

CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco



Colección de estudios
en **Derechos Humanos**

Coordinación

Germán Cardona Müller

Kristyan Felype Luis Navarro

Dirección

Hernández Barrón &

Chávez Cervantes

XIV.
Manual de
Derechos
Humanos
en tiempos
de COVID-19

Colección de Estudios en Derechos Humanos.

Tomo XIV. Manual de Derechos Humanos
en tiempos de COVID-19

Corrección de estilo: María del Socorro Capetillo Pérez &
John Allan Grymes de Icaza

Portada y diseño editorial: Oscar Ascary Aréchiga Del Toro

Primera Edición 202

DR.©2022 Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco,
Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli.

Pedro Moreno 1616, colonia americana, Código Postal 44160,
Guadalajara, Jalisco, México. Tel. 800 201 8991.
<http://cedhj.org.mx>

ISBN de Obra Completa: 978-607-99138-0-9

ISBN del Volumen 978-607-99340-6-4

La Colección de Estudios en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco se distribuye bajo una licencia no comercial. Todos los derechos reservados. Esta edición y sus características son propiedad del sello editorial de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (978-607-99340) y del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o procedimiento distinto a los autorizados expresamente por los titulares de los derechos patrimoniales de la obra. Las opiniones expresadas en este libro son de exclusiva responsabilidad del autor y no necesariamente representan la opinión de la CEDHJ.

Impreso y hecho en México / Printed and made in México

ISBN: 978-607-99138-0-9



ISBN: 978-607-99340-6-4



Colección de Estudios en Derechos Humanos de la
Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Consejo Asesor

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Universidad Carlos III de Madrid

María del Carmen Barranco Avilés
Universidad Carlos III de Madrid

Guillermo Escobar Roca
Universidad de Alcalá de Henares

Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca
Universidad Nacional Autónoma de México

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras
Universidad de Guadalajara



Tomo XIV. Manual de Derechos Humanos en tiempos
de COVID-19 de la Colección de Estudios en Derechos Humanos

Dirección editorial de la Colección

Alfonso Hernández Barrón
José de Jesús Chávez Cervantes

Coordinadores del Tomo

German Cardona Müller
Kristyan Felype Luis Navarro

Autores(as)

German Cardona Müller
Ilse Carolina Torres Ortega
Tadeo Eduardo Hübbe Contreras
José de Jesús Iglesias González
Daniel Alejandro González del Rincón
Luis Javier Reynoso Zepeda
Ernesto López-Acosta Sandoval
Guillermo Cambero Quezada
Javier Rodríguez Soto
Carlos Alberto Sainz Dávila
Christian Miguel Sánchez Jáuregui
Celina Camarena Romero
Patricia López Padilla

Manual de Derechos Humanos en tiempos de COVID-19

Colección de Estudios en Derechos Humanos

Índice

Prólogo <i>Alfonso Hernández Barrón</i>	1
Introducción <i>German Cardona Müller</i>	5
Capítulo I. COVID-19, dignidad humana y protección prudencial de la sociedad <i>Ilse Carolina Torres Ortega</i>	7
Capítulo II. La urgente necesidad de crear una defensoría de los derechos universitarios en la Universidad de Guadalajara <i>Tadeo Eduardo Hübbe Contreras</i> <i>José de Jesús Iglesias González</i>	24
Capítulo III. Agua. Un derecho humano esencial a garantizar durante la emergencia sanitaria por COVID-19 <i>Daniel Alejandro González del Rincón</i>	43
Capítulo IV. Derechos humanos y propiedad intelectual: Aprendizajes tomados de la pandemia del COVID-19 <i>Luis Javier Reynoso Zepeda</i>	67
Capítulo V. Litigio estratégico de banqueta <i>Ernesto López-Acosta Sandoval</i>	92
Capítulo VI. La responsabilidad patrimonial del Estado y la reparación en el contexto del Derecho Internacional de Derechos Humanos <i>Guillermo Cambero Quezada</i>	112

Capítulo VII. La trasgresión al <i>non bis in ídem</i> en la persecución de los delitos fiscales en el ordenamiento jurídico mexicano <i>Javier Rodríguez Soto</i>	139
Capítulo VIII. La fiscalidad de los derechos sociales expresada en los presupuestos de egresos de la federación 2020-2021 durante la crisis de la pandemia por COVID-19 <i>Carlos Alberto Sainz Dávila</i>	161
Capítulo IX. Derechos Humanos y Políticas Públicas <i>Christian Miguel Sánchez Jáuregui</i> <i>Celina Camarena Romero</i>	195
Capítulo X. Lineamientos normativos para la construcción jurídica del impuesto a la riqueza con perspectiva en derechos humanos en el contexto post COVID-19 <i>Patricia López Padilla</i> <i>Germán Cardona Müller</i>	207

Prólogo

Alfonso Hernández Barrón

En 2019, en plena pandemia por COVID-19, las Naciones Unidas y el Banco Mundial se reunieron, en lo que se conoció como la Junta de Monitoreo de la Preparación Global, para verificar si se cuenta mundialmente con la infraestructura para hacer frente a situaciones similares. De esta reunión, se mostró que se avecinan peores urgencias sanitarias para las cuáles se carece de herramientas.

Los derechos humanos no pueden hacerse frente mediante perspectivas locales, en la medida que crece la interdependencia entre países. Se requiere de una visión que fomente el diálogo entre naciones y que logre innovar desde una óptica multidisciplinaria y transversal, lo anterior, desde el punto de vista de Ferrajoli, es pensar desde un constitucionalismo más allá del Estado. La emergencia sanitaria representa un antes y un después en los diversos ordenamientos jurídicos a nivel internacional, donde se hace evidente la importancia de contar con sistemas de producción y adjudicación normativa que prevengan y garanticen plenamente la máxima protección a las personas.

En este contexto surge esta obra titulada Manual de Derechos Humanos en tiempos de COVID-19. A lo largo de los diez artículos que la integran, se ofrecen análisis críticos de diversos temas en materia de derechos humanos, que puedan emplearse pragmáticamente frente a los retos actuales y posteriores. Las 13 autoras y autores que sumaron esfuerzos, buscan ser útiles en sus diversas áreas de experiencia y proporcionan material inédito interdisciplinario desde una óptica transversal.

Cabe resaltar que esta obra, si bien se pensó para personas defensoras de derechos humanos, tanto estudiantes como profesionales del derecho y politólogos, también está dirigida a todas las personas interesadas en el tema, pues en ella encontrarán insumos indispensables de lectura obligatoria para abrir futuros diálogos con diversos sectores de la sociedad a nivel local e internacional.

El primer capítulo se titula *COVID-19, dignidad humana y protección prudencial de la sociedad* de Ilse Carolina Torres Ortega. La autora, reflexiona sobre la necesidad de establecer parámetros de justificación propios del discurso práctico racional frente a las medidas que ha implementado el gobierno mexicano. Esto se debe a que, durante el desarrollo de la pandemia, parece que ha minado la dignidad humana al anteponer razones institucionales sin que se otorguen buenas justificaciones para ello o sin que haya sido necesario. Frente a la posibilidad de implementar alternativas, este

trabajo de investigación es importante porque muestra que, si bien pueden existir casos trágicos donde el raciocinio queda corto, no ha sido el caso con el actuar de las autoridades mexicanas. Las aportaciones de este capítulo ponen en perspectiva los razonamientos de los diversos operadores jurídicos al realizar decisiones difíciles, a fin de que los derechos humanos se tutelen adecuadamente en situaciones críticas.

La urgente necesidad de crear una Defensoría de los Derechos Universitarios en la Universidad de Guadalajara de Tadeo Eduardo Hübbe Contreras y José de Jesús Iglesias González, es el título del segundo capítulo de esta obra. Desde un análisis documental, y mediante estudio de caso, el capítulo establece el contexto de desarrollo de las defensorías universitarias como medio para proteger las prerrogativas de estudiantes de pregrado y posgrado. Profundiza en la importancia que tienen estos entes en tiempos de crisis, ello es de gran utilidad para otras latitudes que pueden contar con sistemas similares al Estado mexicano. Asimismo, realiza una aportación cuyo enfoque en este sector contribuye a proteger derechos humanos, donde su finalidad impacta a toda la sociedad, por ser la población que contribuye a la innovación que ha sido tan importante en este contexto crítico.

Daniel Alejandro González del Rincón es el autor del tercer capítulo *Agua. Un derecho humano esencial a garantizar durante la emergencia sanitaria COVID-19*. Su relevancia radica en mostrar la importancia de lograr una adecuada distribución del vital líquido. Muestra algunas inconsistencias en el marco jurídico, como la perspectiva del ordenamiento mexicano, que ha establecido un enfoque a favor del uso doméstico y personal y ha descuidado el hecho de que casi todo el consumo de los recursos hídricos se emplea para fines industriales y agrícolas. El autor resalta el valor de mejorar el diseño de políticas públicas, sobre todo cuando se realizan ponderaciones por diversos operadores jurídicos en dichas directivas para mostrar el ámbito justificativo entre medios y fines. En esta pandemia, esto es indispensable, pues los principios constitucionales que desprenden de este tipo de prerrogativa, requieren concretarse para otorgar mayor seguridad jurídica a la población.

Derechos humanos y propiedad intelectual: Aprendizajes tomados de la pandemia del COVID-19 es el título del cuarto capítulo escrito por Luís Javier Reynoso Zepeda. Es un análisis crítico que dilucida mitos y erróneas concepciones sobre la tensión entre el acceso a la propiedad privada que se deriva de este ámbito y los derechos humanos. Tal sería el caso de las afirmaciones que intentan culpar exclusivamente a las empresas por los altos costos de las vacunas o medicamentos para hacer frente a la pandemia, así como aquellas propuestas que pretenden relegar a los gobiernos el monopolio de su desarrollo. Asimismo, muestra que el incentivo a innovar

y a colaborar es lo que posibilita que el sector privado ofrezca soluciones en un tiempo tan incierto. Los datos que se ofrecen demuestran cómo las diversas empresas pueden generar un ambiente de colaboración con el gobierno y demás sectores de la sociedad a favor de la población.

Ernesto López Acosta es el autor del quinto capítulo de esta obra colectiva, que se titula *Litigio estratégico de banqueta*. Este trabajo profundiza críticamente sobre las concepciones actuales del litigio estratégico para lograr su reconfiguración, a fin de que sea útil a la sociedad. Asimismo, se establecen lineamientos, a efecto de integrar a la sociedad para que defienda causas jurídicas que realicen cambios estructurales desde la producción y adjudicación normativas de manera incluyente. Se pretende reivindicar la importancia y responsabilidad que tienen todos los sectores de la sociedad para hacer del litigio estratégico una herramienta cada vez más común, eficaz y eficiente.

Ante la importancia de reparar integralmente los derechos humanos, Guillermo Cambero Quezada realizó el sexto capítulo, titulado *La responsabilidad patrimonial del Estado y la reparación en el contexto del Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Mediante un análisis crítico, se precisan las limitaciones de su regulación en el ordenamiento jurídico mexicano; asimismo, ofrece importantes propuestas para hacerles frente. Al recuperar la jurisprudencia local, así como precedentes internacionales, se otorgan las bases de los diversos operadores jurídicos para que, ante la posible violación de estas prerrogativas, sobre todo en el contexto de la pandemia, se tomen acciones preventivas a favor de la población.

El séptimo capítulo de esta obra colectiva se titula *La trasgresión al non bis in ídem en la persecución de los delitos fiscales en el ordenamiento jurídico mexicano*, de Javier Rodríguez Soto. Ante la insistencia de llenar las arcas por parte del gobierno federal en una situación difícil económicamente, el autor hace valer el hecho de que la regulación para hacer frente al lavado de dinero es deficiente. En su experiencia, realizar procesos simultáneos; la vía administrativa y penal para perseguir este tipo de ilícitos, en este caso, solo socava la legitimidad de las instituciones de procuración de justicia. Muestra claramente cómo las disposiciones jurídicas en la materia violentan el principio de inocencia. Las soluciones que se proponen en este capítulo recuperan la importancia de ver a otras latitudes para otorgar mayor seguridad jurídica a los justiciables.

Carlos Alberto Sainz Ávila ofrece, en el octavo capítulo titulado *La fiscalidad de los derechos sociales expresada en los presupuestos de egresos de la federación 2020-2021 durante la crisis de la pandemia por COVID-19*, una propuesta importante, al concebir el gasto público como un derecho humano. Con ello acentúa sobre la importancia que tiene para el Estado

mexicano, así como para otros países, diseñar presupuestos y políticas públicas con un enfoque desde estas perspectivas. Se trata de un trabajo de investigación polémico, pues refuerza la primacía de los derechos sociales frente a otro tipo de prerrogativas. Sin duda, será un referente a deliberar en futuras ocasiones; asimismo, se espera que sirva de apoyo en el diseño del gasto público en el corto, mediano y largo plazo.

Christian Miguel Sánchez Jáuregui y Celina Camarena Romero muestran, desde un aspecto documental, la relación biunívoca existente entre políticas públicas y derechos humanos, en lo que respecta al capítulo noveno de esta obra, titulado *Derechos humanos y Políticas Públicas*. Ofrecen una óptica desde su área científica con una perspectiva local para profundizar desde los avances actuales que hay en la materia. Esto otorga mayor claridad a la población sobre dicha relación, la cual a veces se olvida en el diseño e implementación de las políticas públicas.

El décimo capítulo se titula *Lineamientos normativos para la construcción jurídica del impuesto a la riqueza con perspectiva en derechos humanos en el contexto post COVID-19*, de Patricia López Padilla y Germán Cardona Müller. En él realizan reflexiones donde ofrecen un concepto de riqueza multidimensional que pueda emplearse en el diseño de contribuciones para aminorar las desigualdades excesivas en la región latinoamericana. Se trata de una visión crítica de las construcciones realizadas local e internacionalmente, por considerar lo poco socorridos que han sido los impuestos a la riqueza que se aplican de forma momentáneamente en varios países. Con ello, establecen propuestas desde un enfoque de derechos humanos sin desconocer las diversas realidades socioeconómicas que atraviesan los países de la región.

Por último, se agradece a todas y todos los autores que hicieron posible esta aportación, así como al equipo editorial. Se espera que en el futuro se produzcan obras colectivas de esta calidad, que enorgullecen al ser parte de la Colección de Estudios en Derechos Humanos, editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, a través del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamastli. En hora buena, a todas las autores y autos, así como a los coordinadores de la misma.

Introducción

German Cardona Müller

Para varias personas, tiene sentido adoptar una ética consecuencialista o utilitarista a favor del bien mayor en tiempos de crisis. Manuel Atienza y Ruiz Manero (2011) recuerdan que los principios institucionales, es decir, los medios con los cuales se hacen posibles los derechos humanos pueden prevalecer en situaciones trágicas, donde parece ser que una solución solo es posible sin que exista campo para el razonamiento. Sin embargo, también consideran que el contexto justificativo es importante para velar por la dignidad humana.

Este pensamiento se extrae del primer capítulo de este tomo colectivo, titulado *Manual de Derechos Humanos en tiempos de COVID-19*. Se trata de la reflexión de Ilse Carolina Torres Ortega, quien imprime el sello de tensión que se ha dado entre derechos humanos y el bienestar colectivo en este contexto, donde parece que será uno que permanecerá en la medida que las crisis sanitarias seguirán dándose incluso con mayor impacto que la actual. La razón de ser de esta obra es acorde con un escenario como este, situación que la hace distinta de otras tantas que se han escrito sobre la materia.

A lo largo de los diez capítulos que la integran, y mediante la participación de las y los trece académicos que la hicieron posible, se adopta una visión integral, multidisciplinaria y transversal, que pretende recuperar, a manera de análisis documentales y propuestas, formas con las cuales se puede hacer posible un mundo sustentable con enfoque en derechos humanos. El *leitmotiv* que se encuentra en los diversos escritos conforma pautas y lineamientos para proteger la dignidad humana y hacerla viable ante diversos escenarios adversos.

Cada quien hace frente a este tópico recurrente desde una óptica distinta, que persigue, más que la originalidad, la utilidad, al tener como principales destinatarios a las y los defensores de derechos humanos, ello sin negar la trascendencia que pueda tener para la sociedad y academia. Para lograr este cometido, se ha redactado cada aportación en un lenguaje accesible sin perder la profundidad que se requiere. Con ello se espera que se abran los cauces para un diálogo nacional e internacional, donde constantemente se abonen soluciones para innovar en materia de derechos humanos frente a los posibles retos que enfrentaremos como humanidad.

Esta obra pretende conciliar la rigidez de algunos académicos que han impedido ceder los derechos humanos ante los medios que los hacen posibles, pues se plantea la afirmación que, en ocasiones, éstos serán necesariamente sacrificados, aunque no siempre.

El científico social debe concertar ambos extremos mediante diversas herramientas epistémicas, bajo la amenaza de que se debiliten los regímenes democráticos contemporáneos.

Esta obra colectiva será un referente obligatorio junto con los demás tomos que integran la *Colección de estudios en Derechos Humanos*. Se extiende una enorme felicitación a las y los autores por haber participado en esta ardua labor de varios meses de trabajo sin buscar mayor provecho que hacer patentes sus inquietudes académicas a favor de la sociedad.

Referencias bibliográficas

Manero, R., & Atienza, M. (2011). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, 115-129.

