'y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NSO_{y''} \cdot NCS_{y''} \cdot NCS_{y'} \cdot NCP_{y'} \rightarrow GCO_x\} \equiv$

**SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI**

$\{[GCAy'y'' \cdot NCSy'' \cdot NSOy'' \cdot NCSy'' \cdot NCSy' \cdot NCPy']$	
$\rightarrow \{RET_x \rightarrow DFO_x\}\}$	18/L5.51
22. $\{GCO_x \rightarrow (RET_x \rightarrow DFO_x)\}$	19/SEP,
A4.1	
23. $RET_x \rightarrow DFO_x$	
20/SEP	
24. $\{\neg[INEx \rightarrow (CLEy \rightarrow (\psiyx))]\}$	
10/L4.27	
25. $\{\{\neg[INEx \rightarrow (CLEy \rightarrow (\psiyx))]\} \rightarrow$	
$\{[GEN_x \cdot [(POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow \psi_{xny}]]\}\}$	22,16/L4.13
26. $\{[GEN_x \cdot [(POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow \psi_{xny}]]\}$	
18/SEP	
27. $\{[CLEy \rightarrow (\psiyx)] \rightarrow [GEN_x \cdot (POL_x \cdot PBL_x)$	
$\rightarrow (\psi_{ynx})]\}$	26,13/L4.43
28. $\{[CLEy \rightarrow (\psiyx)] \rightarrow [GEN_x \cdot (POL_x \cdot PBL_x)$	
$\rightarrow (\psi_{ynx})]\}$	
27/A4.1	
29. $[GEN_x \cdot (POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow (\psi_{ynx})]$	
28/SEP	
30. $\{RET_x \rightarrow DFO_x \rightarrow [GEN_x \cdot (POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow (\psi_{ynx})]\}$	23,29/L4.43
31. $\{RET_x \rightarrow DFO_x \equiv [GEN_x \cdot (POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow (\psi_{ynx})]\}$	30/A4.1
32. $(x)(y)\{RET_x \rightarrow DFO_x \equiv [GEN_x \cdot (POL_x \cdot PBL_x) \rightarrow (\psi_{ynx})]\}$	31/GU

Entonces para Ferrajoli se desarrolla el símbolo y el significado únicamente desde el aspecto de supresión gramatical, siendo la primera la forma simple y la segunda, la forma compuesta tal y como se transcribió un ejemplo de ello, sin embargo, en el presente trabajo de investigación se logra atender que es posible desarrollar lo simbólico, posiblemente con una mayor profundidad desde su espectro onírico, siendo así, en el presente artículo se logró demostrar que se hace posible el desarrollo simbólico de la ciencia del derecho desde un enfoque que logre soportar la paradoja de lo ontológico en la praxis por un lado y lo meta teórico por el otro.

4. CONCLUSIONES.

La meta teoría pretende evitar lagunas, pero dentro de su misma teoría se desarrollan estas de manera natural, siguiendo el paso de PERMITIDO (COMISIÓN), pudimos pasar al paso número dos el cual es una línea recta entre aquello que está permitido PERMITIDO (LA COMISIÓN) y PERMITIDA QUE NO (OMISIÓN), de ahí la concatenación al tercer punto, el cual es PERMITIDO QUE NO (OMISIÓN), PERMITIDO (COMISIÓN) y su correspondiente contradicción entre lo NO PERMITIDO (NO COMISIÓN), dando paso al cuadrado deóntico, se tiene el cuarto paso con la combinación presentada por Ferrajoli en donde se tiene PERMITIDO QUE (COMISIÓN), PERMITIDO QUE NO (OMISIÓN), NO PERMITIDO QUE NO (NO OMISIÓN) y NO PERMITIDO (NO COMISIÓN), generando inevitablemente una diferencia entre el estudio normativo simbólicamente hablando y el propuesto por Ferrajoli en donde se desarrolla más como signo y significado, desde el análisis simbólico, obtenemos el quinto paso es la laguna más grande que pudimos observar y se realizó la crítica desde lo simbólico y evidentemente desde lo aritmético², esto da sentido y mayor congruencia al hexágono deóntico, pudiera entenderse así el hexágono deóntico partiendo del pentágono deóntico como el vínculo normativo para hacer válida la norma a través de la norma misma o su característica simbólica en donde se entiende al ser como vínculo primario para generar un verdadero vínculo normativo, desde su característica deóntica.

Ferrajoli desarrolla su teoría deóntica, únicamente hasta el hexágono deóntico, sin embargo, dada la evidencia es posible continuar con la conexión de elementos constitutivos los cuales describen la conducta humana de manera simbólica.

² Con el desarrollo de la cibernética y la forma mediante la cual esta ha transformado el lenguaje en datos e información, la cual, a su vez puede desarrollarse incluso con imágenes, debemos superar la idea de que no es posible la combinación de imágenes y lenguaje, pues hoy en día el debate no es comunicaciones, sino información.

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Dentro de la continuación simbólica del derecho, podemos entonces predecir la existencia de más combinaciones constitutivas, es decir, después del hexágono (6), pudiera desarrollarse un heptágono (7), octágono (8) y eneágono (9), dejando a debate la posibilidad de nuevas formas constitutivas de desarrollo más allá de las principales nueve formas deónticas las cuales constituyen las definiciones esenciales en el logos del derecho.

Este artículo presenta la posibilidad de poder desarrollar nuevos trabajos de investigación, en donde se pueda explorar los alcances en su construcción lingüística del heptágono (7), octágono (8) y eneágono (9).

Al desarrollarse de manera natural una meta teoría simbólica del derecho, se debe dejar de lado la idea de que este proceso es meramente artificial y por ende puede estudiarse el mismo desde su simbolismo natural, con todo y la problemática ontológica que esto implica.

Desde el análisis simbólico se hizo posible encontrar lagunas al proceso axiológico y al cálculo de enunciados, lo cual refuerza los resultados obtenidos por Anuar Gauna (2018) cuando demuestra como la norma y la meta teoría es indecible e incompleta (pág. 220), hasta que el individuo dentro de su subjetividad la hace valer.

Existe dentro del proceso de desarrollo normativo, evidencia derivada de su simbolismo de procesos inconscientes los cuales hay que analizar y en un determinado momento atender a la creación de un nuevo método de estudio el cual permita determinar el grado de eficacia/eficiencia ontológicamente y no solo metodológica y/o epistemológicamente del derecho cuya única función es meramente normativa.

De aquí partimos de que la idea del derecho únicamente como una ciencia axiológica ha sido superada, con el realismo jurídico ya no es sostenible, menos aún

con el enfoque garantista y meta teórico propuesto por la analítica italiana, no obstante el garantismo manifiesta la conexión entre moralidad y derecho, cuya evolución de la idea se transforma no en la norma como indecible o incompleta, sino en su función simbólica, la cual puede ser estudiada de manera inconsciente y entonces, ahí prevalece la posibilidad de entender no solo el cumplimiento, sino también la dicotomía de incumplimiento, así el realismo jurídico ya supero la concepción monolítica del derecho como ciencia axiológica, por lo cual al revelarse su verdadera naturaleza como mecanismo de control, abre paso a poder analizar al ser humano a través de la norma sea este consciente o no de ella.

No obstante, se hace patente la necesidad de desarrollar una meta teoría jurídica, meta realista, lo cual sería algo parecido a una meta meta teoría, por ende, el trabajo del jurista italiano es fundamental para poder darle forma a esta posibilidad, utilizando para ello lógicas no clásicas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. (2018). *Curso de argumentación jurídica*, Trotta.
- Correas, O. (1989). El otro Kelsen, *INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS*, UNAM.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris, Teoría del derecho*, Trotta.
- Ferrajoli, L. (2017). *La lógica del derecho*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2019). La lógica en el derecho. Una respuesta a Riccardo Guastini. *Isonomia*, (núm. 50) pp. 134 -150. www.isonomia.itam.mx/isonomia/50/363660496006
- Jung, C. (2018). *Civilización en transición*. Trotta.
- Guastini, R. (2013). El realismo jurídico redefinido. *Modelos de ciencia jurídica*. www.edisciplinas.usp.br.
- Guastini, R. (2021). El realismo jurídico como teoría positivista del derecho. *Isonomia* (vol. 1, no. 1), pp. 216-227. www.scielo.org.mx.
- Gargarella, R. (2022). La “conversación entre iguales” frente a la crisis de la democracia constitucional. *AMECIP*. núm. 18 (22): Año 10, número 18, enero-junio 2022. <http://148.210.21.233/ojs/index.php/depolitica/article/view/84>.

SOBRE LO SIMBÓLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA
GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

- Lacan, J. (1953). *Los escritos técnicos de Freud*. Paidós.
- Ravinovich, D. Clase del 22/06/1995
- Gauna Horta, A. (2018). *La constitucionalidad y convencionalidad de las sentencias de amparo para efectos en materia penal*, [Tesis de maestría, UNAM], Repositorio de la Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información, www.dgb.unam.mx/index.php/quienes-somos/dudas-y-comentarios.
- Habermas, J. (2012). *La constitución europea*. Madrid. Trotta.
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa II*. Alemania. Taurus Humanidades.
- Franz, M. (1974). *Number and time*. Northwestern University Press.
- Sánchez, A. (2004). *Control social en México, D.F.* UNAM.
- Sánchez, A. (2008). *Sistemas ideológicos y control social*. México, UNAM.
- Scrimeri, R. (2008). Los mitos y Jung. *Amaltea: revista de mitocrítica*, pp. 87-112. <https://revistas.ucm.es/index.php/AMAL/article/view/AMAL0808110087A>

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS: CLAROSCUROS, DIMENSIÓN ACTUAL Y EFECTOS NEGATIVOS.

Approximate-conceptual study of the Burnout Syndrome in the Public Service of Public Security and Victim Care: chiaroscuro, current dimension and negative effects

DANTE JAIME HARO REYES*
FRANCISCO ANTONIO RAMÍREZ FRAUSTO**

Universidad de Guadalajara

* Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor-investigador titular “C” adscrito al Departamento de Derechos Público del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II. Fue presidente del Consejo Consultivo de Seguridad Ciudadana de Guadalajara (2013-2015), Fiscal de Derechos Humanos de la Fiscalía General del Estado de Jalisco (2015-2018), encargado del Despacho de la Fiscalía Especializada en Personas Desaparecidas (2018) y Secretario Técnico del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación en Jalisco (2017-2018). Actualmente se desempeña como Defensor de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara.

** Abogado por la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Maestro en Derecho Constitucional por la misma institución. Se ha desempeñado como auxiliar de investigación del Proyecto 216776, denominado “La Proactiva Participación Ciudadana en la Formulación, Monitoreo y Evaluación de Políticas Públicas de Prevención y Seguridad en los Municipios más conflictivos del Estado de Jalisco” (2013-2019). Además, como asesor en el Despacho de la Fiscalía de Derechos de Derechos Humanos de la fiscalía general del Estado de Jalisco (2015-2019). Actualmente se desempeña como enlace operativo representante de la Defensoría de Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara (2019-presente).

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SÍNDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo de investigación es ponderar el impacto de este síndrome en el servicio público en los ejes de seguridad pública y atención a víctimas en la Zona Metropolitana de Guadalajara y las consecuencias desencadenantes debido a su incipiente atención y tratamiento, así como los desafíos en materia de derechos humanos.

Palabras clave: Burn out. Síndrome. Seguridad Pública. Derechos Humanos. Atención a Víctimas. Justicia Penal

ABSTRACT

Burnout syndrome has represented, at least in the last decade, a help alert that has escalated in many spheres of society, due to atypical working conditions that subject public servants to chronic stress conditions, affecting their quality of life and psychological development. The main objective of this research work is to ponder the impact of this syndrome in the public service in the axes of public safety and attention to victims in the Metropolitan Area of Guadalajara and the triggering consequences due to its incipient attention and treatment, as well as human rights challenges.

Keywords: Burn out. Syndrome. Public security. Human rights. Attention to Victims. criminal justice

INTRODUCCIÓN

El síndrome de *Burnout* ha representado, por lo menos en la última década, una alerta de auxilio que ha ido en escalada en muchas esferas de la sociedad, debido a las condiciones atípicas laborales que someten al servidor público a condiciones de estrés crónico, afectando su calidad de vida y desarrollo psicosocial.

Su abordaje es multifactorial y complejo en razón a las formas de asociación y vivencia de eventos los cuales pueden desencadenar no sólo el desgaste producto

de las demandas laborales, sino también ansiedad, depresión, merma funcional y la despersonalización. Y si a esto se le agregan detonantes que acarreó la –aún vigente– pandemia causada por el SARS-CoV-2, da entonces una perspectiva cuyas variables son de índole polivalente.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) si bien desde el año 2000 declaró este síndrome como un factor de riesgo laboral por su capacidad para afectar la calidad de vida, salud mental e incluso hasta poner en riesgo la vida (Saborío Morales & Hidalgo Murillo, 2015), en 2019 fue reconocido y entrando en vigor en enero de 2022, dentro del CIE-11 para Estadísticas de Mortalidad y Morbilidad como uno de los problemas asociados con el empleo o el desempleo y conceptualizado como un síndrome derivado del estrés laboral crónico que no ha sido manejado con éxito. Se caracteriza por tres dimensiones: 1) sentimientos de falta de energía o agotamiento; 2) aumento de la distancia mental con respecto al trabajo, o sentimientos negativos o cínicos con respecto al trabajo; y 3) una sensación de ineficacia y falta de realización. (OMS, 2022).

Por lo tanto, el objetivo principal de este trabajo de investigación es ponderar el impacto de este síndrome en el servicio público en los ejes de seguridad pública y atención a víctimas en la Zona Metropolitana de Guadalajara y las consecuencias desencadenantes debido a su incipiente atención y tratamiento, así como los desafíos en materia de derechos humanos.

Palabras Clave: *Burn out*. Síndrome. Seguridad Pública. Derechos Humanos. Atención a Víctimas. Justicia Penal

METODOLOGÍA

La naturaleza del presente trabajo es de índole descriptivo-conceptual, considerando algunos elementos teóricos e históricos con el objeto de problematizar el fenómeno del *burn out* mediante el análisis cualitativo y propositivo. Para esto, se emplearán herramientas de documentación empírica,

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

privilegiando el contraste argumentativo y el análisis integral de cómo este fenómeno repercute en gran medida sobre los derechos humanos de los policías y de los servidores públicos encargados de la atención a víctimas.

FENOMENOLOGÍA CONCEPTUAL

Por lo general, los estudios sobre seguridad pública y atención a víctimas, sobre todo el primer elemento, versan sobre señalamientos en cuanto al bien/mal actuar de los elementos de las corporaciones de seguridad pública, los niveles de efectividad, la percepción ciudadana, el abuso de autoridad, la métrica de la corrupción-impunidad y la desconfianza institucional, entre otros factores.

Lo que deja al margen todo aquello que se perfila como la validación de necesidades y derechos humanos. Esto es, se pasa por alto que los servidores públicos encargados de la seguridad pública, así como el servicio de la atención a víctimas están expuestos a constantes rutinas nocivas de suma violencia, desgaste físico-psicológico y estrés, repercutiendo directa y negativamente en su vida profesional personal y familiar (2012, pág. 53).

El *burnout* se conceptualiza como una respuesta psicofisiológica al estrés crónico relacionado a las condiciones laborales cuyos efectos son caracterizados por el agotamiento emocional, la errónea autopercepción y una disminución en su motivación para la realización de tareas diarias. Según Boada, Vallejo y Agulló este síndrome puede traducirse en “quemarse por el trabajo”, “quemazón profesional” y “el hecho de estar quemado profesionalmente” (2004, pág. 126)

Este fenómeno fue estudiado primeramente en 1974 por Herbert Freudenberger a partir de procesos observacionales-descriptivos cuyo común denominador era la desmotivación, pérdida progresiva de la energía, agotamiento y falta de interés, desencadenando de manera colateral la depresión y ansiedad (2010, pág. 169); sin embargo, Christina Maslach en 1976, lo definió como un síndrome a partir de observaciones de las respuestas emocionales primero en

profesionales de la salud mental, luego en enfermeros, trabajadores sociales, profesores y policías.

Este fenómeno es asociado a un contexto cuyos factores son internos o individuales como externos u organizacionales, caracterizado por un cansancio emocional crónico, la despersonalización y una realización personal obstaculizada. Es entonces, una respuesta orgánica “a los estresores interpersonales en el ambiente laboral, donde el exceso de contacto con los individuos receptores de servicios produce cambios negativos en las actitudes y en las conductas hacia estas personas” (Leiter & Maslach, 2001).

Christina Malasch define a este síndrome como la respuesta prolongada al estrés en el trabajo, un síndrome psicológico que nace de la tensión crónica producto de la interacción conflictiva entre el trabajador y su empleo. Consecuentemente, el problema del *burn out*, es un problema sociolaboral ante una respuesta tensiva, intensa y prolongada (Olivares-Faúndes, 2016).

La delimitación conceptual según lo planteado por Pedro Gil-Monte (2003) establece que existen dos formas de abordaje: la perspectiva clínica y la perspectiva psicosocial; la primera ocurre como consecuencia del constante estrés laboral al que se es sometido; la segunda, tiende a desarrollarse a partir de las acciones recíprocas entre el entorno laboral y el desarrollo individual, con la variable de que la afectación psicosocial ocurre en fases, dentro de un mediano plazo.

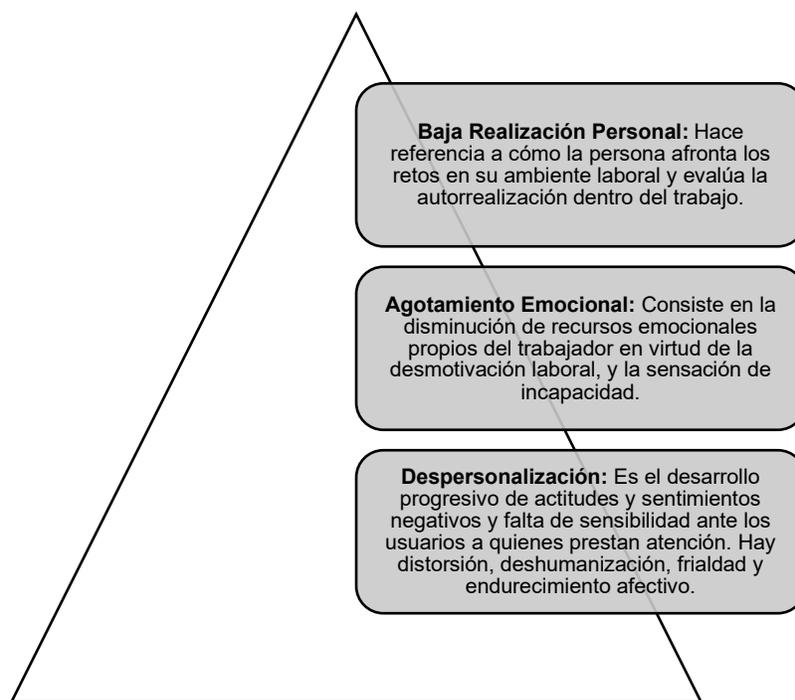
Actualmente no hay un consenso homologado para definir e interpretar el *burn out*, se ha ido estructurando más allá de un fenómeno, ha sido investigado desde la perspectiva de un síndrome bi-dimensional que ocurre a nivel tanto individual como colectivo, es decir, afecta a la esfera del individuo, pero también al contexto laboral o social donde se desenvuelve; por lo común evoca a un mecanismo de defensa, manifestándose en ambientes laborales en lo que por la naturaleza del servicio, brindan ayuda a otras personas. Son pues, estos tensores que surgen a raíz del proceso continuo al que es sometido el trabajador.

1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y CONSECUENCIAS VINCULADAS

Si bien es cierto que el síndrome de *burn out* debe ser considerado desde diversos enfoques, es cierto también que hay considerar variables personales como la edad, la antigüedad en trabajo, estado de salud física, psicológica y social, asimismo las formas de afrontar el agotamiento (Elementos históricos y conceptuales del Síndrome de Burnout, 2016, pág. 51). Ante esto, el reflejo adaptativo de la persona ante las situaciones que detonan en cascada el estrés laboral, agotamiento físico, sobre exigencia de responsabilidades, ansiedad, desequilibrio, entre otros factores, conlleva a la servidora o servidor público establecer un patrón de “normalización” de dichos factores por la propia necesidad del contexto laboral.

Existen otro tipo de factores que, sin duda, pueden alentar a que las consecuencias del *burn out* sean más rápidamente evidenciadas, como lo es el vínculo que se forma en los servidores públicos que atienden a víctimas o bien, los elementos de seguridad ante intervenciones constantes donde se ven involucradas personas con alteraciones mentales, agresivas o que manifiestan una necesidad muy específica. Con esto no se pretende establecer una desligadura con los servicios propios de cada institución, ni mucho justificar un maltrato a los usuarios por el hecho de que la persona servidora pública está sometida a un proceso de *burn out*, por el contrario, simplemente es poner en su justa dimensión que los y las trabajadoras que ofertan servicios de atención a víctimas y de seguridad pública, por lo común, la sobrecarga laboral afecta su rendimiento, provoca un desinterés y socava su salud emocional; por lo tanto, la esfera de sus derechos humanos se ve seriamente en detrimento.

Christina Malasch establece un modelo triangular, en los que como ya se definió, se caracteriza por “una baja realización personal, un agotamiento emocional y una despersonalización”, a saber:



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos del Modelo Maslach y Jackson denominado *Malasch Burnout Inventory* (MBI). Mas en: <https://psycnet.apa.org/record/1997-09146-011> Consultado el 21 de agosto de 2022.

Los costes que representa paliar este síndrome dentro del sector del servicio público en materia de atención a víctimas y seguridad ascienden a una erogación considerable dejando de ser un problema de índole social-laboral, para ser un problema de salud pública.

En este tenor, se aprecian además las cuatro etapas que, de acuerdo con David Rodríguez Veiga (2012, pág. 14), son catalizadores para el desarrollo del *burn out*:

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

ETAPAS O FASES	DESCRIPCIÓN
1. Entusiasmo	Exceso de entusiasmo y creencia de que el puesto de trabajo satisfará todas las expectativas personales. Es fundamental establecer límites claros y realistas entre el trabajo y nuestra vida personal.
2. Estancamiento	Las expectativas personales no se cumplen y la persona no se siente recompensada ni valorada por su labor profesional, creciendo su desilusión y desaliento.
3. Frustración	Sentimientos negativos hacia el trabajo, que pasa a ser visto como un obstáculo para el logro de satisfacción y estatus personal. En esta fase pueden aparecer diferentes signos y síntomas característicos del síndrome de burnout.
4. Apatía	Mecanismo de defensa cuando la frustración se cronifica. El profesional sufre agotamiento físico y emocional y evita todo desafío o cambio, incluso trata de evitar a las personas que debe atender. Llegados a este punto, es primordial intervenir para evitar consecuencias drásticas (abandono del empleo, ansiedad, depresión, suicidio...)

Fuente: Tabla elaborada con datos obtenidos de David Rodríguez Veiga (2012) Síndrome de burnout en profesionales sanitarios: prevalencia y determinantes situacionales y cognitivos. Universidade da Coruña.

De igual manera situaciones como el contacto con usuarios problemáticos, las condiciones del lugar donde se presta el servicio, las condiciones de descanso y la no postergación de este constituyen factores del riesgo para que el mismo síndrome se desencadene.

De entre sus principales características se destaca, que en efecto, este síndrome no es propio del servicio público de la atención a víctimas o a la seguridad pública, sino que afecta al amplio espectro de servicios donde la asistencia y la atención a usuarios se reflejan en el día a día; es un desequilibrio entre la sobrecarga laboral y el autocontrol del o la trabajadora de la seguridad y la atención a víctimas.

Se normaliza “el estar quemado” constantemente por razones del servicio, lo que como ya se mencionó, sus consecuencias afectan directamente la psique del o la trabajadora, su desarrollo laboral y psico-socioafectivo, así como la gradual despersonalización al no obtener el reconocimiento esperado por la prestación en su centro de trabajo, esto debido a su auto-exigencia en la búsqueda constante de excelencia y la poca tolerancia a la frustración y al fracaso laboral.

Por último, señalar, que otra de las características que por lo común se vinculan a este síndrome, es el deterioro de salud a través de la prevalencia de dolores de cabeza, enfermedades crónico-degenerativas como la diabetes, la hipertensión, alteraciones el sistema digestivo, alteraciones en el ciclo de sueño y el estado de alerta, alteraciones hormonales y afectaciones en la salud sexual.

Estos desordenes fisiológicos, que comprometen en gran medida al sistema inmunológico, “conlleven a que el afectado o afectada por este síndrome, opte por el consumo aumentado de estimulantes, abusos de sustancias y, en general, hábitos dañinos para la salud” (Martínez Pérez, 2010, pág. 60), a efecto de paliar un poco esta sobrecarga emocional y laboral, se ha observado en algunos casos, el abuso de sustancias como el alcohol, las drogas y/o ciertos fármacos, desencadenando así, conflictos laborales, sociales y familiares.

2. ASPECTOS ASOCIADOS AL SERVICIO PÚBLICO Y EL IMPACTO COYUNTURAL EN LOS DERECHOS HUMANOS

Actualmente el servicio público destinado a la seguridad pública y a la atención a víctimas representa desafío de gran calado, la demanda laboral se vio incrementada desde la puesta en marcha del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, cuya *vacatio legis* fue de ocho años, a partir del 19 de junio de 2008, y que para el caso de Estado de Jalisco fue el 26 de agosto de 2015 con la celebración del primer juicio oral² que se

² Fue un caso de parricidio el que se resolvió en el primer juicio oral ocurrido en Jalisco este martes en el Distrito Judicial 6, con sede en Ciudad Guzmán. el juez presidente del juzgado de oralidad de Zapotlán El Grande, Daniel Espinoza Licón, llegó tras 218 días de

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

adoptó este sistema; ya para junio de 2016, todo el Estado implementó este Sistema en los 125 municipios.

Si bien las labores policiales, de manera primigenia, se ceñían a la prevención del delito y el mantenimiento del orden y paz públicos, algunas más específicas que derivaban de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública y de la Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco y sus Municipios; con la entrada del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, los elementos de las corporaciones de seguridad debían operar de acuerdo lo establecido en el artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales (Cámara de Diputados, 2014), determinándose las siguientes obligaciones:

- I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata de las diligencias practicadas;
- II. Recibir denuncias anónimas e inmediatamente hacerlo del conocimiento del Ministerio Público a efecto de que éste coordine la investigación;
- III. Realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga;
- IV. Impedir que se consumen los delitos o que los hechos produzcan consecuencias ulteriores. Especialmente estará obligada a realizar todos los actos necesarios para evitar una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos de los gobernados a quienes tiene la obligación de proteger;
- V. Actuar bajo el mando del Ministerio Público en el aseguramiento de bienes relacionados con la investigación de los delitos;
- VI. Informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables;

investigación, los cuales se cuentan desde que ocurrió el incidente, el 20 de enero. También estuvieron en toda la audiencia fueron, como juez relator, Damián Campos García, y como juez tercero, Enrique Espinoza Niño. Más en: <https://www.informador.mx/Jalisco/Primer-juicio-oral-en-Jalisco-fue-por-parricidio-20150825-0040.html> y en: https://www.ntrguadalajara.com/post.php?id_notas=13479 Fecha de Consulta 02 de septiembre de 2022.

- VII. Practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público;
- VIII. Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable;
- IX. Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos, en los términos de la fracción anterior;
- X. Entrevistar a las personas que pudieran aportar algún dato o elemento para la investigación;
- XI. Requerir a las autoridades competentes y solicitar a las personas físicas o morales, informes y documentos para fines de la investigación. En caso de negativa, informará al Ministerio Público para que determine lo conducente;
- XII. Proporcionar atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito. Para tal efecto, deberá:
- XIII. Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;
- XIV. Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;
- XV. Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria, y
- XVI. Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica;
- XVII. Dar cumplimiento a los mandamientos ministeriales y jurisdiccionales que les sean instruidos;
- XVIII. Emitir el informe policial y demás documentos, de conformidad con las disposiciones aplicables. Para tal efecto se podrá apoyar en los conocimientos que resulten necesarios, sin que ello tenga el carácter de informes periciales, y
- XIX. Las demás que le confieran este Código y otras disposiciones aplicables.

Lo anterior aunado a un cumplimiento efectivo de diversos reglamentos y protocolos en los que se destacan el Protocolo Nacional de Actuación de Policía

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

con Capacidades para Procesar el Lugar de Intervención, el Protocolo Nacional de Actuación de Primer Respondiente, así como diversos en materia de uso de fuerza, en los cuales se establecen una serie de métricas para la homologación de criterios de actuación y procedimentales, bajo la premisa de un respeto irrestricto a los derechos humanos.

La reestructura y adecuación de los conocimientos técnicos, jurídicos y estratégicos en este Sistema Penal, son complejos y requieren de actualización constante por parte de todos los operadores; esto, sin lugar a dudas representó –y sigue representando– enormes desafíos para fortalecer la cultura de la legalidad, tanto así que los elementos de seguridad se constituyen como la piedra angular sobre la cual se cimienta el éxito en las investigaciones, persecución penal y posterior enjuiciamiento.

Adicionalmente, los contextos de violencia generalizada, los índices de impunidad generalizada y el estigma propio de las instituciones de seguridad en razón a su actuar, que desencadena un detrimento en cuanto a la percepción ciudadana y una sensación de ineptitud de aquellas, ante los severos índices de violencia y delincuencia, lo que ha puesto de relieve que la imagen de las corporaciones de seguridad y sus elementos no es del todo positiva.

En lo que respecta al personal encargado de la atención a víctimas del delito, es preciso señalar que el panorama de transición operativa fue muy similar al de las corporaciones de seguridad, esto debido a que la ya citada reforma fue de todo el Sistema de Justicia Penal, y la atención a víctimas también es una pieza fundamental en la articulación de los engranes de la procuración, la administración e impartición de justicia, así como en la prevención del delito en sus diversas dimensiones.

De un par de décadas a la fecha atención a víctimas *per se*, así como el rol proactivo de las víctimas y el reconocimiento de sus derechos, estuvieron fuera o muy al margen de la dogmática jurídico-penal y del propio garantismo penal; en

algunos casos, determinados derechos victimales ni siquiera estaban consagrados en la Constitución o en leyes secundarias. Esta cuestión inclinaba la balanza de la justicia a favor del agresor, en virtud de que éste si contaba con un catálogo de derechos y garantías para validar durante los procesos penales.

Fue hasta la ya citada reforma de Seguridad y Justicia Penal de junio 2008 cuando el rol de la víctima dentro del proceso penal fue preponderante, máxime que a nivel constitucional –en específico apartado C del artículo 21– esta reforma tuvo impacto favorable en el reconocimiento de estos derechos.

De igual manera, otro factor de suma trascendencia el papel de la victimología en el escenario jurídico México y la reforma en materia de Derechos Humanos de junio de 2011, que trajo consigo la implementación una re-esquematización a la cultura del respeto, promoción y difusión de los derechos humanos, estableciendo la obligación todas las autoridades:

“(…) en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley” (Cámara de Diputados, 2011).

En este tenor, el rol de las víctimas marcó la pauta para un nuevo derrotero al configurarse como un nuevo y activo actor dentro de los procedimientos penales, garantizándose “la reparación de las víctimas y la sanción de los culpables de violaciones a los derechos humanos” (Senado de la República, 2014). Esta transformación medular, impactó de lleno para la creación y puesta en marcha de la Ley General de Víctimas, las respectivas en las entidades federativas y la creación de los Sistemas Nacional y Estatales de Atención a Víctimas.

Las diversas necesidades y problemáticas de las víctimas que deriva de la misma comisión del delito requieren de un modelo de atención integral operado por servidoras y servidores públicos comprometidos, pero sobre todo especializados

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

en este rubro, cuyos ejes de aplicación sean basados en los principios de dignidad, de respeto a los derechos humanos, de perspectiva de género, con enfoque especializado de asistencia, integrador y diferenciado, una efectiva reparación del daño y la implementación de buenas prácticas y mecanismos para evitar la revictimización.

De acuerdo a las necesidades de las víctimas, se debe partir de la premisa que la violación a sus derechos humanos así como el padecer directa o indirectamente la comisión de un delito, causará un menoscabo a su integridad y proyecto de vida no solo individual, sino colectivo, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia *Masacre de Plan Sánchez vs Guatemala* (2004), contempla de manera fehaciente la desarticulación y ruptura de la libertad conforme a la individualidad; es en la Sentencia *Loayza Tamayo vs Perú* (1997) en la que se establece particularmente el menoscabo al proyecto de vida, entendido como: “una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable” (1997).

Cabe señalar que Carlos Fernández Sessarego (2018) amplía la dimensión ontológica del concepto “proyecto de vida” estableciendo la ordenación finalista y axiológica del mismo, el momento en que nace, su naturaleza auténtica e inauténtica, así como aquellos proyectos de vida que son alternativos y sustitutos. Es así que el Modelo de Víctimas:

“(…) tiene como objetivo garantizar a las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos el acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación integral con un enfoque sistémico, psicosocial, de derechos humanos, de género, diferencial y especializado para la recuperación del proyecto de vida de la persona” (Gobierno de la República-CEAV, 2015).

Estas y otras necesidades que derivan de la misma atención son realizadas por personal especializado en atención a víctimas; no obstante las capacidades

institucionales presentan dificultades para cumplir a cabalidad ya que factores como la deficiencia o falta de capacitación y/o sensibilización al personal, recursos humanos y económicos a lo sumo limitados, la no homogeneidad en los programas asistenciales, las falencias en los procesos de canalización y seguimiento interinstitucional, así como la insuficiencia de albergues para la salvaguarda de la integridad física de las víctimas, son algunas necesidades que se avizoran en lo próximo.

A seis años de la implementación de cambio de paradigma en la justicia penal y a once en el sistema de protección y promoción a los derechos humanos, se pueden constatar retos tanto en materia de seguridad pública como en atención a víctimas del delito, -ambos por ser objeto del presente análisis- sin pasar por alto lo referente a las esferas de la procuración, administración e impartición de justicia, la ejecución de sanciones y la misma reparación integral del daño.

El hecho de que los derechos de las víctimas y de los imputados se reconozcan a nivel constitucional y en materia de tratados internacionales, es un avance de suma trascendencia para todo el andamiaje jurídico-penal mexicano; sin embargo, el hecho de que los derechos del personal al servicio de la seguridad pública y de la atención a víctimas estén establecidos pero poco reconocidos, da lugar a que factores de vulnerabilidad detonen y el síndrome de *burn out* sea un fenómeno recurrente dentro del contexto laboral, en razón a la carga laboral excesiva, horarios laborales extenuantes, recreación limitada y la poca o nula atención de las instituciones dirigidas a su personal para aminorar los efectos estresores y sus consecuencias.

Recaséns Siches (2018, pág. 147) determina que toda exigencia jurídica debe tratar al obligado como un prójimo, es decir como una persona con dignidad, como un sujeto que tiene fines propios; que es un fin en sí mismo y nunca como un mero medio para fines ajenos. Este argumento ejemplifica muy bien hecho de esta problemática institucional en tiempos actuales, se ha mantenido al margen de la

ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS

operatividad real, evidenciando que la mayoría de los casos el personal de seguridad pública y de atención a víctimas, saben cómo intervenir y atender servicios en sus respectivas áreas, pero sus instituciones pocas veces atienden el “llamado de auxilio” cuando se constata el desgaste asociado a este síndrome.

Los claroscuros son visibles entre el personal de seguridad pública y el destinado a la atención a víctimas, por un lado, sus derechos humanos laborales están positivizados al igual que sus obligaciones y las consecuencias de un mal ejercicio, y por otro, no hay una métrica establecida para contrarrestar los efectos negativos de la sobrecarga laboral y el tratamiento eficaz para visibilizar y afrontar el *burn out*.

3. ALGUNAS NOTAS APROXIMATIVAS PARA LA PREVENCIÓN

Como ya se evidenció, el síndrome de *burn out* consiste en un trastorno adaptativo crónico, asociado con el inadecuado afrontamiento a las demandas psicológicas del trabajo, que altera la calidad de vida de las personas (Síndrome de burnout, 2006), cuyo impacto negativo será a nivel físico, psicológico, fisiológico y conductual.

Por lo que la perspectiva preventiva puede afrontarse desde la institución y desde cualquier estadio del síndrome –agotamiento emocional, despersonalización, baja realización personal y profesional en el trabajo– pero requerirá un enfoque especializado y diferenciado para cualquier estadio, en razón de las manifestaciones por parte del personal de seguridad pública y/o atención a víctimas para tratar y contrarrestar los efectos detonados.

La prevención de este fenómeno va desde los factores de riesgo asociados a la seguridad pública y a la atención a víctimas del delito, hasta aquellos factores que llega a producir una consecuencia determinada. Para efectos del presente análisis, se tomarán de referencia los planteamientos de Anabella Martínez (2010) es decir, aquellas estrategias orientadas al individuo, las estrategias sociales y las estrategias organizacionales, a saber:

a) Estrategias orientadas al individuo

Las estrategias individuales tienen su importancia en razón de la adquisición y mejora de las formas de afrontamiento. Estas pueden ser: *estrategias instrumentales* que están centradas en la solución de problemas, por ejemplo, entrenamiento en la adquisición de habilidades de solución de problemas, asertividad, organización y manejo del tiempo, optimización de la comunicación, relaciones sociales, estilo de vida. Asimismo, *estrategias paliativas*, cuyo eje de acción radica en la adquisición y desarrollo de habilidades para el manejo de las emociones asociadas, por ejemplo, entrenamiento en relajación, expresión de la ira, de la hostilidad, manejo de sentimientos de culpa.

En otras palabras, las estrategias recomendadas desde esta óptica van a incidir en el aumento formación continuada, desarrollo de nuevas capacidades o fortalecimiento de las ya adquiridas, planificación de ocio y tiempo libre, es decir, distribuir asertivamente las herramientas para afrontar el estrés laboral, tomar descansos en el trabajo, cuando la situación lo permita. Se recomienda también establecer mecanismos que incidan en el estado de ánimo, sobre todo lo relacionado al humor como forma de controlar emociones y erradicar pensamientos negativos. Como última instancia, se recomienda modificar los roles de trabajo, o bien, el puesto, a efectos de que no se llegue al abandono de la profesión o del centro de trabajo. Así también como forma de prevención individual:

- Ejercicio Físico.
- La relajación muscular induce a la relajación mental.
- Reevaluación y reestructuración de todas aquellas situaciones estresantes
- Eliminación de todos los factores estresores que desencadenen el síndrome dentro del servicio público.

b) Estrategias sociales

Cabe señalar que para este inciso son escasos los estudios que se centran en el desarrollo de habilidades sociales para la prevención y del *burn out*, pero hay un consenso en la importancia del apoyo social. Es así que una de las recomendaciones es fomentar el apoyo social de los grupos sociales con los que la servidora o servidor

público se relacione. En otras palabras, esto se refiere a reconocer su compromiso, el esfuerzo puesto en cada actividad, así como los logros obtenidos.

c) Estrategias organizacionales

Cada vez más existe consenso en que una de las principales fuentes del síndrome de *burn out* deviene específicamente, de aspectos externos, es decir, aquellos que son propios del servicio público. Este constituye un factor junto al social, han sido ampliamente estudiados en virtud de que la institución y el servicio público son los lugares donde se desarrolla y detona con mayor incidencia el fenómeno del *burn out*.

Situaciones laborales, estrés derivado del servicio, condiciones de salud que afectan directa y proporcionalmente el desempeño, así como convivir a diario con la violencia y los delitos, hace que se caiga en factores como la normalización o la insensibilidad. Cada vez más se reconoce la magnitud de la implementación de buenas prácticas institucionales en las cuales prevalezca el respeto a su dignidad, a sus derechos humanos laborales y se reconozca el compromiso con la institución. Por último, se consideran elementos de gran importancia los siguientes:

1. Herramientas y mecanismos asertivos para afrontar los factores estresores o tenses, sabiendo qué los originan y cómo contrarrestar sus efectos nocivos.
2. Moderar las expectativas laborales de acuerdo a la realidad y contexto actual.
3. Perfeccionar como elemento de seguridad pública y como servidor o servidora en la atención a las víctimas del delito, el asertividad, la autoestima y las condiciones de resiliencia.
4. Poner en marcha y adecuados hábitos saludables que mantengan al personal fuera del uso y abuso de sustancias psicoactivas, alcohol y/o drogas, lo que va a contribuir a aminorar los efectos en la conducta y salud mental.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

- El síndrome de burn out es un problema característico no sólo del servicio público, sino que abate a profesiones o servicios que mantienen una relación estrecha con la atención a personas. Sin embargo, se evidencia una problemática mayor en tratándose de servidores públicos encargados de la seguridad pública y la atención a víctimas.
- El síndrome de burn out es un riesgo psicosocial derivado en gran medida de la demanda excesiva de trabajo cuya detonación es consecuencia de la exposición de la persona trabajadora a extenuantes jornadas de trabajo, pocos o nulos incentivos y una desmotivación laboral y personal.
- No está establecida una métrica para estos servidores para evaluar cuando se encuentran “quemados” o en qué estadio se sitúan del burn out, sólo se ve reflejado cuando existe materialmente el agotamiento emocional, la despersonalización y una baja realización personal y profesional en el contexto laboral; lo que se manifiesta a través de los servicios ofrecidos y cómo es que el usuario o la víctima perciben dicho servicio, que, por lo común, es negativo y nada satisfactoria.
- La sobrecarga laboral hace pensar que los elementos de seguridad pública, así como el personal destinado a la atención a víctimas del delito, vendrían a constituirse como “la carne de cañón” para afrontar situaciones álgidas de violencia, por un lado, y la atención, seguimiento y canalización de la víctimas en tratándose de delitos de alto impacto, por el otro. Esto genera altas expectativas en ambos servicios, lo que genera a estar en constante convivencia con factores estresores que los llevan al límite de sus capacidades. El problema es la constancia de esa convivencia y no tener herramientas para afrontar las consecuencias negativas y que la servidora o servidor público “se acostumbre a estar quemado”.
- El deterioro biopsicosocial y conductual puede verse reflejado en enfermedades, en la normalización delictiva o de la violencia, así como en la despersonalización, abuso de sustancias y suicidio como última consecuencia. Por ello, el incentivo adecuado, así como una intervención oportuna, siempre serán elementos preventivos de gran valía para el elemento de seguridad pública y para el personal de atención a víctimas.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Boada i Grau, J., de Diego Vallejo, R., & Agulló Tomás, E. (2004). El burnout y las manifestaciones psicosomáticas como consecuentes del clima organizacional y de la motivación laboral. *Psicothema*, 125-131.
- Cabello Vélez, N., & Hernández, S. (2016). Elementos históricos y conceptuales del Síndrome de Burnout. *Archivos de Medicina Familiar*, 51-53.
- Cámara de Diputados. (11 de junio de 2011). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Obtenido de Cámara de Diputados: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados. (05 de marzo de 2014). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Obtenido de Cámara de Diputados: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_190221.pdf
- Carlin, M., & Garcés de los Fayos Ruiz, E. J. (2010). El síndrome de burnout: Evolución histórica desde el contexto laboral al ámbito deportivo. (U. d. Murcia, Ed.) *Anales de Psicología*, 169-180.
- Castro Bejarano, Y. R., Orjuela Gómez, M. A., Lozano Ariza, C. A., Avendaño Prieto, B. L., & Vargas Espinosa, N. M. (2012). Estado de salud de una muestra de policías y su relación con variables policiales. *Diversitas. Perspectivas en Psicología*, 53-71.
- Fernández Sessarego, C. (noviembre de 2018). *Breves Apuntes sobre el Proyecto de Vida y su Protección Jurídica*.
- Gil-Monte, P. (2003). Burnout syndrome: ¿síndrome de quemarse por el trabajo, desgaste profesional, estrés laboral o enfermedad de Tomás? *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 181-197.
- Gobierno de la República-CEAV. (2015). *Modelo Integral de Atención a Víctimas*. Obtenido de Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/127943/MIAVed.pdf>
- Gutiérrez Aceves, G. A., Celis López, M. Á., Moreno Jiménez, S., Farias Serratos, F., & Suárez Campos, J. J. (2006). Síndrome de burnout. *Arch Neurocién*, 305-309.
- Leiter, M., & Maslach, C. (2001). Burnout and quality in a sped-up world. *The Journal for Quality and Participation*.
- Loayza Tamayo vs Perú, Serie C No. 25, Serie C No. 33, Serie C No. 42 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Septiembre de 1997).

- Martínez Pérez, A. (2010). El Síndrome de Burnout. Evolución conceptual y estado actual de la cuestión. (U. C. Madrid, Ed.) *Revista de Comunicación Vivat Academia* (112), 42-80.
- Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Serie C No. 105 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de noviembre de 2004).
- Olivares-Faúndes, V. (octubre de 2016). *Christina Maslach, comprendiendo el burnout*. Recuperado el Jlio de 2022, de Christina Maslach, comprendiendo el burnout.
- OMS. (febrero de 2022). *CIE-11 para Estadísticas de Mortalidad y Morbilidad (Versión: 02/2022)*. Recuperado el 29 de Julio de 2022, de CIE-11 para Estadísticas de Mortalidad y Morbilidad (Versión: 02/2022): <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/129180281>
- Recaséns Siches, L. (2018). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Rodríguez Veiga, D. (04 de junio de 2012). Síndrome de burnout en profesionales sanitarios: prevalencia y determinantes situacionales y cognitivos. Coruña, España.
- Saborío Morales, L., & Hidalgo Murillo, L. F. (2015). Síndrome de Burnout. *Medicina Legal de Costa Rica - Edición Virtual*, 1-6.
- Senado de la República. (2014). *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*. Obtenido de Senado de la República: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf>

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO CONVENCIONAL

Impeachment. A view from conventional due process

RENÉ COSME RAMOS LIMÓN

Universidad de Guadalajara

RESUMEN

En la actualidad no tenemos duda de la necesidad de la operatividad de las garantías judiciales, de la necesidad de su aplicación y de su contribución al desarrollo de procedimientos que lleven a la toma de decisiones más justas; de su necesidad para purgar los procedimientos de vicios procesales y de esta forma el juzgador pueda tomar una decisión que le permita acercar la verdad legal a la verdad histórica.

En los procedimientos de índole política la operatividad de las garantías judiciales, y particularmente las del debido proceso, no es tan patente. Por ejemplo, en nuestro país a nivel federal algunas de las garantías judiciales del debido proceso son expresamente negadas a quien se le incoa un juicio político. Se ha entendido erróneamente que la determinación que conclusiva no puede ser combatida por revestir características de discreción y soberanía, por ser la expresión de criterios de oportunidad política.

Sostener esta última postura permite generar ataques directos a un sistema democrático en el que los funcionarios electos puedan ser objeto de presiones y resoluciones inatacables, pudiendo incluso destituirlos del cargo.

Palabras clave: garantías judiciales - convencionalidad - Juicio político - recurso efectivo - funcionarios electos democráticamente.

ABSTRACT

We have no doubt about the need for the operation of judicial guarantees, the need for their application and their contribution to the development of procedures that lead to fairer decision-making; of its need to purge the procedures of procedural vices and in this way the judge can make a decision that allows him to bring the legal truth closer to the historical truth.

In procedures of a political nature, the operation of judicial guarantees, and particularly those of due process, is not so obvious. For example, in our country at the federal level, some of the judicial guarantees of due process are expressly denied to those who are being impeached. It has been wrongly understood that the determination that is conclusive cannot be appealed because it has characteristics of discretion and sovereignty, because it is the expression of criteria of political issue.

Holding this last position allows for direct attacks on a democratic system in which elected officials can be subject to pressure and unassailable resolutions and can even remove them from office.

Keywords: judicial guarantees - conventionality - impeachment - effective remedy - democratically elected officials.

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

El presente trabajo pretende brindar, desde una mirada convencional, una mirada distinta a la forma de entender las garantías judiciales, y en específico las del debido proceso dentro de procedimientos de índole política que son incoados en contra de funcionarios de cualquier nivel que hayan sido electos democráticamente, pues aun y cuando este tipo de juicios tiende a basar su resolución conclusiva en criterios de oportunidad política, lo anterior no puede ni debe ser motivo de transgresión de esta garantías, y mucho menos prohibir la revisión de dicha determinación por una instancia jurisdiccional.

En este sentido, una pregunta inicial respecto de cuales garantías específicas del debido proceso, previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, resultan exigibles en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo contra funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, consideramos que al sustanciarse este tipo de procedimientos la aplicación de las garantías mínimas del debido proceso debe verse intensificada o reforzada.

En efecto, el juicio político al ser un instrumento, entre otros, del cual el Estado ejerce su poder punitivo, y máxime atendiendo a la naturaleza de dicho procedimiento, resulta imperativo que durante su sustanciación la totalidad de las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sean observadas y concedidas a la parte denunciada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que las garantías generales del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben estar presentes en la determinación de los derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, y por ende, en este tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que

se aplica en materia penal (Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay, 2011, párr. 117) y (Opinión Consultiva OC – 11/90, 1990, párr. 28).

Así, cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, dicha expresión contempla a cualquier autoridad pública, sea administrativa, colegiada o unipersonal, **legislativa** o judicial, para que a través de sus resoluciones se determinen los derechos y obligaciones de las personas, es decir, la operatividad de las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta exigible no solo jueces y tribunales judiciales, sino también a los que pese a no serlo formalmente, actúen como tal. (Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay, 2011, párr. 117) (Claude Reyes y otros Vs. Chile 2006, párr. 118).

Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio, disciplinario o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (Tribunal Constitucional Vs. Perú, 2001, párr. 69) (Flor Freire Vs. Ecuador, 2016, párr. 164) y (Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala, 2016, párr. 74).