Capítulo I

COVID-19, dignidad humana y protección prudencial de la sociedad

Sumario: *I. Introducción. II. La dignidad humana en situaciones de emergencia. III. La protección prudencial de la sociedad. IV. La pandemia: ¿un auténtico conflicto trágico? V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Ilse Carolina Torres Ortega¹

I. Introducción

La eclosión y la propagación del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) ha dado lugar a una crisis mundial sin parangón en la época contemporánea. La pandemia ha colocado a los gobiernos de todos los países en la necesidad de tomar decisiones rápidas y categóricas para intentar frenar la expansión del virus y, al tiempo, para hacer frente a los graves efectos socioeconómicos que dichas resoluciones han acarreado.

La enfermedad también ha tenido efectos dramáticos en las dinámicas sociales. Las personas hemos tenido que aprender a convivir con la posibilidad de infectarnos de un virus que puede llevarnos a la muerte y que puede aniquilar a quienes nos rodean. Hemos tenido que sobrevivir y continuar con nuestras actividades, en la incertidumbre y el desconocimiento sobre el impacto del virus, su prevención y su eliminación. También hemos aprendido nuevas formas de relacionarnos, con recelo hacia el otro, con el temor al contacto físico, incluso con actitudes reactivas hacia quienes consideramos que no son lo suficientemente precavidos al conducirse en espacios públicos y privados.²

La pandemia ha alterado completamente nuestras vidas y el orden social; nos ha colocado en la excepcionalidad, donde todo lo ordinario debe ser desplazado para dar lugar a lo urgente. Es por ello que, si algo tienen en común los países, es que han adoptado políticas sanitarias de emergencia con el objetivo de combatir la virulencia de la crisis de salud. Las decisiones iniciales se orientaron a la suspensión de ciertas actividades o de eventos

¹ Profesora investigadora. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos. Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx

² En esto sigo, la tesis de Peter Strawson (1995) respecto a que las personas adoptamos distintas reacciones en nuestras relaciones con los demás señala que: algunas reacciones son respuesta a las actitudes de otros hacia nosotros; otras son reacciones hacia las actitudes que otras personas tienen hacia otras personas; otras son actitudes autorreactivas que tienen los individuos que saben que han defraudado las expectativas que los demás tienen de ellos.

públicos, procedieron a recomendar medidas sanitarias de higiene y distanciamiento hasta evolucionar a medidas más invasivas, como el confinamiento, los controles médicos forzosos, las requisas de bienes, la intervención de la sanidad privada o incluso la suspensión de derechos labores del personal sanitario y de emergencias (Nogueira, 2020, p. 24).

Estas políticas, volcadas a lo urgente, han relegado a la legalidad ordinaria, incluso, en muchas ocasiones, en lo que respecta a derechos individuales básicos. La excepcionalidad sustituye lo ordinario, ya que de la eficacia de las medidas depende un objetivo general incuestionable: salvar millones de vidas humanas. Lo que se sigue, lógicamente, es que la individualidad debe ceder ante un estado de cosas que se considera bueno y beneficioso para la mayoría de la población.

En este breve trabajo se intentará someter a juicio crítico esta última aserción. Si bien no es nada sencillo formular una reflexión como esta en un momento histórico como el que atravesamos, a continuación, presentaré una serie de ideas básicas que pretenden cuestionar lo “obvio”: que la excepcionalidad autoriza, incluso, el sacrificio del individuo, debido a la bondad del estado de cosas que persigue. En realidad, se trata de un cuestionamiento clásico que ha acompañado al consecuencialismo en materia ética, por lo que el recorrido que realizaré sigue una línea similar a la que se lleva a cabo en esta materia.

En primer lugar, planteo en términos generales, la cuestión de la dignidad humana, argumento que esta es el fundamento último los derechos humanos, cuyo respeto es necesario para legitimar cualquier orden político. En segundo lugar, se presenta el problema de la protección prudencial de la sociedad, como una situación que, precisamente, compromete a la dignidad humana. Esto me llevará a reflexionar, en tercer lugar, cómo esta colisión entre la dignidad humana y la protección de la sociedad puede llegar a representarse como un conflicto trágico. Finalmente, argumentaré que la pandemia no necesariamente ha encarnado ese dilema y que, en realidad, hay formas de conducirse en la excepcionalidad que no implican necesariamente la renuncia al respeto de la dignidad humana.

II. La dignidad humana en situaciones de emergencia

Antes he señalado cómo, aparentemente, existe una justificación obvia o evidente respecto a que la excepcionalidad –la emergencia– autoriza a las autoridades a atender la situación crítica de la forma que consideren más eficaz. Es decir, se trataría de un caso claro donde “el fin justifica los medios”. No obstante, lo anterior (1) ni es evidente, (2) ni es la única óptica desde la cual observar la emergencia.

Sobre lo primero, es importante tener presente el riesgo para la vida democrática que supone cerrar el debate sobre intereses generales, al asumir que hay verdades universales o consensos que se pueden dar por constituidos.³ Y es que, ¿quién establece esas verdades?, ¿cómo se generan dichos consensos? Ante la falta de claridad sobre estas cuestiones –cuando no hay espacios determinados de deliberación pública– es factible conjeturar que una invitación a aceptar, sin más, que cierto sector (autoridades) sabe lo que es mejor para enfrentar la situación de emergencia sea, en realidad, una estrategia para encubrir la discrecionalidad arbitraria que subyace a algunas medidas tomadas en nombre del combate al coronavirus para que no haya un control intersubjetivo sobre estas.

Una conjetura de este tipo se vuelve más plausible cuando se observa, por ejemplo, la pasividad con la que se han aceptado las medidas restrictivas tomadas por el gobierno federal y estatal, la ausencia de un debate público sobre la conveniencia de estas, así como el poco involucramiento de la ciudadanía en todo este proceso. Aceptar sin más la existencia de una justificación evidente para la restricción de derechos y un consenso respecto a que dicha restricción es una vía efectiva para detener la pandemia es inaceptable en una comunidad democrática, pues es una forma de evitar ofrecer razones que soporten las acciones y decisiones tomadas. La ausencia de estos argumentos anula la posibilidad de discutir con el poder público, el cual termina imponiendo decisiones discrecionales sin legitimidad y sin un compromiso con la realidad y la búsqueda de la verdad. En este sentido, no hay que pasar por alto que, tal y como ha hecho notar la crítica internacional, el gobierno mexicano se ha caracterizado por manipular y ocultar información, al grado de ser acusado de “maquillar” las estadísticas para que estas no expresen el número real de muertes por coronavirus.⁴

Sobre lo segundo, además de la perspectiva de que, en una situación de emergencia, el fin de detener la expansión del virus autoriza a las autoridades a tomar decisiones rápidas y sin las trabas de las vías ordinarias (aun cuando afecten las libertades básicas de los ciudadanos), también es viable pensar que la propia gravedad de la situación amerita que los poderes políticos sean especialmente cuidadosos: el riesgo del mal que puede

³ Betzabé Marciani explora este argumento de la exclusión de la falsedad o de las verdades universalmente aceptadas en el contexto del discurso de odio y nos recuerda que “En una sociedad democrática es necesario aceptar el más amplio debate público sobre temas de interés general, incluso cuando algunas de los argumentos que se proponen parezcan desinformados o moralmente incorrectos. La mejor defensa de este argumento la presentó ya hace muchos años John Stuart Mill cuando sostuvo que las verdades que no se someten al debate se convierten en dogmas que no solo niegan nuestra condición de seres falibles, sino que, con el tiempo, terminan perdiendo su legitimidad” (2019, p. 234).

⁴ Aquí, un ejemplo de estas notas:

<https://www.nytimes.com/2020/05/08/world/americas/mexico-coronavirus-count.html>

ocasionar una decisión equivocada es demasiado alto. Esto es, que quizá la emergencia no sea una “carta blanca” para la actuación de las autoridades, sino un caso donde hay que extremar precauciones en el ejercicio de la discrecionalidad. Diversas investigaciones están poniendo de manifiesto cómo la pandemia ha producido, además de innumerables calamidades humanitarias, un aumento en la corrupción, por ejemplo, en lo concerniente a la adquisición y desarrollo de equipo médico o de vacunas.⁵ En palabras de Susan Rose-Ackerman:

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. Respuestas tan aleatorias pueden fortalecer el clientelismo político y terminar en despilfarro y fraude, a costa de la justicia y de la eficacia (2021, p. 39).

En mayo de 2021, en México, se estimaba una cantidad de 2 387 512 casos confirmados acumulados del virus y 220 850 defunciones.⁶ A nivel mundial, en este mismo período, había un total de casos confirmados de 165 030 092 millones y 3 420 437 millones de defunciones.⁷ Independientemente de las cifras y de los porcentajes que el caso mexicano represente dentro de ellas, es importante hacer notar que se trata de vidas que se han extinguido; 220 850 pérdidas humanas en el país. El propósito de subrayar esta cuestión es hacer notar que, ante tal fatalidad, resultan por lo menos cuestionables las acciones y omisiones de las autoridades. Es posible que la pandemia se haya contenido, pero también que se haya agravado con esas decisiones tomadas desde la discrecionalidad de la emergencia. Asimismo, es relevante subrayar que, si se afirma que cada vida importa, entonces el objetivo impalpable –aunque perfectamente noble– de salvar la mayor cantidad de vidas posibles, ha de materializarse en esas vidas individuales, en el respeto de su dignidad.

⁵ Sobre las distintas respuestas y recursos destinados al combate del coronavirus que han emprendido los países se puede consultar:

<https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/governance-institutions-covid-19-response-resources>

⁶ Este dato corresponde a la información publicada por el “Coronavirus Resource Center” en mayo de 2021. Consultable en <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Los datos sobre el impacto del coronavirus en México también se pueden consultar en los siguientes enlaces: <https://ourworldindata.org/coronavirus/country/mexico> y <https://datos.covid-19.conacyt.mx/>

⁷ Este dato corresponde a la información publicada por el “Coronavirus Resource Center” en mayo de 2021. Consultable en <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

Afirmar que un ser humano tiene dignidad es similar a “colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización” (Garzón Valdés, 2009, p. 14). La dignidad es el punto de partida para imponer deberes y conferir derechos; por ello, es un concepto primordial para hablar de derechos humanos: la dignidad es la que permite precisar el contenido y el alcance de los derechos humanos, en tanto que estos derivan de ella, su función es la de formular e imponer las condiciones necesarias para que la dignidad quede amurallada y se impida su lesión (p. 31).

La pregunta obligada es ¿qué se entiende por “dignidad humana”? Esclarecer qué es la dignidad, por supuesto, no es una tarea sencilla. Como bien indica J. Habermas (2010), como concepto filosófico ya existía en la antigüedad, aunque adquirió su sentido actual predominante con I. Kant.⁸ Sin embargo, la dignidad se materializó en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales hasta después de la segunda guerra mundial (pp.3-25).

La dignidad humana no apareció como concepto jurídico en las declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII, ni en las codificaciones del s. XIX (McCrudden, 2008, pp. 655-724). Esto es, que la centralidad del concepto de dignidad es relativamente reciente.

El principio general de dignidad humana más destacado se establece a partir de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano –la fórmula del fin en sí mismo–, la cual establece “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (Kant, 2012, p. 139).

La inviolabilidad de la persona enfatiza el hecho de que, *prima facie*⁹, está prohibido imponer a los individuos, en contra de su voluntad, sacrificios o privaciones que no sean para su propio beneficio, sino para el de otros (Nino, 1989, p. 239). La formulación del principio de dignidad de la persona, entonces, también dota de sentido que las decisiones o actos de voluntad de los individuos puedan ser tomados como antecedentes válidos de obligaciones, responsabilidades o limitaciones de derechos¹⁰ (Nino, 2005, p. 174).

⁸ Esto quiere decir que hay también otras formulaciones sobre la dignidad. Una de las importantes en el debate contemporáneo es la de Jeremy Waldron (2013), quien propone retomar la antigua noción de *dignitas*, para entender la dignidad como un concepto referente al estatus y no como un concepto valorativo.

⁹ Locución latina que suele utilizarse en el ámbito del derecho y que puede traducirse como “a primera vista”. Se emplea para nombrar a aquello que se observa o se reconoce al pasar y de forma ligera, sin que exista un análisis exhaustivo.

¹⁰ De acuerdo con Nino, el principio de dignidad establece que los seres humanos deben ser tratados de según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento. En la

La idea principal de la dignidad, entendida desde la formulación kantiana, es que no está permitido utilizar a los seres humanos como meros medios; esto es, afectar su autonomía por la mera razón de que ello incrementa la libertad de otros. A un individuo se le trata como un fin en sí mismo cuando se toman en cuenta, seriamente y con respeto, los fines que este posea, así como sus actos de voluntad; y se le trataría como mero medio cuando se le impide o entorpece la obtención de estos fines, o cuando se ignoran sus decisiones y actos de voluntad. Es por lo anterior que este principio ha tenido mucha relevancia frente al consecuencialismo, ya que, primeramente, esta posición –en su versión clásica– autorizaría que los individuos sean sacrificados, si a través de dicho sacrificio se obtiene un beneficio mayor.

J. Rawls formuló una de las críticas contemporáneas más fuertes al consecuencialismo como sustento ético para organizar la estructura básica de la sociedad. De acuerdo con este autor, la perspectiva consecuencialista permite que los individuos sean sacrificados en beneficio de otros debido a que no otorga relevancia moral a la separabilidad e individualidad de las personas. Para esta visión de la justicia no importa, salvo de forma indirecta, cómo se distribuye la suma de satisfacciones entre los individuos, ni cómo una persona distribuye sus satisfacciones en el tiempo. Por ello, será considerada como la mejor repartición aquella que produce la máxima satisfacción, por lo que la manera de asignar derechos y deberes, oportunidad y privilegios, diversas formas de riqueza, etc., se rige por la forma en que se obtenga ese máximo (Rawls, 1999, p. 37).

Actualmente se distinguen dos versiones de esta teoría moral, lo cual ha permitido mitigar esta abrumadora crítica: el consecuencialismo del acto –que propone revisar la moralidad de las acciones caso por caso, dándole así importancia ética a la individualidad de las personas– y el de la regla –que recomienda ajustar nuestras acciones a las reglas habituales– (Cortina, 2001, p. 79). Asimismo, se ha argumentado que no es verdad que el consecuencialismo autorice siempre el sacrificio individual en aras de conseguir la maximización del bienestar: si esto se convirtiera en una práctica habitual, se generaría tal estado de alarma en la sociedad que se mermaría cualquier beneficio esperado. Así, este principio no se opone necesariamente al consecuencialismo, sino a una postura más extrema que sostiene la idea de que los valores sociales son de índole agregativa, donde únicamente importa el hecho de que se materialicen en la sociedad sin que resulte relevante su distribución. Aun así, en cualquiera de sus versiones,

medida en que adoptar este principio implica que no tenemos justificación para tomar otros principios que prescriben considerar otras propiedades, como el color de la piel o el sexo, este principio es un ingrediente fundamental de la concepción liberal de la sociedad (1989, p. 287).

sigue siendo discutido hasta qué punto el consecuencialismo es la filosofía moral más apropiada para fundamentar la dignidad.

Manuel Atienza (2009) ha propuesto que, desde el punto de vista normativo, es necesario distinguir dos dimensiones de la dignidad para entender por qué hay ocasiones donde parece que esta entra en conflicto con otros valores. Una de estas dimensiones –que coincide con lo que se ha anotado anteriormente– sería la de dignidad como límite de la ética, que proscribiera tratarnos a nosotros y a otros como meros medios, siendo así el fundamento último de los derechos. Otra dimensión sería la dignidad traducida en derechos fundamentales específicos. Como fundamento último, la dignidad es absoluta y no puede ceder frente a otras exigencias, pero, como derechos basados en la dignidad, sí es admisible que estos sean ponderados con otros (pp. 92 y 93).

Lo problemático de la situación que se plantea en este trabajo es que, ante las medidas restrictivas tomadas en el contexto de la pandemia, no parece que el conflicto surja entre un objetivo social y derechos basados en la dignidad. Si así fuera el caso, un ejercicio de ponderación donde la dignidad ceda ante otras consideraciones sería admisible. El conflicto se encuentra, entonces, en el corazón de la dignidad como fundamento último de los derechos: el individuo debe sacrificarse (su libertad de circulación, su libertad de trabajo, su libertad de reunión, su libertad de protesta, etc.) para maximizar las posibilidades de que el virus no se propague y dañe a la población. Es decir, se consentiría que la dignidad humana, en situaciones de emergencia, deja de ser absoluta: la autonomía de un ser humano puede ser disminuida u obstaculizada para aumentar la de otros, puede ser tratado como un mero medio.

III. La protección prudencial de la sociedad

En la vida pública, en realidad, hay múltiples situaciones en las que una medida estatal priva a los individuos de ciertos derechos, siempre que tales medidas se justifiquen como necesarias, efectivas y proporcionales para obtener un beneficio social. Y es que prácticamente cualquier deber puede entenderse como una afrenta al ejercicio y alcance ilimitado de los derechos.