Con motivo de lo anterior, consideramos que no obstante el Poder Legislativo no tiene formalmente el carácter de autoridad judicial para determinar derechos y obligaciones de los justiciables, resulta necesario atender a que cuando se sustancia un proceso de juicio político ante dicho Poder, éste habrá de asumir funciones materialmente jurisdiccionales al erigirse en jurado de instrucción y posteriormente de sentencia.

Consecuentemente, el Poder Legislativo ante un juicio político se encuentra llamado a sustanciar un proceso en el que se habrán de determinar derechos, obligaciones y hasta una posible sanción en contra de quien se haya incoado dicho procedimiento, motivo por lo cual en el juicio político, no obstante ser atendido

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

por una autoridad legislativa, deben permear y ser atendidas las garantías mínimas establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre relativas al debido proceso.

Ahora, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos no invoca expresamente el debido proceso legal, lo aborda al organizar el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel principio, por lo que el artículo 8 denominado garantías judiciales, cumple esta misión con distintas expresiones y en distintos preceptos, con lo que se pretende asegurar al individuo que los órganos del Estado, sin importar su naturaleza judicial, legislativa o administrativa, llamados a determinar sus derechos y deberes, lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio(Voto razonado en *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 2016, párr. 3).

Así, las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de un contexto de juicio político realizados por el Poder Legislativo contra funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, deben verse necesariamente reforzadas ante la naturaleza del propio procedimiento y la figura que representa la persona en contra de la que se incoa el mismo.

Es decir, que un procedimiento instaurado en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, se encuentra rodeado no solo de intereses atinentes al denunciante y al denunciado, sino que el fallo que se emita por el Poder Legislativo en el juicio político tiene un alcance y repercusión colectiva y de incidencia en valores democráticos y de derechos políticos, no solo de la persona en contra de la que se incoa el procedimiento respectivo, sino de las personas que votaron por aquella, motivo por el cual el juicio político que se lleve

en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as debe verse necesariamente revestido de la totalidad de garantías del debido proceso.

Es decir, como conjunto de garantías procesales, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha de tenerse en cuenta en el contexto de la determinación de los derechos y obligaciones de las personas (Comité de Derechos Humanos, 2007, párr. 58), y deberá respetarse en todos los casos en que se haya violado cualquiera de las garantías judiciales del debido proceso (Comité de Derechos Humanos, 2001, párr. 7.5).

Lo anterior atiende a que las presuntas conductas denunciadas en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as y que sean materia de juicio político, deberán ser analizadas por “tribunal” independiente e imparcial conformado por el Poder Legislativo, cuando éste sea competente para ello, y:

- a) Presumir en todo momento y hasta que se demuestre, mediante el fallo respectivo, lo contrario, la inocencia del imputado;
- b) Hacer del conocimiento del imputado la denuncia de juicio político que obre en su contra de manera inmediata a su interposición;
- c) Permitirle al imputado el acceso a las constancias, documentación y resoluciones que integren el juicio político para que aquel pueda conocer objetivamente las conductas que se le atribuyen y este en posición de efectuar una adecuada defensa;
- d) Respetar la garantía de audiencia previa a la emisión del fallo;
- e) Asegurar que el imputado sea asistido por un defensor;
- f) Permitir la más amplia actividad probatoria;
- g) Respetar el derecho a no declarar en contra de sí mismo ni declararse culpable; y
- h) Contar con la posibilidad de recurrir el fallo, ante el mismo “tribunal” que dictó la resolución respectiva cuando no cuente con un superior jerárquico, o ante este último cuando lo haya, en este caso y poniendo como ejemplo hipotético el de México, el Senado podría fungir como superior jerárquico respecto de la cámara de diputados.

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

Ahora bien, sobre el derecho a recurrir el fallo respectivo nos parece necesario ahondar sobre la necesidad de que sea una garantía reconocida para este tipo de procedimientos, lo anterior ya que, poniendo nuevamente al Estado Mexicano como ejemplo, en su legislación federal, así como en las de sus respectivas entidades federativas existe el criterio unánime a no permitir ningún recurso en contra del fallo conclusivo, supuesto en el que se torna exigible el derecho contenido en el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que una decisión adoptada en un procedimiento **viciado** y que contiene errores ocasione un perjuicio indebido a los intereses del justiciable (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, párr. 158) y (Barreto Leiva Vs. Venezuela, 2009, párr.88).

Así, la doble conformidad del fallo, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto sancionatorio del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (Barreto Leiva Vs. Venezuela, 2009, párr. 89).

Ahora, si bien es cierto que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación respecto de la regulación del ejercicio recursivo, éstos no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, párr. 161).

Así, no obstante los fueros especiales que pueda establecer el Estado para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, en este caso el juicio político, aún en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio (Barreto Leiva Vs. Venezuela, 2009, párr. 90).

Aunado a lo anterior, resulta necesario atender a lo que el Comité de Derechos Humanos (Bandajevsky c. Belarús, 2002, párr. 10.13) ha establecido en torno a la garantía establecida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, análogo al señalado en el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el artículo en cuestión le impone al Estado la obligación de revisar sustancialmente la resolución adversa al justiciable, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa.

No obstante lo anterior, es medular precisar que ni el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen un nuevo juicio (Mohamed Vs. Argentina, 2012, párr. 101) o una nueva audiencia si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa (Rolando c. Filipinas, 2002, párr. 4.5).

Así, su Señoría deberá evidenciar que considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretada teniendo en cuenta su objeto y fin, que es la eficaz protección de los derechos humanos, el artículo 8 debe ser interpretado de conformidad con el artículo 25, ambos del ordenamiento en cita y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre debe permitir a la persona sujeta a un juicio político contar con un recurso **ordinario y/o extraordinario**, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, esté a su alcance y respete las garantías procesales mínimas del debido proceso, por lo que el mismo debe atender a las siguientes notas esenciales:

- a) Recurso ordinario: el derecho de interponer un recurso contra la resolución debe ser garantizado antes de que ésta adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarían un perjuicio innecesario a los intereses de los justiciables (Norín Catrimán y otros “Dirigentes,

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

- miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche” Vs. Chile, 2014, párr. 70);
- b) Recurso accesible: su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (Norín Catrimán y otros “Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche” Vs. Chile, 2014, párr. 70), las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente;
 - c) Recurso eficaz: no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, por lo que independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Parte y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una resolución errónea. Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente (Norín Catrimán y otros “Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche” Vs. Chile, 2014, párr. 70);
 - d) Recurso que permita un examen o revisión integral de la resolución recurrida: debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida, por lo tanto, debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, **puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho** (Norín Catrimán y otros “Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche” Vs. Chile, 2014, párr. 70);

Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la resolución adversa, de tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del justiciable.

- e) Recurso al alcance de toda persona condenada: el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que adquiere resolución adversa, ya que la resolución adversa es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado (Norín Catrimán y otros “Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche” Vs. Chile, 2014, párr. 70); y
- f) Recurso que respete las garantías procesales mínimas: los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio (Norín Catrimán y otros “Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche” Vs. Chile, 2014, párr. 70).

Ahora bien, tal como se señaló en líneas precedentes, consideramos que en el contexto de un juicio político debe preverse tanto un recurso **extraordinario** durante las etapas de acusación así como la de instrucción, y otro de carácter **ordinario** en contra del fallo condenatorio.

El recurso **extraordinario** procedente durante la etapa de acusación así como en la de instrucción, atiende a que para que el órgano que haya de erigirse como tribunal de sentencia falle dicho juicio, es necesario que éste lo haga de conformidad con la información que haya sido aportada al mismo, probada y/o desvirtuada motivo por el que previo a llegar a la etapa de sentencia es imperativo depurar el procedimiento de acusación y el de instrucción de toda violación a las garantías del procedimiento.

En este sentido, resulta necesario un recurso extraordinario a través del cual se analice la conformidad de la actuación del Estado, durante las etapas de acusación y la de instrucción, con las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo anterior ya que éstas

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

en su generalidad gozan de un rango de protección constitucional dentro de los Estados Parte, sin mencionar la protección a nivel convencional de las mismas.

Consecuentemente, la vulneración a cualquiera de las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos durante las etapas de acusación y de instrucción se traducen en violaciones directas al texto constitucional y convencional, de ahí la necesidad de un recurso extraordinario que de manera expedita asegure la aplicación de aquellas.

Un ejemplo para el Estado Mexicano sería la expresa permisón del juicio de amparo durante las etapas de acusación y de instrucción durante la sustanciación de un juicio político, ya que de conformidad con el artículo 61, fracción VII de la Ley de Amparo, dicho juicio resulta improcedente contra resoluciones dictadas en juicio político, porción normativa que consideramos inconventional e inconstitucional ya que priva al justiciable de la garantía de acceder a un recurso que lo proteja en contra de resoluciones arbitrarias que pueden vulnerar directamente lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sostenemos que este recurso extraordinario debe ser resuelto por el Poder Judicial, situación que se detalla en líneas posteriores.

Asimismo, consideramos que resulta adecuada y necesaria la procedencia de un recurso ordinario en contra del fallo condenatorio que haga justiciable la garantía contenida en el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y este debería ser resuelto por el órgano legislativo que se haya erigido como “tribunal” de sentencia o su superior jerárquico legislativo.

Consecuentemente, la relación existente entre el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se actualiza cuando existen violaciones al debido proceso en la etapa de acusación y/o de instrucción, o el fallo condenatorio no fue dictado de conformidad con lo probado en juicio, el justiciable debe contar con un recurso extraordinario y/u ordinario para hacer exigible las garantías contenidas en el primer artículo señalado, es decir el artículo 18¹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre garantiza la operatividad del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con motivo de lo anterior, consideramos que la totalidad de garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben ser exigibles en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, incluso, dichas garantías deben verse reforzada en atención a la naturaleza del juicio político y la figura de la persona en contra de quien se incoa dicho procedimiento, de ahí la imperativa necesidad de que el proceso de juicio político sea llevado con estricto apego a las garantías señaladas.

Sostener lo contrario y negarle al imputado las garantías recién señaladas, ocasionaría un desequilibrio procesal y dejaría al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo de Estado vulnerando severamente las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, 2012, párr 164) (Barreto Leiva Vs. Venezuela 2009, párrs 61 y 62) y (Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, 2010, párr. 155).

¹ Asimismo, lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos resulta aplicables en el sentido comentado para el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como se verá en líneas posteriores.

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

En efecto, es posible afirmar que ante la ausencia del debido proceso, no existe verdadero proceso sino apariencia del tal, por lo que la vulneración a cualquiera de las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ocasiona que la secuela procesal que se sigue no merezca la calificación de proceso y la resolución en la que se culmina no constituye una auténtica sentencia (Voto razonado en *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 2009).

En este sentido se estaría frente a un procedimiento viciado desde su origen, lo cual implica que el justiciable no tuvo acceso a las garantías judiciales (*Cantoral Benavides Vs. Perú*, 2000, párr. 115), por lo que se está frente a una situación de frutos del árbol envenenado (Voto razonado en *Usón Ramírez vs. Venezuela*, 2009).

Ahora bien, el hecho de que se exija el cumplimiento de todas las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se le permita al justiciable contar con un recurso extraordinario en la tramitación de la acusación e instrucción, así como un recurso ordinario en contra del posible fallo condenatorio no solo atiende al cumplimiento de las garantías del debido proceso y la aplicación del derecho a un recurso prevista en el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sino que dota de legitimación el posible fallo condenatorio que pueda pronunciar el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as.

Es decir, una decisión del Poder Legislativo no puede tenerse como discrecional y soberana si para su pronunciamiento no se cumple y refuerza la aplicación del debido proceso, situación que cobra una mayor exigencia en tratándose de juicios políticos incoados en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, ya que la decisión que adopte el Poder Legislativo se dirige en contra de la figura de mayor jerarquía dentro de un Estado democrático.

Así, el cabal cumplimiento de las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre evita que el posible fallo condenatorio que sea pronunciado por el Poder Legislativo sea visto como un golpe de estado parlamentario o que sirva de instrumento de coacción para el alineamiento político de una minoría o fracción del Estado, ya que al cumplirse a cabalidad y de manera reforzada con las garantías del debido proceso, resulta verdaderamente difícil contemplar el que una decisión del Poder Legislativo se desvíe de lo estrictamente probado y contemplado en el juicio político.

Ahora bien, respecto de qué manera aplica el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre a juicios políticos realizados por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, consideramos que su aplicación se centra en garantizar, a través de un recurso extraordinario y/u ordinario, las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las posibles violaciones a derechos fundamentales que ocurran durante la tramitación del juicio político o que se reflejen al dictarse la sentencia definitiva.

Es decir, que a través del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se garantiza la operatividad del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección al justiciable para que no sea sujeto de violaciones a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, es necesario señalar que tanto el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre comparten una redacción análoga, sin embargo el primero de los artículos señalados reporta obligaciones para los Estados, es decir, los establecidos en su punto segundo, incisos a) al c), entre los

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

cuales muy particularmente se encuentra el de la obligación de desarrollar las posibilidades de recurso judicial.

En este sentido, consideramos que artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el contexto de juicios políticos realizados por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as le reporta a los Estados la obligación de que tanto en la sustanciación del procedimiento de juicio político, así como en el dictado de la sentencia definitiva, el justiciable tenga la oportunidad de interponer un recurso a través del cual se respeten particularmente las garantías del debido proceso así como sus derechos fundamentales.

Asimismo, es importante señalar que si bien el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere al derecho, para el justiciable, de un **recurso**, y la obligación, para el Estado de desarrollar las posibilidades de un **recurso judicial**, lo anterior no limita a que el recurso que deba ser previsto por el Estado deba ser **únicamente** judicial, sino que en el contexto bajo estudio es posible arribar a la conclusión de que el Estado tiene la obligación de permitir al justiciable un recurso **ordinario** en contra del posible fallo condenatorio emitido por el Poder Legislativo, y que este último sea analizado por el superior jerárquico del órgano legislativo quien dicto primigeniamente el fallo condenatorio, o ante éste último en caso de no existir superior jerárquico.

En este sentido y siguiendo a la jueza Medina Quiroga, la afirmación de que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige un recurso judicial tiene su fundamentación en esta obligación estatal, ya que se impone al Estado el compromiso de desarrollar las posibilidades del recurso judicial, lo que lleva a pensar que no existe la obligación directa o inmediata de los Estados parte de tener dicho recurso desde el momento en que comienza a regir para ellos las obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, una interpretación semejante queda desvirtuada desde la partida por el título que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos da a este derecho, así como por el examen de los trabajos preparatorios de la misma (Quiroga, 2003, pág. 367).

En este sentido, en los citados trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es posible encontrar la explicación de dicha contradicción, ya que a iniciativa del delegado de Chile se propuso incluir un segundo párrafo al entonces artículo 23 del anteproyecto tomando como referente la formulación del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incluye las 3 obligaciones estatales establecidas en el hoy artículo 25.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, para el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige garantizar el derecho del individuo a interponer un recurso efectivo, **no necesariamente judicial**, tenía una lógica impecable, contemplar una obligación estatal orientada a desarrollar las posibilidades del recurso judicial.

Con motivo de lo anterior, siguiendo a la jueza Medina Quiroga, el artículo 25.2 inciso b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene idéntico propósito que el que tuvo la inserción del artículo 2 de la misma, es decir, reforzar la obligación que todo Estado tiene de adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones que provienen del tratado, sin pretender alterar la obligación del Estado contenida en el párrafo 1 (Quiroga, 2003, pág. 368).

Consecuentemente, es posible llegar a la conclusión de que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuenta con 3 momentos procesales para su aplicación respecto del derecho de contar con un recurso que ampare al justiciable contra actos que violen sus derechos fundamentales.

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

En un primer momento, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cobraría aplicación en las fases de acusación y de instrucción sustanciadas por el órgano legislativo respectivo, al permitir la interposición de un recurso **extraordinario y judicial** que proteja al justiciable ante resoluciones que vulneren las garantías del debido proceso de manera sustancial e irreparable como el no llamarle al juicio político, no permitirle audiencia y defensa, o la admisión de alguna prueba que por su sola admisión y consecuente desahogo cause afrenta sustantiva al denunciado o a terceras personas no involucradas en el juicio político; en un segundo momento respecto del recurso **ordinario** en el que se le permitiera al justiciable recurrir el fallo condenatorio, mismo que debe interponerse ante el superior jerárquico de la autoridad legislativa que resolvió, o ante ésta misma de no existir superior jerárquico; y un tercer y último momento cuando al resolverse el recurso ordinario respectivo subsistieran vulneraciones a derechos fundamentales del condenado o se generaran nuevas violaciones a sus derechos fundamentales.

Así, consideramos que la aplicación del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consiste en generar la obligación a cargo de los Estados partes para que permitan expresamente la posibilidad de un recurso extraordinario, así como ordinario en las etapas ya señaladas, ya que lo anterior fortalecería el respeto de las garantías del debido proceso, la no vulneración de derechos fundamentales del justiciable sujeto a juicio político y dotaría de mayor legitimación el fallo conclusivo y terminal que se dicte en el juicio político contra funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as.

Ahora bien, respecto de la consulta realizada en el inciso B.2.1, relativo a esclarecer si el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre exigen, y con que alcance, un control judicial sobre el **procedimiento** de juicio político instaurado por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, consideramos que sí, los artículos en cita sí exigen

un control judicial **extraordinario** sobre dicho procedimiento, sin embargo éste recurso al interponerse en las fases de acusación e instrucción debe estar limitado a la vulneración sustantiva o grave de las garantías del debido proceso, tales como el no llamarle al juicio político, no permitirle audiencia y defensa, o la admisión de alguna prueba que por su sola admisión y consecuente desahogo cause afrenta sustantiva al denunciado o a terceras personas no involucradas en el juicio político, lo anterior ya que las violaciones estrictamente procesales pueden ser subsanadas a través del recurso **ordinario** que debe preverse en contra del dictado **primigenio** condenatorio por el Poder Legislativo, lo anterior en atención a las siguientes consideraciones:

En efecto, consideramos que el recurso **judicial** al que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, debe garantizarse en las etapas de acusación y de instrucción para que cualquier vulneración a los derechos fundamentales del quejoso y más específicamente las relativas al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, durante estas etapas, sean reparadas y el procedimiento sea purgado de todo vicio que vulnere el debido proceso en contra del denunciado, máxime ya que determinadas violaciones al debido proceso pueden tener como consecuencia el hacer nugatoria la defensa del justiciable y causar daños irreparables en la sentencia definitiva.

De esta forma, es que en las etapas de acusación e instrucción el recurso que debe ser concedido a los justiciables debe ser **extraordinario y judicial** en atención a generar un verdadero contrapeso a la posible actuación oportunista y arbitraria del Poder Legislativo frente al sometimiento del titular del Poder Ejecutivo a un juicio político, situación que, sostenemos, blindaría el irrestricto respecto de las garantías del debido proceso ya que no sería el Poder Legislativo quien decidiera por sí y ante sí la vulneración o no de éstas ni el desarrollo procesal del juicio político a su libre arbitrio y con la posibilidad de que sea despegado a la ley que rija el procedimiento en cita, sino que se le daría intervención a un Poder independiente

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

del legislativo y el ejecutivo, y que desde su génesis fue llamado a hacer respetar el mandato constitucional de cada Estado parte, para asegurarse que durante las etapas ya señaladas se cumpla a cabalidad con lo establecido por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la acusación e instrucción que sea presentada al “tribunal de sentencia” estén purgadas de todo vicio y posible vulneración a las garantías del debido proceso.

Consecuentemente, puede señalarse que la necesidad de que el recurso que debe permitirse en las etapas de acusación y de instrucción debe ser **extraordinario**, referido dicho carácter a que no puede estar previsto para su resolución por el Poder Legislativo que lleva la sustanciación del juicio político; y judicial para que sea el Poder Judicial quien determine la posible vulneración de las garantías del debido proceso en las etapas ya señaladas de manera independiente a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Consideramos que la participación del Poder Judicial en la resolución del recurso extraordinario en estas etapas abona al sistema de pesos y contrapesos de los Poderes del Estado ya que de lo contrario, el recurso que habría de evidenciar o no violaciones a las garantías del debido proceso sería resuelto por el mismo órgano legislativo que determinó incoar el juicio político en contra del funcionarios democrática y constitucionalmente electo/a respectivo, por lo que para evitar que dicho procedimiento sea utilizado para orquestar un “golpe de Estado parlamentario” o un método coactivo para alinear a la oposición o alguna fracción minoritaria disidente, es necesario que la actuación en las etapas ya señaladas sea revisable por el Poder Judicial ante la posible vulneración del debido proceso.

De esta forma, y como ya fue mencionado, no solo se permite que la acusación e instrucción que sean presentadas al “tribunal de sentencia” estén purgadas de todo vicio y posible vulneración a las garantías del debido proceso, sino que de esta forma se puede emitir una resolución dotada de legitimidad ya que no habría sido dictada de manera arbitraria sino bajo el respaldo del Poder Judicial,

para que en el momento en el que el juicio político respectivo se encuentre en fase de sentencia, éste se encuentre libre de toda posible vulneración a las garantías del debido proceso.

Para reforzar el argumento recién señalado es necesario atender a que la naturaleza del órgano ante el que se presenta la acusación, se instruye el procedimiento y se dicta la sentencia respectiva es legislativa y no cabalmente jurisdiccional, motivo por el que los órganos legislativos no pueden tener la máxima imparcialidad e independencia que caracteriza a los órganos judiciales, y por ello carecen de la objetividad necesaria para la aplicación del orden jurídico (Montenegro, 2005, pág. 100, 122 y 123).

Asimismo, siguiendo a Rubén Sánchez Gil, los órganos parlamentarios están integrados por legisladores que provienen de una elección popular; y que generalmente han sido postulados por el partido político al que están afiliados, por lo que pocas cosas tienden a la parcialidad como éstas, y si bien no indican que los órganos parlamentarios invariablemente solucionarán de manera arbitraria una cuestión política, como lo es en este caso el juicio político, sí puede concluirse que dichos órganos carecen de la máxima idoneidad para resolver objetivamente un conflicto de intereses sujetándose a la Constitución Política General del Estado respectivo (Sánchez, 2012, pág. 412) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aunado a lo anterior, los órganos legislativos no están integrados necesariamente por juristas, lo que también es inconveniente para la objetiva resolución jurídica de un juicio político, y aunque puedan contar con apoyo profesional en este campo, no debe olvidarse que quienes toman la decisión son los legisladores, no sus asesores (Sánchez, 2012, pág. 412).

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

Con motivo de lo anterior, puede concluirse que la intervención del Poder Judicial durante las etapas de acusación e instrucción para asegurar el irrestricto respecto del debido proceso, así como de la protección de los derechos fundamentales del justiciable sujeto a juicio político resulta justificada y necesaria.

Ahora bien, relativo a esclarecer si el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre exigen, y con que alcance, un control judicial sobre el **resultado** de juicio político instaurado por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, consideramos que sí, los artículos en cita, específicamente el primero de los citados, sí exigen un control **judicial extraordinario** sobre el resultado de juicio político, sin embargo, sostenemos que éste solo debe ser procedente una vez agotado el recurso ordinario que debe preverse en atención a lo dispuesto por el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para estas cuestiones.

En efecto, sostenemos que los artículos a los que se hacen referencia en el párrafo que antecede sí exigen un control judicial sobre la sentencia que sea pronunciada por el órgano legislativo terminal el contexto de juicio político bajo análisis, sin embargo este debe quedar sujeto al principio de definitividad, es decir, a que el órgano terminal legislativo resuelva el recurso respectivo, lo anterior para darle oportunidad a dicho Poder de subsanar las posibles violaciones a los derechos fundamentales cometidas en el dictado de la sentencia respectiva.

Sin embargo, ante la posible falibilidad del Poder Legislativo en el pronunciamiento de la sentencia definitiva de juicio político, en atención a su falta de idoneidad, imparcialidad e independencia requerida, se hace patente la necesidad de que el Poder Judicial ejerza un control judicial sobre dicha sentencia definitiva.

Ahora bien, no obstante la “naturaleza política” que se le pueda atribuir a la sustanciación y consecuente sentencia dictada por el Poder Legislativo en un juicio político en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, para pretender calificar esta materia como ajena al control del Poder Judicial, dicho argumento se ve derrotado ya que el órgano parlamentario deberá indefectiblemente aplicar normas jurídicas en su resolución, por lo que la misma no puede tener un carácter *ad libitum*, ni la misma es incontrolable, calificativo con el que se ha querido definir lo “político” para estos efectos (Sánchez, 2012, pág. 426).

Aunado a lo anterior, la decisión que llegue a adoptar el órgano legislativo no se encuentra exento de atender, como ya fue mencionado, lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la determinación de fondo que se adopte debe también responder a los criterios establecidos por el principio de proporcionalidad *lato sensu* (Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, 2015, párr. 257).

Consecuentemente, en cualquier acto de autoridad puede, y debe analizarse jurisdiccionalmente su constitucionalidad y convencionalidad ya que los mismos están sometidos a la ley fundamental y a lo establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que la regularidad de dichos actos con los ordenamientos señalados debe ser establecida por la jurisdicción especializada en la materia.

Así, aun decisiones que se consideran netamente “políticas” y bajo una discrecionalidad fuerte del operador responsable son susceptibles de analizarse en su apego a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución del Estado parte respectivo.

Ahora bien, tomando la literalidad del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos en cuanto establece el derecho de contar con un recurso **judicial** que ampare al justiciable ante las vulneraciones a sus derechos

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

humanos, se hace aún más latente la obligación del Estado de reconocer la procedencia de un recurso de esta naturaleza, es decir, judicial, en contra de la sedición terminal que se emita en un juicio político instaurado por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as.

En efecto, la relación que guarda el artículo 25 con el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este contexto, es el de crear una auténtica tutela jurisdiccional efectiva, mediante el cual el justiciable tenga la posibilidad **jurídica** de acudir a un órgano **jurisdiccional** en el más estricto sentido de la palabra, para que mediante el seguimiento de un debido proceso se dirima el juicio político dentro del que se ven afectados los intereses y derechos, en este caso de los funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as en contra de los que se incoe un juicio de esta naturaleza.

Aunado a lo anterior, el amalgamamiento de los artículos a los que se hace mención en el párrafo anterior exige al Estado que el órgano encargado de dirimir un juicio político en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, debe contar con garantías que aseguren al máximo su objetividad en la aplicación jurídica, por lo que dichas garantías deben estar encaminadas a lograr la imparcialidad y la independencia que dicho órgano y sus integrantes deben gozar (Sánchez, 2012, pág. 428).

Con motivo de lo anterior, sus Señorías podrán percatarse que los órganos parlamentarios no conforman un órgano con suficientes garantías de imparcialidad e independencia ya que sus integrantes tienen vínculos importantes con sus electores, con los partidos que los postularon y la agenda que promueven en el respectivo órgano legislativo, tampoco gozan de garantías económicas ni de permanencia en el cargo que les permitan emitir una resolución sin apego a intereses particulares, políticos, de oportunidad o sin presiones externas.

En este sentido, no obstante, el juicio político incoado en contra de los funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as por el Poder Legislativo, no obstante ser un procedimiento materialmente jurisdiccional y se sigue en forma de juicio, resulta carente de idoneidad para que en el pleno sentido de la expresión de “dicte el derecho”.

Consecuentemente el Poder Legislativo no es un *pouvoir neutre* que asegure la objetividad de la solución de litigios de esta naturaleza, pues es un órgano de gobierno que ejerce el poder político directo, sujeto plenamente a los avatares de los intereses políticos (Sánchez, 2012, pág. 429).

Con motivo de lo anterior, la óptima realización del *effet utile* (Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, 2014, párr. 271) de los valores establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial de sus artículos 8 y 25, y el diverso artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre refuerzan el argumento para sostener el control judicial sobre la resolución terminal emitida en un juicio político incoado por el Poder Legislativo en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, y a través de criterios de oportunidad, argumento que encuentra apoyo en la tendencia del moderno derecho parlamentario de eliminar competencias jurisdiccionales a las asambleas legislativas (Sánchez, 2012, pág. 431).

Asimismo, es necesario señalar que la permisión para que el Poder Judicial ejerza control judicial sobre la resolución conclusiva del juicio político no riñe con el recurso ordinario que sea habilitado en contra de la sentencia primigenia de dicho procedimiento, ya que sería hasta el agotamiento de éste o la inconvencional inexistencia del mismo, que el recurso extraordinario y judicial que ejerza control sobre la sentencia definitiva tendría lugar.

JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

Ahora bien, relativo a esclarecer de qué manera se puede asegurar que el alcance y la implementación en la práctica del control judicial no impliquen un riesgo respecto del principio de separación de poderes u sistema de pesos y contrapesos en una democracia, consideramos que en primer término, ante el contexto de que el Poder Legislativo opte por incoar un juicio político en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, un presupuesto necesario para la no vulneración de los valores aquí señalados debe ser la maximización de las garantías de independencia e imparcialidad del Poder Judicial respecto del Legislativo y el Ejecutivo.

Lo anterior, debe ser prioritario en la agenda estatal para tales fines, ya que un Poder Judicial verdaderamente independiente e imparcial respecto del Legislativo y el Ejecutivo no podrá verse trastocado por las posibles afrentas o presiones políticas que lleguen a surgir en un contexto como el que se encuentra bajo análisis, por lo que consideramos estas garantías como un presupuesto institucional necesario para respetar la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en una democracia.

Asimismo, y como se mencionó en líneas anteriores, consideramos que el hecho de que el Poder Judicial ejerza un control judicial abona precisamente al sistema de pesos y contrapesos en una democracia, ya que se evita que el Poder Legislativo que tiene a su cargo el trámite que se le dé a la acusación respectiva, la instrucción del procedimiento y el eventual dictado de la sentencia definitiva ponga sus intereses partidistas y de oportunidad política por encima del respeto a las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales del denunciado.

Es decir, el control que ejerza el Poder Judicial sobre dicho procedimiento tiende a evitar que el juicio político en el que el Poder Legislativo opte por incoar un juicio político en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as degenere en un “golpe de estado parlamentario” o que sirva de

instrumento de coacción para el alineamiento político de una minoría o fracción del Estado disidente con la agenda política de la mayoría parlamentaria.

Aunado a lo anterior, consideramos que con el control que ejerza el Poder Judicial sobre el juicio político en el que el Poder Legislativo opte por incoar un juicio político en contra de funcionarios democrática y constitucionalmente electos/as, no se ataca el principio de división de poderes ya que con esta acción el Poder Judicial no se encuentra invadiendo la esfera natural y originalmente delegada al Poder Legislativo, sino que retoma una facultad que le esta concedida, por su naturaleza, desde su génesis al Poder Judicial.

Es decir, al no invadir la facultad legislativa primigenia y original del Poder Legislativo, es decir el de ordenar mediante legislación la vida política y jurídica del Estado, no existe afectación al principio de división de poderes, sino que el Poder Judicial retomaría una atribución que siempre debió ser de este último.

Lo anterior no implica permitir un “gobierno de jueces” ni mucho menos. Es el blindar e impedir que decisiones que sen tomadas únicamente con base en criterios de oportunidad política puedan mermar gravemente los procedimientos democráticos a través de los cuales un país eligió a sus representantes o funcionarios que deban ser electos mediante la voluntad popular.

Un golpe de estado moderno no necesariamente necesita un levantamiento o sublevación de su ejército o población para que se consume, estos pueden ocurrir mediante formas mucho más “sutiles” pero igualmente devastadoras, como lo es un uso inadecuado de figuras jurídicas en las que se pretenda defender una supuesta voluntad discrecional y soberana de un Poder político para mermar gravemente a otro.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité de Derechos Humanos. Observación: CCPR-GC-32 El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (Sustituye la CCPR/GC/13), 2007. Párr. 58.
- Comité DH. Comunicaciones Nos. 1033/2001, Singarasa c. Sri Lanka, párr. 7.4; 823/1998, Czernin c. la República Checa, párr. 7.5.
- Comité DH. Comunicaciones Nos. 1100/2002, Bandajevsky c. Belarús, párr. 10.13.
- Comité DH. Comunicaciones Nos. 1110/2002, Rolando c. Filipinas, párr. 4.5.
- Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, Párrafo 117,
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, Párrafo 88.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 61 y 62,
- Corte IDH. Caso Cabrera Corte IDH. García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafo 155.
- Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 118
- Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 271.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69
- Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315., Párrafo 164
- Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párrafo 257.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 158

RENÉ COSME RAMOS LIMÓN

- Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Serie C No. 311., Párrafo 74
- Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párrafo 101
- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, Párrafo 164,
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, Párrafo 270
- Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC – 11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N°. 11, párrafo 28
- Corte IDH. voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en relación con el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 3
- Corte IDH. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6, respecto del caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Medina Quiroga, Cecilia, La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago de Chile: Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2003, página 367.
- Montenegro Aroga, Juan, et al., Derecho jurisdiccional I, Parte general, 14^a. Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, páginas 100 y 122-123.
- Sánchez Gil, Rubén, Escritos Procesales Constitucionales, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa México, 2012, página 412.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Human dignity and recognition of human rights: philosophical, social and legal aspects

VIANEY DE JESUS MENDOZA RUELAS

Universidad de Guadalajara

RESUMEN

Dentro de este texto se realizó un análisis acerca del concepto de dignidad humana y su relación intrínseca con los derechos humanos. Con base en lo anterior, el objetivo general es analizar el concepto de dignidad humana como reconocimiento de los derechos humanos desde aspectos filosóficos, sociales y jurídicos. Para esta investigación documental se revisaron fuentes de información bibliográfica y hemerográfica, así como normatividades a nivel nacional e internacional. Se argumenta con algunos ejemplos de la vida práctica, como es que se retoma el concepto de dignidad, con el fin de especificar como se utiliza con base en la realidad social. Finalmente se concluye que reflexionar sobre estos temas siempre será importante e imprescindible, pues recordemos que nuestras leyes, derechos fundamentales y la sociedad misma está en una constante renovación lo que implica nuevas adaptaciones sin perder de vista las bases y los fundamentos de un bienestar social: la dignidad y los derechos humanos.

Palabras clave: dignidad, derechos humanos, filosóficos, sociales, jurídicos

ABSTRACT

In this text an analysis was performed about the concept of human dignity and its close relationship with human rights. The general objective of this reflection is to analyze the concept of human dignity and the recognition of human rights from philosophical, social and legal aspects. For this documentary research the author reviewed sources of information in books, research articles and national and international laws. The author gives some real life examples and arguments of what human dignity is in our society, in order to know its importance. Finally, the author concludes that it is important and necessary to reflect on these issues. We can remember that our laws, fundamental rights and society are always changing. In conjunction with the above, it is necessary to understand the foundations of social welfare: human dignity and human rights.

Keywords: dignity, human rights, philosophical, social and legal aspects

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se definen con base en las relaciones entre los individuos y estructuras de poder que componen una sociedad, su ejercicio permite conformar una convivencia en condiciones de libertad, igualdad y respeto a la dignidad humana, comprendiendo los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos de los pueblos. (Unión Interparlamentaria y Naciones Unidas, 2016)

Una reflexión actual sobre los derechos humanos implica analizar el contexto social en que se desenvuelven, defienden y promocionan, retomar la parte teórica pero simultáneamente alejarlos de una pura abstracción conceptual para que sean accesibles a toda forma de pensamiento, de manera tal que las personas normalicen en su actuar el respeto por la dignidad humana en todos los escenarios en que interactúan.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Hablar sobre los derechos humanos, es reconocer simultáneamente aspectos en los cuales se fundamenta su construcción filosófica, social y jurídica, es aquí donde cobra relevancia distinguir el concepto de dignidad humana, que da un valor intrínseco al ser humano, por el sólo hecho de existir.

Históricamente, la reflexión que se ha realizado en torno al concepto de dignidad humana tiene profundas raíces filosóficas que se relaciona con normatividades sociales que han trascendido hasta la actualidad.

En este sentido, reflexionar sobre los derechos humanos implica reflexionar sobre el sentido y el valor que se le otorga a la humanidad de manera universal y como se regula la conducta de las personas dentro de un Estado de derecho y en el caso de algunas transiciones jurídicas como lo es el derecho al aborto, a la eutanasia, al juzgar y reconocer de manera específica crímenes de odio y violencia máximos contra la mujer “los feminicidios”, o contra la diversidad sexual, entre otros, llevan implícito el concepto de reconocimiento de la dignidad y autonomía humana. Por tal motivo es relevante comprender que:

Fundamentar los derechos humanos no está de más, no es algo superfluo ni mucho menos irrisorio; al contrario, es una reflexión de gran importancia y nunca pasada de moda. Aún más, podríamos afirmar más bien que “la constante violación de los derechos humanos es una manifestación evidente de la falta de difusión de esas pretendidas convicciones. (Velásquez,2010, p.75)

Con base en lo anterior, el objetivo general de la presente investigación documental es analizar el concepto de dignidad humana como reconocimiento de los derechos humanos desde aspectos filosóficos, sociales y jurídicos. Como base metodológica se revisaron fuentes de información bibliográfica y hemerográfica, así como normatividades.

Finalmente cabe destacar que la redacción de este texto se desenvuelve desde un ámbito académico, pero pretende tener alcances en un contexto social al intentar exponer la responsabilidad ciudadana y humana que cada persona tiene de hacer valer sus derechos por el simple hecho de existir, pero a su vez respetar los de los demás, respetar su dignidad, en aquellos escenarios en los que todos los días convivimos, crecemos, nos expresamos, y dejamos expresar a todos aquellos que forman parte de nuestro entorno

1. ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA DIGNIDAD HUMANA CON RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Comprender el concepto de dignidad humana nos remite a una reflexión filosófica que sustenta los derechos humanos y que ha estado presente desde hace siglos, por ejemplo, desde los griegos.

El concepto de dignidad humana también nos remite a reflexionar sobre el concepto de persona, lo cuales algunos autores afirman que:

El concepto de persona puede ser usado en forma descriptiva y prescriptiva. Como concepto prescriptivo sirve, sobre todo en la filosofía del derecho, para la caracterización de seres a los que se les adjudican derechos subjetivos, entre ellos uno fundamental: las personas tienen el derecho al respeto, y puesto que a todas las personas les corresponde este estatus en igual medida, las personas tienen derecho a igual respeto. (Gutmann, 2019, p.234)

Es así como el concepto de persona y dignidad humana tienen una vinculación filosófica para su comprensión y fundamentación de los derechos humanos.

No obstante, es importante establecer una primera definición del concepto de dignidad desde su origen etimológico:

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

De la comprensión que se tenga de la naturaleza humana deriva el trato que debe dársele a todo ser que posea dicha naturaleza, a lo que denominamos “dignidad”. Vocablo que deriva del latín dignitas, que a su vez deriva de dignus, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro, “que merece” y que corresponde en su sentido griego a axios o digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor. (González, 2005, como se citó en Martínez ,2012 p. 42-43)

Con base en lo anterior, se puede comprender la raíz del concepto de dignidad humana. Sin embargo, cada época de la humanidad estuvo constituida por diversos intereses sociales, culturales y políticos, a grado tal que la dignidad no se otorgaba a toda persona por el sólo hecho de existir, sino que había personas que no representaban dignidad como tal, debido a su categoría social, como lo creían algunos de los antiguos filósofos griegos.

Los antiguos griegos creían que los esclavos no eran merecedores de ser reconocidos con una dignidad como personas, dado que su contexto político y social les arrebatava esta categoría y los volvía mera mercancía de cambio.

En una primera etapa, en la Antigüedad griega y posteriormente en Roma, la concepción de la dignidad se basó originariamente en el aprecio y el reconocimiento social hacia el individuo, en la posición social que se ocupaba (...) Esta concepción de la dignidad no estaba fundada en la condición humana, sino en la condición social, tiene como supuesta la idea de superioridad y rechaza por principio la igualdad, que sólo mucho después vendrá a unirse a la idea de dignidad. (Martínez, 2012, p.45)

Por tal motivo, el concepto de dignidad se otorgaba por título social, y no como sinónimo de derecho, lo que hacía que algunas personas fueran vulneradas socialmente y no se le reconociera un trato humano igualitario.

Posteriormente el cristianismo vino a introducir una importante transición al concepto de dignidad, en la historia de la humanidad. Al expresar un interés religioso de la hermandad y la igualdad de las personas, comprendida desde una fraternidad en la humanidad, se introdujo el elemento de igualdad, aunque desde una concepción religiosa y espiritual, más que social.

También se consolida en esta etapa la idea del ser humano como el ser más digno y excelso de todos los existentes. Sólo a los seres humanos creó Dios a su imagen y semejanza, sólo a los seres humanos Dios redimió y sólo con ellos tiene una relación paterno filial, y el resto de los seres creados lo fueron precisamente para el beneficio del hombre, que es en este sentido el rey de la creación (Martinez,2012, p. 47)

Es así como el concepto de dignidad retoma un nuevo sentido, que, aunque meramente religioso comienza a aportar la idea de igualdad y trato digno a la humanidad en su totalidad. En la historia de la reflexión sobre el concepto de dignidad, desde el derecho natural en el siglo XVII, se hizo un gran avance en el reconocimiento de la dignidad del hombre partiendo desde esta perspectiva:

Pufendorf es el primero que antes de Kant, expresará con palabras tan impresionantes la idea de dignidad del Hombre como ser éticamente libre, haciendo de ella el soporte de su sistema de Derecho Natural y deduciendo también de ella la noción de derechos del Hombre y de la libertad, que determinará el curso del siglo siguiente (Pele,2015, p.12)

Posteriormente, surge una reflexión sobre la dignidad desde una perspectiva filosófica con los aportes del alemán Immanuel Kant.

Este filósofo desarrolló una perspectiva ética en la cual, todo ser humano racional debe dirigir su actuar desde un imperativo categórico, solo así se garantizará que las acciones morales se fundamenten en un principio universal y racional.

Para saber lo que he de hacer para que mi querer sea moralmente bueno, no necesito ir a buscar muy lejos una penetración especial. Inexperto en lo que se refiere al curso del mundo; incapaz de estar preparado para los sucesos todos que en él ocurren, bástame preguntar: ¿puedes creer que tu máxima se convierta en ley universal? Si no, es una máxima reprobable, y no por algún perjuicio que pueda ocasionarte a ti o a algún otro, sino porque no puede convenir, como principio, en una legislación universal posible; la razón, empero, me impone respeto inmediato por esta universal legislación. (Kant 2007, p.17)

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Es así como Kant destaca que la humanidad actúa dirigiendo su voluntad de acuerdo a la razón, para cumplir con su deber moral. En este caso, el imperativo categórico se establece como una ley universal dirigida por la razón en la cual el hombre admite reglas fundamentales, como el actuar siempre de manera tal que los otros sean fines en sí mismo y nunca medios, aunado a ello el hecho de que actuará en un reino en el cual quisiera que sus acciones se volviera una máxima moral que todos debiesen respetar y ejercer por igual.

Los límites de la propuesta en la ética kantiana fueron analizados por diferentes teóricos, lo cual llevo a considerar diferentes líneas interpretativas de su reflexión ética.

Lo fundamental en la propuesta de Kant, es la transición en la cual la voluntad humana debe regirse por normas universales y racionales en las cuales nunca afectemos a los demás con nuestras acciones morales, actuar siempre con un interés común y no propio, procurando así un bienestar común y el reconocimiento de una dignidad humana en cada persona.

La ética kantiana se muestra exclusivamente, una vez más, como una ética del respeto mutuo, recíproco de seres racionales, que se respetan unos a otros como fines en sí mismos y, con ello, al mismo tiempo, como agentes racionales que se dan fines a sí mismos (Gutmann y Rendón,2018, p. .239)

En este sentido algunos autores difieren en la pertinencia de este planteamiento, puesto que al hablar de un “sujeto racional” se excluye a quienes a juicio de la sociedad no se les categoriza como autónomos en sus facultades, como las personas con demencia, con discapacidad u otras cuestiones. (Gutmann y Rendón,2018)

Posteriormente, en el siglo XX, surgió como tal la declaración Universal de los Derechos Humanos, dentro de un contexto en el cual se aplastó la dignidad humana a un extremo tal que se cometió Genocidio. Las ideas imperantes sobre un totalitarismo como sistema político de gobierno, fue lo que llevo al extremo dicha situación:

Pero el surgimiento de los Estados totalitarios de varios tipos, el sinnúmero de ultrajes que esos Estados cometieron contra la dignidad humana, los atentados que perpetraron contra los más preciados bienes de la cultura occidental, y la Segunda Guerra Mundial por ellos desencadenada -con el sinnúmero de experiencias trágicas-, abrieron los ojos de nuevo hacia la importancia de los "derechos naturales o fundamentales del hombre" (Recansens, 2008, p.553)

En este sentido surgió un renacimiento por plantear las ideas sobre los derechos del hombre, que encabezó la Revolución Francesa, para promulgar los derechos de todo ciudadano a una vida digna y expandirlo a las constituciones de varios países.

Contemporáneamente, han surgido reflexiones en las cuales se ha consolidado la importancia de nuevas exigencias sobre la dignidad humana y los derechos humanos, como tal, la bioética es una disciplina derivada de la ética y por tanto de la filosofía, surgiendo a partir de la segunda mitad del siglo XX. Su objetivo principal es reflexionar sobre el respeto a la vida y su dignidad frente a los avances tecnológicos y científicos, aunque cabe distinguir, existen distintos enfoques de la bioética como disciplina, los cual dan un marco diferente de reflexión a los dilemas éticos actuales.

En este sentido, al reflexionar sobre la utilización del ser humano y los animales a favor de avances científicos, entre otras cuestiones, implican retomar la dignidad del ser humano y una justificación ética en la ciencia, esta es una parte de las interrogantes y reflexiones que retoma la bioética.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

la bioética tendrá siempre como referente el tema de la dignidad humana, ya sea porque haga referencia a situaciones en las que la misma pueda ser afectada o dañada, las que en muchas ocasiones se expresarán en términos de derechos humanos. Así, por ejemplo, en la formulación de los derechos de los pacientes, donde se considera uno de los fundamentales el derecho al “trato digno, con respeto a las convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad” (Martínez, 2012, p.57)

Desde la anterior consideración se refleja, algunas de las cuestiones referentes a la defensa de la dignidad humana que retoma la bioética en cuanto a los avances científicos tecnológicos actuales, evitando así la cosificación de las personas, como diría Kant, no ver a los otros sólo como simples medios, sino como fines en sí mismos.

Es así que la bioética continuamente se maneja a través de consensos para regular las prácticas científicas en las cuales no se vulnere la dignidad humana e incluso las de otras especies no humanas.

2. ASPECTOS SOCIALES DE LA DIGNIDAD HUMANA CON RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

La dignidad humana desde un contexto social implica regulaciones éticas que protegen su defensa y fundamentan los derechos humanos. En este sentido, se busca reflejar la utilidad del comprender el concepto de dignidad dentro de una determinada sociedad.

Cada contexto social contiene un bagaje cultural, social y político distinto, lo que hace darle un sentido diferente a lo que se comprende como la dignidad de las personas.

Un ejemplo de ello, son los usos y costumbres que existen en algunos pueblos de México, “las mujeres trabajan desde el alba hasta el ocaso, aun así, no son sujetos de prestigio ni cuentan con derechos políticos: no ocupan cargos

oficiales ni hay Santas que las representen”. (Gómez,2005, p.143) Este es el caso de las mujeres en las comunidades indígenas de los Altos de Chiapas en México. Destacándose así un ejemplo de los usos y costumbres como formas de autogobierno, en los cuales se excluye el reconocimiento de la dignidad de las mujeres y se subordina a dichas normas.

Existen otros ejemplos, en los cuales la mujer tiene un rol utilitario, como algunos países de oriente, en los cuales las niñas tienen menos acceso a la educación y se les otorga un rol más enfático en la maternidad y el matrimonio desde edades muy prematuras.

Las desigualdades de género en la India son muy evidentes, la tasa de alfabetización entre las mujeres tribales en Jharkand es del 9%. Según datos del Banco Mundial, el 37% de los 1.191 millones de personas que viven en la India subsiste con menos de 0,90 euros al día. (Manos Unidas, 2022)

Lo anterior refleja como el reconocer la dignidad de una persona en un determinado territorio, se ve influenciado por las normas culturales lo que hace predominen ciertos derechos y obligaciones que para otros contextos significan otorgarles nula dignidad a las personas, en este caso de género.

En este sentido es esencial la comprensión que se tenga de dignidad humana en relación con los derechos humanos, puesto que es lo que se establece como normas de convivencia.

Los derechos humanos podrían tener una visión utilitaria por parte del sujeto o del Estado, es decir podrían aplicarse o cumplirse cuando es de interés de alguna de las partes, para esto es necesario que ambos lo conozcan y reconozcan como elementos intangibles expuesto en una declaración universal, la cual también corre el riesgo de ser vista desde una perspectiva utilitaria. (Aldana e Isea, 2018,p.14)

En este contexto los autores refieren la importancia de la promoción y asimilación del significado social y jurídico que tiene la dignidad y los derechos humanos para los Estados y la ciudadanía, a fin de que se reconozcan y respeten en

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

una normatividad preestablecida. Por su parte, la dignidad humana desde diversos contextos sociales en conexión con una comprensión universal de los derechos humanos se relaciona mucho con el cómo se promuevan, defiendan y manifiesten por aquellos que se les conoce como defensores de dichos derechos.

Como se mencionaba, en la India se tiene un rol determinado para la mujer en cuanto al acceso a la educación, el matrimonio y maternidad en una edad que no es considerada como núbil para algunos contextos occidentales. Sin embargo, existen personas que han desafiado ese contexto cultural para reconocer el rol de dignidad en la mujer dentro de su sociedad, como fue el caso del maestro de India Ranjitsinh Disale ganador del premio Global Teacher Prize 2020,¹ por promover el derecho a la educación en las infancias, la adolescencia y disminuir con ello las tasas de matrimonios en mujeres antes de formarse dentro de un sistema educativo.