El deber de pagar impuestos, por ejemplo, es una medida que implica la privación de un bien (recursos económicos), pero difícilmente pondríamos en duda su legitimidad si los recursos recaudados son destinados al desarrollo y mantenimiento de servicios públicos beneficiosos para todos. Seguramente no nos parecía admisible que alguien se negara a pagar impuestos, y al tiempo disfrutara de esos servicios públicos, arguyendo que tiene derecho a disponer de todos los recursos que genera. Hay que recordar que la dignidad proscribiera tratar a alguien solo como un

medio, lo que quiere decir que no está vedada moralmente cualquier forma de trato que implique valerse de otro individuo para conseguir algo, sino aquellas prácticas que reducen al individuo a la categoría de mero instrumento. Hay ciertos estados de cosas que solo pueden alcanzarse con el esfuerzo colectivo, por lo que una perspectiva excesivamente individualista de la vida social terminaría por mermar el propio valor de lo colectivo, de lo común.

Lo que se encuentra en discusión, en el caso de las medidas tomadas en el contexto de la pandemia, es que, aunque dirigidas a conseguir un objetivo social importantísimo, han exigido el cumplimiento no de cualquier deber, sino el sacrificio de derechos fundamentales. Una crisis mundial como la que atravesamos, por supuesto, requiere que una parte importante de la ciudadanía cumpla con las recomendaciones sanitarias de manera espontánea. De hecho, la pandemia ha sido el escenario de numerosas muestras de generosidad y solidaridad con el otro. Sin embargo, la gravedad de la situación fue llevando a decisiones cada vez más lesivas que ya no exigían solo la responsabilidad individual, sino sacrificios cada vez más grandes que, incluso, pueden hacerse cumplir coactivamente. De acuerdo con el *Informe sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por Coronavirus (COVID-19)*, las medidas inmediatas para contener el virus han sido, principalmente, medidas de restricción y monitoreo de viajeros, prohibiciones de vuelo y cierre de fronteras, aprendizaje a distancia y educación en el hogar, distanciamiento social y cuarentenas totales o parciales (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2020). Así, derechos fundamentales y libertades básicas se han visto comprometidas por la intervención pública.

Lo anterior es una muestra de la riqueza del campo de los derechos y de los distintos conflictos que surgen entre ellos y exigen diferentes razonamientos.

En las últimas décadas, buena parte de la reflexión académica ha estado orientada al esclarecimiento de los derechos y al fundamento de estos. Son muchos los desarrollos que, desde distintas perspectivas y paradigmas, han tratado de dar una respuesta a qué significa afirmar que tenemos derechos. Uno de los caminos recurrentes desde el derecho ha sido el de la indagación conceptual;¹¹ esto es, la tarea analítica consistente en sistematizar los distintos usos del término “derecho” en contextos

¹¹ Tal y como indica Guillermo Lariguet, cuando nos ocupamos de los conceptos “No lo hacemos por prurito especulativo, sino porque queremos comprender los anclajes referenciales de nuestros conceptos que no son otros que estados de cosas, conductas, prácticas que parecen estar impregnadas, o al menos ‘circundadas’, por nuestros conceptos” (2016, p. 234).

normativos.¹² La reflexión en torno a estos, por supuesto, no ha quedado solo en su comprensión conceptual, sino que, junto a esta, ha tenido lugar un proyecto de fundamentación que se propone el esclarecimiento de qué son, cuáles son, cuál es su alcance, cuál ha de resultar prioritario en caso de conflicto y, centralmente, cuál es la manera efectiva de materializarlos tanto en nuestras comunidades políticas –a través de una determinada estructura institucional– como en nuestras relaciones intersubjetivas.

El recorrido teórico en torno a los derechos ha sido también el camino de su concreción y de la reflexión acerca de qué consecuencias prácticas han de derivarse de su reconocimiento. Lo que sucede es que, parte de este trayecto, también ha puesto de manifiesto las relaciones dinámicas entre los derechos que, en ocasiones, constituyen auténticos dilemas. La implementación de los derechos constantemente se enfrenta a dos grupos de problemas de relevancia teórico-práctica: por una parte, las situaciones de conflicto entre derechos de diferentes individuos o entre derechos y objetivos generales y, por otra, la determinación del alcance de los derechos individuales o de grupo. Por supuesto, ambos conjuntos de problemas son interdependientes.¹³

Considerando la amplia tipología de enunciados jurídicos, los conflictos entre derechos pueden ser de distinto tipo. Uno de los más importantes que interesa a este trabajo sería el que surge entre derechos fundamentales y objetivos públicos. R. Dworkin, por ejemplo, confronta las directrices a los principios en sentido estricto, al establecer que estos últimos no pueden ceder –son inderrotables– ante los primeros. Mientras que los argumentos basados en directrices permiten justificar decisiones políticas al poner de manifiesto la protección social que implican, los principios en sentido estricto protegen derechos fundamentales:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio” (Dworkin, 1989, p. 37).

¹² Aunque, como bien advierte Cruz Parceró, hablar de derechos no ha de entenderse como algo exclusivo del contexto jurídico, sino más bien de contextos normativos en general “Una teoría de los derechos debería darnos una visión unificada de los derechos tanto en contextos jurídicos como en contextos no jurídicos...” (2007, p. 15).

¹³ Tal y como señala Carlos Nino, “el primer problema se plantea, por ejemplo, cuando debemos decidir entre la vida de un individuo y la vida, la integridad corporal o la libertad de otro. El segundo problema se presenta cuando debemos decidir si, por ejemplo, el Derecho a la vida de los individuos es satisfecho por el Estado cuando establece y hace cumplir la prohibición de matar, o si exige, adicionalmente, que se provean condiciones que favorecen la preservación de la vida, como son la alimentación, el abrigo, la asistencia médica, etc.” (1989, p. 305).

Sin embargo, como indica Ángeles Ródenas (2009), también hay casos que permiten poner en duda el carácter absoluto de estos derechos. Pueden surgir conflictos entre derechos fundamentales y principios fundamentales, donde ambos pueden ser considerados principios en sentido estricto. En estos casos, son admisibles ciertas limitaciones a derechos fundamentales por consideraciones institucionales, en tanto que se trata de mecanismos jurídicos que han sido concebidos para la protección de la dimensión institucional del derecho: exigencias que derivan de los valores internos al derecho para lograr su eficacia y buen funcionamiento. Se trata de principios que permiten preservar el marco institucional para garantizar la subsistencia del derecho y posibilitar el ejercicio de los derechos humanos. Esto quiere decir que, en algunos casos, es posible argumentar que los principios institucionales pueden justificadamente derrotar a los derechos fundamentales (pp. 148-152).

Este interesante cuestionamiento sobre el carácter absoluto de los derechos fundamentales, parece difícil sostener que las medidas para contener la propagación del coronavirus –las afectaciones a la integridad física, limitaciones a la libertad de movimiento, de la propiedad, de derechos laborales, del derecho de reunión, etcétera– puedan considerarse principios institucionales. No constituyen parte del marco institucional mínimo que garantiza la subsistencia del derecho o el juego de la democracia (Ródenas, 2019, p. 51). Se trata, más bien, de una medida vinculada a un objetivo que desea alcanzarse. Los argumentos basados en el objetivo de la salud general pretenden justificar decisiones políticas.

Una medida como la de cumplir un período de cuarentena implica un daño o privación para quien la recibe. Se trata de un miembro enfermo o potencialmente enfermo de la sociedad que puede ser recluso, aún en contra de su voluntad, ante el riesgo de que pueda hacer enfermar a otras personas. Es decir, que se ha realizado una valoración sobre aquello que es más importante proteger y aquello que se puede sacrificar para procurar dicha protección; de acuerdo con esta valoración, se considera legítimo causarle un daño a un individuo porque el mal que se evita es mayor. Las formas concretas que adopte tal disposición han de responder, entonces, a consideraciones prudenciales similares a las que se exigen en el estado de necesidad: debe tenerse un alto grado de certeza de que el perjuicio que se quiere evitar va a suceder; la medida debe ser necesaria y efectiva para prevenir ese mal y debe involucrar una desgracia menor de la que se desea evitar (Nino, 1980, p. 210).

De esta forma, en principio, las consideraciones sobre la protección de la sociedad ofrecen una justificación para medidas que privan a las personas de derechos reconocidos. Aun en el caso de que esta privación no involucre derechos fundamentales, una posición como esta no está exenta de objeciones.

Una primera objeción importante es la que sostiene que, en el afán de prevención, se podrían imponer medidas muy severas para actos de todo tipo, incluidos los más inofensivos. Pensemos, por ejemplo, en el establecimiento de una sanción penal derivada de no portar cubrebocas en un espacio público. No obstante, la misma preocupación por la prevención social implica un compromiso por procurar que solo las acciones más dañinas sean las que interese desincentivar y no aquellas que menos daño generan. Para estas acciones hay otros medios menos lesivos y más efectivos. Esto quiere decir que, dentro de la lógica de consideraciones prudenciales, juega un papel muy importante procurar que las disposiciones tomadas en la emergencia sean las más efectivas para evitar el daño que se pretende impedir y que además impliquen un mal menor que el perjuicio que se evade.

Otra objeción relevante tiene que ver con el compromiso de que las medidas tomadas en nombre de la protección de la sociedad, en efecto, eviten el mal que buscan prevenir. Hay que hacer notar que, aunque discursivamente admitamos esta justificación prudencial, en general hay un profundo desinterés por comprobar empíricamente que las medidas aplicadas en la pandemia cumplen el objetivo de protección que, se supone, las autoriza.

Cada vez hay más voces críticas sobre el genuino resultado de las restricciones impuestas para detener el coronavirus, señalando que las consideraciones prudenciales que supuestamente lo fundamentan no se cumplen. En México, las cifras de contagios y defunciones, comparadas con países que han tomado medidas similares o incluso menos restrictivas, no son precisamente bajas. En mayo de 2021, México ocupaba el lugar 15 a nivel mundial con mayores contagios;¹⁴ sin embargo, está en los escaños más altos en muertes registradas. Por ejemplo, en Argentina, con 3 411 160 casos de coronavirus, se registran 72 265 fallecimientos. Además, los efectos económico-sociales no han sido menores. Por ejemplo, el año pasado 12.5 millones de personas perdieron sus empleos y justo han empezado a recuperarlos ahora que la mayoría de los estados del país se encuentran en el llamado “semáforo de riesgo epidémico verde”¹⁵, la categoría de menor

¹⁴ Este dato corresponde a la información publicada por el “Coronavirus Resource Center” en mayo de 2021. Consultable en <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

¹⁵ Las cifras actuales de ocupación y empleo se pueden revisar aquí:

riesgo en la que se permite desarrollar todas las actividades, incluidas las escolares.

Sin embargo, no hay suficiente difusión y diálogo sobre esta información y la estrategia de comunicación estatal es muy poco transparente respecto a los resultados de las acciones emprendidas. Actualmente, para el ciudadano promedio, creer en la efectividad de las medidas adoptadas es, literalmente, un acto de fe. No hay un genuino esfuerzo por divulgar evidencia empírica que demuestre que estas medidas han sido eficaces, por ejemplo, al disuadir a las personas de incumplir las recomendaciones de salud, solo hay que pensar en la gran cantidad de personas que había en las calles y en establecimientos públicos y privados cuando las restricciones estaban en su punto más alto, y que han sido necesarias, trayendo un mal menor. Esto último se vuelve especialmente problemático cuando consideramos las desigualdades profundas que afectan a México. La pobreza se ha recrudecido con la pandemia. Aun cuando las autoridades mexicanas decidieron restringir múltiples escenarios de productividad económica, se realizaron muy pocas transferencias a su economía y muy pocos apoyos directos a las personas, así que, en el cálculo de costos y beneficios, no solo han de contar las muertes por el coronavirus, sino todos los daños que envuelve la precariedad.

Una defensa real de la protección social como justificación debe tener un genuino interés por comprobar empíricamente la efectividad de las decisiones políticas. La pretensión de justificación de estas medidas implica contemplar la posibilidad de que estén siendo ineficaces e innecesarias.

En este contexto de duda, cobra todavía mayor relevancia la eventual vulneración a derechos fundamentales. No es posible hablar de la sociedad como una entidad a la que puede atribuirse un beneficio o perjuicio total sin tomar en cuenta el bienestar o el daño de cada individuo. Esta es la razón por la que, la persona que debe soportar la privación de sus derechos –para que los otros reciban los beneficios de su sacrificio– ha de verse beneficiada con algún tipo de compensación, o con la reducción al mínimo del carácter desagradable de la medida. Esto es lo que permite una distribución equitativa de beneficios y cargas.

https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/iooe/iooe2021_03.pdf
El registro del semáforo de riesgo epidémico se puede consultar aquí:
<https://coronavirus.gob.mx/semaforo/>

Dado que el carácter gravoso de las medidas para contener la pandemia no es algo deseable, la autoridad está comprometida a recurrir a aquellas que resulten menos lesivas para las personas. Además, para reivindicar la dignidad de los individuos, y evitar así su instrumentalización, lo más adecuado es procurar algún tipo de compensación a quien se le pide un sacrificio en nombre del beneficio general; por ejemplo, los apoyos económicos que algunos gobiernos han brindado a las personas que han tenido que mantener cerrados por meses sus negocios.

IV. La pandemia: ¿un auténtico conflicto trágico?

Hasta aquí lo que se ha anotado presenta un escenario bastante complejo. Por una parte, al considerar el papel central que juega la dignidad como fundamento último de los derechos humanos, resulta muy problemático admitir que esta tiene límites y que puede ceder o ser sacrificada en el ánimo de alcanzar un objetivo general. Esto lleva al clásico reproche que se realiza al consecuencialismo por no otorgar importancia ética a la separabilidad e individualidad de las personas. También se ha argumentado que hay múltiples situaciones donde la búsqueda de un objetivo general requiere que las personas veamos restringidos algunos de nuestros derechos. Sin embargo, esto no quiere decir que sea suficiente con aludir a tal objetivo, sino que han de cumplirse algunas exigencias, por ejemplo: (1) la autoridad ha de tener información suficiente y fiable sobre la inminencia y la gravedad del mal que se pretende evitar, (2) las medidas tomadas deben ser necesarias y efectivas para prevenir este mal, (3) estas medidas no pueden implicar un mal mayor del que intentan evitar.

Sin embargo, aun ante todas estas consideraciones y reservas hay una intuición que se mantiene firme: la pandemia es real y, a consecuencia de ella, demasiadas personas han perdido la vida, han visto mermadas sus funciones vitales o se han visto privadas de sus capacidades para satisfacer necesidades básicas. Es decir, no hablo de un ejemplo de laboratorio en el que se intenta ponderar de manera abstracta la dignidad y la protección de la sociedad. La urgencia como algo que amerita actuar veloz y diligentemente es constante; esa es la enormidad de lo que vivimos. Considerando esta intuición, me parece que la posibilidad de respetar la dignidad humana frente a la necesidad de proteger la salud de la población puede presentarse como un conflicto trágico.

Antes se ha hablado de los conflictos entre derechos, pero a estos conflictos subyacen conflictos entre los valores que encarnan esos derechos. En el campo de la ética estos conflictos entre valores son identificados como dilemas morales. Dentro de esos dilemas; sin embargo, habría algunos que son caracterizados como “trágicos”, en el sentido de que no son susceptibles de resolverse racionalmente. Como indica Guillermo Lariguet (2004), en la filosofía, hay distintas posturas respecto a la posibilidad de que haya o no conflictos trágicos, por lo que algunos filósofos sostienen que solo son aparentes y otros los consideran genuinos. En el caso de admitir la existencia de conflictos trágicos genuinos, se vendría a sostener que hay casos donde entran en pugna valores o principios mutuamente inderrotables, por lo que no pueden resolverse a través de un proceso de racionalidad que permita dilucidar cuál de ellos debe prevalecer en la situación concreta. La única forma de resolver el conflicto sería elegir uno de ellos, con el sacrificio o la pérdida moral que esto implica. En el escenario público, además, esto sería inminente, pues la autoridad está obligada a tomar decisiones; es decir, a optar por uno de los cuernos del dilema. Por supuesto esta posición tiene serias implicaciones, ya que supone que la racionalidad práctica es limitada y que, incluso, valores como la dignidad pueden llegar a ser derrotados.

Sin indagar mucho más en este intrincado tema, lo que intento sugerir es que, quizá se ha utilizado la intuición generalizada en torno a la emergencia de la que antes hablaba para construir una narrativa en torno a un conflicto trágico. Siendo así, la autoridad no tiene más alternativa que elegir y, ante la virulencia de la epidemia, ha tenido que escoger el objetivo general de salud, sacrificando la dignidad. Bajo una perspectiva así, es más fácil excusar las acciones e insinuar que, aunque el escenario actual muestre numerosos contagios y muertes, las cifras podrían haber sido mucho peores.

Sin embargo, aun en el caso en el que así se declarara, tendría que existir una argumentación dirigida a mostrar por qué la pandemia implica dicho conflicto. Es decir, nuevamente, no se trata de algo que pueda tenerse por obvio, ya que, incluso en el supuesto de conflictos trágicos, hay que considerar la pérdida moral del valor sacrificado. El reconocimiento de que algo sumamente valioso ha sido dejado a un lado envuelve la exigencia ética de mostrar los términos del dilema y argumentar lo que se gana y lo que se pierde con la elección (aunque sin un juicio de corrección).