Otro contexto es la tan conocida historia de la defensora del derecho humano a la educación para las niñas, ganadora del premio “Nobel en educación 2014”, la paquistani Malala Yousafzai.²

Dichos defensores del derecho humano a la educación fueron capaces de redefinir el concepto de dignidad humana en su contexto cultural, social y político en la infancia y adolescencia para exaltar el valor del derecho a la educación antes del rol de la maternidad y del matrimonio.

Aunado a lo anterior, es fundamental tener una comprensión y apropiación por parte de quien gobierna y quienes somos gobernados acerca de la dignidad humana y su relación con los derechos humanos:

¹ Véase <https://www.fundacionaquae.org/ranjitsinh-disale-educacion-calidad/>

² Véase <https://www.globalteacherprize.org/person?id=13756> y <https://www.un.org/es/mensajeros-de-la-paz/malala-yousafzai>.

La dignidad humana tiene una profundidad sobre su significado y lo que representa el cumplimiento del mismo, bien sea desde el orden jurídico o cultural. Esto abre la posibilidad para que cada persona o gobierno lo internalice, valore, asuma, como mejor le parezca, ante lo cual se articula un proceso de utilidad o relativismo sobre la acción de la dignidad humana como eje fundamental de los derechos humanos, siendo este el mayor desafío ante el cual se encuentran los defensores de los derechos humanos, dado que pueden surgir controversias en la defensa de los mismos, por parte de quienes internalizan la dignidad desde su sentida relatividad o utilidad. (Aldana e Isea,2018 p.19)

Aquí radica la importancia del reconocimiento de la dignidad en la ciudadanía, como parte del acceso a los derechos humanos. Se dice que comúnmente, la violación u omisión de los derechos humanos, no recae exclusivamente en nuestro gobierno, sino también en particulares, en comunidades o en empresas incluso. (Amnistía Internacional,2005).

De tal manera que es una responsabilidad social, promover, reconocer y respetar la dignidad de cada persona a través de sus derechos humanos, incidir socialmente, ya que prevenir siempre será más costeable para el Estado, que recurrir a los mecanismos jurisdiccionales para su reparación en los casos dónde se violenten los derechos humanos por parte de empresas, instituciones, o servidores públicos.

Mas allá, de lo estipulado en normatividades, la dignidad humana como reconocimiento de los derechos humanos de una persona, se relacionan también con el cómo se promueven y otorgan esos derechos. Cuando no se otorgan los medios para que las personas vivan con una calidad de vida, es cuando entran las interrogantes y desacreditación de la utilidad de los derechos humanos, si sólo son teoría y retórica o si en realidad cumplen su función. Como bien lo menciona Tapia:

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Si tomamos en consideración lo estipulado en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se estipula que, como requisito para lograr la libertad, la justicia y la paz, debe reconocerse la dignidad de los miembros de la familia humana, así como del goce de los derechos iguales e inalienables (Tapia,2016, p.72)

Parte de ese reconocimiento, justicia y paz es el esfuerzo que se ha realizado con la creación de manuales para su observancia y práctica, como lo es el caso de las personas con discapacidad, personas de la diversidad sexual, los derechos sexuales de los jóvenes, entre otros, que son una muestra de aquellos avances culturales que se intenta incidir en la cotidianidad de las relaciones sociales para promover un panorama de respeto y especificidad de los grupos sociales.

Un punto importante que debe tomarse en cuenta son los principios de los derechos humanos los cuales aluden a estos cambios progresivos que se van presentando en los contextos sociales:

La mayoría de los derechos humanos no son absolutos, y por lo tanto están sujetos a ciertas restricciones, como por ejemplo mediante reservas, derogaciones y limitaciones. Más aun el principio de la realización progresiva de los derechos significa que debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares y la capacidad de cada estado a la hora de valorar si un estado ha cumplido sus obligaciones en materia de derechos humanos (Unión Interparlamentaria y Naciones Unidas, 2016, p. 15)

Con base en lo anterior se puede comprender la importancia de las circunstancias particulares y el rol de las instituciones del Estado para proteger a ciertos grupos que se consideran más específicos en su atención en determinadas situaciones, como las personas de la tercera edad, las mujeres, la niñez, las y los jóvenes, los migrantes, las personas diagnosticadas con VIH O Sida, las personas con discapacidad, las personas pertenecientes a la diversidad sexual, entre otros grupos. Es precisamente la tolerancia y respeto a esas especificidades, las que permiten que se dé una convivencia y consideración ante las características particulares de los distintos individuos en un mismo contexto social.

Como bien lo menciona Carpizo (2011), con el tiempo se van precisando derechos por la existencia de necesidades que con anterioridad no existían. Contemporáneamente existen problemáticas que van demandando una atención por su impacto en el mundo. Este autor destaca, por ejemplo, los problemas de impacto ambiental que perjudican a toda la población mundial, o la escases de agua en algunos territorios que anteriormente no demandaban tanta urgencia en su atención como en la actualidad, el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas, han adquirido un significado distinto por los diferentes medios de comunicación actuales que existen como el internet, por ejemplo.

El contexto social actual de los derechos humanos exige rebasar conceptualizaciones y aplicar niveles de activismo social dirigido hacia a aquellas necesidades que siguen latentes en las desigualdades sociales y humanas. Los derechos humanos representan el triunfo del reconocimiento de la dignidad humana, pero que fue una larga lucha entre las instituciones, gobiernos, legislaciones y líderes sociales quienes confrontaron una continua manifestación por ese reconocimiento.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DIGNIDAD HUMANA CON RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento de la dignidad es lo que permite regular ciertas normatividades, e incluso disertaciones sobre la autonomía de las personas en cuanto a su libre elección sobre algunos derechos, como el ya mencionado derecho a acceder a la educación, y en otras legislaciones no propias del territorio nacional de México, el poder optar por la opción de la eutanasia, es decir, la dignidad como piedra angular de disertaciones acerca de dilemas éticos.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Es así que el concepto de dignidad fue retomado por las normas jurídicas con base al derecho, para regular el acceso a los derechos fundamentales:

Uno de los pilares principales en un Estado de Derecho, es el reconocimiento de la dignidad de la persona, por ello, no basta que se autolimite en el sentido de reservar al individuo unos márgenes suficientes de libertad, sino que es preciso que la propia dignidad se proteja activamente, esto es, haciendo frente a las amenazas que surjan con los cambios de la sociedad. (García,2015, p.1)

El respeto a la dignidad humana es lo que le da una base a las normas que regulan el Estado de Derecho, y que permiten un bienestar social en un contexto de convivencia cotidiana. Por tal motivo, la dignidad humana se ve reflejada en las normatividades jurídicas, las constituciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos como las bases que otorgan a las personas un valor intrínseco por el sólo hecho de existir

De acuerdo a García (2015), la Constitución Mexicana exalta la relevancia de la dignidad humana, para liberar a la ciudadanía de sufrir cualquier tipo de atropello o discriminación, y ello con base a lo establecido en el artículo primero constitucional.

Artículo 1o. 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 (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones 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. (Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos,2021, p.1)

Por tal motivo, el concepto de dignidad juega un papel relevante en la promulgación de las leyes que protegen los derechos fundamentales de la ciudadanía mexicana. Por su parte la normatividad internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos también destacan la importancia de la dignidad humana para el reconocimiento de los derechos humanos.

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...) ARTÍCULO 1 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. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p.1-2)

Es así como se encuentra un elemento común en las normatividades jurídicas que regulan las sociedades actuales: el reconocimiento de la dignidad humana como un valor supremo y no negociable, aunque por mecanismos de defensa diferentes ya sea jurisdiccional o no jurisdiccional, la dignidad se reconoce por igual como base de los derechos humanos.

Porque siempre será más costoso y razonable para un sistema social prevenir y promover los derechos humanos para erradicar la violencia y las injusticias, que crear mecanismos jurídicos que sancionen su incumplimiento.

Por otra parte, es importante mencionar, que la protección de los derechos humanos dirigida a grupos vulnerables como la infancia, las mujeres, los pueblos indígenas, las personas migrantes, personas refugiadas y desplazadas, la comunidad de la diversidad sexual, las personas de la tercera edad, personas con discapacidad, son una muestra tangible de la necesidad de implementación de protocolos para intervenir con estas poblaciones, debido a la susceptibilidad que presentan a recibir violaciones a sus derechos humanos y al nulo reconocimiento de su dignidad como personas.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

Por tal motivo, en el caso de México surgió esa necesidad de estipular protocolos de actuación e impartición de justicia, para la defensa de los derechos humanos, como lo menciona la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Para hacer frente a esa situación de desventaja, la SCJN ha tomado distintas medidas. Una de ellas es la elaboración de los *Protocolos de actuación para quienes imparten justicia*, los cuales tienen como finalidad orientar a quienes imparten justicia sobre las particularidades, principios y estándares que deben observar cuando resuelven casos en los que se ven involucradas personas de determinados colectivos sociales, o bien, en aquellos asuntos que se refieren a hechos como la tortura y malos tratos o la implementación de proyectos de desarrollo e infraestructura. El fin último de este tipo de herramientas es garantizar que todas las personas accedan a la justicia en forma plena y en condiciones de igualdad. (Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Tales afirmaciones, dan una muestra de los avances que se han hecho en materia de impartición de justicia, desde una fundamentación constitucional, para promover y reconocer la dignidad de las personas y sus derechos humanos, en aquellos grupos que por su condición se muestran vulnerables ante la sociedad. El reconocimiento de la dignidad humana, más allá de ser un simple concepto retórico, su precisión conceptual es sumamente relevante para la práctica puesto que es lo que clarifica el tratar con respeto a los demás, incluso en contextos en los que se han quebrantado normas morales o jurídicas, el respeto a la dignidad humana, es lo que permite se eviten mayores injusticias, la dignidad humana por sobre todo utilitarismo del Estado, de los avances científicos y de las posturas moralistas:

Tan sustancial e inalienable es esta dignidad que nadie puede ser esclavo, ni tan siquiera por voluntad propia o por contrato (...) sobre todo quiero dejar bien claro para terminar que, no pudiéndose perder la dignidad humana sustancial en ningún supuesto, es en ella donde hay que hacer pie para desautorizar la pena de muerte o la tortura y para conceder al criminal más criminal la oportunidad y el derecho a la rehabilitación. (Valls, 2015, p.285)

Es así como la conceptualización de la dignidad humana cumple un papel relevante dentro de la normatividad jurídica.

4. CONCLUSIONES

Dentro del presente texto se analizó la dignidad humana como reconocimiento de los derechos humanos, desde aspectos filosóficos, sociales y jurídicos lo cual permitió se cumpliera el objetivo principal de investigación.

Como se mencionó al principio, la redacción de este texto se desenvuelve desde un ámbito académico, pero pretende tener alcances en un contexto social al intentar exponer la responsabilidad ciudadana y humana que cada persona tiene de hacer valer sus derechos por el simple hecho de existir, pero a su vez respetar los de los demás, respetar su dignidad, en aquellos escenarios en los que todos los días convivimos, crecemos, nos expresamos, y dejamos expresar a todos aquellos que forman parte de nuestro entorno.

En este caso se buscó en todo momento, argumentar y exponer la conceptualización de la dignidad humana como clave fundamental sin la cual no se puede comprender los derechos humanos como tal, el cómo se estipulan y fundamentan desde nuestra máxima regulación, en el caso de México, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por tal motivo, al exponer el concepto de dignidad se buscó plantear comparaciones con ejemplos de la realidad social del contexto mexicano e internacional, para fundamentar la importancia de reconocer la dignidad y los derechos humanos en la práctica, y no verlo como una simple retórica.

Por ello es importante considerar los espacios dedicados a la educación de los derechos humanos, que exigen una continua comprensión de los cambios sociales, para erradicar las violaciones a los derechos humanos desde la formación de los que,

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS

en un futuro, llegarán a ser ciudadanos, y reeducar las mentes de quienes ya conviven cotidianamente en esa sociedad.

Es así, que nuestro contexto social actual requiere la participación de actores sociales, de la sociedad civil, de las legislaciones, de las instituciones, de la educación, para así poder enfrentar los retos contemporáneos que plantean el ejercicio de los derechos humanos.

Como se ha podido mostrar la sociedad civil no permanece espectadora de lo que logren las políticas públicas, sino que ha demostrado a lo largo de los años que también son actores que contribuyen por una lucha a la igualdad, como lo han sido los defensores y activistas por los derechos humanos, la conformación de las ONG, los colectivos, las manifestaciones de indignación ante crímenes de discriminación cometidos a la diversidad sexual, los feminicidios, la desaparición forzada, que también alzan la voz por el acceso a una vida libre de violencia y de intolerancia.

Promover los derechos humanos no ha sido una tarea fácil, pero adentrarse en sus principios, regulaciones e impartición permitirá que en un futuro que los derechos humanos sean la base de una sociedad igualitaria, y donde perdure la paz en todos los escenarios de su intervención, desde un nivel educativo, institucional, entre las naciones o en cada uno de los individuos que los ejerza.

Finalmente queda considerar que hacer una distinción filosófica, social y jurídica del concepto de dignidad permitió comprender los diferentes contextos en que se puede realizar una lectura sobre los derechos humanos, lo que da como resultado un análisis del todo en sus partes, para una mejor comprensión del tema.

Mientras mejor comprensión se tenga del tema, más fácil será que como ciudadanos retomemos la responsabilidad que tenemos de saber defender nuestros

derechos, pero a su vez respetar los de los otros, y saber exigir su respeto o reparación, ya sea por violación o por omisión.

En este sentido reflexionar sobre estos temas siempre será importante e imprescindible, pues recordemos que nuestras leyes, derechos fundamentales en el caso de México y la sociedad misma, está en una constante renovación lo que implica nuevas adaptaciones sin perder de vista las bases y los fundamentos de un bienestar social: la dignidad y los derechos humanos.

5. BIBLIOGRAFIA

- Aldana Zavala, J. & Isea, J. (2018). Derechos Humanos y dignidad humana. *Iustitia Socialis*. 3 (4). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7049419.pdf>
- Amnistía Internacional (2005). *Derechos humanos para la dignidad humana: una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*. Editorial Amnistía Internacional (Edai). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25250.pdf>
- Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, *Revista mexicana de Derecho constitucional* (25) 1-27. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/5965/7906>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.] art.1. 28 de mayo del 2021. (México).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). art. 1. 10 de diciembre de 1948.
- García González, A. (2015). La Dignidad Humana, Núcleo Duro De Los Derechos Humanos Fundamentales. *Derecho civil y social*. (102) 1-29. https://www.researchgate.net/publication/292148929_LA_DIGNIDAD_HUMANA_NUCLEO_DURO_DE_LOS_DERECHOS_HUMANOS_FUNDAMENTALES
- Gomez Peralta, H. (2005). Los Usos Y Costumbres En Las Comunidades Indígenas De Los Altos De Chiapas Como Una Estructura Conservadora. *Estudios políticos*. (5), 12-144. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2005.5.37657>
- Gutmann, T. & Emel Rendón, C. (2019). Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana. *Estudios de Filosofía* (59), 233-254. <https://www.redalyc.org/journal/3798/379859422011/html/>

**LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS
HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS**

- Kant, I. (2007). (Trad. M. García) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Pedro M. Rosario Barbosa (Trabajo original publicado en 1785)
- Manos Unidas (01 de agosto de 2022) *Derecho a la educación en la India*. Manos Unidas. <https://www.manosunidas.org/observatorio/derechos-mujer/derecho-educacion-india>
- Martínez Bullé-Goyri, V. (2012). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. XLVI (136) 39-67. <https://www.redalyc.org/pdf/427/42725646002.pdf>
- Pele, A. (2015). La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*. 11 (2), 7-17 DOI: 10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17
- Recansens Siches, L. (2008). *Tratado General de Filosofía del derecho*. Porrúa. (Trabajo original publicado en 1959)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (s.f.). *Protocolos de actuación*. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion>
- Tapia Torres, J. (2016). La dignidad humana, parte esencial de los derechos sociales. *Derechos fundamentales a debate*. (2) 67-78. http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No2/ARTICULO-6-2.pdf
- Unión Interparlamentaria y Naciones Unidas (2016) *Derechos humanos, Manual para parlamentarios* (no.26) Editorial Unión Interparlamentaria. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b72fb824.pdf>
- Valls, R. (2015). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*. (1) 278-285. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78343122029>
- Velázquez Monsalve, J. (2010). La dignidad humana: fundamento de los derechos humanos. *Revista Universidad católica de Oriente* 24 (31), 73-82. <https://revistas.uco.edu.co/index.php/UCO/article/view/62>

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA PARA PROMOVER CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”

*Jurisprudential comment "activer legitimation of public universities with
autonomy to promote constitutional disputes"*

MÓNICA NOEMÍ VILLARREAL ALDANA
EDUARDO DE JESÚS LÓPEZ MORALES

Universidad de Guadalajara

INTRODUCCIÓN

El 10 de noviembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) admitió la controversia constitucional 135/2021 promovida por la Universidad de Guadalajara (UdeG), por actos del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco consistentes en la omisión de transferir 140 millones de pesos a dicha Casa de Estudio, los cuales habían sido aprobados y asignados en el presupuesto estatal para la construcción del Museo de Ciencias Ambientales. Posteriormente, el Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco interpuso el recurso de reclamación 137/2021-CA y, finalmente, el 9 de febrero de 2022, la Primera Sala resolvió desechar la controversia constitucional por mayoría de cuatro votos, con voto particular de la Ministra Ana Margarita Ríos Farjat. A pesar de que la controversia constitucional fue desecheda, brinda la oportunidad para reflexionar sobre la finalidad y evolución de este medio de control constitucional y sobre la legitimación de las universidades públicas autónomas para promoverlo.

1. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 135/2021

El origen de la controversia fue la omisión de entregar 140 millones de pesos, por parte del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, para la construcción del Museo de Ciencias Ambientales, el cual forma parte del Centro Cultural Universitario de la UdeG.

Dichos recursos se contemplaron en el Presupuesto de Egresos del Estado de Jalisco para el Ejercicio Fiscal 2021¹, bajo el concepto “Transferencias internas otorgadas a entidades paraestatales no empresariales y no financieras para inversión pública (Aportación para el Centro Cultural Universitario)”.

En ese mismo sentido, el Presupuesto de Ingresos y Egresos 2021 de la UdeG, aprobado por el Consejo General Universitario mediante dictamen número II/2020/537², contempló dichos recursos en el rubro “Fondos Externos Determinados” destinado al Centro Cultural Universitario. En agosto de 2021, el Gobierno de Jalisco anunció un ajuste presupuestal para recortar 140 millones de pesos aprobados para el Centro Cultural Universitario y reasignarlos a la construcción del Hospital Civil de Tonalá.³

Derivado de ello la UdeG denunció un “cambio abrupto del Gobierno de Jalisco, que habría decidido no entregar a la Universidad el recurso que ya se había

¹ Periódico Oficial El Estado de Jalisco, del 28 de diciembre de 2020, Número 47, ter. Edición Especial, Volumen IV, pág. 60. Recuperado de https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/12-28-20-ter_vol_iv.pdf

² Recuperado de http://www.hcgu.udg.mx/sites/default/files/sesiones_cgu/2019-2020/II.%20Hacienda/2020-12-18%2000%3A00%3A00/hac537f.pdf

³ Recuperado de <https://www.informador.mx/jalisco/Alistan-recorte-a-UdeG-ven-gasto-opaco-en-Salud-20210808-0032.html>

comprometido”⁴ a través de diversas licitaciones. Ante tal situación, la UdeG formó una Comisión Especial para el Dialogo encabezada por el Rector General, la cual se reunió con representantes del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, el 27 de agosto de 2021, para exponer los planteamientos de los universitarios consistentes en que: a) el ajuste presupuestal violenta la autonomía universitaria; b) este ajuste no se encuentra ajustado a la normatividad; y c) los recursos presupuestales ya habían sido comprometidos⁵.

La respuesta del Gobierno del Estado se plasmó en el oficio CJ/78-09/2021, de fecha 3 de septiembre de 2021, suscrito por el titular de la Consejería Jurídica del Estado de Jalisco y el Secretario de la Hacienda Pública del Estado de Jalisco, aduciendo entre otras cuestiones que “los recursos que se etiquetaron en el presupuesto para el Museo de Ciencias Ambientales, estaban sujetos a variaciones y dado que no fueron transferidos no puede considerarse que formaban parte del patrimonio universitario”, y por ello no existe vulneración a la autonomía universitaria.

El Gobierno del Estado de Jalisco argumentó que ejerció la facultad de contención de los saldos disponibles derivado de un subejercicio, así como la facultad de determinar el destino de los recursos contenidos, con fundamento en el artículo 14 de los Lineamientos Presupuestales para la Administración Pública del Estado de Jalisco⁶, entre otras disposiciones legales. Señaló, además, que los artículos Quinto

⁴ Recuperado de <https://www.udg.mx/es/noticia/los-140-millones-de-pesos-del-museo-de-ciencias-ambientales-ya-fueron-licitados>

⁵ Así consta en el oficio CJ/78-09/2021, de fecha 3 de septiembre de 2021, suscrito por el titular de la Consejería Jurídica del Estado de Jalisco y el secretario de la Hacienda Pública del Estado de Jalisco. Recuperado de <https://udgtv.com/noticias/alfaro-dice-no-udeg-quitara-fondos-para-el-museo-de-ciencias/>

⁶ Estos Lineamientos fueron aprobados mediante un Acuerdo de la Secretaria de la Hacienda Pública del Gobierno del Estado de Jalisco, y fueron publicados en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco, el 30 de enero de 2020, Número 5, Sección V. Recuperado de <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/01-30-20-v.pdf>

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

y Octavo transitorios del Decreto de Presupuesto de Egresos del Estado de Jalisco para el periodo comprendido entre 10 de enero al 31 de diciembre de 2021⁷ disponen la autorización al titular del Poder Ejecutivo de realizar las adecuaciones programáticas presupuestales en la Administración Pública Central o Paraestatal, así como realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias para atender los requerimientos de atención, prevención y contención de la pandemia por Covid-19.

En resumen, en el oficio de respuesta se aduce que el recurso sí estaba presupuestado y asignado a la construcción del museo, pero no había sido transferido a la Universidad, aunado a que si bien, la Universidad había realizado acciones para la gestión de recursos presupuestales, los recursos no estaban comprometidos mediante contratos para la ejecución de la obra, por lo que las disponibilidades presupuestarias se consideraron subejercicio del gasto, y por lo tanto, los recursos estaban disponibles para reasignarse a otros proyectos.

Dada esta respuesta del Gobierno del Estado, el 1° de octubre de 2021, la UdeG promovió la controversia constitucional, y mediante acuerdo de fecha 6 de octubre de 2021, el Presidente de la SCJN formó y registró el expediente como controversia constitucional 135/2021, turnando el asunto a la Ministra Margarita Rios Farjat como instructora.⁸

⁷ Publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco, 28 de diciembre de 2020, Número 47 ter. Edición Especial, Volumen I. Recuperado de https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/12-28-20-ter_vol_i.pdf

⁸ Los antecedentes constan en la sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 9 de febrero de 2022, mediante la cual se resuelve el recurso de reclamación 137/2021-CA. Recuperado de <https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/DetallePub.aspx?AsuntoID=290311>

Del análisis realizado por la Ministra, en relación con los argumentos vertidos en el escrito de demanda, resulta relevante destacar los razonamientos utilizados para resolver respecto de su admisión:

... en atención a que el actor manifiesta que, derivado de su naturaleza jurídica y de la autonomía que la Constitución de Jalisco le otorga⁹, la controversia constitucional es procedente en términos del artículo 105, fracción I inciso k), constitucional y con reserva de los motivos de improcedencia que se puedan advertir al momento de dictar sentencia ...