En el caso que nos ocupa, no creo que sea adecuado sostener la existencia de un conflicto trágico, sobre todo por la falta de claridad y fiabilidad en la información. Además de ello, hay muchas consideraciones adicionales que dificultan reducir la situación a un dilema. Por ejemplo, una crítica muy pertinente hacia la actuación de las autoridades de México y, en general, de los países de Latinoamérica- es la de haber pasado por alto las profundas desigualdades de su población. Como indica Roberto Gargarella (2020):

En América Latina, como en otras áreas del mundo, el principal consejo médico ofrecido por las autoridades políticas, frente a la crisis de COVID-19 fue, típicamente, "lavarse las manos regularmente y quedarse en casa". Lamentablemente, ambos consejos representan demandas de cumplimiento imposible en el contexto de profundas desigualdades sociales y económicas. De hecho, en la mayoría de los países latinoamericanos, millones de personas enfrentan serias dificultades para acceder al agua limpia. Además, en vastas áreas de la región, los miembros de grupos desfavorecidos viven en condiciones de hacinamiento (quizás de 5 a 10 personas en la misma habitación). Enfrentando estas circunstancias, quizás el mejor consejo médico hubiera sido justo lo opuesto al ofrecido entonces -tal vez uno como este: "sal de tu lugar y toma un poco de aire fresco en un parque". El punto es que el sesgo (de clase) expresado por ese consejo médico crucial y dominante refleja una grave falta de información sobre los intereses de los más débiles (p. 185).

En efecto, reducir las posibilidades de actuación a estos dos caminos es inadecuado, al considerar la diversidad de situaciones de la población mexicana. El grado de agravios y el sacrificio exigido no ha sido el mismo para todos, por lo que los daños a derechos y libertades básicas en algunos casos pueden considerarse auténticos ejercicios de deshumanización.

V. Conclusiones

En el momento en el que este texto es redactado, el coronavirus es una emergencia mundial, aunque el escenario es más prometedor que en meses pasados. En México más de veinticuatro millones de personas han sido vacunadas y ningún estado de la república está colocado en el semáforo epidemiológico rojo, la categoría de mayor riesgo en la que las restricciones aumentan y se permite realizar solo actividades económicas esenciales.

Aún es pronto para estar en condiciones de realizar un análisis exhaustivo de las decisiones y estrategias utilizadas por las autoridades mexicanas para contener la epidemia y proteger a la sociedad no solo del virus, sino de los impactos de dichas decisiones en una población con necesidades y condiciones muy distintas entre sí.

Pese a todo lo argumentado, entonces, no es mi intención realizar un juicio concluyente respecto a la actuación estatal en la emergencia sanitaria. Mi propósito es mucho más modesto. Llamar la atención sobre la complejidad de lo que hemos vivido, las interrogantes que siguen abiertas y, muy especialmente, sobre la responsabilidad para rendir cuentas respecto a lo que hemos estado realizando como respuestas a la crisis. También desactivar un mecanismo espurio consiste en evadir esa responsabilidad, eludiendo el conflicto ético y resguardándose en la sola intuición de que lo urgente requiere medidas también urgentes.

En esta revisión que ya hemos comenzado será fundamental tener como faro a la dignidad. La dignidad, entendida como el fundamento de los derechos humanos, nos permite tener una frontera respecto a lo que nos es intolerable como humanidad y respecto al papel de las comunidades democráticas. En palabras de Garzón Valdés (2009):

La democracia es una práctica y si ésta exige el respeto de la dignidad humana a través de la vigencia de los derechos humanos, es obvio que cuando éstos son un mero enunciado retórico, aquélla es sólo una perversa caricatura del mejor de los sistemas políticos que el hombre ha inventado... la dignidad humana en sociedad sólo puede estar asegurada en una democracia sujeta a restricciones verticales impuestas por el reconocimiento de los derechos humanos. La violación o la falta de vigencia de los derechos humanos afecta los dos pilares del puente: la dignidad se convierte en palabra hueca y la democracia degenera en la tiranía de los demagogos (p. 32).

Es posible que como humanidad atravesemos distintas crisis que exijan, de alguna u otra manera, renunciadas y riesgos para la dignidad, pero debemos ser conscientes de que la historia que escribimos hoy servirá a la posteridad como precedente. Tenemos el deber de ser responsables no solo de las vidas que afectamos hoy, sino del futuro que construimos con nuestras acciones y decisiones.

V. Referencias bibliográficas

- Atienza, M. (2009). "Sobre el concepto de dignidad humana". En *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Barcelona, España: Civitas-Thomson Reuters.
- Cortina, A. y Martínez, E. (2001). *Ética*. Madrid, España: Editorial Akal.
- Cruz Parceró, J. A. (2007). *El lenguaje de los derechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Gargarella, R. (2020). "Democracia y emergencia en América Latina". En *Revista Argentina de Ciencia Política*, Vol. 1, No. 25, pp. 178-192.

- GARZÓN VALDÉS, E. (2009). "Dignidad, derechos humanos y democracia". En *Revista de Derecho Penal*, 1, pp. 13-33.
- Habermas, J. (2010). "El concepto de dignidad y la utopía realista de los derechos humanos". En *Diánoia*, Vol. LV, no. 64, pp. 3-25.
- Lariguet, G. (2016). "La investigación filosófica: ¿Análisis conceptual versus análisis histórico?" En *Revista Praxis Filosófica Nueva serie*, núm. 42, pp. 219-244.
- Lariguet, G. (2004). "Conflictos trágicos y Derecho. Posibles desafíos". En *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, pp. 317-348.
- Kant, I. (2012) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Marciani, Betzabé (2019). "El discurso del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado constitucional de Derecho". En *Repensar los derechos humanos*. Lima, Perú: Palestra editores, pp. 221-257.
- Nino, C. S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Nino, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Nino, C. S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Nogueira Lopez, A. (2020). "Confinar el virus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción". En *Coronavirus y otros problemas. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No. 86-87, pp. 22-31.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Massachusetts, Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ródenas, A. (2019). "¿Pueden ser derrotados los derechos humanos? Derechos fundamentales versus principios institucionales". En *Repensar los derechos humanos*. Lima, Perú: Palestra editores, pp. 141-158.
- Rose-Ackerman, S. (2021), "Corrupción y COVID-19". En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 20, pp. 37-60.
- Strawson, P. F. (1995). *Libertad y resentimiento y otros ensayos*. Barcelona, España: Ediciones Paidós.
- Waldron, J. J. (2013), "Is Dignity the Foundation of Human Rights?". En *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, pp. 1-29.

Capítulo II

La urgente necesidad de crear una defensoría de los derechos universitarios en la Universidad de Guadalajara

Sumario: *I. Introducción. II. De los derechos humanos a los derechos universitarios. III. La violación de los derechos humanos: del escenario político mundial a la universidad. IV. La Defensoría de los derechos universitarios de la Universidad de Guadalajara y su reglamento. Fundamentos. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras¹⁶
José de Jesús Iglesias González¹⁷

*Las violaciones de los derechos humanos de hoy son la
causa de los conflictos del mañana*

Mary Robinson Alta comisionada de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos (período 1997-2002)

I. Introducción

El triunfo de los derechos humanos, a partir de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1947, sería determinante en la conformación de un mundo seguro y pacífico. Desde entonces, se ha reactivado la lucha para que los derechos humanos prevalezcan y amplíen lo más posible su protección. En México, a partir de las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos, surge un nuevo paradigma jurídico, que tiene importantes repercusiones en todos los ámbitos de la sociedad, entre estas la educación.

Con la modificación del artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las universidades e instituciones de educación superior dotadas con autonomía, de conformidad a la ley, se obligan a prevenir, respetar, proteger, vigilar e investigar cualquier violación de los derechos de los universitarios, que se encuentran vinculados con los derechos humanos. De ahí parte la necesidad de crear defensorías de los derechos universitarios, las cuales deberán atender las quejas o denuncias de cualquier persona integrante de la comunidad universitaria que versen sobre

¹⁶ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, y licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara, México. Profesor titular de Derecho Penal de la División de Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanas del Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara.

¹⁷ Licenciado en Estudios Liberales por el Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara.

violaciones de los derechos que le conceda a su favor las normas universitarias.

Por otra parte, la necesidad de crear defensorías de los derechos universitarios ha ido en aumento por los casos de acoso y hostigamiento sexual en las universidades. América Latina ha sido testigo del protagonismo de las nuevas generaciones, muchas veces, vinculadas al activismo estudiantil. Es así como en 2015, después de muchos años de gestación, irrumpió con fuerza en el escenario político global las demandas de miles de mujeres, que ya no solo exigían mejores condiciones en la participación política y la despenalización del aborto, sino que también denunciaban las distintas formas de violencia a las que son expuestas cotidianamente. Los movimientos *MeToo*, 8M y NiunaMenos son un claro ejemplo.

En Chile, por ejemplo, las estudiantes universitarias protagonizaron un movimiento feminista, que exigía una educación no sexista, sin machismo, sin misoginia y sin discriminación. Asimismo, en Argentina la ola comenzó en junio de 2015, que se extendió rápidamente por países como Uruguay, Ecuador, México, Colombia, Bolivia, Paraguay, Italia y España.

Así, en México, las manifestaciones siguieron ante las denuncias de acoso sexual en las aulas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), donde sus autoridades reconocieron que existe un grave problema de acoso sexual. La Universidad de Guadalajara (UdeG) no se podía mantener ajena al problema, por lo que, el 29 de octubre de 2018, el pleno del Consejo General Universitario aprobó la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios, su reglamento interno y el Protocolo Universitario del proceso de atención para casos de violación de los derechos universitarios, incluidos la violencia, el acoso y el hostigamiento.

La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UdeG fue un gran acierto de los universitarios, quienes apoyaron y aprobaron su creación, así como su reglamento interno que regula sus funciones y atribuciones. La defensoría fue creada bajo el modelo de las comisiones de derechos humanos y de la figura del *ombudsman* para contribuir a la cultura del respeto entre las personas, promover los derechos humanos, proteger los derechos universitarios a favor de quienes integran su comunidad, así como para coordinar las acciones de prevención y la atención en los casos en que se presenten actos de violencia.

II. De los derechos humanos a los derechos universitarios

En incontables textos académicos en materia de derechos humanos, en menor o mayor medida, se advierte desde una concepción moderna que, después de grandes procesos históricos, tales como la Revolución francesa o la Independencia de los Estados Unidos, por mencionar algunos, se perpetuó la idea de que el Estado será el garante de los derechos fundamentales, que derivó, después de la acumulación de hechos, a partir de 1789, en el surgimiento de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Posteriormente, concluida la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1947, el triunfo de los derechos humanos sería determinante en la conformación de un mundo seguro y pacífico. Pero la amenaza de ataque a los derechos humanos no dejó de existir, sigue presente en todos los países del orbe.

La historia pareciera olvidarse rápidamente y los conflictos contra la humanidad del pasado nuevamente aparecen con nuevos rostros en un contexto ahora globalizado. Se creía superada la concepción del exterminio de determinados grupos humanos; de la tortura y los tratos denigrantes; del asesinato selectivo y extrajudicial; de las penas crueles e inhumanas; de la incitación al odio, a través de los medios masivos de comunicación, contra personas vulnerables, como los migrantes o extranjeros (xenofobia), así como de grupos étnicos diversos y, sin dejar de mencionar, a los grupos político-religiosos, como los musulmanes o los judíos, estigmatizados y polarizados ante el mundo como “buenos o malos, terroristas o defensores de pueblos, tiranos o defensores de la democracia, etcétera, etcétera”,¹⁸ es decir, los abusos del Estado a los ciudadanos no han cesado.

Por ello, progresivamente, a través de los años, tanto en el ámbito nacional como internacional, se ha reactivado la lucha para que los derechos humanos prevalezcan y amplíen su abanico de protección en los ordenamientos supranacionales y locales de los Estados democráticos y de derecho, sobre aquellos que son característicos de los Estados totalitarios, autoritarios y dictatoriales. De ahí que se haya procurado estructurar mecanismos que defiendan y protejan los derechos humanos mediante la creación y el fortalecimiento de normas jurídicas (por ejemplo, la Ley de Amparo) e instituciones (nacionales e internacionales) gubernamentales (como los tribunales o comisiones de derechos humanos) y no gubernamentales (como Amnistía Internacional), capaces de señalar, investigar, mitigar o inhibir a través de recomendaciones o sanciones

¹⁸ El conflicto palestino-israelí es el claro ejemplo a lo que me refiero.

(jurisdiccionales y no jurisdiccionales) a las constantes violaciones de estos derechos.

El Estado mexicano no fue la excepción. Desde 1824, con la promulgación de la primera constitución del México independiente, hasta la de 1917, se sembraron las bases del constitucionalismo mexicano actual, donde los derechos humanos se consagran en un modelo de organización federal, con división de poderes, republicana, soberana y libre. A su vez, se construyeron instituciones para garantizar y proteger estos derechos, entre los que destacan los tribunales federales y las comisiones estatales y nacional de derechos humanos.

El camino fue largo y complejo hasta llegar a las reformas constitucionales de 2011¹⁹ y la legislación de la Ley de Amparo de 2013,²⁰ que materializaron la necesidad de incorporar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) un nuevo paradigma o nueva cultura jurídica en materia de derechos humanos. Ello requirió de una nueva forma de interpretar y comprender el derecho, donde los derechos fundamentales y su defensa se elevan al más alto rango constitucional e internacional (a través de los tratados internacionales del que México sea parte), con la premisa de que toda persona los goza y que cualquiera debe respetar.

Este fundamento elemental se establece en el artículo 1º de la CPEUM, la cual señala que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la misma constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, salvo los casos y condiciones que la propia constitución establezca (2021). Además, toda autoridad tendrá la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, donde es atribución de los tribunales resolver las controversias que se susciten por las normas generales, actos u omisiones de la autoridad o tratados internacionales, que violen o transgredan las garantías otorgadas para su protección por la constitución; por lo que la Ley de Amparo alcanza mayor importancia social, pues, al regular el juicio de amparo, busca proteger a las personas ante las normas, actos u omisiones de los poderes públicos o de particulares que violenten sus derechos.

Con la reforma a la Ley de Amparo inicia una época jurisprudencial en México, donde el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de las personas se tiene como aspiración de todo el sistema de justicia.

¹⁹ Diario Oficial de la Federación, de 10 de junio de 2011.

²⁰ Diario Oficial de la Federación, de 2 de abril de 2013.

Por otra parte, además del surgimiento de un nuevo paradigma jurídico, entre los mecanismos de protección y defensa de los derechos humanos se encuentra la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), organismo constitucional autónomo que, a partir de 2011, se le facultó para realizar investigaciones de violaciones graves de los derechos humanos y para citar a aquellos funcionarios o servidores públicos que no den cumplimiento a sus recomendaciones para que funden, motiven y hagan pública su negativa de protección; pues es una instancia no-jurisdiccional, que emite resoluciones (recomendaciones) no coercitivas.

Las comisiones de derechos humanos (la nacional y las estatales) en México, son los antecedentes más próximos a otras instancias creadas a finales de los años setenta y principios de los ochenta, como lo fueron la Comisión Federal del Consumidor, las Procuradurías de Defensa de los Indígenas en Oaxaca y Guerrero, la Procuraduría Social del Distrito Federal, por mencionar algunas. Pero, de entre estas instituciones, y que interesa para este análisis, nace por primera vez en 1985,²¹ la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM, pionera en Latinoamérica, que surge bajo la influencia del modelo que caracteriza a la CNDH, para actuar a favor de la protección de los derechos de los universitarios.

Las comisiones de derechos humanos nacen de figuras jurídicas del pasado, representada por un individuo que defendía los intereses y derechos del pueblo, es decir, un defensor de derechos, que cuenta con algunos antecedentes que datan de 494 a.C., en la antigua Roma y que en aquel entonces se conocía como *Tribuno de la Plebe*, quien era la persona encomendada a la protección de los ciudadanos, sobre todo de los más humildes, ante los atropellos de los gobernantes y ciudadanos poderosos. Entre los rasgos del *Tribunado* (institución) se encontraba la inviolabilidad, la actividad fiscalizadora y de control de las magistraturas, el *intercessio*, el *auxilium* y la represión penal (Sánchez-Castañeda, 2016, p.113; Floris, 1973, p. 223). Por supuesto, esta figura jurídica parece más a lo que conocemos hoy como *ombudsman*,²² que a su vez expresa el nacimiento de las instituciones

²¹ Se aprobó su Estatuto, en sesión del Consejo Universitario, el 29 de mayo de 1985, publicado en la *Gaceta de la UNAM*, el 3 de junio de 1985. Documento que puede ser consultado en: <https://www.defensoria.unam.mx/web/documentos/EstatutoDDU1985.pdf>; el Estatuto de la ahora denominada Defensoría de los Derechos Universitarios, Igualdad y Atención de la Violencia de Género, se reformó el 7 de agosto de 2020. El documento puede ser consultado en <https://www.defensoria.unam.mx/web/estatuto>

²² La palabra *ombudsman* es una contribución de Suecia al vocabulario internacional. De acuerdo a Per-Erik Nilson (1986, p. 9), denota a una persona que actúa por cuenta de otra y sin tener un interés personal propio en el asunto en que interviene. La palabra *ombudsman* también representa una institución, un concepto, que en el mundo significa: defensor del pueblo, promovedor de la justicia.

de defensa de los derechos humanos. Este fue el modelo en el que se fundamenta la creación de las defensorías de los derechos universitarios.

Los derechos humanos observados en las normas y aplicado por las instituciones se han extendido a otros ámbitos de la sociedad. La educación es uno de ellos, el artículo 3º de la CPEUM es el ejemplo. En cuanto a las universidades e instituciones de educación superior, aquellas dotadas con autonomía de conformidad a la ley, tendrán la facultad de gobernarse a sí mismas, tal como lo señala el inciso VII de dicho artículo; lo que obliga, en cierta manera, a que las autoridades universitarias (o universitario obligado por ley) prevengan, respeten, protejan, vigilen e investiguen cualquier violación de los derechos de las y los universitarios. Las universidades fueron alcanzadas por el impacto que conllevaba la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, la cual, según Jorge Carmona Tinoco (2013, p. 129), llevaba ya varias décadas siendo impulsada por diversos sectores: social, académico y político. Por ello, las instituciones públicas de educación superior traducen esta protección de derechos humanos al alumnado y el personal académico y administrativo, a lo que ahora se reconocen como derechos universitarios, incorporados en la legislación universitaria. De esta forma, se debe entender que todos estos derechos están vinculados con los derechos humanos, por lo que las defensorías de los derechos universitarios deberán atender las quejas o denuncias de cualquier integrante de la comunidad universitaria que versen sobre violaciones de los derechos que le conceda a su favor las normas universitarias.

En España, por ejemplo, a partir del modelo escandinavo *ombudsman*, en junio de 1985 nace, al igual que en México, la primera defensoría en la Universidad Complutense de Madrid, que inicialmente se enfocaba únicamente en la defensa de los estudiantes, luego expandió su protección a toda la comunidad universitaria. Siguieron las universidades de León y Salamanca en incorporar la figura de defensor universitario en su estructura institucional, hasta que en 2001 se estableció como obligación en todas las universidades españolas incorporar dicha efigie para vigilar y señalar las actividades de las autoridades que violen los derechos universitarios, y que no sustituyen ni duplican funciones de las autoridades disciplinarias o jurídicas que cuentan con la facultad de sancionar. No obstante, en América del Norte, en 1965, ya se contaba con defensoría de los derechos universitarios en la Universidad Simon Fraser de Canadá. En 1971, en Estados Unidos, ya existían 69 universidades que contaban con oficinas de defensorías de los derechos universitarios (Sánchez-Castañeda, 2016, p.114; María de Lourdes et al., 2005, p.25).

No obstante, por alguna razón, no fue hasta el 29 de octubre de 2018, que el pleno del Consejo General Universitario aprobó la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UdeG. Desde la primera aparición en México, en 1985, tuvieron que transcurrir 33 años para que la UdeG contara con una tan anhelada defensoría que protegiera los derechos de su comunidad.

III. La violación de los derechos humanos: del escenario político mundial a la universidad

América Latina, desde la mitad del siglo XX, ha sido protagonista de movimientos sustentados en la identidad de clase y apuntando a reivindicaciones sociales, que las tensiones políticas, la globalización y el neoliberalismo habían acumulado, donde el protagonismo de las nuevas generaciones, muchas veces, se han vinculado al activismo estudiantil. Es así como en 2015, después de muchos años de gestación, irrumpió con fuerza en el escenario político global las demandas de miles de mujeres que exigían mejores condiciones de vida y denunciaban las distintas formas de violencia que sufren día a día. Así, las multitudinarias manifestaciones registradas en Argentina, Chile, México y Estados Unidos, por mencionar algunos países, evidenciaban una decisión colectiva de romper con las dinámicas de opresión y machismo enquistadas en todos los ámbitos sociales, incluidas las universidades (Urzúa, 2019, p. 117).

En Chile, por ejemplo, las mujeres debieron esperar casi tres décadas para reconquistar el derecho de la interrupción del embarazo, para casos en los que su vida se encuentre en peligro, así como cuando existe inviabilidad fetal o por cuando se ha dado por violación, pues, desde 1990, la mayor lucha de los movimientos feministas ha sido cambiar la legislación que penalizaba el aborto en todos los supuestos. Por otra parte, la lucha de las chilenas continuó en otros ámbitos sociales, como en las universidades. Las estudiantes universitarias, motivadas por los hechos detestables en contra de las mujeres, como el abuso sexual sufrido por una mujer de 28 años a manos de un grupo de hombres, protagonizaron un movimiento feminista en abril de 2018 en la Universidad Austral, en el sur del país, y en la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, la mayor institución pública con más antigüedad y prestigio, en reclamo por casos de abusos por parte de académicos y funcionarios universitarios. En pocas semanas estos reclamos se hicieron escuchar en más de 15 universidades que fueron paralizadas y tomadas por estudiantes mujeres que exigían (y siguen exigiendo) una educación no sexista, sin machismo, sin misoginia y sin discriminación (Montes, 2018, p. 1). Estas fueron las exigencias que, el 16 de mayo de ese año, llevaron a 150 000 mujeres a gritar en las calles de Santiago de Chile, y otras

50 000 en diferentes ciudades, el lema: contra la violencia machista, educación no sexista. No se hicieron esperar los reclamos contra el acoso académico en las universidades y por las estúpidas expresiones del ex ministro de Educación, Gerardo Varela, quien señaló que sus hijos eran “campeones” por usar más de tres condones, en un contexto donde la violencia de género estaba en auge (Montes, 2018, p. 1).

También nace el movimiento 8M, movilización mundial del 8 de marzo, que representa la lucha feminista por lograr la igualdad de género y cambiar el sistema patriarcal machista (Cordellat, 2018, p. 8). Además, el movimiento *MeToo*, que inició en Estados Unidos, influyó un gran número de movimientos feministas organizados por mujeres de sectores intelectuales, culturales y artísticos.

De igual manera que en Chile, en Argentina la ola comenzó en junio de 2015, en Buenos Aires, con el movimiento NiUnaMenos, que se extendió rápidamente por países como Uruguay, Ecuador, Chile, Colombia, Bolivia, Paraguay, Italia y España, y que lideró una movilización masiva contra los asesinatos de mujeres por la violencia machista. En 2018, el debate más álgido se gestó cuando el congreso rechazó la ley del aborto legal, lo que reavivó la llama de lucha de las mujeres, quienes marcharon para recordarle a los políticos sobre la agenda pendiente: aborto legal, combatir el feminicidio y la reivindicación de igualdad entre hombres y mujeres (AFP, 2019, p. 1).

En la Ciudad de México, miles de mujeres tomaron la avenida Paseo de la Reforma, vestidas de morado²³ y verde,²⁴ en apoyo a las argentinas y la lucha contra la violencia machista y la legalización del aborto. De este modo, la ola feminista mexicana fue creciendo, que en razón del aumento de feminicidios, específicamente de Abril Pérez, Ingrid Escamilla y la pequeña niña Fátima Antón, encendieron aún más el reclamo por justicia que les había sido negada durante décadas y que ha sido menospreciado el apoyo por el presidente Andrés Manuel López Obrador, debido a su pobre reacción ante estos movimientos sociales cuyo común denominador ha sido durante años la violencia y la impunidad (Olvera, 2020, p. 1).

Así, en México las manifestaciones siguieron ante las denuncias de acoso sexual en las aulas de la UNAM, donde sus autoridades reconocieron que existe un grave problema de esa naturaleza. Durante el curso lectivo de 2018 se registraron 251 quejas por abuso sexual. En 7 de cada 10 casos se trataba de agresiones que ocurrieron en una relación entre profesor y alumna (Serrano, 2019, p. 10). Afortunadamente, movimientos como *MeToo*, 8M y NiUnaMenos permitieron que cada vez más mujeres alzaran la voz

²³ Color que identifica el movimiento 8M.

²⁴ Color que representa la legalización del aborto.

para demandar la obligación que tiene el Estado de entregar a las jóvenes una educación no sexista que garantice espacios de trabajo y estudio seguros y libres de cualquier tipo de acoso o abuso.

En cada marcha, la vida en la ciudad se altera y las calles adquieren un uso no habitual. Para el caso mexicano, no hubo diferencia, en el marco del Día Internacional de la Mujer (8 de marzo) muchas mujeres se declararon en paro nacional con el *hashtag* UnDíaSinMujeres, donde se exigían soluciones a la ola de feminicidios, acoso y abusos contra ellas en espacios privados y públicos –entre éstos, las universidades–. En este sentido, la UdeG no se podía mantener ajena a todo este problema. De acuerdo con el *Diario Milenio* (2019, p. 7), la UdeG, en 2019, registró de enero a octubre 260 quejas, de las cuales 45 fueron por acoso sexual y 40 por hostigamiento; por otro lado, la UNAM reportó del 9 de junio de 2018 al 7 de junio de 2019, 436 quejas por posibles hechos de violencia de género. Como consecuencia, el 8 de marzo de 2020, en Guadalajara (México), se congregaron miles de mujeres y los colectivos feministas dejaron marcado su hartazgo en las fachadas de comercios, jardineras, banquetas y el pavimento de las avenidas. En la explanada del edificio administrativo de la UdeG, en reproche de los múltiples casos de acoso, hostigamiento y abuso sexual contra alumnas y maestras se podían leer pintas con frases como "México Feminicida", "UDG misógina", "UDG viola" y "Fuera acosadores". Sobre estas pintas, la UdeG se comprometió a documentar todas y cada una de ellas para comprender y registrar todos los reclamos que por años no se habían escuchado en el interior de la universidad (Reporte Índigo, 2020, p. 1).

Si bien no cesaron las marchas y reclamos feministas por la falta de contundencia para erradicar el acoso en la UdeG, el hostigamiento y la violencia sexual contra las estudiantes, el 29 de octubre de 2018 el pleno del Consejo General Universitario aprobó la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara, su reglamento interno y el Protocolo Universitario del proceso de atención para casos de violación de los derechos universitarios, incluidos la violencia, el acoso y el hostigamiento, motivado por la "Carta Universitaria Compromiso por los Derechos Humanos", suscrita, el 18 de febrero de 2016, por la Secretaría de Gobernación del Gobierno Federal, la CNDH y la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior, de la cual es miembro la UdeG, para impulsar la creación y fortalecimiento de defensorías, mecanismos de control intra-universitario e instancias o instituciones de protección de derechos humanos de la comunidad universitaria que actúe con plena independencia, imparcialidad y accesibilidad.

Con esto la universidad se pone al día en la defensa de los derechos universitarios y la promoción de los derechos humanos. Para lograrlo, el Consejo de Rectores de la UdeG había acordado la declaratoria de “cero tolerancia a la violencia, al acoso y al hostigamiento”, que se publicó el 7 de junio de 2018, donde se precisó:

el compromiso institucional con el respeto irrestricto de los derechos humanos, el rechazo a todas las formas de violencia; la asunción del principio rector ‘cero tolerancia al acoso y al hostigamiento’ para la política institucional, dentro y fuera de la institución, la determinación institucional de buscar todas las voces sean escuchadas y estén representadas y de construir un contexto institucional que incluya el diseño y la implementación de políticas, la actualización normativa, la adopción de mejores prácticas nacionales e internacionales, así como una cultura que propicie la confianza entre los universitarios de que sus denuncias serán recibidas y atendidas con justicia, celeridad y cuidado, en un clima de respeto y de diálogo; la reafirmación del compromiso de estar a la vanguardia en políticas y acciones para erradicar prácticas contrarias a nuestra misión social, y una convocatoria a actuar en favor del respeto y en contra del acoso, el hostigamiento y la violencia, y a estar a la altura de la función formadora y de compromiso social que nos es común en la institución.

De esta manera, el Consejo de Rectores se comprometió, entre otros asuntos, a crear el *Protocolo de prevención, atención, sanción y erradicación en casos de acoso y hostigamiento*, enfocado a la protección de las víctimas de este tipo de conductas; enviar una iniciativa al Consejo General Universitario para actualizar la normatividad, tipificar el acoso y el hostigamiento como faltas graves, y crear el código de ética²⁵ y desarrollar una cultura de la prevención con acciones de formación en torno a la paz, los derechos humanos, la perspectiva e identidad de género, la equidad y el respeto. Dichos propósitos se hicieron realidad, aunque está en camino de materializarse la actualización y mejora del Protocolo de Atención a la Violencia de Género (Sepúlveda, 2021, p. 6).

Todos estos asuntos fueron abordados, discutidos y aprobados en sesiones del Consejo General Universitario. Pero fue hasta el 10 de junio de 2021 que se aprobó, mediante dictamen IV/2021/516, por dicho Consejo el *Protocolo de Atención a Casos de Violencia de Género en la Universidad de Guadalajara*,²⁶ que tiene como objetivo implementar un protocolo de atención integral oportuno y pertinente que prevenga, oriente, investigue,

²⁵ En este caso, el 2 de marzo de 2018, el Consejo General Universitario de la UdeG aprobó el Código de Ética, que reconoce los principios y valores que rigen en la institución y que su comunidad universitaria a cumplir para su mejor convivencia. Documento que puede ser consultado en:

<http://secgral.udg.mx/sites/archivos/normatividad/general/Código%20de%20Ética%20%28Feb2018%29.pdf>

²⁶ Documento que puede ser consultado en: <http://www.hcgu.udg.mx>

asesore, acompañe y sancione, en casos de violencia de género, donde se tenga como último fin la erradicación de la violencia en todos los espacios de la Red Universitaria. También, en la misma sesión, se aprobaron la creación del Reglamento de Responsabilidades Vinculadas con Faltas a la Normatividad Universitaria de la Universidad de Guadalajara y el nuevo Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios.

El Reglamento de Responsabilidades Vinculadas con Faltas a la Normatividad Universitaria de la Universidad de Guadalajara tiene como objeto establecer las autoridades competentes, faltas, sanciones y procedimientos de responsabilidad, aplicables en la Universidad, por faltas generales, faltas relacionadas con actos de violencia y faltas en materia académica y electoral, así como los mecanismos de atención a víctimas en casos de violencia. Este reglamento nace en razón de que la norma universitaria existente no establecía de manera taxativa las faltas y las sanciones que podría alguna persona ser sujeta por casos de conductas indebidas o prohibidas por la propia norma, así como su debido proceso y desahogo de los procedimientos correspondientes, con ello se generó mayor seguridad y certeza jurídica a los integrantes de la comunidad universitaria.

Finalmente, el Reglamento de la Defensoría de los Derechos Humanos de la Universidad de Guadalajara se actualiza para regular, en coherencia y armonía con el Protocolo de Atención a Casos de Violencia de Género en la Universidad de Guadalajara, la competencia, estructura, atribuciones y su funcionamiento.

La universidad sigue pagando una parte de la deuda pendiente con sus estudiantes, que fue tolerada por años, y que en su momento se admitió que la violencia, el acoso y el hostigamiento existían dentro de la institución. Dicho reconocimiento ha dado paso a la creación de protocolos y reglamentos, así como de la construcción de los pilares, para erradicar estas conductas lacerantes, en las que se sostienen las bases de una cultura de paz, los derechos humanos, la perspectiva e identidad de género, la equidad y el respeto entre las personas.

IV. La Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara y su reglamento. Fundamentos

La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UdeG fue un gran acierto de los universitarios, quienes apoyaron y aprobaron su creación, así como su reglamento interno, que regula sus funciones y atribuciones. Por supuesto, el nacimiento de la defensoría implicó la modificación del Estatuto General de la Universidad,²⁷ donde se contemplaron tres aspectos fundamentales que, en síntesis, fueron:

- a) Informar a las autoridades universitarias sobre cualquier violación de los derechos universitarios o cualquier acto de violencia, siempre y cuando las personas vinculadas a los hechos sean integrantes de la comunidad universitaria.²⁸
- b) Informar a la Oficina del abogado general cuando alguna tercera persona, ajena a la institución, pero que mantenga una relación con ella, viole los derechos universitarios o cometa algún acto de violencia en contra de la comunidad universitaria.
- c) El derecho a que se proporcione atención psicológica, médica, jurídica o de trabajo social cualquier miembro de la comunidad universitaria al que hayan sido afectados sus derechos.²⁹

Como se puede advertir de estos tres aspectos que llevaron a la modificación del estatuto general, el principal fundamento refiere a cualquier violación de los derechos universitarios, pero, en primera instancia, a la violencia que se pueda ejercer en contra de cualquier miembro de la comunidad universitaria, especialmente, y por todo lo que se ha mencionado, sobre los casos de acoso y hostigamiento sexual en contra de las universitarias. Es decir, para el contexto universitario el acoso y el hostigamiento constituyen actos de violencia en contra de las mujeres integrantes de la universidad, que no serán tolerados bajo ninguna circunstancia ni justificación alguna.

Además, se establecieron las reglas para elegir al titular de la defensoría y el tiempo que durará en su cargo. Por otra parte, durante la consolidación de la reforma al estatuto general, a la par se creó el

²⁷ Se adiciona el Capítulo VI Bis, De la Defensoría de los Derechos Universitarios.

²⁸ En ese sentido, tendrá mayor relevancia cuando las personas afectadas sean menores de edad; para ello, quienes conozcan del hecho (profesor, directivo o estudiante) estará obligado a hacerlo del conocimiento in mediato de las autoridades competentes, de conformidad con la ley.

²⁹ Estos fundamentos se ven expresados, y fueron adicionados, en el Estatuto Orgánico de la UdeG en su artículo 21 Bis 1, como derechos de las personas integrantes de la comunidad universitaria para lograr una cultura de paz.