⁹ Los argumentos vertidos por la Universidad de Guadalajara que fueron considerados por la Ministra Ríos Fajart, conforme al auto de admisión fueron los siguientes:

"[. . .] se tiene que la actora es una entidad diferente de las entidades demandadas, con atribuciones propias e independientes, en virtud de no estar centralizada, sino descentralizada y, por ende, se encuentra fuera o apartada del Estado, en tanto la administración centralizada se identifica con el Poder Ejecutivo, sea federal o estatal o el ayuntamiento a nivel municipal, aunque se encarga de realizar actividades educativas y culturales que en principio le correspondían a éste". (Foja 16)

"En ese sentido, las características señaladas permiten establecer que a la Universidad de Guadalajara le fue asignada una actividad que en principio compete al Estado, como lo es proporcionar el servicio de la educación superior de manera directa e inmediata con sus derechohabientes así como el acceso a la cultura y fomentar el respeto al medioambiente, ello si bien dentro de los límites de la normativa aplicable, así como sujeto a las atribuciones de fiscalización por el manejo de los recursos asignados, también lo es que la entidad educativa no está subordinada a otras entidades, poderes u órganos de gobierno, dado su cualidad de independencia, de ahí que si alguno de estos entes se inmiscuye en sus funciones, ello implica una invasión en su esfera de facultades y en esto radica su legitimación para promover la demanda de controversia constitucional (Foja 17)

"La premisa normativa descrita constituye el fundamento y justificación para identificar a la Universidad de Guadalajara como uno de los entes referidos en el artículo 105, fracción I, inciso k), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...]". (Foja 18)

"Cabe precisar que si bien el texto del inciso reproducido se refiere a 'órganos constitucionales autónomos', lo cual, en principio, parece referirse solo a los entes creados y definidos en la propia Carta Magna, también lo es que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de forma expresa, reconoció autonomía a las universidades e instituciones de educación superior, de ahí la pauta específica para permitir que cuando una entidad, por acción u omisión, interfiera en detrimento de las facultades de otra, por invadir su esfera de actuación, ello le confiere la característica esencial para ubicarla como uno de los entes legitimados para promover la controversia constitucional". (Fojas 18 y 19)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

En consecuencia, por acuerdo del 10 de noviembre de 2021, se resolvió tener como único demandado al Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, admitiendo de manera parcial la controversia constitucional, y únicamente respecto de los siguientes actos impugnados en la demanda:

1. *El acto, acuerdo, resolución, determinación, decreto u orden cuyo contenido, finalidad y objeto sea bloquear, transferir a terceros, negar, impedir, condicionar o proceder a la reasignación de \$140'000,000.00 (ciento cuarenta millones de pesos 00/100 moneda nacional), con lo cual se impide la realización del depósito o transferencia de recursos a la cuenta de mi representada, pese a ser una cantidad aprobada, asignada y dispuesta y destinada a una obra de construcción específica y, por ende, forman parte del patrimonio de la actora por así estar previsto en el presupuesto de egresos del Estado de Jalisco para el ejercicio fiscal 2021.*
2. *El diverso oficio CJ/78-09/2021 de 27 veintisiete de agosto de 2021 dos mil veintiuno, dirigido al Rector General y Presidente de la Comisión Especial para el Diálogo Universidad de Guadalajara, del cual se advierte la negativa a entregar los recursos autorizados vía presupuesto, por haber ejercido la facultad de contención.*
3. *La omisión de transferir y/o depositar a mi representada los recursos solicitados a través del oficio RG/VIII//309/2021.*
4. *La omisión de transferir y/o depositar a mi representada los recursos solicitados a través del oficio RG/III//311/2021.*

De igual forma, la Ministra instructora determinó conceder la suspensión a efecto de asegurar provisionalmente la situación jurídica y el interés de la parte actora. Bajo este orden de sucesos, el Gobernador del Estado de Jalisco interpuso el recurso de reclamación en contra del auto de admisión previamente referenciado, al considerar que se actualizaban causales de improcedencia, entre las cuales se alega la falta de legitimación activa de la Universidad, solicitando en consecuencia la revocación del auto admisorio y el desechamiento de la controversia constitucional promovida, dicho recurso fue radicado bajo el número 137/2021-CA.

Por acuerdo de fecha 11 de enero de 2022, el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Presidente de la SCJN, ordenó la remisión del expediente previamente citado, correspondiendo al Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo la elaboración del proyecto de resolución.

En sesión del 9 de febrero de 2022, la Primera Sala aprobó la resolución del recurso de reclamación 137/2021-CA, misma que consistió en comprobar si fue correcta o no la determinación de la Ministra instructora, en admitir parcialmente la demanda de controversia constitucional interpuesta por la UdeG.

Del estudio realizado por el Ministro ponente, se consideró que los agravios vertidos por el Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, se encontraban esencialmente fundados en razón de lo siguiente:

22. Ratio decidendi. Después del análisis de los agravios de la parte recurrente, esta Primera Sala considera que son esencialmente fundados los agravios del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, toda vez que la Universidad de Guadalajara, al ser un órgano descentralizado de la administración pública del Estado de Jalisco, no se ubica en ninguno de las hipótesis que prevé el artículo 105, fracción I, de la Constitución Federal para poder acudir a la controversia constitucional y por tanto, se actualiza de manera manifiesta e indudable una causa de improcedencia que conduce al desechamiento de la demanda. [...].

...

27. En el presente caso, la parte recurrente que funge como autoridad demandada en la controversia constitucional, alega en primer lugar que el acuerdo impugnado es omiso en analizar si la Universidad de Guadalajara como un órgano descentralizado de la administración pública del Estado de Jalisco cuenta con la legitimación necesaria para activar el presente medio de control constitucional.

En ese sentido, expone que dicha institución pública de educación superior no se ubica en ninguno de los supuestos a que alude el artículo 105, fracción I del Pacto Federal para que pueda proceder este mecanismo de control constitucional, y por tanto se actualiza un motivo manifiesto e indudable de improcedencia que impide admitir a trámite la controversia constitucional 135/2021.

...

29. Así, a juicio de esta Primera Sala en el caso se actualizan motivo manifiesto e indudables de improcedencia de la controversia constitucional, tal y como lo alegó el Poder Ejecutivo recurrente; lo que a continuación se demostrará.

Dicha determinación fue motivada sustancialmente con base en los siguientes razonamientos:

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

1. Que las universidades públicas no se encuentran contempladas dentro de los supuestos de la fracción I del artículo 105 de la Constitución Federal, considerando que sólo las entidades, poderes u órganos señalados en el mismo pueden promover controversias constitucionales, “por lo que, si la autoridad promovente no constituye uno de esos entes u órganos primarios del Estado que tutela dicho precepto constitucional, se carece de legitimación activa y, por ende, deviene improcedente la demanda”;
2. Que la UdeG en su calidad de organismo público descentralizado del Poder Ejecutivo local no se encuentra contemplado en las entidades, poderes u órganos establecidos en la fracción I del artículo 105 constitucional;
3. Que “si bien la controversia constitucional puede ser una vía para la solución de conflictos entre dos poderes de una entidad federativa (inciso h) o entre un poder local y un organismo constitucionalmente autónomo (inciso k), cuando se alegue una violación a su esfera competencial; lo cierto es que el Poder Reformador de la Constitución no previó en ninguno de sus supuestos de tutela jurídica que la controversia constitucional fuera la vía para la solución de conflictos surgidos dentro de un mismo poder”.
4. Que de “otorgarse tal legitimación, incluso podría llegarse al absurdo (como en el caso sucede) que se pudiera considerar a un mismo poder como actor y demandado.”

Derivado de lo anterior, la Primera Sala determinó, con cuatro votos a favor y uno en contra, revocar el auto de admisión y desechar la controversia constitucional 135/2021, al considerar que se actualizaban las causales de improcedencia a que se refiere los artículos 1º, 10, fracción I y 19, fracción IX, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. No obstante, resulta trascendente retomar lo expuesto por la Ministra Ríos Fajart en su voto particular¹⁰ en el presente asunto:

El presente documento [voto particular] tiene como objeto explicar las razones por las que no comparto el criterio de la mayoría, en el sentido de considerar que en el caso en concreto se actualizaba, de manera manifiesta e indudable, una causa de improcedencia (lo cual conllevó al desechamiento del medio de control constitucional). En mi opinión, el asunto contenía un planteamiento jurídico de suma relevancia y novedad que representaba una oportunidad para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación analizara la

¹⁰ Voto particular recuperado de <https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/DetallePub.aspx?AsuntoID=290311>

autonomía universitaria en relación con la legitimación activa para promover una controversia constitucional.

La Ministra Ríos Farjat, expuso lo siguiente:

I. Hacia una interpretación evolutiva del artículo 105, fracción I de la Constitución Política del país, en relación con la autonomía universitaria

Respecto de este segundo tópico, el criterio mayoritario de la Primera Sala consistió en que la Universidad de Guadalajara, al tratarse de un órgano descentralizado del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, y al no estar contemplada expresamente dentro de las entidades, poderes u órganos establecidos en el artículo 105, fracción I de la Constitución Política del país, no tiene legitimación activa para promover la controversia constitucional y, en consecuencia, se actualiza de manera manifiesta e indudable una causal de improcedencia.

A mi parecer, la Primera Sala no se encontraba ante una causa manifiesta e indudable de improcedencia, toda vez que la legitimación activa de la Universidad de Guadalajara para ocurrir a la controversia constitucional es un problema jurídico que debe analizarse y estudiarse en el fondo del asunto, al momento de dictar sentencia y, no así en un acuerdo de trámite como lo es el de admisión.

El diseño y la arquitectura constitucional del Estado mexicano deja a cargo del Poder Ejecutivo la Administración Pública, la cual será centralizada y paraestatal. Las entidades que forman parte de esta última se caracterizan por contar con personalidad jurídica y patrimonio propios, y son entidades creadas por ley o decreto, lo cual es el caso de las universidades autónomas como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en el presente asunto, la Universidad de Guadalajara.

Por otro lado, la evolución del Derecho Administrativo ha contemplado la creación de nuevas instituciones como los órganos constitucionales autónomos, los cuales surgen a raíz de la evolución de la teoría de la división de poderes; es decir, se trata de un replanteamiento de la clásica teoría tripartita entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, mediante la cual se crean órganos técnicos y especializados que se encargan de desarrollar tareas coyunturales para el Estado mexicano; y son también un contrapeso para aquéllos poderes.

En ese tenor, la esencia principal de los órganos constitucionales autónomos es que no dependan de alguno de los poderes tradicionales y, por lo tanto, esa misma esencia debe aplicársele a las universidades para garantizar su autogobierno y la libertad necesaria para

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

la realización de sus fines, pues su autonomía está contemplada en la Constitución Política del país. En efecto, la autonomía de las universidades públicas se incorporó expresamente al texto constitucional con motivo de la reforma al artículo 3º, fracción VII, de ese ordenamiento, publicada el nueve de junio de mil novecientos ochenta en el Diario Oficial de la Federación, lo cual implica, evidentemente, que los órganos constitucionales autónomos aparecieron mucho después de que las universidades gozarán de autonomía.

En estas condiciones, el artículo primero de la Ley Orgánica de la Universidad de Guadalajara establece que su naturaleza jurídica es la de un órgano público descentralizado del Poder Ejecutivo estatal, con autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo fin es impartir educación media superior y superior, así como coadyuvar al desarrollo de la cultura de la entidad.

En ese sentido, la determinación de la Primera Sala para concluir que la Universidad de Guadalajara no tiene legitimación activa, parte de una aplicación restrictiva del artículo 105, fracción I de la Constitución Política del país, consideración que respetuosamente no comparto, además de que este alto tribunal ha sostenido que no puede interpretarse limitativamente¹¹.

Debo mencionar que la controversia constitucional desechada representaba una gran oportunidad para poder estudiar en el fondo el principio de autonomía universitaria a través de una genuina interpretación constitucional, en este caso, a través de los actos que reclamaba la Universidad de Guadalajara respecto de la injerencia del gobierno a su presupuesto.

El desechamiento de la demanda bajo la premisa argumentativa de que las universidades no están expresamente enumeradas como sujetos legitimados para promover una controversia constitucional pasa por alto la importante labor interpretativa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede hacer para garantizar el equilibrio entre los poderes constituidos y los órganos autónomos; es decir, no se realizó un ejercicio de interpretación constitucional, sino una aplicación literal de la norma fundamental, que deja de lado una

¹¹ P./J. 21/2007, de rubro: CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE PREVÉ LOS ENTES, PODERES U ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, NO ES LIMITATIVA. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, tomo XXVI, diciembre de 2007, página 1101, Registro: 170808.

gran oportunidad para examinar estos problemas en un entendimiento de índole constitucional que es, finalmente, la misión de este alto tribunal.

Y esa interpretación constitucional no solo resulta necesaria sino actual, pues permitiría analizar las relaciones entre el Poder Ejecutivo (ya sea federal o locales) y las universidades dotadas de autonomía como autogobierno.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha examinado muchos casos en el tema de las universidades, principalmente en el juicio de amparo; y desde la perspectiva de las relaciones entre la universidad y sus alumnos, esto es, se ha examinado su autonomía principalmente desde el punto de vista de la universidad como autoridad educativa. Pero falta el análisis actual sobre el concepto de autogobierno o autonomía expresamente señalado en el artículo 3º constitucional y la posición de las universidades frente a los actos del Poder Ejecutivo.

En el proyecto ya aprobado solo se dice que admitir la controversia sería tanto como permitir una contienda entre el Poder Ejecutivo y uno de sus órganos. No comparto esa conclusión, precisamente porque pasa por alto ese elemento que hace distinto a las universidades de las dependencias o entidades del Poder Ejecutivo y, que es la autonomía o autogobierno.

Sin prejuzgar sobre el fondo, esa falta de análisis contribuye a dejar a las universidades, por lo menos en el plano presupuestario, a merced de los actos de los Poderes Ejecutivos y sin medio de defensa y se limita el concepto de autonomía y de selección de sus órganos de dirección. Si en el caso tenían o no razón en el tema presupuestario, si en el fondo tenían o no razón sobre su legitimación para promover controversias, eso era justamente lo que debía estudiarse detenidamente.

Por todas esas razones no comparto la resolución aprobada. El estudio de fondo era pertinente, y por eso el auto de admisión (que se anexa) partió de una gran reflexión previa. Aunque se arribara a la misma decisión que se alcanzó por la Primera Sala, ello debió ser después de una reflexión sobre todos estos tópicos por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De los argumentos vertidos en el voto particular se observa que sí existían elementos para estudiar y resolver el fondo del asunto y se destaca que la decisión de desechar la controversia constitucional por falta de legitimación activa de la UdeG, se basó en una interpretación restrictiva del artículo 105, fracción I,

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

constitucional, contrario a lo que se había resuelto previamente en la tesis del Pleno de la SCJN P./J. 21/2007, que señala que dicho precepto constitucional no debe interpretarse en un sentido literal o limitativo, ni como un listado taxativo de los entes, poderes u órganos legitimados para promover controversias constitucionales.

2. REFLEXIONES EN TORNO A LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

a) Evolución del artículo 105 constitucional

El artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) ha sufrido trece reformas desde su publicación original en 1917, pero sólo abordaremos aquellas en las que se amplían los sujetos involucrados en las controversias constitucionales. El texto original de dicho precepto constitucional establecía:

Art. 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte.¹²

En 1993, el artículo 105 se modificó para quedar como sigue:

ARTICULO 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados; entre uno o más Estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo Estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley¹³

¹² Diario Oficial, Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, Tomo V, 4ª. Época, Número 30, México, lunes 5 de febrero de 1917. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf

¹³ Diario Oficial de la Federación, Tomo CDLXXXI, No. 18, México, D.F., lunes 25 de octubre de 1993. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_130_25oct93_ima.pdf

La reforma de 1994, fue más sustancial ya que el artículo 105 se dividió en tres fracciones, a saber, en la fracción I se incluyeron once incisos que van del inciso a) al inciso k), los cuales contemplan un listado de supuestos y sujetos que pudieran verse involucrados en una controversia constitucional; en la fracción II se reguló el tema de las acciones de inconstitucionalidad; y en la fracción III se contemplaron los casos en que la Suprema Corte, de oficio o a petición del Tribunal Unitario de Circuito o el Procurador General de la República, conocería de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en procesos en que la Federación sea parte.

Derivado de esta reforma, los incisos de la fracción I del artículo 105, establecían lo siguiente:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

a).- La Federación y un Estado o el Distrito Federal;

b).- La Federación y un municipio;

c).- El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; d).- Un Estado y otro; e).- Un Estado y el Distrito Federal;

f).- El Distrito Federal y un municipio; g).- Dos municipios de diversos Estados;

h).- Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

i).- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

j).- Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y

k).- Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.¹⁴

¹⁴ Diario Oficial de la Federación, Tomo CDXCV, No. 22, México, D.F., sábado 31 de diciembre de 1994. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_133_31dic94_ima.pdf

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

En 2013, se adicionó un inciso l) a la fracción I del artículo 105, la cual se cita a continuación:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se referan a la materia electoral, se susciten entre:

a) a k) ...

l) Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.¹⁵

En 2016, se hicieron diversas reformas y derogaciones a los incisos de la fracción I del artículo 105, conforme a lo siguiente:

Artículo 105. ...

I. ...

a) La Federación y una entidad federativa;

b) ... c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente;

d) Una entidad federativa y otra; e) Se deroga.

f) Se deroga. g) ...

h) Dos Poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; i) ...

j) Una entidad federativa y un Municipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y

k) Se deroga. l) ...¹⁶

¹⁵ Diario Oficial de la Federación, Tomo DCCXVII, No. 8, México, D.F., martes 11 de junio de 2013. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_208_11jun13.pdf

¹⁶ Diario Oficial de la Federación, Tomo DCCXLVIII, No. 21, México, D.F., viernes 29 de enero de 2016. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_227_29ene16.pdf

Finalmente, en 2021, los incisos de la fracción I del artículo 105, sufrieron su última reforma, y su texto actual establece lo siguiente:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, sobre la constitucionalidad de las normas generales, actos u omisiones, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a) La Federación y una entidad federativa;*
- b) La Federación y un municipio;*
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente;*
- d) Una entidad federativa y otra;*
- e) Se deroga.*
- f) Se deroga.*
- g) Dos municipios de diversos Estados;*
- h) Dos Poderes de una misma entidad federativa;*
- i) Un Estado y uno de sus Municipios;*
- j) Una Entidad Federativa y un Municipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México;*
- k) Dos órganos constitucionales autónomos de una entidad federativa, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo de esa entidad federativa, y*
- l) Dos órganos constitucionales autónomos federales, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión.¹⁷*

Con base en lo anterior podemos afirmar que los sujetos involucrados en una controversia constitucional se han ido ampliando históricamente.

¹⁷ Diario Oficial de la Federación, número de edición del mes 11, Ciudad de México, jueves 11 de marzo de 2021. Recuperado de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_246_11mar21.pdf

b) Evolución de la controversia constitucional

Vázquez Mata (2010), ya había señalado que existen “casos atípicos de procedencia de la controversia constitucional (que conlleva la legitimación activa), la cual se ha suscitado en relación con sujetos que no son mencionados expresamente en el texto constitucional y que, por ende, han motivado que el Pleno de la SCJN deba pronunciarse respecto de su legitimación.”

En este contexto, Vázquez Mata (2010) destaca que la interpretación extensiva de la fracción I del artículo 105 constitucional se aplicó en los casos de los municipios antes de la reforma de 1994, y de las delegaciones en el Distrito Federal y el del Tribunal Electoral del Distrito Federal.

En 2010, Vázquez Mata (2010) llegó a la conclusión de que era necesario que por vía de interpretación judicial o, mejor aún, por reforma constitucional, se reconociera legitimación a los órganos constitucionales autónomos federales previstos en la CPEUM para que interpusieran controversias constitucionales contra otros órganos o poderes por invasión a sus esferas competenciales, toda vez que contaban con las siguientes características:

- a) Su existencia está prevista en la CPEUM o deriva directamente de ella.
- b) Llevan a cabo funciones coyunturales del Estado.
- c) Gozan de autonomía funcional y presupuestaria.
- d) No se encuentran en situación de subordinación, sino de coordinación con los demás órganos y poderes del Estado.

No fue sino hasta el año 2013 que el texto de la fracción I del artículo 105 constitucional incluyó a los órganos constitucionales autónomos, pero antes de esa fecha Ovalle Favela (2011) ya consideraba necesario reconocer la legitimación activa a tales órganos, tomando en cuenta que, al igual que las diversas entidades y poderes que integran el Estado mexicano, los órganos autónomos requieren de

procesos jurisdiccionales para defender el ámbito de las atribuciones que les otorga la Constitución Política.

En este sentido, el Pleno de la SCJN, pronunció la tesis P./J. 21/2007, en relación a que la fracción I del artículo 105 constitucional no debería interpretarse de manera limitativa, misma que se cita a continuación:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE PREVÉ LOS ENTES, PODERES U ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, NO ES LIMITATIVA. El citado precepto no debe interpretarse en un sentido literal o limitativo ni que establezca un listado taxativo de los entes, poderes u órganos legitimados para promover controversias constitucionales, sino en armonía con las normas que disponen el sistema federal y el principio de división de poderes, con la finalidad de que no queden marginados otros supuestos; de ahí que la aplicación del artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe favorecer hipótesis de procedencia que, aunque no estén previstas expresamente en su texto, sean acordes con la finalidad manifiesta de ese medio de control constitucional, que es precisamente salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes cuya existencia prevé la Constitución Federal.¹⁸

En este contexto, es que nos atrevemos a afirmar que es posible una interpretación evolutiva del inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, en el sentido de que existen elementos que podrían equiparar a las universidades públicas autónomas con los órganos constitucionales autónomos para efectos de promover la controversia constitucional como se verá más adelante.

¹⁸ (CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE PREVÉ LOS ENTES, PODERES U ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, NO ES LIMITATIVA., 2007)

3. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS PARA PROMOVER CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

a) La autonomía universitaria como garantía institucional del derecho a la educación

La fracción VII del artículo 3° de la Constitución Federal consagra el principio de autonomía universitaria, misma que dota a las universidades públicas de una responsabilidad especial dentro del estado, al señalar que:

Artículo 3o. ...

VII. 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; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere; (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917)

La figura de la autonomía universitaria ha sido explorada desde el campo académico como en diversas resoluciones jurisdiccionales, en este sentido González Pérez y Guadarrama López, señalan lo siguiente:

*1. Qué es la autonomía universitaria. Es el principio establecido en la Carta Magna, para otorgar una protección constitucional especial a la universidad pública, a fin de que pueda cumplir con la obligación constitucional y la responsabilidad social de proveer a los estudiantes universitarios de una educación superior de calidad.*¹⁹

Conforme al Diccionario Jurídico Mexicano, la autonomía universitaria es:

*“La facultad que poseen las Universidades para autogobernarse –darse sus propias normas dentro del marco de su Ley Orgánica y designar a sus autoridades–, para determinar sus planes y programas dentro de los principios de libertad de cátedra e investigación y, para administrar libremente su patrimonio”*²⁰

En este sentido, el Pleno de la SCJN, al realizar una interpretación de la fracción VII, del artículo 3° de la Constitución Federal, determinó que las universidades públicas son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, lo cual implica autonormación y autogobierno, es decir, se encuentran facultadas para aprobar las normas que habrán de regir a su interior, lo que se traduce necesariamente en la aprobación y emisión de su propia legislación, así como en la creación de sus propios órganos de gobierno, entre ellos los encargados de resolver las controversias que se deriven del incumplimiento de su propia normativa. Al respecto, González Pérez y Guadarrama López, (González Pérez & Guadarrama López, Autonomía universitaria y universidad pública. El autogobierno universitario, 2009) han señalado que la autonomía engloba las facultades institucionales siguientes:

¹⁹ (González Pérez & Guadarrama López, Autonomía universitaria y universidad pública. El autogobierno universitario, 2009)

²⁰ ”. (UNAM, 1982)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

- **Autogobierno:** Establecer mecanismos para designación de sus autoridades y para gobernarse a sí misma;
- **Autogestión administrativa:** para el manejo presupuestal y los ingresos generados por sí misma;
- **Auto-organización académica²¹:** para establecer sus planes y programas de estudio, así como fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia del personal académico, y
- **Autonormación:** Aprobar su propia legislación interna, sin más limitante que ajustarse al orden jurídico nacional.

Bajo este orden de ideas, la Primera Sala de la SCJN, al resolver la tesis con carácter de jurisprudencia 1a./J. 18/2010, consideró lo siguiente:

UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA AUTONOMÍA DE LA QUE LEGALMENTE PUEDEN SER DOTADAS LES CONFIERE LA FACULTAD DE AUTOGOBIERNO. Del artículo 3o., fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que las universidades públicas son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, la cual implica que cuentan con facultades de autoformación y autogobierno para lograr mayor eficacia en la prestación del servicio que tienen atribuido, fundado en la libertad de enseñanza, sin que ello conlleve a su disgregación en la estructura estatal en virtud de que se ejerce en un marco de principios y reglas predeterminadas por el propio Estado. Por tanto, la autonomía de la que legalmente pueden ser dotadas las universidades públicas confiere a éstas la facultad de autogobierno acotada constitucionalmente, cuyo ejercicio está condicionado a lo establecido en las leyes para desarrollar bases que les permita cumplir con los fines que tienen encomendados, determinar sus planes y programas de estudio, y fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, así como la forma en que administrarán su patrimonio.²²

²¹ Nota: Es importante señalar que también es conocida como facultad de autodeterminación académica.

²² UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA AUTONOMÍA DE LA QUE LEGALMENTE PUEDEN SER DOTADAS LES CONFIERE LA FACULTAD DE AUTOGOBIERNO, 2010)

De igual forma, la SCJN en reiteradas ocasiones, ha señalado que las universidades públicas como parte integrante del Estado, no constituyen un fin en sí mismas, sino que, a través de dicha autonomía, se conforma una de las garantías institucionales del derecho humano a la educación superior, teniendo entonces un carácter instrumental para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales (educar, investigar y difundir la cultura).

La autonomía universitaria es un diseño institucional que tiene como objetivo maximizar el respeto al principio de libre enseñanza (libertad de cátedra, de investigación, y de examen y discusión de las ideas), condición *sine qua non* para el desarrollo y difusión del conocimiento y, por ello, para la satisfacción de dicho derecho humano. Por lo que, la autonomía universitaria, tiene como finalidad proteger las condiciones necesarias para la satisfacción del derecho humano a la educación superior, constituyéndose como una garantía institucional, al ser un medio para lograr un fin: la educación superior. Siendo valiosa si y sólo si -y en la medida en que- maximiza éste derecho humano. En este sentido la Primera Sala al emitir la tesis con carácter jurisprudencial 1a./J. 119/2017 (10a.), consideró que:

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR, POR LO QUE NO PUEDE SER UTILIZADA PARA RESTRINGIRLO. 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.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

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.²³

Adicionalmente, es importante considerar la evolución histórica de la autonomía universitaria como garantía institucional, y su vinculación con la necesidad de repeler la injerencia de poderes extraños a las universidades, como los provenientes del poder político y eclesiástico, dos de los principales escollos que históricamente ha enfrentado el desarrollo del conocimiento.

De lo anteriormente expuesto, resulta evidente que la autonomía universitaria deriva directamente de la Constitución Federal, específicamente de la fracción VII del artículo 3º, mismo que a su vez, establece la forma en que deberá de materializarse su otorgamiento, es decir, mediante una ley:

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SÓLO PUEDE ESTABLECERSE MEDIANTE UN ACTO FORMAL Y MATERIALMENTE LEGISLATIVO. El artículo 3o., fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone 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; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio.

²³ (AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR, POR LO QUE NO PUEDE SER UTILIZADA PARA RESTRINGIRLO., 2017)

Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere. ..."

. Como se advierte, la autonomía de las universidades quedó sujeta al principio de reserva de ley, motivo por el cual sólo puede establecerse a través de un acto formal y materialmente legislativo, similar a las leyes orgánicas expedidas por el Congreso de la Unión o las Legislaturas Estatales²⁴

El día 15 de enero de 1994, en ejecución del Decreto número 15319 aprobado por el Congreso del Estado de Jalisco fue publicada por el Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco, la Ley Orgánica de la Universidad de Guadalajara²⁵, misma que establece entre otras cuestiones lo siguiente:

Artículo 1. La Universidad de Guadalajara es un organismo público descentralizado del Gobierno del Estado de Jalisco con autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo fin es impartir educación media superior y superior, así como coadyuvar al desarrollo de la cultura en la Entidad.

Artículo 2. La Universidad de Guadalajara se rige por lo dispuesto en el artículo 3º y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la particular del Estado de Jalisco; la legislación federal y estatal aplicables; la presente Ley, y las normas que de la misma deriven. Para los efectos de esta Ley, cuando sus disposiciones se refieran a la Universidad, se entenderá que se trata de la Universidad de Guadalajara.

Artículo 3. El Estado debe garantizar:

- I. La autonomía de la Universidad y su facultad de gobernarse a sí misma;*
- II. El respeto a la libertad de cátedra e investigación;*
- III. El libre examen y discusión de las ideas, y*
- IV. La administración de su patrimonio.*

²⁴ (AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SÓLO PUEDE ESTABLECERSE MEDIANTE UN ACTO FORMAL Y MATERIALMENTE LEGISLATIVO, 2005)

²⁵ Ley Orgánica de la Universidad de Guadalajara., 1994)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

Asimismo, procurará en todo tiempo, con sujeción a las correspondientes disposiciones de ingresos y gasto público, destinar recursos presupuestarios para el logro de sus fines y el eficaz desempeño de sus funciones.

Artículo 84. El patrimonio de la Universidad estará conformado por:

...

IV. Los subsidios y aportaciones que la Federación, el Estado y los Municipios le otorguen;

...

De lo anterior, resulta que la Ley Orgánica de la Universidad de Guadalajara, es el acto legislativo que confiere a la UdeG la autonomía a que se refiere la fracción VII del artículo 3° de la CPEUM.

b) Universidades autónomas y su equiparación con los organismos constitucionales autónomos

La finalidad de la controversia constitucional consiste en salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes cuya existencia prevé la Constitución Federal, de ahí la relevancia de la controversia constitucional 135/2021, porque pretendía verificar que la actuación del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco respetara lo establecido por la fracción VII del artículo 3° de la Constitución Federal.

En lo que respecta a su similitud con los órganos constitucionales autónomos, resulta pertinente retomar el criterio establecido por el Pleno de la SCJN, en el cual se establecen las características principales que los distinguen:

INSTITUTO DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DE JALISCO. SU CREACIÓN COMO ÓRGANO PÚBLICO AUTÓNOMO ENCARGADO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA ENTIDAD, ES CONSTITUCIONAL. La característica principal que distingue a los órganos constitucionales autónomos es que atienden necesidades o funciones torales del Estado que no han sido tomadas en cuenta, o bien, que no se ha considerado conveniente que las realicen los poderes tradicionales. En este sentido, si el órgano reformador de la Constitución del Estado de Jalisco decidió crear un órgano público autónomo denominado Instituto de Transparencia e Información Pública (independiente de los tres poderes constituidos) como garante del derecho a la información en la entidad, porque a su juicio, de esa forma se cumple cabal, eficazmente y con mayor transparencia con ese derecho, no se viola disposición alguna de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomando en cuenta, por una parte, que la garantía constitucional del derecho a la información contenida en el artículo 6o. de la Ley Suprema deja implícitamente a cada una de las entidades federativas su regulación y por ende, el establecimiento de las estructuras necesarias para el adecuado desarrollo de la garantía en comento en el ámbito de su esfera territorial y, por la otra, que conforme a los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interno²⁶

De lo anterior se destaca que los órganos constitucionales autónomos tienen como característica principal la atención de necesidades o funciones torales del Estado y la función de garantizar un derecho humano, supuesto que resultaría equiparable a la función de las universidades públicas autónomas, dado que la autonomía universitaria es una garantía institucional del derecho a la educación superior.

Si bien es cierto que la UdeG es un organismo público descentralizado, tiene características adicionales conferidas por el artículo 3° constitucional, a saber, la facultad de autogobierno que le otorga la autonomía universitaria, lo cual la

²⁶INSTITUTO DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DE JALISCO. SU CREACIÓN COMO ÓRGANO PÚBLICO AUTÓNOMO ENCARGADO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA ENTIDAD, ES CONSTITUCIONAL, 2008)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

distingue del resto de los organismos públicos descentralizados frente al Poder Ejecutivo local y la equiparan a los organismos constitucionales autónomos, para efectos de promover controversias constitucionales conforme al inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional.

c) Limitaciones del juicio de amparo promovido por personas morales oficiales

Como parte de los argumentos del Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco en el recurso de reclamación 137/2021-CA, se señala la posibilidad de que la UdeG, en su calidad de órgano descentralizado y persona moral pública acudiera al juicio de amparo, considerándola como la vía adecuada para la resolución de este tipo de conflictos.

En este sentido es pertinente retomar lo establecido por la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su artículo 7º, contempla los supuestos en que las personas morales oficiales pueden acudir a dicho juicio:

Artículo 7o. La Federación, los Estados, el Distrito Federal, los municipios o cualquier persona moral pública podrán solicitar amparo por conducto de los servidores públicos o representantes que señalen las disposiciones aplicables, cuando la norma general, un acto u omisión los afecten en su patrimonio respecto de relaciones jurídicas en las que se encuentren en un plano de igualdad con los particulares.

Las personas morales oficiales estarán exentas de prestar las garantías que en esta Ley se exige a las partes.

De lo anterior, resulta evidente que la Ley de Amparo restringe los supuestos en que una persona moral oficial puede acudir a dicho medio de control constitucional, siendo los siguientes:

1. Que la norma general, acto u omisión afecten en su patrimonio, y
2. Que las relaciones jurídicas en las que se encuentren sean en un plano de igualdad con los particulares.

Lo cual queda de manifiesto si se toma en consideración lo resuelto por la Primera y Segunda Sala de la SCJN en las tesis 1a./J. 16/2018 (10a.) y 2a./J. 128/2017 (10a.) respectivamente:

PERSONA MORAL OFICIAL. CUANDO ES PARTE DE UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO, SIEMPRE Y CUANDO DE LA RELACIÓN SUBYACENTE NO SE ADVIERTA QUE ACUDE A DEFENDER UN ACTO EMITIDO DENTRO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS QUE TIENE ENCOMENDADAS. El artículo 7o. de la Ley de Amparo establece una hipótesis de legitimación para que las personas morales oficiales puedan solicitar amparo para impugnar afectaciones que puede ocasionarles otra autoridad mediante un acto, una norma o una omisión. Se trata de un presupuesto procesal que exige a una autoridad que acredite una afectación patrimonial dentro de una relación en la que se encuentra en un plano de igualdad; esta limitante se justifica en atención a que la Federación, los Estados, el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), los Municipios o cualquier persona moral pública no pueden considerarse titulares de derechos humanos; sin embargo, la Ley de Amparo reconoce que existen casos en los que se requiere la intervención de la Justicia Federal, a través del juicio de amparo, para evitar la imposición arbitraria de actos por ciertas autoridades que transgredan derechos de otras autoridades, para lo cual exige dos elementos: i) la existencia de una afectación patrimonial y ii) que dicha afectación se actualice en una relación en la que la autoridad se encuentre en un plano de igualdad con los particulares.

En este sentido, de la interpretación de ambos supuestos se concluye que una persona moral oficial puede promover el juicio de amparo cuando exista una afectación patrimonial, es decir, una vulneración a alguna de las facultades, competencias o derechos que se comprenden dentro de su patrimonio, lo cual puede traducirse en términos monetarios y, además, dicha afectación debe darse en una situación jurídica en la que se encuentre en un plano de igualdad con los particulares, esto es, de manera subordinada frente a otra autoridad que con imperio le impone un acto de forma unilateral.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

En esas condiciones, una autoridad que forma parte de un procedimiento jurisdiccional actúa de manera subordinada, y los actos que se emitan en éste incidirán en sus intereses para ejercer su adecuada defensa, así acudirá al juicio de amparo para obtener una defensa de las posibles afectaciones que se cometan en el procedimiento, con la finalidad de obtener un resultado que beneficie a sus intereses; por tanto, tiene legitimación para promover el juicio, siempre y cuando de la relación subyacente no se advierta que acude a defender un acto emitido dentro de las funciones públicas que tiene encomendadas²⁷.

PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN SU CARÁCTER DE AUTORIDAD, CON INDEPENDENCIA DE LAS VIOLACIONES QUE ADUZCAN.

La excepción contenida en el artículo 7o. de la Ley de Amparo es de aplicación estricta y constituye el único fundamento para que las personas morales oficiales promuevan el juicio de amparo. En esa tesitura, si el objeto del juicio constitucional es resolver toda controversia suscitada por actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos, no puede hacerse extensivo a las personas de derecho público, sino cuando opere la excepción a esta regla, es decir, cuando actúan como cualquier particular y en defensa de su patrimonio; de ahí que cuando lo hacen en su carácter de autoridad carecen de legitimación para promover el amparo, con independencia de la naturaleza sustantiva o adjetiva de las violaciones que pretendan hacer valer ante el Juez o tribunal federal, pues el indicado medio de control constitucional no debe operar para resolver controversias entre organismos públicos, ni como un simple recurso de casación, sino para la eficaz protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano; habida cuenta que, siendo en esencia los derechos humanos restricciones al poder público, queda al margen de toda discusión que la autoridad no goza de éstos.²⁸

²⁷ PERSONA MORAL OFICIAL. CUANDO ES PARTE DE UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO, SIEMPRE Y CUANDO DE LA RELACIÓN SUBYACENTE NO SE ADVIERTA QUE ACUDE A DEFENDER UN ACTO EMITIDO DENTRO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS, 2018)

²⁸ (PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN SU CARÁCTER DE AUTORIDAD, CON INDEPENDENCIA DE LAS VIOLACIONES QUE ADUZCAN, 2017)

Resulta evidente que el juicio de amparo es en esencia un mecanismo de protección de los derechos humanos ante la actuación del poder público, y no un medio para dirimir controversias entre autoridades en el ejercicio de sus facultades.

En este sentido, de no cumplirse los supuestos del artículo 7° de la Ley de Amparo, es decir, acreditarse una afectación patrimonial en un plano de igualdad con los particulares, en cualquier otro supuesto en el que se afecte la esfera de competencia de las universidades públicas con autonomía, éstas no tendrían un medio de defensa ante las injerencias de otras autoridades u órganos del Estado.

d) Aplicación del principio *pro actione* a favor del derecho de acceso a la justicia

El Pleno de la SCJN ha señalado que la controversia constitucional es un medio de regularidad constitucional en conflictos que versen sobre la invasión, vulneración o simplemente afectación a las esferas competenciales trazadas desde el texto constitucional tal como se desprende a continuación:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS VIOLACIONES SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN EL FONDO SON LAS RELACIONADAS CON EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O CON LA CLÁUSULA FEDERAL, SOBRE LA BASE DE UN CONCEPTO DE AFECTACIÓN AMPLIO.

La controversia constitucional es un medio de regularidad disponible para los Poderes, órdenes jurídicos y órganos constitucionales autónomos, para combatir normas y actos por estimarlos inconstitucionales; sin embargo, atento a su teleología, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que no toda violación constitucional puede analizarse en esta vía, sino sólo las relacionadas con los principios de división de poderes o con la cláusula federal, delimitando el universo de posibles conflictos a los que versen sobre la invasión, vulneración o simplemente afectación a las esferas competenciales trazadas desde el texto constitucional.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

Ahora bien, en la aplicación del criterio referido debe considerarse que, en diversos precedentes, este Alto Tribunal ha adoptado un entendimiento amplio del principio de afectación, y ha establecido que para acreditar esta última es necesario que con la emisión del acto o norma general impugnados exista cuando menos un principio de agravio en perjuicio del actor, el cual puede derivar no sólo de la invasión competencial, sino de la afectación a cualquier ámbito que incida en su esfera regulada directamente desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como las garantías institucionales previstas en su favor, o bien, de otro tipo de prerrogativas como las relativas a cuestiones presupuestales; no obstante, a pesar de la amplia concepción del principio de afectación, debe precisarse que dicha amplitud siempre se ha entendido en el contexto de afectaciones a los ámbitos competenciales de los órganos primarios del Estado, lo que ha dado lugar a identificar como hipótesis de improcedencia de la controversia constitucional las relativas a cuando las partes aleguen exclusivamente violaciones: 1. A cláusulas sustantivas, diversas a las competenciales; y/o, 2. De estricta legalidad.

En cualquiera de estos casos no es dable analizar la regularidad de las normas o actos impugnados, pero ambos supuestos de improcedencia deben considerarse hipótesis de estricta aplicación, pues en caso de que se encuentren entremezclados alegatos de violaciones asociados a las órbitas competenciales de las partes en contienda, por mínimo que sea el principio de afectación, el juicio debe ser procedente y ha de estudiarse en su integridad la cuestión efectivamente planteada, aunque ello implique conexamente el estudio de violaciones sustantivas a la Constitución o de estricta legalidad²⁹

De lo anterior se destaca que en un entendimiento amplio del principio de afectación podría interpretarse que la afectación a cualquier ámbito que incida en la esfera de facultades de las universidades públicas autónomas, conferidas por la fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de un acto legislativo, las pondría en condiciones de acceder a la controversia constitucional, ya que la autonomía universitaria constituye una garantía institucional del derecho a la educación.

²⁹ . (CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS VIOLACIONES SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN EL FONDO SON LAS RELACIONADAS CON EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O CON LA CLÁUSULA FEDERAL, SOBRE LA BASE DE UN CONCEPTO DE AFECTACIÓN AMPLIO, 2015)

A nuestra consideración, en el caso de la controversia constitucional 135/2021 y el recurso de reclamación 137/2021-CA, al resolverse respecto de la legitimación activa de la UdeG, debió de analizarse de manera integral las características particulares de dicha universidad, además de analizar el hacer extensiva la aplicabilidad del principio *pro actione*, entendido como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción (Voto particular, 2015) y el cual opera como un criterio para resolver casos de duda en torno a si el Poder Judicial debe o no intervenir en el conocimiento de una cuestión, en términos de su justiciabilidad³⁰

4. CONCLUSIONES

La figura de la controversia constitucional históricamente ha sufrido diversos procesos de evolución, lo cual se traduce en una figura dinámica enfocada en la preservación del orden constitucional, que ha permitido ampliar el catálogo de entes, poderes u órganos legitimados, y que la fracción I del artículo 105 constitucional no puede entenderse como un catálogo limitado y taxativo, debiéndose favorecer la hipótesis de procedencia de la acción, siempre y cuando la misma sea acorde con la finalidad perseguida.

Si bien es cierto, que la UdeG es un organismo público descentralizado no se encuentra expresamente en dicho precepto constitucional, posee características que la distingue de otros organismos públicos descentralizados estatales, ya que goza de una autonomía especial, que implica autogobierno (AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SU ALCANCE)., conferida por el artículo 3°, fracción VII, de

³⁰. (PRINCIPIO PRO ACTIONE. EN SU APLICACIÓN A CASOS EN LOS QUE NO EXISTA CLARIDAD, 2018)

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

la CPEUM, que configura a la autonomía universitaria como una garantía institucional para la maximización del derecho a la educación superior.³¹

La autonomía universitaria “*implica una capacidad propia y un valladar frente a la instancia ajena; es una frontera y una garantía*”, con ello se afirma que el sujeto autónomo se halla rodeado de otros sujetos frente a los cuales puede reclamar, ejercer y proteger su autonomía, y debe mantenerse frente al Estado central, otros organismos autónomos, partidos políticos, grupos sociales, fuerzas económicas, individuos y corrientes ideológicas³² Sin la capacidad de reclamar dicha autonomía frente a otros, no tendría eficacia.

En este contexto, existe un punto de coincidencia entre las universidades públicas con autonomía y los organismos constitucionales autónomos, es decir, ambos “*cuentan con una esfera de atribuciones constitucionalmente determinada, lo cual constituye una garantía institucional que hace que tal esfera no esté disponible para el legislador ordinario*” (Carbonell, 2020), y no sólo no puede afectarlo, sino que tendrá que asegurarlo y dotarlo de efectividad a través de regulación concreta.

Destacamos que los órganos constitucionales autónomos tienen como característica principal la atención de necesidades o funciones torales del Estado y la función de garantizar un derecho humano, supuesto que resultaría equiparable a la función de las universidades públicas autónomas, dado que la autonomía universitaria es una garantía institucional del derecho a la educación superior.

En este contexto, consideramos que las universidades públicas autónomas por ley, tienen características conferidas por el artículo 3° constitucional, a saber, la facultad de autogobierno que le otorga la autonomía universitaria, lo cual las

³¹ (AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR, POR LO QUE NO PUEDE SER UTILIZADA PARA RESTRINGIRLO., 2017).

³² . (García Ramírez, 2005)

distingue del resto de los organismos públicos descentralizados frente al Poder Ejecutivo local y las equiparan a los organismos constitucionales autónomos, para efectos de promover controversias constitucionales conforme al inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional.

5. BIBLIOGRAFIA

- AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR, POR LO QUE NO PUEDE SER UTILIZADA PARA RESTRINGIRLO., 1a./J. 119/2017 (10a.) (Primera Sala noviembre de 2017). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015590>
- AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SÓLO PUEDE ESTABLECERSE MEDIANTE UN ACTO FORMAL Y MATERIALMENTE LEGISLATIVO, P./J. 17/2005 (mayo de 2005). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/178527>
- AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SU ALCANCE, 1a. XI/2003 (Primera Sala). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/184349>
- Carbonell, M. (2020). *Diccionario Jurídico Básico*. México: Porrúa.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5 de febrero de 1917).
- CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE PREVÉ LOS ENTES, PODERES U ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, NO ES LIMITATIVA., P./J. 21/2007 (Pleno diciembre de 2007). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170808>
- CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS VIOLACIONES SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN EL FONDO SON LAS RELACIONADAS CON EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O CON LA CLÁUSULA FEDERAL, SOBRE LA BASE DE UN CONCEPTO DE AFECTACIÓN AMPLIO, P./J. 42/2015 (10a.) (Pleno diciembre de 2015). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010668>
- García Ramírez, S. (2005). *La Autonomía Universitaria en la Constitución y en la Ley* (Primera edición ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS
UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA”

- Obtenido de
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1672/2.pdf>
- González Pérez, L. R., & Guadarrama López, E. (2009). *Autonomía universitaria y universidad pública. El autogobierno universitario* (Primera ed.). D.F., México: UNAM. Obtenido de
<http://abogadogeneral.unam.mx/PDFS/autonomia.pdf>
- González Pérez, L. R., & Guadarrama López, E. (2010). *Tópicos Derecho Universitario* (Primera ed.). D.F., México: UNAM.
- INSTITUTO DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA DE JALISCO. SU CREACIÓN COMO ÓRGANO PÚBLICO AUTÓNOMO ENCARGADO DE GARANTIZAR EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA ENTIDAD, ES CONSTITUCIONAL, P. VIII/2008 (Pleno febrero de 2008). Obtenido de
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170284>
- Ley Orgánica de la Universidad de Guadalajara. (15 de enero de 1994).
- Ovalle Favela, J. (2011). Las controversias constitucionales y los órganos autónomos. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (25), 101-127. Obtenido de
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5968>
- PERSONA MORAL OFICIAL. CUANDO ES PARTE DE UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO, SIEMPRE Y CUANDO DE LA RELACIÓN SUBYACENTE NO SE ADVIERTA QUE ACUDE A DEFENDER UN ACTO EMITIDO DENTRO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS, 1a./J. 16/2018 (10a.) (Primera Sala junio de 2018). Obtenido de
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017263>
- PERSONAS MORALES OFICIALES. CARECEN DE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN SU CARÁCTER DE AUTORIDAD, CON INDEPENDENCIA DE LAS VIOLACIONES QUE ADUZCAN, 2a./J. 128/2017 (10a.) (Segunda Sala octubre de 2017). Obtenido de
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015321>
- PRINCIPIO PRO ACTIONE. EN SU APLICACIÓN A CASOS EN LOS QUE NO EXISTA CLARIDAD, 1a. CCVI/2018 (10a.) (Primera Sala diciembre de 2018). Obtenido de
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018780>

- UNAM. (1982). *Diccionario Jurídico Mexicano* (Primera edición, Tomo I A-B ed.). México: Instituto de Investigaciones jurídicas. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1168/10.pdf>
- UNIVERSIDADES PÚBLICAS. LA AUTONOMÍA DE LA QUE LEGALMENTE PUEDEN SER DOTADAS LES CONFIERE LA FACULTAD DE AUTOGOBIERNO, 1a./J. 18/2010 (Primera Sala marzo de 2010). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/164875>
- Vázquez Mata, M. (2010). Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales. *Revista Justicia Electoral*, 1(6), 339-365. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4062738>
- Voto particular, Contradicción de tesis 2/2015 (Plenos de Circuito diciembre de 2015). Obtenido de <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=41924&Clase=VotosDetalleBL>

RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA*

*Review of a “different” approach to contemporary theory and philosophy of
law*

ÉRIKA DE LOS ÁNGELES BADILLO CASTILLO

Universidad de León, México

I

Cada vez más el estudio de la filosofía del Derecho se vuelve necesario. En especial, porque nos encontramos en una etapa histórica en la que el constitucionalismo y los derechos humanos permean los ordenamientos jurídicos contemporáneos requiriendo que los estudiosos del Derecho tengan una formación en el saber iusfilosófico. Pero no se trata de impulsar un saber estéril, que se encierra en sí mismo. Un aprendizaje satisfactorio en esta disciplina permitiría, ¿por qué no?, también su aplicación en la realidad, mediante una práctica jurídica adecuada.

En ello radica el atractivo de *En sus propias palabras. Conversaciones sobre filosofía del Derecho contemporánea* editado por Francisco M. Mora-Sifuentes, profesor titular de filosofía del Derecho en la Universidad de Guanajuato (México), y que me propongo reseñar aquí. Este trabajo está compuesto en lo esencial de un estudio introductorio al que siguen nueve entrevistas con personajes del mundo del Derecho.

* Reseña de: Mora-Sifuentes, Francisco M. (ed.), *En sus propias palabras. Conversaciones sobre filosofía del Derecho contemporánea*, Zela, Perú, 2020. Los números entre paréntesis remiten a las páginas del libro reseñado.

Cada una de las entrevistas lleva un título que captura la atención del lector, anunciándole que el tratamiento de los temas ahí vertidos provocará su reflexión. La nómina de iusfilósofos que conforman *En sus propias palabras* incluye a: Francisco Javier Ansuátegui Roig, Manuel Atienza, Rafael de Asís, Juan Antonio García Amado, Javier Gomá Lanzón, Massimo La Torre, José Juan Moreso, Luis Prieto Sanchís y Juan Ruíz Manero.