Reglamento de la Defensoría de los Derechos Universitarios, actualizado el 10 de junio de 2021, mediante dictamen IV/2021/516, que permite a esta entidad:

- a) atender las quejas de cualquier integrante de la comunidad universitaria por violaciones a sus derechos contemplados en la norma que rige a la UdeG;
- b) conocer de los casos en que cualquier persona integrante de la comunidad universitaria considere vulnerados sus derechos universitarios; y,
- c) brindar atención de primer contacto. (dictamen IV/2021/516; 2021, p. 21)

Además, el reglamento confiere a la defensoría autonomía en la toma de decisiones y en la ejecución de sus actividades, dicha autonomía supone la no subordinación a alguna autoridad o dependencia universitaria para resolver los procedimientos de queja recibidas.

Es importante mencionar que, una vez que la Defensoría de los Derechos Universitarios recibe una queja y conoce el hecho, podrá solicitar a la autoridad universitaria la aplicación de alguna “medida cautelar” a favor de la presunta víctima, se asume el término de “presunta” bajo el principio de presunción de inocencia de quien sea señalado como responsable de alguna violación de los derechos universitarios, mientras no se haya demostrado su responsabilidad plena por la autoridad competente, pues el reglamento se construyó con los alcances que implica el respeto a los derechos humanos.

Como es evidente, y al considerar que la defensoría fue creada bajo el modelo de las comisiones de derechos humanos y de la figura del *ombudsman*, esta carece de carácter vinculante; es decir, no podrá emitir resoluciones que, como consecuencia, imponga una sanción. La atribución sancionadora seguirá siendo exclusiva de la Comisión de Responsabilidades y sanciones del Consejo General Universitario o, en los casos respectivos, de las comisiones de responsabilidades y sanciones de los centros universitarios o del Sistema de Educación Media Superior (SEMS), que integran la red universitaria de la UdeG.

Asimismo, la defensoría tiene limitantes en sus actuaciones, pues no podrá conocer de quejas o hechos relacionados a la materia electoral, ya que existen regulación y órganos encargados de los procesos democráticos para la elección de los cargos que el Estatuto General de la UdeG admite.

Tampoco conocerá de controversias de carácter laboral, es decir, entre trabajador y patrón, salvo a las quejas presentadas por violaciones de las regulaciones y prescripciones al debido proceso, pero no del fondo del asunto, controversia en materia laboral.

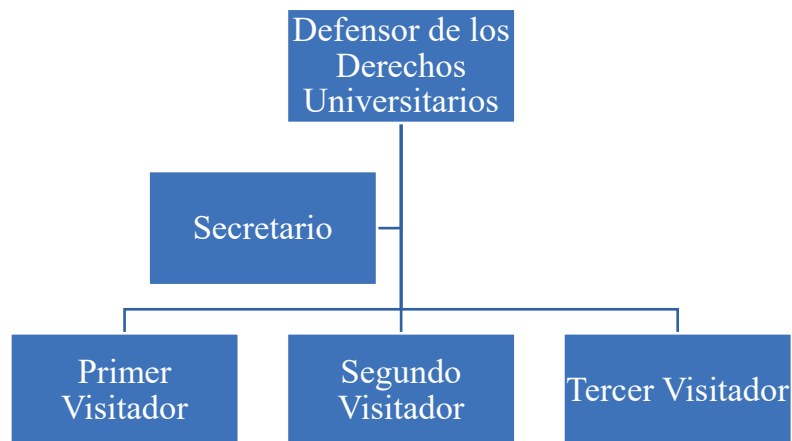
También se excluyen de la injerencia de la defensoría los temas vinculados con los medios de comunicación, pues la UdeG cuenta con un defensor de audiencia conforme lo señala la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Finalmente, derivado de la autonomía universitaria y por existir instancias y normas encargadas de regular los procedimientos de ingreso, promoción y permanencia de sus trabajadores, así como de los mecanismos de defensa en caso de afectación de derechos, se excluye igualmente a la defensoría para conocer de asuntos relacionados a dicho procedimiento.

En este sentido, fue creada la defensoría, principalmente para contribuir a la cultura del respeto entre las personas, de promover los derechos humanos, de proteger los derechos universitarios a favor de quienes integran su comunidad, así como de coordinar las acciones de prevención y la atención en los casos en que se presenten actos de violencia.

La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UdeG se integrará de la siguiente manera, con independencia que el Consejo General Universitario amplíe en futuro su estructura orgánica:

Figura 1
Estructura del DDU



Nota: Dictamen de creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios

Como deriva del Estatuto Orgánico de la UdeG, la defensoría se registrará bajo los ordenamientos establecidos en su reglamento, que regulan la competencia, estructura, atribuciones y funcionamiento. Para ello, se establecen dos supuestos para presentar una queja ante la defensoría, por sí o a través de su representante. En el primer supuesto, se hace referencia a tipo de acto u omisión violatorio de los derechos universitarios, en que incurra la autoridad universitaria en los inmuebles, en su ámbito de

territorialidad, es decir, en los lugares, ámbitos o espacios donde la universidad lleve a cabo su actividad sustantiva, que podrá ser, por ejemplo, en el recinto que ocupe la Feria Internacional del Libro, el Festival Internacional de Cine de Guadalajara o cualquier otro como en los propios centros universitarios, centros de investigación, institutos, etcétera.

El segundo supuesto, en cuanto a los actos u omisiones constitutivos de una violación de los derechos universitarios en los espacios y ámbitos universitarios, cometidos por una persona con la tolerancia o la anuencia de una autoridad universitaria. Esto se podrá interpretar como una autoría mediata, es decir, que una autoridad universitaria tolere o permita que un tercero, quizá instrumentalizado y que puede ser ajeno a la comunidad universitaria, violente derechos universitarios; o que evite y prevenga alguna violación a estos derechos, siempre y cuando tenga la atribución u obligación para hacerlo. Por ejemplo, que algún profesor universitario permita que sus estudiantes se agredan a golpes, y que, por lo menos no notifique al personal de seguridad para que no continúen las agresiones o cuando algún funcionario permita el ingreso de persona armada sin ser universitario a las instalaciones de la universidad y amenace a algún estudiante.

Por ello, las autoridades universitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán garantizar a toda la comunidad universitaria, incluidos y con mayor atención a mujeres y personas menores de edad (regularmente estudiantes del SEMS, conformado por las preparatorias de la universidad), el ejercicio del derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso, ya sea por un señalamiento como persona presuntamente agresora o como presuntamente agraviada, o simplemente como tercera persona, en la presentación de la queja o durante el procedimiento desahogado ante la defensoría. En sí, se garantizarán los derechos humanos que gozan personas presuntamente señaladas como responsables de una violación de algún derecho, como de las presuntas víctimas, en cuanto a los principios del debido proceso, audiencia y defensa y presunción de inocencia, entre otros. En el caso de las mujeres, se deberá garantizar el resguardo de su identidad y datos personales para evitar la doble victimización (y evidentemente la criminalización) en caso de violencia de naturaleza sexual, como es el acoso y el hostigamiento.

Las quejas que se desahoguen ante la defensoría deberán ser analizadas para conocer si los actos u omisiones que la motivaron fueron realizados entre pares o si los actos violatorios de derechos universitarios se llevaron a cabo por una autoridad universitaria. En este sentido, si la violación no incurre en un acto de violencia, la defensoría deberá orientar a la persona quejosa respecto de las alternativas legales que podrá optar para asegurar la preservación y protección de sus derechos violentados (por

ejemplo, los medios alternos de solución de controversias o la conciliación). Por otro lado, si la queja refiere a un acto de violencia o hecho grave (entre estos el acoso u hostigamiento sexual), tendrá que ser remitida a la Oficina del abogado general y a la Comisión Permanente de Responsabilidades y Sanciones del Consejo General Universitario o de los Consejos de Centro Universitarios para que procedan con el trámite correspondiente. Por ello reitero, la defensoría no tendrá la capacidad y atribución sancionadora, pues estas son exclusivas de las entidades correspondientes, tales como la Oficina del abogado general y las comisiones de responsabilidades y sanciones, únicamente podrá solicitar las medidas cautelares que considere, asesorar, conciliar y atender a las personas presuntamente víctimas de conformidad a la norma universitaria, sin que sean afectados o vulnerados los derechos humanos de las partes, pues será obligación de la defensoría velar y protegerlos.

La defensoría es un recurso confidencial, imparcial e independiente, que sirve para ayudar a la comunidad universitaria a manejar los conflictos entre pares (por ejemplo, entre estudiantes) o cuando se vea involucrada una autoridad universitaria (profesores, directivos y personal administrativo), con asistencia informal y confidencial para resolver inquietudes, dificultades o desacuerdos, que fomente siempre un ambiente respetuoso que promueva buenas prácticas y favorezca el desarrollo institucional y garantice la calidad de la atención para evitar la revictimización, el acceso a la justicia mediante recomendaciones para diferentes tipos de sanciones, que se promueva un ambiente educativo y laboral, donde no se toleren prácticas que impliquen una violación de los derechos universitarios y a partir del comportamiento o registros de casos de acoso, hostigamiento y violencia de género, implementar acciones o políticas públicas que inhiban, mitiguen y erradiquen dichas conductas. Para ello, con el ánimo de complementar a la defensoría, de acuerdo con Dante Haro Reyes (2020, p.108), actual titular de la Defensoría de los Derechos Universitarios, los centros de cultura de paz serán una opción para que sean un espacio donde la comunidad pueda ser canalizada y reciba una atención integral, mediante la asesoría jurídica, psicológica, de trabajo social y atención médica en todos los espacios de la red universitaria de la UdeG.

V. Conclusiones

Las reformas constitucionales de 2011 y la legislación de la Ley de Amparo de 2013 materializan la necesidad de incorporar en la CPEUM un nuevo paradigma o nueva cultura jurídica en materia de derechos humanos. Las instituciones de educación superior se vieron alcanzadas por el impacto que conllevaba la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos.

Se entiende que todos los derechos universitarios se encuentran vinculados con los derechos humanos, por lo que las defensorías de los derechos universitarios deberán atender las quejas o denuncias de cualquier integrante de la comunidad universitaria que versen sobre violaciones de los derechos que le conceda a su favor las normas universitarias.

Por lo menos en México, las comisiones de derechos humanos son los antecedentes más próximos para la creación de las defensorías de los derechos universitarios.

Los movimientos feministas que luchan por erradicar de las universidades el acoso y el hostigamiento sexual contra las estudiantes motivaron, entre otros factores, que el 29 de octubre de 2018, el pleno del Consejo General Universitario aprobara la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara, su reglamento interno y el Protocolo Universitario del proceso de atención para casos de violación a los derechos universitarios, incluidos la violencia, el acoso y el hostigamiento.

La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UdeG es un recurso confidencial, imparcial e independiente que sirve para ayudar a la comunidad universitaria a resolver los conflictos entre los miembros de su comunidad, con asistencia informal, que fomenta siempre un ambiente respetuoso que promueva buenas prácticas y favorezca el desarrollo institucional.

La defensa de los derechos universitarios procura la concienciación de la comunidad universitaria mediante charlas y seminarios, donde el objetivo principal es incentivar la cultura de la denuncia y el seguimiento del debido proceso.

La defensoría garantizará la calidad de la atención para evitar la revictimización. Con ello, la UdeG será un espacio donde no se toleren prácticas que impliquen una violación de los derechos universitarios ni los casos de acoso, hostigamiento y violencia de género.

VI. Referencias bibliográficas

- Carmona, J. (2013). La Reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 y su relación con los derechos universitarios, en: *La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios*, Jorge Ulises Carmona Tionoco (Coord.), UNAM, México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3988/14.pdf>
- Haro, D. y Camacho, M. (2020). Diseño de rutas formativas para el desarrollo de una cultura de paz y respeto en la Universidad de Guadalajara, en: VV.AA., *Derechos Humanos. Agenda pendiente por la libertad*, Tadeo Eduardo Hübbe Contreras y Salvador Carrillo García (Coords.), ed. Tirant lo Blanch, México.
- Margadant, G. (s.f.). El Tribunado de la Plebe: Un gigante sin descendencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/con t/93/dtr/dtr11.pdf>
- Morales, M., Fuentes, G. y Bernal, J. (2017). *Los organismos defensores de los derechos humanos en México*. Una mirada desde la REDDU, ed. Eón/UAEM, México.
- Nilson, P. (1986). El Ombudsman defensor del pueblo ¿o qué?, en VV.AA., *La defensoría de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.
- Sánchez, A. y Marquez, D. (2016). *La Defensoría de los Derechos Universitarios: institución original que necesita reformarse*, Colección de la Defensoría de los Derechos Universitarios en el siglo XXI, Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4385/13.pdf>
- Urzúa, S. (2009). Aportes a una etnografía de los movimientos feministas: recursos expresivos en las marchas #Ni una menos y #8M en Santiago de Chile, *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, abril, núm. 35.

Notas periodísticas

- APF (9/03/2019). Buenos Aires, epicentro del 8M en América Latina. *El País*.
https://elpais.com/sociedad/2019/03/08/actualidad/1552082743_358495.html
- Milenio Digital (17/11/2019). En un año, 364 quejas por acoso en universidades”. *Milenio*.
- Montes R. (4/10/2018). La gran ola que cambia Chile empezó en la universidad. *El País*.

- https://elpais.com/sociedad/2018/09/30/actualidad/1538322187_839552.html
- Lucas, J. (29/12/2018). Ni una menos desde la primera infancia. *El País*.
https://elpais.com/elpais/2018/12/27/mamas_papas/1545912544_430909.html
- Olvera, Alberto J. (12/03/2020). Los movimientos sociales como límites del populismo. *El País*.
https://elpais.com/elpais/2020/03/12/opinion/1584039614_061144.html
- Reporte índigo (10/03/2020). La Universidad de Guadalajara no borrará pintas de marcha feminista hasta documentar denuncias.
<https://www.reporteindigo.com/reporte/universidad-de-guadalajara-no-borrara-pintas-de-marcha-feminista-hasta-documentar-denuncias/>
- Rios, J. (19/10/2018). Aprueba el CGU la creación de la Defensoría de los Derechos Universitarios, *Gaceta UdeG*.
<https://www.udg.mx/es/noticia/aprueba-cgu-creacion-defensoria-derechos-universitarios>
- Sepúlveda, L. (11/03/21). Arrancan foros en UdG para mejorar el Protocolo de Atención a la Violencia de Género. *Gaceta UdeG*.
<https://www.udg.mx/es/noticia/arrancan-foros-en-udeg-para-mejorar-el-protocolo-de-atencion-la-violencia-de-genero-0>
- Serrano, G. (1/04/2019). Las mujeres mexicanas rompen el silencio con una sola voz. *El País*.
https://elpais.com/sociedad/2019/03/31/actualidad/1554045673_018322.html

Otros documentos

- Dictamen IV/2018/1565, de las Comisiones conjuntas de Normatividad, Responsabilidades y Sanciones y Hacienda del Consejo General Universitario, de 25 de octubre de 2018.
- Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios, Igualdad y Atención de la Violencia de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Estatuto General de la Universidad de Guadalajara.
- Reglamento de los Derechos Universitarios de la Universidad de Guadalajara.
- Reglamentación del proceso de desahogo de queja de la Defensoría de los Derechos Universitario de la Universidad de Guadalajara.

Capítulo III

Agua. Un derecho humano esencial a garantizar durante la emergencia sanitaria por COVID-19

Sumario. *I. Introducción. II. Acceso al agua como derecho humano. III. El acceso al agua en la constitución de México. IV. Panorama del acceso al agua. V. ¿Qué implica la falta de acceso al agua? VI. La dotación de agua, un parámetro variable. VII. Agua y agricultura: Derecho a la alimentación. VIII. Jurisprudencia en torno al derecho al agua. XI. Conclusiones y propuestas. X. Referencias bibliográficas.*

Daniel Alejandro González del Rincón³⁰

I. Introducción

Desde inicios del año pasado los especialistas han recalcado la importancia de lavarse las manos como la estrategia más básica –y cabe referir, una de las más efectivas– para combatir el contagio del virus SARS-CoV-2, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como pandemia en marzo de 2020.

Sin embargo, aun cuando el acceso al agua en cantidad y calidad suficiente para prevenir enfermedades, además del coronavirus, en muchos países en vías de desarrollo, como México, miles de personas viven dificultades para acceder al vital líquido y lavarse las manos regularmente.

El trabajo revisa cómo se configura el derecho humano al agua en tratados internacionales y en la ley mexicana; asimismo, se exploran cifras sobre el acceso al agua en el mundo, en México y en Jalisco. Se brindan datos sobre la distribución, y porcentajes de población con acceso al agua. Se remarca desde que contar con vital líquido no implica que esté disponible todo el tiempo o que tenga la calidad necesaria para consumo.

El capítulo hace hincapié en que tanto en el ámbito doméstico-urbano como en el agrícola aumenta la escasez de agua por la creciente demanda, aunada al aumento de la población y las condiciones hidrometeorológicas actuales.

Por ello, se deben generar estrategias o políticas públicas enfocadas en el uso eficiente en un ámbito para garantizarlo en el otro, ello también abonaría a mantener el equilibrio medioambiental para futuras generaciones.

³⁰ Maestro en Derecho Constitucional Contemporáneo por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO); actualmente cursa el Doctorado en Derecho en la Universidad de Guadalajara (UdeG) y es alumno del máster Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

Problema

Algunas de las preguntas que motivan esta investigación, y que se pretende responder, son:

¿Cuál es el contenido y alcances del derecho humano al agua en el ámbito internacional y en México?, ¿en qué situación toma la pandemia de COVID-19 a la ciudadanía y su relación con el abasto de agua?, ¿en qué grado afecta a la salud el carecer de agua en calidad, cantidad y accesibilidad suficiente?, ¿a cuánta agua tiene derecho una persona por día? ¿qué podría cambiar o mejorarse –mediante políticas públicas– para emprender el camino hacia el uso equitativo y sustentable del agua?