El libro abre con el estudio introductorio que Mora-Sifuentes titula: “Lo que aprendí conversando de filosofía del Derecho” y está dividido en cinco apartados. En él, el editor comparte las razones que le impulsaron a preparar una obra de estas características, su ubicación en el contexto de los saberes jurídicos, así como cierta guía práctica para incursionar en el ámbito en cuestión. Parte de su experiencia vital con otros juristas, sobre todo con quienes intervienen en la obra y con quienes tuvo la oportunidad de abordar las temáticas más relevantes de su filosofía del Derecho. Concretamente, en el primer apartado el autor nos explica de qué forma se presentó su encuentro con esta rama del conocimiento jurídico y nos hace partícipes de su auténtica vocación por el saber iusfilosófico.

Nos muestra la finalidad o sentido último que anima este trabajo: “lo que aquí ofrezco al lector es mi genuino interés por aprender filosofía del Derecho contemporánea” (p. 8). El “método” usado por el editor es relativamente simple: permitir que los distintos entrevistados, de una manera amena y sencilla, nos muestren la forma en que ellos mismos se acercaron al ámbito de lo jurídico para después adentrarse al universo de la filosofía del Derecho.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que este ejercicio no implique cierto grado de profundidad. Es más bien el caso contrario: podemos advertir en la obra a un interlocutor que conoce a detalle las aportaciones de quienes entrevista. A lo largo de sus cuestionamientos conecta con los autores de tal forma que logra

RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

que ellos brinden las razones y contextos que los han formulado sus teorías y propuestas, precisando las temáticas esenciales de sus trabajos.

Cada entrevistado nos va llevando a descubrir el diseño de sus obras, cómo se concibieron sus proyectos, los entornos sociales, políticos y culturales que han sido el marco de referencia para el desarrollado de sus investigaciones, los pensadores que más les han influido, así como las problemáticas que han abordado.

Las preguntas que se formulan también nos presentan esos diálogos directos o indirectos que los autores han entablado con otros filósofos del Derecho, ya sea porque fueron sus maestros o porque los han estudiado a profundidad.

Y en esto radica otra virtud de la obra reseñada: no sólo ofrece una revisión accesible para aquel que comienza a adentrarse en el maravilloso mundo de esta rama del Derecho, sino también para que todo aquel interesado que entienda la trayectoria de los entrevistados. Gracias a las conversaciones propuestas por Mora-Sifuentes puede apreciarse la generosidad de cada uno de los iusfilósofos al compartir sus ideas.

Una de las preguntas generales y que más se agradece es aquella sobre los consejos que darían a quienes están comenzando su carrera en el ámbito de la filosofía del Derecho, así como los libros que les recomendaría. Y se agradece, porque contar con esas recomendaciones significa poseer una guía segura, que si se sigue se puede tener la expectativa de que brindará un excelente resultado. A continuación, se presenta un recuento breve del contenido de las entrevistas.

II

La primera entrevista, “La conexión conceptual entre Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia”, corre a cargo de Francisco Javier Ansuátegui Roig. De ella, me permito resaltar la respuesta a una de las primeras preguntas que versa sobre las contribuciones más importantes de Gregorio Peces-Barba.

Al respecto, Ansuátegui Roig expone que en su maestro podemos encontrar un acercamiento muy preciso a las bases que forjaron su concepción general del Derecho y de los derechos fundamentales. Explica que la concepción general del Derecho de Gregorio Peces-Barba está muy condicionada por la historia, situación que a su vez se ve reflejada en su concepto de derecho fundamental.

Es a través del devenir histórico, considerando diversidad de elementos sociales, políticos, económicos, culturales, etc. que se puede observar cómo se van formando los derechos fundamentales. Peces-Barba advierte que es partir del período histórico al que denomina “Tránsito a la modernidad” que se puede comenzar a hablar de los derechos fundamentales. Varios son los factores que influyen, en la opinión de Francisco

Javier Ansuátegui Roig, a la conformación de los derechos, sean políticos, socioeconómicos, o culturales y que se verán reflejados sobre todo en la necesidad de limitar al poder. Los derechos instrumentos que pueden usar los ciudadanos frente al poder.

Ante tal situación, señala el hecho de que una primera consecuencia es la tolerancia que debe de prevalecer respecto a las distintas expresiones religiosas.

La segunda entrevista, “Ars iusphilosophica”, es la realizada a Manuel Atienza y en ella se abordan varias temáticas de gran relevancia. Sin embargo, además de su postura sobre las relaciones entre Derecho y argumentación, algunas pueden resultar más atractivas para el lector en virtud de que han sido críticas a los que el jurista español se ha enfrentado. Por ejemplo, para Atienza el positivismo

RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

jurídico fue una concepción del Derecho necesaria, pero que concluyó ante la presencia del constitucionalismo².

Explica que el enfoque del positivismo no es idóneo para las necesidades propias de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En su opinión, es necesaria una concepción del Derecho que vaya más allá del iuspositivismo, misma que denomina “Post-positivismo”. Sobre esta última, estima que el Derecho, además de ser un conjunto de normas, es sobre todo “una práctica” que tiene la intención de alcanzar ciertos fines y valores. La idea de que la filosofía del Derecho pone su acento no sólo en lo teórico sino también en la práctica se hace latente en varias de las respuestas que ofrece a lo largo de la entrevista.

En una de las preguntas sobre este tema afirma que la filosofía del Derecho debe construirse atendiendo a su funcionalidad y practicidad, lo que hace aún más atractiva su propuesta, puesto que hace que el lector pueda replantearse que aquella no sólo se mueve en el mundo de las ideas jurídicas, sino que también se presenta en el quehacer cotidiano del jurista.

Manuel Atienza hace énfasis en que, si bien las teorías jurídicas deben poner gran atención en el aspecto descriptivo, ese aspecto no es el propósito último de la teoría pues el Derecho es una realidad práctica.

El tercero de los entrevistados es el profesor Rafael De Asís Roig y su contribución se intitula: “Derechos, discapacidad e inteligencia artificial”. Se trata de otro filósofo del Derecho discípulo de Gregorio Peces-Barba que ha realizado trabajos en el campo de la teoría del Derecho, la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales. Sobre estos últimos, puntualiza que para la existencia de una comprensión de los derechos es necesario combinar razón e historia, en virtud

² Sobre el particular, el propio autor del libro reseñado dedicó a ese tema su primera monografía. Véase: Mora-Sifuentes, Francisco M., *Legalismo y constitucionalismo*, México, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 23 y ss.

de que es en el devenir histórico que se presentan las demandas de los derechos cuyo concepto contiene una justificación racional.

Al dar esta respuesta el autor agrega un tercer elemento para la comprensión de los derechos: advierte que es necesario incorporar dimensiones no racionales en estos instrumentos como la emoción. Asimismo, otro de los puntos que podemos encontrar en la entrevista, es la temática sobre la discapacidad que aborda. Rafael De Asís Roig destaca el hecho de que la interpretación que se tiene sobre la autonomía debe ser reinterpretada, en la que se reformule la visión capacitista y se incorpore la dependencia como dimensión natural humana. Vinculado a esto, se le cuestiona también sobre el tema de la inclusión, destacando el entrevistado que es de suma importancia el considerar un diseño idóneo del derecho a la accesibilidad, y tomar en consideración la obligación de corregir incumplimientos al respecto.

A la cuestión sobre cómo los derechos humanos inciden en la situación tecnológica del mundo actual, se responde que el discurso de los derechos humanos es un referente útil ante las nuevas tecnologías. Señala De Asís Roig alguna de las situaciones positivas que pueden darse ante el avance tecnológico y la necesidad de una regulación, puntualizando que dicha regulación será acorde al modelo de sociedad que se quiera.

La siguiente entrevista titulada “Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios” es realizada a Juan Antonio García Amado. En ella se puede vislumbrar a un jurista honesto, generoso en sus explicaciones, provocador y, si se me permite, muy ameno en la exposición de sus posturas, reflexiones y críticas motivadas por cada una de las preguntas formuladas. Un ejemplo de lo anterior es que muestra gran sinceridad al responder que existe en Latinoamérica una idolatría hacia los profesores europeos que no siempre poseen una propuesta importante.

Incluso, señala que se puede observar más una renovación académica en la filosofía del Derecho en Latinoamérica que en Europa. En la entrevista, además, se

RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

revaloriza la obra de Kelsen, sobre todo, para alejarse de su caricaturización, y tenerlo, ante todo, como un demócrata progresista. Captura también la atención la lectura que García Amado realiza a ciertos autores clásicos como Smend, Esser, Viehweg así como el significado del principialismo actual que, en su opinión, es poco democrático, elitista y bastante conservador. Las obras de Robert Alexy y Ronald Dworkin son, por tanto, duramente criticadas. Cuando Mora-Sifuentes le cuestiona sobre el positivismo jurídico, el profesor de la Universidad de León nos brinda un ejemplo entendible y que nos acerca a una conceptualización del positivismo que resulta de gran utilidad.

No cabe duda de que encontrarnos con las respuestas de Juan Antonio García Amado es encontrarnos con un aire de sinceridad, de frescura, necesaria en el mundo jurídico, que incita a cuestionarnos las dinámicas entre la teoría jurídica, la filosofía del Derecho y la academia.

La entrevista “Filosofía y Derecho” fue realizada a Javier Gomá Lanzón, quien comienza respondiendo algo intrigante: ¿por qué los filósofos han claudicado a hacer verdadera filosofía? Gomá Lanzón captura de inmediato la atención del lector cuando pone a la filosofía como ese algo esencial de lo que no puede alejarse la naturaleza humana: “la filosofía es, como la poesía, un universal antropológico y no puede prescindir de ella” (p. 118).

A lo largo de la entrevista nos encontraremos con respuestas de gran profundidad teórica en cuanto temáticas de la filosofía jurídica, pero además nos compartirá una gran sensibilidad y un acercamiento renovado al mundo de la filosofía a través de una propuesta propia, sin olvidar el entorno convulso en el que se mueve el ser humano.

Su propuesta filosófica se despliega en tópicos tales como: la tesis de que la filosofía es literatura, la teoría de imitación en la tradición filosófica, el ejemplo político, la dignidad, entre otros. Sobre este último tema, Javier Gomá Lanzón

advierte que lo más importante que se ha escrito sobre el concepto de la dignidad humana podemos encontrarlo después de Kant y fuera de la filosofía, en un ámbito aplicado. Y dicho ámbito no es otro sino el jurídico en donde se ha desplegado y sistematizado dicho concepto.

Cuando se llega a la pregunta esperada de qué es el Derecho, en fin, el autor sigue una línea filosófica que genera más preguntas sobre el objeto de estudio de la Filosofía del Derecho, incitando al lector a encontrar en su obra alguna guía que nos acerque a desarrollar de mejor manera la propia concepción del Derecho.

A continuación, llega el turno al profesor Massimo La Torre en la entrevista “El Derecho y sus conceptos”. Dicho autor brinda una serie de respuestas que el lector sigue con avidez, porque, además de su claridad al tratar temas complejos, nos proporciona generosamente los contextos históricos, políticos y sociales en los cuales se han enmarcado el desarrollo y seguimiento de ciertas teorías jurídicas, lo que facilita su comprensión.

Tal es el caso cuando Mora-Sifuentes le inquiriere sobre el positivismo jurídico. Aunado a lo anterior, y sin desmerecer el rigor analítico que tienen sus aportaciones, en su discurso podemos advertir que nos encontramos a un autor comprometido con una reflexión muy humana, empática al dolor que han padecido las generaciones en la primera mitad del siglo pasado. Massimo La Torre captura la atención del lector desde el inicio de la entrevista, cuando en el primer párrafo advierte que el positivismo jurídico profiere comodidad al jurista.

Con un verdadero carácter docente nos aproxima a varios temas que van desde el positivismo jurídico, pasan por el institucionalismo jurídico y llega hasta el Derecho de la Alemania entreguerras.

Autores como H.L.A. Hart, Joseph Raz, John Rawls, John Finnis, Neil MacCormick, Ota Weinberger, Robert Alexy, Hannah Arendt o Luigi Ferrajoli,

RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

entre muchos otros, se hacen presentes en las respuestas brindadas por el Catedrático de Catanzaro. En el tema de la tortura, encontramos un aspecto central para él y su teoría: Massimo La Torre se aleja de la concepción que considera que el Derecho es esencialmente fuerza, sanción, violencia. Esta afirmación, estimo, da contenido y profundidad a su propuesta iusfilosófica.

“Los intocables del Derecho” es la contribución que nos introduce en la obra de José Juan Moreso, quien nos presenta un análisis generoso de su propuesta teórica así, como una revisión crítica de las posturas de algunos pensadores. El espectro abarca los siguientes temas: la obra de Jeremy Bentham, de Ronald Dworkin, el objetivismo moral, el positivismo jurídico inclusivo, la interpretación jurídica de la teoría del derecho positivista, su propuesta sobre el método “especificacionista” para la aplicación de las normas-principios, la constitucionalización del Derecho, sobre la situación actual de la Filosofía del Derecho, sobre su trabajo “Derechos y justicia procesal imperfecta”, sobre la teoría del Derecho, entre otros temas.

En el caso de Bentham, afirma que sigue estando presente para la teoría jurídica actual ello no obstante las críticas formuladas por John Rawls y Ronald Dworkin al utilitarismo. Otro de los temas que aborda es sobre su “tesis de la incorporación”, en la que presenta y desarrolla la incidencia del uso de la argumentación moral en el Derecho. Moreso también se pronuncia sobre su “especificacionismo” para la aplicación de los principios: entre el enfoque subsuntivo y el particularista, ambas posiciones extremas e insatisfactorias, nuestro autor se decanta por otra posición “intermedia” que sería precisamente una estrategia especificacionista -como por ejemplo en bioética- y que se encontraría autores como Thomas Scanlon, Susan Hurley o Henry Richardson.

A la pregunta sobre la situación de la de la filosofía del Derecho en el actual entorno, v. gr. si piensa que la producción filosófica está afectada por un imperialismo anglosajón, contesta que la actitud que tiene es ecuménica y no

extremista, actitud que de cierta forma se puede encontrar también en sus demás consideraciones a lo largo de la entrevista. Con ello José Juan Moreso brinda una influencia positiva para que el lector pueda abordar las distintas posturas que se presentan sin caer en los extremos que pueden ser peligrosos.

“Neo-constitucionalismo(s) y positivismo jurídico” es la entrevista realizada a Luis Prieto Sanchís. Sobre su trabajo en torno a los derechos fundamentales y cómo éstos han apuntalado una nueva manera de ver el Derecho, Prieto Sanchís responde que la existencia de un catálogo de derechos fundamentales en el constitucionalismo posterior a 1945 ha transformado la concepción del Derecho, marcando el paso del Estado legal al Estado constitucional de Derecho. Sin embargo, advierte una utilización desmedida del “recurso a los derechos”, cuando no su uso propagandístico o trivial, lo que propicia la pérdida de su fuerza jurídica. Este autor afirma adscribirse al positivismo metodológico, acorde a la terminología de Bobbio y esto es interesante, puesto que él mismo suele asociarse a menudo al neo-constitucionalismo que recibe en no pocas ocasiones una lectura anti-positivista.

Sobre este mismo tema, Prieto Sanchís nos recuerda su simpatía con un autor como Luigi Ferrajoli y su garantismo, que sin embargo no participa del “ponderativismo principalista”, y que ha sido tan debatido en los últimos tiempos. Asimismo, se le presentan en la entrevista cuestionamientos sobre Ronald Dworkin, Hans Kelsen, la separación conceptual entre Derecho y moral, el constitucionalismo ético, sobre su trabajo “Del mito a la decadencia de la ley”, sobre la filosofía del derecho penal, entre otras temáticas actuales. Todos ellos abordados con una gran precisión y que se aprecian bastante como lector, en especial cuando comienza a adentrarse en estas materias.

El libro cierra con la conversación entablada con Juan Ruíz Manero, el otro gran filósofo del Derecho que ayudó a construir lo que hoy se conoce como la escuela de Alicante. Intitulada “Positivismo jurídico, ponderación y *Rule of Law*”,

RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

la entrevista inicia con cuestiones biográficas y sobre su formación en el mundo del Derecho. A la pregunta de quienes han sido sus mayores influencias, señala que ha aprendido de numerosos juristas, pero a quien reconoce como su auténtico maestro es a Elías Díaz, uno de los grandes renovadores de la filosofía del Derecho española del siglo pasado.

En su respuesta se advierte un profundo agradecimiento y reconocimiento a quien fuera su director de tesis doctoral, lo que provoca la reflexión de la enorme influencia que puede tener un director de tesis no sólo en la conclusión de un trabajo de tesis, sino incluso en la vida personal del estudiante. En las siguientes preguntas se abordan temas que han sido de relevancia en la obra de Ruíz Manero como son: su trabajo de traducción de los escritos sobre democracia de Hans Kelsen -que contiene un estudio preliminar del iusfilósofo-, respecto a la metodología jurídica, positivismo jurídico, la doctrina kelseniana, su análisis a la obra de Luigi Ferrajoli, sobre la teoría estándar de la ponderación, entre otras cuestiones. A lo largo de sus respuestas se puede ver un profuso análisis de los temas en los que ha dedicado su trabajo de investigación. Llama mi atención, finalmente, los consejos que Juan Ruiz Manero daría a los jóvenes que inician su carrera en el mundo de la filosofía del Derecho, porque se puede observar en ella su gran vocación filosófica y su cariz como maestro, así como su confianza en las nuevas generaciones.

III

Para concluir, no puedo dejar de mencionar que echo en falta en el trabajo del profesor de la Universidad de Guanajuato la presencia de alguna iusfilósofa contemporánea, que generacionalmente comparta trayectoria y nos proporcione una visión más rica del panorama que emerge de la obra. Sin embargo, lo anterior no es obstáculo para decir que la serie de entrevistas realizadas por Francisco M. Mora-Sifuentes constituyen un material sumamente recomendable para los estudiantes del Derecho.

Pero también para aquellos que buscan un mayor acercamiento a la obra de los filósofos y juristas a los que se ha hecho referencia, porque, como dice el título del libro, es en sus propias palabras, en sus propias voces, la manera en que tales autores guían al lector para un entendimiento más claro de sus propuestas e investigaciones. Es por esta razón que considero que el libro permite un acercamiento diferente a los temas clásicos de la teoría y filosofía del Derecho contemporánea. Y como suele suceder con aquellos libros que causan un impacto favorable y eficaz, quien se acerque a la lectura de *En sus propias palabras. Conversaciones sobre filosofía del Derecho contemporánea* se quedará con esa sensación de querer seguir leyendo más.

REFERENCIAS:

Mora-Sifuentes, Francisco M., *Legalismo y constitucionalismo*, México, Tirant Lo Blanch, 2021.

Tabla de contenido

PRESENTACIÓN	1
RENDICIÓN DE CUENTAS Y COVID-19. PERSPECTIVA DESDE ESPAÑA	4
1. DEMOCRACIA Y ELEMENTOS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS	5
2. TIPOS DE RENDICIÓN DE CUENTAS: VERTICAL, HORIZONTAL Y DIAGONAL.....	10
3. COVID-19 y RENDICIÓN DE CUENTAS. EL CASO DE ESPAÑA	16
4. ALGUNAS CONCLUSIONES.....	28
5. BIBLIOGRAFÍA.....	31
REPUBLICANISMOS DELIBERATIVOS Y DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO	33
1. LOS DEBATES SOBRE DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DEL ESTADO EN EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA	34
2. LA PROPUESTA DE LOS REPUBLICANISMOS DELIBERATIVOS....	46
3. CRÍTICAS Y CAMINOS DE FUTURO: MACRO-DELIBERACIÓN EN UN MARCO CONSTITUCIONAL	65
4. BIBLIOGRAFÍA.....	71
ECOLOGISMO Y DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN ...	77
INTRODUCCIÓN	78
1. DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE COMO CRÍTICA AL SISTEMA HEGEMÓNICO.....	80
2. POR UNOS DERECHOS HUMANOS PARA LA EMANCIPACIÓN....	93
3. CONSIDERACIONES FINALES	103
4. BIBLIOGRAFÍA.....	105
APUNTES SOBRE LA GÉNESIS Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	107
1. BREVES PALABRAS INICIALES	108
2. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	109
3. GÉNESIS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	113

4. INICIOS DE LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL.....	115
5. PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE RIGEN LOS PROCESOS PENALES INTERNACIONALES	119
6. LOS TRIBUNALES DE OPINIÓN Y LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES AD HOC	125
7. CONSIDERACIONES FINALES	135
8. REFERENCIAS DE CONSULTA	140
LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES DE CARÁCTER CAUTELAR. UN ESTUDIO A PROPÓSITO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN GUATEMALA.....	143
INTRODUCCIÓN	145
1. EL CASO DE ESTUDIO: FUNTECH CONTRA EL MINISTERIO DE GOBERNACIÓN DE GUATEMALA	146
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	148
3. DOS TIPOS DE DISCRECIONALIDAD JURÍDICA.....	155
4. LA DISCRECIONALIDAD EN LAS DECISIONES CAUTELARES.....	158
5. LAS REGLAS DE FIN Y LA PROTECCIÓN CAUTELAR EN LA LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	160
6. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA MOTIVACIÓN DE DECISIONES CAUTELARES.....	164
7. CONCLUSIONES	178
8. UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN ARGUMENTATIVA PARA RESOLVER EL CASO FUNTECH.....	181
9. BIBLIOGRAFÍA.....	183
VALORACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ISLAM.....	187
INTRODUCTION	188
1. THE FUNDAMENTALITY OF THE MOTHER IN ISLAM	190
2. THE INTERVENTION OF THIRD PARTIES IN MARRIAGE.....	191

3. THE PRESERVATION OF LINEAGE	193
4. THE RIGHT OF CHILDREN TO KNOW THE IDENTITY OF THEIR PARENTS.....	194
5. CONCLUSIONS.....	195
6. REFERENCES.....	196
SOBRE LO SOBRE LO SÍMBOLICO EN LA METATEORÍA DE LA PARADOJA REALISTA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.....	
INTRODUCCIÓN.....	197
1. EL REALISMO JURÍDICO, VISTO DESDE LA ANALÍTICA.	200
2. METODOLOGÍA.....	209
3. RESULTADOS. LA PSICOLOGÍA ANALÍTICA EN EL FENOMENO ONTOLOGICO DEL DERECHO COMO REALISMO.	209
4. CONCLUSIONES.	226
5. BIBLIOGRAFÍA.....	228
ESTUDIO APROXIMATIVO-CONCEPTUAL DEL SINDROME DE BURNOUT EN EL SERVICIO PÚBLICO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS: CLAROSCUROS, DIMENSIÓN ACTUAL Y EFECTOS NEGATIVOS.	
INTRODUCCIÓN	231
1. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y CONSECUENCIAS VINCULADAS.....	235
2. ASPECTOS ASOCIADOS AL SERVICIO PÚBLICO Y EL IMPACTO COYUNTURAL EN LOS DERECHOS HUMANOS	238
3. ALGUNAS NOTAS APROXIMATIVAS PARA LA PREVENCIÓN	245
4. NOTAS CONCLUSIVAS.....	248
5. BIBLIOGRAFÍA.....	249
JUICIO POLÍTICO. UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO CONVENCIONAL.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	251
	277

LA DIGNIDAD HUMANA COMO RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS: ASPECTOS FILOSÓFICOS, SOCIALES Y JURÍDICOS.....	279
INTRODUCCIÓN	280
1. ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA DIGNIDAD HUMANA CON RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS	282
2. ASPECTOS SOCIALES DE LA DIGNIDAD HUMANA CON RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS	287
3. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DIGNIDAD HUMANA CON RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS	292
4. CONCLUSIONES	296
5. BIBLIOGRAFIA.....	298
COMENTARIO JURISPRUDENCIAL “LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS CON AUTONOMÍA PARA PROMOVER CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”	300
INTRODUCCIÓN	300
1. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 135/2021	301
2. REFLEXIONES EN TORNO A LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.....	311
3. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS PARA PROMOVER CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES	317
4. CONCLUSIONES	330
5. BIBLIOGRAFIA.....	332
RESEÑA UN ACERCAMIENTO “DIFERENTE” A LA TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA*	335
I.....	335
II.....	337
III.....	345



ALÉTHEIA

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

Red Universitaria e Institución Benemérita de Jalisco

ALÉTHEIA, Año 1, No. 1, enero-diciembre 2023, es una publicación anual editada por la Universidad de Guadalajara; a través de la Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, teléfono 3331344661 extensión 11548, correo electrónico anuario.aletheia@gmail.com, página web <http://aletheia-abogaciageneral.udg.mx/>, editor responsable Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Reserva de derechos al uso exclusivo del título 04-2022-032910570300-203, ISSN: 2954-5099, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Responsable de la última modificación de este número: Oficina de la Abogacía General, con domicilio en Avenida Juárez 976, Piso 3, Col. Centro, Guadalajara, Jalisco, México, Dr. José de Jesús Cervantes Chávez. Fecha de última modificación 21 de febrero del 2023.