Objetivo general

Destacar la trascendencia de garantizar dos derechos humanos, el acceso al agua y a la alimentación, a la luz de la pandemia de COVID-19.

Objetivos particulares

Describir el panorama de abasto de agua en el contexto de escasez actual. Visibilizar las consecuencias de la falta del recurso en el ámbito doméstico-urbano. Mostrar las cantidades indicativas que podrían entregarse a los ciudadanos. Proponer políticas públicas en torno a la distribución del agua, con perspectiva de derechos humanos.

Marco teórico y metodológico

Se realizó una revisión histórica de los tratados internacionales y otros instrumentos conexos al derecho humano al agua, así como a los derechos relativos a la legislación mexicana, para desentrañar el contenido del derecho y la forma en que se articula el acceso para sus distintos usos.

Asimismo, fueron analizadas diversas fuentes de especialistas del rubro, de instancias internacionales, así como indicadores en torno al acceso al agua y su desabasto tanto en el mundo como en México y Jalisco. Además, se rastrearon datos en torno a la distribución general del agua y la cantidad que supondría satisfacer la dotación diaria por persona.

II. Acceso al agua como derecho humano

Aunque básico, el derecho humano al agua no había sido explicitado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sin embargo, convenciones y

declaraciones señalaban la importancia del agua como derecho humano, con especial atención a las personas en situación vulnerable.

No fue sino hasta las observaciones generales realizadas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1976), que comprenden una serie de precisiones a estos derechos, cuando el acceso al agua se perfila hacia su reconocimiento como derecho humano.

A continuación, se repasarán los artículos 11 y 12 del PIDESC, los cuales, pese a no referirse al agua, implican al vital líquido en la concreción del acceso a la salud, a una vivienda digna, a la alimentación adecuada, a un medio ambiente saludable, entre otros derechos básicos que conciernen a la dignidad humana.

En el artículo 11 del PIDESC se asienta el derecho al

acceso a alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como a la mejora continua de las condiciones de existencia; también apunta que la protección contra el hambre prevé mejorar métodos de producción, conservación y distribución de alimentos [...], y perfeccionar los regímenes agrarios, [entre otros].

Respecto del contenido de este artículo, la Observación General 12 (1999) expresa que el derecho a la alimentación adecuada “es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales”.

Aunque para ello es básico el acceso al agua, que, asimismo, se halla “inextricablemente vinculado” a la salud, pues, como dice el artículo 12 del Pacto:

Derecho al más alto nivel posible de salud. Establece la obligación de adoptar medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil; asegurar el sano desarrollo de los niños; mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente; prevenir y tratar enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales, así como asegurar la asistencia médica a todos.

Cabe reflexionar sobre el penúltimo rasgo del artículo, “prevenir y tratar enfermedades epidémicas, endémicas y profesionales”, ello implicaría –en el contexto de COVID-19– que los Estados parte refuercen las estrategias que permitan el acceso al agua a más personas, en cantidad y calidad suficiente.

La Observación 15 profundiza sobre los artículos 11 y 12 del PIDESC, y remarca que el acceso al agua es una “precondición” para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, pues carecer de ella en el hogar pone en riesgo la integridad física de las personas (ONU, 2002).

En este mismo documento, se abunda sobre el derecho humano al agua, el cual se conforma como “el derecho de todos a disponer de agua

suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”, esto para asegurar un nivel de vida adecuado a las personas.

A continuación, se resumen algunos puntos de la observación. El párrafo 7 destaca la importancia de “garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada”, en tanto que el 8 abunda en la “higiene ambiental”, vinculada al derecho a la salud.

En el párrafo 15, el comité señala que los Estados parte “tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes”; por ello –se aclara en el siguiente párrafo–, deben prestar “especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”.

Respecto de la asequibilidad –el costo– del agua, el párrafo 27 de la observación señala que los Estados parte deben adoptar las medidas necesarias para lograrla, como generar políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo, y la utilización de técnicas y tecnologías económicas apropiadas, entre otras acciones.

A continuación, se nombran algunas de las “obligaciones básicas” en relación con el derecho al agua a que se comprometieron los Estados parte firmantes del PIDESC. Tales obligaciones, advierten, deben tener efecto inmediato:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados (ONU, 2002).

Hay que destacar que, respecto del derecho humano al agua, la ONU (2011, p. 11), señala como prioritario por sobre otros usos “el derecho de utilizar el agua para fines personales y domésticos”, con lo que conlleva aparejado –derecho a la salud, vivienda digna, etcétera–, por lo que no incluye “el agua para la agricultura, el pastoreo, o para el mantenimiento de los sistemas ecológicos”.

Dos resoluciones de la ONU

La Asamblea General de Naciones Unidas reconoció el derecho humano al acceso al agua en su resolución 64/292, de julio de 2010, donde afirma que se trata de un elemento esencial “para la realización de todos los derechos humanos. Contar con ambos servicios es “un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (ONU, 2010).

En otra Resolución, la 15/9 de septiembre de 2010, la Asamblea General de la ONU (2010a) recordó la obligación de los Estados parte de asegurar que los proveedores no estatales del servicio de agua “cumplan con sus responsabilidades en materia de derechos humanos en todos sus procesos de trabajo”, dedicándose a entregar “un suministro constante de agua potable segura, aceptable, accesible y asequible y servicios de saneamiento de buena calidad y en cantidad suficiente”.

Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) y agua

Se trata de 17 temas³¹ de desarrollo sostenible que los líderes mundiales, reunidos en la Organización de Naciones Unidas (ONU), asumieron en septiembre de 2015. Los objetivos se enfocan en erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos; esta agenda se planteó con miras a alcanzarse en 15 años, es decir, para 2030.

De entre estos objetivos resalta el sexto, referente a agua limpia y saneamiento. Entre las metas que se plantean, se mencionan algunas: lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos; el acceso a servicios de saneamiento e higiene, y mejorar la calidad del agua. Aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua, a fin de reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua. Y apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento.

Que la garantía de estos derechos sea objeto de metas específicas dentro del ODS 6, explica ONU Agua (2021), da cuenta de su rol esencial en la salud pública y, por ende, “en el futuro del desarrollo sostenible”.

³¹ Ver más en:

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

III. El acceso al agua en la constitución de México

En los párrafos previos se revisó lo asentado por organismos internacionales en materia de agua. México está suscrito a estos pactos y sus consiguientes observaciones, así como a acatar lo recomendado por estos instrumentos.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el derecho al agua se nombra en tres ocasiones. La primera, bajo la forma de derecho humano; una segunda, como recurso a explotar (bajo reglas del Estado); en la tercera mención, especifica que recae en los municipios la responsabilidad de brindar el servicio de agua potable y alcantarillado.

En un primer momento, el párrafo seis, del artículo 4º, de la carta magna señala:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

De este modo, se marcan, casi textualmente, los mismos lineamientos que postula la ONU en la Observación General 15 para entregar el vital líquido a las personas.

El segundo artículo de la constitución que habla del agua es el 27, que señala que la nación es originariamente propietaria “de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional”.

En los párrafos quinto y sexto del mismo artículo, se explicita que la nación tiene el derecho de regular, en beneficio social, “el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación”, entre los que se encuentra el agua, esto con el objeto de “hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”.

Es el Ejecutivo federal quien otorga concesiones para explotar estos recursos, de acuerdo con las reglas que marcan las leyes. Asimismo, el Ejecutivo federal podrá reglamentar la extracción y utilización de agua del subsuelo, “al igual que para las demás aguas de propiedad nacional”.

Acerca de qué instancia entrega el agua a las personas, el artículo 115, párrafo III, inciso “a” de la CPEUM, asienta que son los estados, a través de los municipios, quienes tendrán a su cargo funciones y servicios públicos de –entre otros– agua potable, drenaje, alcantarillado, y tratamiento y disposición de aguas residuales.

Con esto, hay 31 comisiones de agua estatales en activo, en tanto que los municipios –en gran parte de los casos– se organizan en sistemas intermunicipales para dotar los servicios de agua potable y saneamiento.

Anotación sobre la LAN

La Ley de Aguas Nacionales (LAN) y su reglamento articula los párrafos quinto y sexto del artículo 27 de la constitución; por ello, la normativa explicita el modo de regular la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas propiedad de la nación y reglamenta su extracción, utilización y veda, conforme lo exija el interés público.

Esta ley también aclara quiénes son sujeto de explotar las aguas nacionales, a saber, unidades y distritos de riego, entre otras asociaciones, a quienes se les concede el agua “en bloque” a través de la Conagua y los fideicomisos agrícolas.

Asimismo, en distintos apartados de esta normativa, como en el artículo 14, fracción XXII, se explicita que “el uso doméstico y el uso público tendrán prelación sobre cualesquier otro uso”; esto mismo señala el artículo décimo quinto transitorio, que enlista ambos usos como prioritarios por sobre el pecuario y el agrícola.

IV. Panorama del acceso al agua

A nivel mundial, ONU Agua recopila 11 indicadores mundiales para hacer un seguimiento del progreso hacia el ODS6. Hacia 2017, explican, los datos muestran que 71 por ciento de la población mundial utiliza un servicio de agua potable gestionado de forma segura. Además, 45 por ciento de la población mundial usa un servicio de saneamiento gestionado de forma segura.

Para 2021, UNICEF señala que mil 420 millones de personas –de ellos, 450 millones de niños– viven en zonas de alta o extremadamente alta vulnerabilidad de agua y apenas seis de cada diez personas en el mundo tiene acceso a instalaciones básicas para lavarse las manos.

De cara a los ODS, el derecho al agua cobra prioridad entre los países del mundo, especialmente en tiempos de pandemia, pues, aunque se dice que el acceso al vital líquido en México es de más de 90 por ciento de la población, millones de personas padecen dificultades para tener agua o les entregan agua de baja calidad.

Entre los países con alta o extremadamente alta vulnerabilidad de agua, la UNICEF (2021, p. 14) presenta el caso de México, donde 10 por ciento de la población (12 746 503 niñas y niños) experimenta “alta/extremadamente alta vulnerabilidad al agua”.

Datos de las Estadísticas del Agua en México, edición 2018, señalaban que, para 2015, la cobertura de acceso al agua entubada en el país era de 95.3 por ciento (97.8 por ciento urbana, 87.0 rural), en tanto que la cobertura de agua entubada en la vivienda o predio era de 94.4 (97.2 por ciento urbana, 85

rural). Sin embargo, estas cifras oficiales se contrastan con el insuficiente suministro del vital líquido.

En cuanto a las condiciones de entrega de agua potable en el estado, detalla el Instituto de Información Estadística y Geográfica de Jalisco (IIEG) que para 2015, de los 2 020 170 de viviendas particulares habitadas que disponían de agua entubada, 94.6 por ciento (1 910 315) contaba con ella dentro de la vivienda y 5.4 (109 855) fuera del hogar, pero dentro del terreno.

De estas cifras, 1 886 553 viviendas obtenían agua a través del servicio público, es decir, 93.4 por ciento, en tanto que 3.7 (74 487 domicilios) de los hogares la obtenían de un pozo comunitario; 1.3 (26 022) de un pozo particular; 0.2 (4 368) la obtenían de otra casa, y 0.6 se abastecía con pipa.

En una situación más compleja, se hallaban 35 183 viviendas particulares habitadas, que obtenían agua por acarreo; 12.7 por ciento lo hacía de llave comunitaria; 20.7, de otro domicilio; 26.2, de una pipa; 31.3, de un pozo; 5.8, de un río, arroyo o lago, y 0.7 de la recolección de lluvia.

Llama la atención que, si bien, como marcan las cifras expuestas, en México y en Jalisco, el acceso al agua es de más de 90 por ciento en las viviendas, aún persistan miles de hogares y familias con dificultades para tener agua potable, pues, como remarca el Coneval (2019), “contar con infraestructura hídrica no garantiza que la población tenga disponibilidad efectiva de agua potable en sus viviendas”. Asimismo, retoma el dato de que, a nivel nacional, 73 por ciento de la población recibe agua diariamente; 13.9, de seis a tres veces por semana, mientras que 13.1 sólo lo hace dos o menos veces por semana.

La cuestión se acentúa hoy más que nunca, pues las condiciones hidrometeorológicas han generado escasas lluvias y altas temperaturas, ello se tradujo en bajos niveles en las presas, de donde obtiene agua la ciudad. Por esta razón, en marzo de 2021, el Sistema Intermunicipal de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado (SIAPA) alertó a la población de 216 colonias del área metropolitana de Guadalajara (AMG), que habría “baja presión de agua por breves periodos” (SIAPA, 2021) durante los siguientes tres meses.

Por una parte, las fallas en el suministro constante de agua se han hecho evidentes a un año de cumplirse la emergencia sanitaria por la pandemia. Por otra, de acuerdo con autoridades locales, Jalisco está en ciernes de que el gobierno federal declare emergencia por sequía. De entrada, el gobernador Enrique Alfaro aclara que la falta de agua no se debe solamente a la operación de un sistema o a la capacidad de respuesta de un gobierno; de acuerdo con el Ejecutivo estatal, se trata de “un problema ambiental grave” (Chávez Ogazón, 2021), por los bajos niveles en las presas

y la elevada demanda de recurso, dadas las condiciones climatológicas de 2021.

Con todo esto, como precisa Anglés (2020, p. 37), hay un claro vínculo entre derecho humano, crisis climática y emergencia sanitaria, los cuales, al ser elementos indisolubles, demandan “atención prioritaria” de los tres órdenes de gobierno, especialmente en estos tiempos.

V. ¿Qué implica la falta de acceso al agua?

El desabasto supone que miles de familias carezcan del vital líquido en cantidad y calidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas. Esta situación existía antes de la pandemia, y el COVID-19 “exacerbó las desigualdades”, pues “un acto tan simple para muchos como es el de abrir un grifo y lavarse las manos con agua y jabón no está al alcance de todos” (Zarza, 2020).

La OMS (2020) considera que se previenen muchas otras enfermedades infecciosas cuando se accede de forma segura a los servicios de agua y saneamiento, y la aplicación de buenas prácticas de higiene y una correcta gestión de desechos. Además, huelga decir que se vuelve fundamental contar con agua para preparar los alimentos, bañarse, descargar los desechos biológicos, y así cumplir con el recomendado “Quédate en casa” para evitar contagios.

De acuerdo con la ONU (2020; 2020a, p. 1), alrededor de tres mil millones de personas en el mundo no tienen cómo lavarse las manos para enfrentar el coronavirus: 40 por ciento de la población mundial carece de instalaciones de lavado de manos con agua y jabón en sus hogares, una de las medidas más importantes para prevenir la infección por el SARS-CoV-2.

Respecto de la falta de acceso, la OMS y UNICEF (2020) proporcionan una cifra alarmante. Los datos del Programa Conjunto de Monitoreo realizado por ambas instancias revelan que 43 por ciento de las escuelas de todo el mundo carecían de acceso al lavado de manos básico con agua y jabón en 2019. El porcentaje equivale a alrededor de ochocientos dieciocho millones de niños con mayores posibilidades de riesgo de contagio por COVID-19 y otras enfermedades.

Otras cifras del informe señalan que, en una de cada tres escuelas de todo el mundo, el servicio de agua potable era limitado o inexistente. Por esto, el asegurar el lavado de manos es un “requisito indispensable” para que las escuelas regresen a clases en el contexto de la “nueva normalidad” generada por la pandemia.

La falta del vital líquido amenaza a habitantes de zonas periurbanas de las metrópolis y en el medio rural con notable incidencia, lo que “pone

en riesgo grave los esfuerzos y resultados para lograr niveles de higiene y desinfección tanto suficientes como sustentables” (Mestre, 2020, p. 16).

Aún más, las afectaciones por la crisis sanitaria podrían ser agudizarse entre esta población, por factores que potencian la probabilidad de contagio, como “una mayor probabilidad de vivir en condiciones de hacinamiento, un menor acceso al agua y la existencia de comorbilidades” (Coneval, 2020).

El Coneval (2018) considera que, si los ciudadanos tienen que obtener el agua de un pozo, río, lago, arroyo, pipa o deben acarrear el agua entubada de otra vivienda o de la llave pública o hidrante, se está en situación de carencia.³²

Acerca de este uso para consumo personal y doméstico, el que garantiza el acceso al derecho humano al agua, los organismos operadores de agua señalan que la crisis sanitaria actual representa un enorme reto, ya que la demanda de vital líquido entre la población incrementó entre 30 y 40 por ciento, mientras que la recaudación se ha reducido hasta 50 por ciento por la disminución de la capacidad económica de millones de mexicanos (Herrera, 2020, p. 19), esto en un contexto donde proveer servicios de agua suficientes, oportunos y de calidad, se vuelve “una prioridad ineludible del Estado en su conjunto, y de los organismos operadores en particular” (Collado, 2020, p. 13), para reducir los efectos del COVID-19.

No obstante, es de vital importancia mantener el servicio de suministro de agua, aun cuando los consumidores no puedan hacer frente a su pago (OMS-UNICEF, 2020, p. 7) o de plano carezcan del servicio. Por ello, los gobiernos deben aplicar “medidas inmediatas”, tales como pozos perforados protegidos, camiones cisterna, ampliar las redes de suministro, entre otras.

VI. La dotación de agua, un parámetro variable

Como se dijo líneas arriba, la bien nacional agua es administrado por la Conagua, que concesiona “en bloque” los volúmenes de agua a los usuarios que tramiten su explotación. Además, asigna cantidades a comisiones locales de agua y a organismos operadores de agua potable; estos últimos se encargan de entregar el agua entubada y los servicios de saneamiento a los ciudadanos... Bajo contrato.

Si bien está marcado en el artículo 4º constitucional, el derecho humano al agua carece de un parámetro: no hay una “clara estimación de la

³² Los otros dos indicadores de carencia de servicios son si en la vivienda no se dispone de energía eléctrica, y si el combustible que se usa para cocinar o calentar los alimentos es leña o carbón sin chimenea. De acuerdo con el Coneval, en 2018 el indicador de carencia social “acceso a servicios básicos en la vivienda” era de 24.7 millones mexicanos, es decir, 19.8 por ciento de la población (según el censo 2015 del INEGI).

población a beneficiar y el suministro requerido” (Hernández, 2015, p. 29); es decir, no se dice a cuánta agua por día tiene (o debe tener) garantizada una persona.

Sobre este particular, existen diversas perspectivas de instancias internacionales como la ONU y la OMS, así como especialistas, que apuntan a un “mínimo vital”, a parámetros de acceso al vital líquido.

No hay, por otra parte, un estándar claro sobre el agua que toca para satisfacer las necesidades básicas, ya que se indica que este mínimo vital de acceso al agua varía de 20 a 100 litros de agua o más por persona al día, esto como forma para garantizar este derecho y aquellos que lleva ligados.

Al hablar del acceso al derecho al agua, Quiroz (2009, p. 8) expone el punto de vista de algunos investigadores en la materia, tales como Gleick (1998), quien

plantea una cantidad de 50 litros día por persona para satisfacer cuatro necesidades: i) agua para tomar (5 litros), ii) servicios de saneamiento (20 litros), iii) aseo personal (15 litros), y iv) preparación de comida (10 litros)”. Mehta (2000, citado por Quiroz, 2009: 8), expone por su parte que “el requerimiento mínimo absoluto debería ser 20 l/d/p.

Un estudio más, el de Howard y Bartram (2003), recopila “diferentes niveles” del servicio de entrega de agua potable. La tabla 1 muestra que, a mayor acceso en el servicio, hay un nivel de riesgo menor en la salud. Es decir, cinco litros diarios por persona al día no garantizan la higiene, porque “el riesgo es muy alto”.

También se considera de dónde se recolecta el agua; en ese sentido, la falta de accesibilidad también se manifiesta en caso de que no haya agua en el domicilio, que se tenga que acarrear y a cuánta distancia se encuentra el punto de recolección.

Tabla 1

Resumen de los requisitos del nivel del servicio de agua para promover la salud

Nivel del servicio	Medición del acceso	Necesidades atendidas	Nivel del efecto en la salud
Sin acceso (cantidad recolectada generalmente menor de 5l/p/d)	Más de 1 000 m o 30 minutos de tiempo total de recolección	<i>Consumo</i> - No se puede garantizar <i>Higiene</i> - No es posible (a no ser que se practique en la fuente) <i>Consumo</i> - Se debe asegurar <i>Higiene</i> - El lavado de manos y	Muy alto
Acceso básico (la cantidad promedio no puede superar 20l/p/d)	Entre 100 y 1 000 m o de 5 a 20 minutos de tiempo total de recolección	la higiene básica de la alimentación es posible; es difícil garantizar la lavandería y el baño a no ser que se practique en la fuente	Alto
Acceso intermedio (cantidad promedio de aproximadamente 50l/p/d)	Agua abastecida a través de un grifo público (o dentro de 100 m o 5 minutos del tiempo total de recolección)	<i>Consumo</i> - Asegurado. <i>Higiene</i> - La higiene básica es personal y de los alimentos está asegurada; se debe asegurar también la lavandería y el baño	Bajo
Acceso óptimo (cantidad promedio de 100l/p/d o más)	Agua abastecida de manera continua a través de varios grifos	<i>Consumo</i> - Se atienden todas las necesidades <i>Higiene</i> - Se atienden todas las necesidades	Muy bajo

Nota: Adaptado de Howard y Bartram, 2003, p. 22.

Como se ve, la escala va del acceso mínimo, con un abasto que a duras penas se garantiza, con riesgos a la salud, a un punto donde el agua da pie al disfrute de derechos como la salud, la alimentación o a una vivienda digna.

Sobre esto, la ONU (2011) señala que el derecho al agua abarca el acceso tanto al agua para la vida y la salud como para las necesidades básicas, aunque esto “no confiere a las personas el derecho a una cantidad ilimitada de agua”.

En cifras de la OMS, el requerimiento diario por persona, para cubrir la mayoría de las necesidades básicas y evitar la mayor parte de los problemas de salud, oscila entre 50 y 100 litros.

Respecto de la cantidad de agua para lavarse las manos

Diferentes estudios refieren cantidades variables de uso de agua para el lavado de manos. Hoque (2003) explica que, para reducir la contaminación fecal después de ir al baño, se requieren de 0.5 a 2 litros de agua por persona y por lavado de manos.

En un video producido por la oficina de Barbados y los países caribeños del este de la Organización Panamericana de la Salud (PAHO, 2020), se muestra la forma correcta del lavado de manos. En 50 segundos, se usó agua sólo para mojar las manos y se procedió a enjabonar las manos durante 25 segundos. Solamente se dejó correr el agua durante 7.5 segundos para enjuagarlas, el equivalente a 0.2 litros de agua, lo que permite ahorrar 85 por ciento del agua que de otra forma se gastaría.

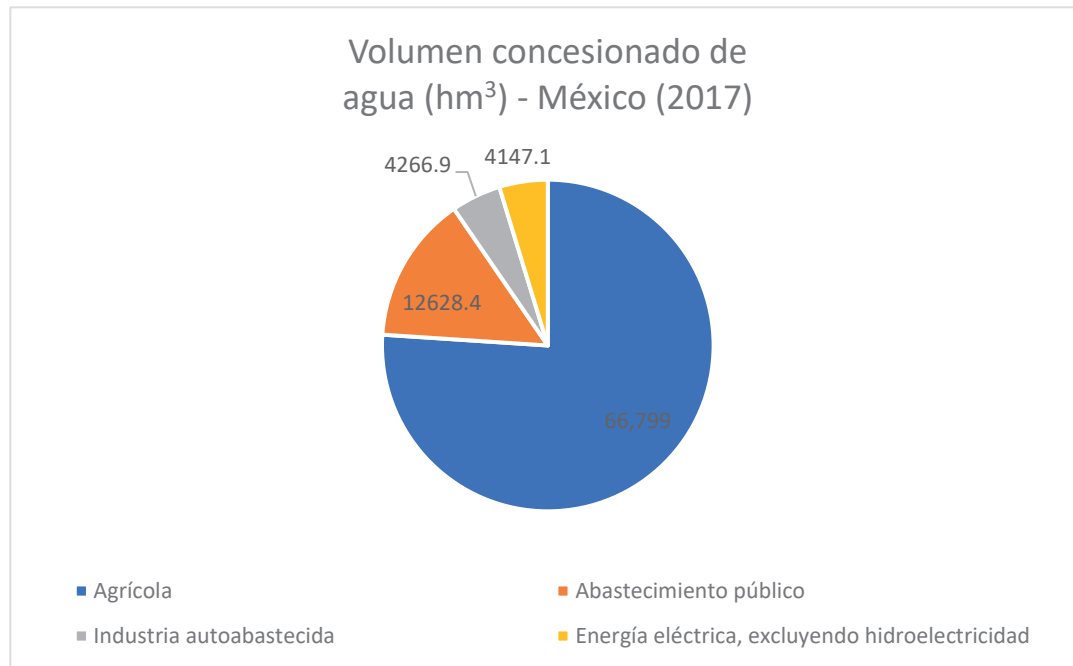
VII. Agua y agricultura: Derecho a la alimentación

En este punto debe decirse que existe una distribución desigual en los usos que se da al agua: el mayor usuario es el agrícola, que requiere alrededor de tres cuartas partes del total de recurso extraído.

El hecho de que sea mucho menor el porcentaje de agua destinada para abastecimiento público implica que el acceso al derecho humano al agua para consumo doméstico está en riesgo, “se ha perdido la seguridad hídrica” (Zarza, 2020), a lo que se agrega la sobreexplotación del agua, con el consiguiente aumento de las sequías, por efecto del cambio climático.

En todo el país, el agua concesionada en México, según cifras de la Conagua (2018, p. 85), es del orden de 87 841.5 hm³ de los cuales se destinaron 66 799 hm³ al ámbito agrícola; 12 628.4 para abastecimiento público; 4 266.9 para la industria autoabastecida, y 4 147.1 en energía eléctrica, excluyendo hidroelectricidad.

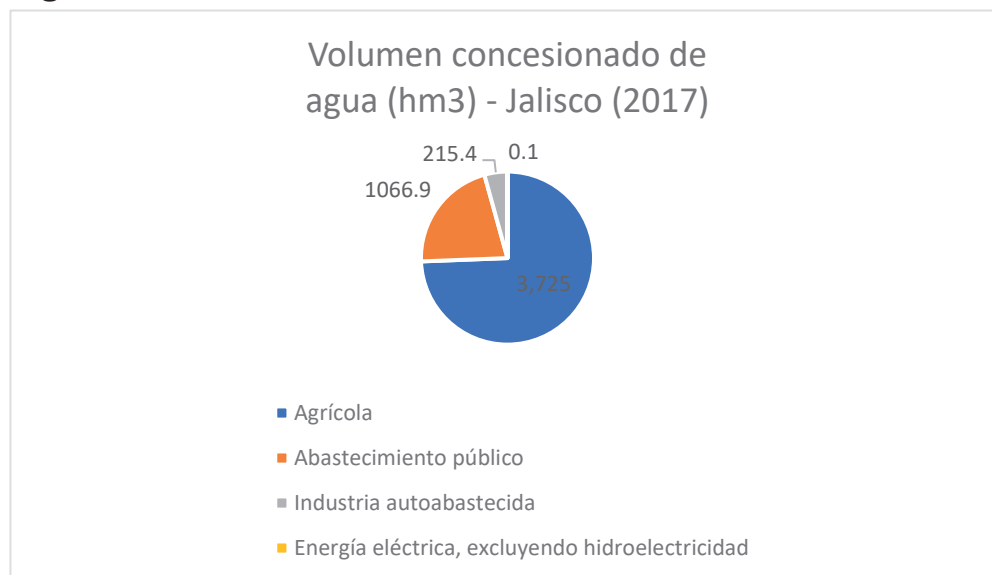
Figura 1



Nota: Adaptado de *Estadísticas de Agua en México*, Conagua, 2018, p. 76.

En el caso de Jalisco, del total de volumen concesionado para usos agrupados en México, la Conagua expone que fueron 5 007.4 hm³ de agua, de los cuales se destinaron 3 725 al ámbito agrícola; 1 066.9 para abastecimiento público; 215.4 a la industria autoabastecida, y 0.1 a la energía eléctrica, excluyendo hidroelectricidad.

Figura 2



Nota: Adaptado de *Estadísticas de Agua en México*, Conagua, 2018, p. 255.

Se ha dicho que el derecho humano al agua no comprende el agua para la agricultura; sin embargo, cabe reflexionar en que se está ante una actividad primaria, la cual hace llegar alimentos a las mesas mexicanas.

Incluso la agricultura y la ganadería –junto a los servicios de agua potable– continuaron trabajando al margen de la pandemia. De los primeros dos, destaca su importancia para garantizar el derecho a la alimentación, y de los segundos, para asegurar la buena higiene entre la población.

En este punto debe insistirse en la conexión que existe entre el agua y el derecho a la alimentación, el cual también se manifiesta en los ODS, bajo el lema “Hambre cero” para 2030.

Llama la atención que garantizar la alimentación requiere que los gobiernos redoblen esfuerzos en el campo mediante una agricultura sustentable que permita lograr la soberanía alimentaria para garantizar la nutrición de los ciudadanos.

En los ODS se remarca la importancia de estas estrategias, ante la creciente degradación del suelo y la biodiversidad, y la mayor frecuencia y gravedad de los fenómenos meteorológicos extremos, como consecuencia del cambio climático, que repercuten en la falta de agua.

El objetivo también señala que el enfoque del agua en el desarrollo rural y la inversión en cultivos, ganado, silvicultura, pesca y acuicultura, son “poderosas herramientas” para alcanzar el desarrollo sostenible.

Por otra parte, el estado en que se encuentra el sector hidroagrícola mexicano no es el más afortunado: se padecen problemas históricos en materia de infraestructura, de falta de mantenimiento y de filtraciones, además de que gran parte del riego se realiza por métodos que podrían efficientarse.

Un estudio técnico sobre desempeño de los programas federales de aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos, realizado por Coneval (2016, p. 15), explica que, entre los pendientes del agua, se requiere “el desarrollo y mantenimiento de la infraestructura hidroagrícola, así como frenar el sobreconcesionamiento, además del uso de una tecnología de riego eficiente”.

Agregan que la eficiencia en la conducción y distribución del volumen de agua de riego varía “del orden de 50-85 por ciento”, debido en gran parte a que “los canales de conducción de agua están contruidos en tierra”, y a la mayoría de los ductos existentes no se les da mantenimiento” (Coneval, 2016, p. 15). Sumado a esto, las prácticas de riego actuales “utilizan más agua de la necesaria”, al ser el riego por rodado el método por irrigación al que más se recurre.

Figura 3

Porcentaje de unidades de producción con superficie de riego por sistema de irrigación utilizado (datos de octubre de 2018 a septiembre de 2019)

Sistema de irrigación utilizado	Porcentaje
Unidades de producción con superficie de riego	23.33
Riego por gravedad o rodado	74.90
Canales recubiertos o revestidos	22.20
Canales de tierra	63.59
Tubería de compuerta	18.30
Microaspersión	3.37
Aspersión	7.28
Pivote central	65.84
Avance frontal	8.60
Cañón	27.05
Sistema de goteo	11.42
Riego en tiempo real	2.82
Otro sistema	4.28

Nota: la suma de los parciales es mayor a 100 por ciento debido a que hay unidades de producción que declararon más de uno de los conceptos.

Adaptado de *Encuesta Nacional Agropecuaria*, Inegi, 2019, p. 24.

Asimismo, tanto como gasto público en dar mantenimiento a la red general de distribución, y a mejorar los sistemas de riego en el sector hidroagrícola, también se requieren otro tipo de acciones, de acuerdo con García y Collado (2015, p. 223), entre ellas generar reformas institucionales, mejorar la gobernanza, construir capacidades, crear organizaciones y de agriculturas y la supervisión regulatoria.

VIII. Jurisprudencia en torno al derecho al agua

A continuación, se considera lo que ha expuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la jurisprudencia en torno al derecho humano al agua, para comprender cómo se configura este en el ámbito judicial.

En 2015, la SCJN manifestó el reconocimiento del derecho humano de acceso al agua para consumo personal y doméstico, tal como lo dispone el artículo 4º, párrafo sexto, de la Constitución.

No obstante, en esta misma tesis de julio de 2015, la corte señala que el precepto del artículo 4º no reconoce expresamente “el derecho mencionado para otros usos, como el agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario”; sin embargo, el derecho de acceso al recurso debe entenderse en amplitud debido a la estrecha vinculación entre este derecho y otros derechos humanos.

En su tesis *Derecho humano de acceso al agua. Supuestos en que procede la suspensión del suministro por falta de pago del servicio para uso personal y doméstico (legislación del estado de Puebla)*, de febrero de 2017, la SCJN señala que “el acceso al agua es un derecho humano que implica para el Estado el deber de proporcionar agua potable sin distinción alguna y con capacidad de respuesta a los sectores más vulnerables, para garantizar su sobrevivencia y desarrollo económico y social”.

Asimismo, se señala que “el Estado debe garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, suficiente y apta para el uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades”, con lo cual debe abstenerse de restringir o negar el acceso al agua potable indispensable a cualquier persona, “siempre y cuando sea para uso doméstico”.

En la misma tesis, precisan que la autoridad puede reducir la dotación de agua “cuando hay falta de pago y buscar un acuerdo, considerando el caso (número de habitantes de la casa, condiciones en que viven, capacidad económica y situación de vulnerabilidad”, en cuyo caso “no podrá dejar de dotar, por cada persona vulnerable, una cantidad mínima de 50 litros de agua por día”.

Respecto del agua para consumo humano y el agua para agricultura y otras actividades, la SCJN se manifestó en noviembre de 2017 sobre algunos apartados del artículo 223 de la Ley Federal de Derechos, donde argumentó que no se viola el principio de equidad tributaria al diferenciar el cobro en razón del uso o destino de las aguas nacionales. Tal distinción, explican, “no es caprichosa o artificial, pues atiende al hecho notorio de que el líquido es esencial y está involucrado en todas las actividades de la vida”.

De este modo, precisan que el apartado A, *Uso del agua para la industria y el comercio*, está relacionado con los procesos productivos del país. Por su parte, el apartado B prevé el uso de agua potable “un bien básico, escaso y necesario para la vida y la salud de las personas”. El apartado C, a su vez, dispone el pago de cuotas por agua destinada a uso agropecuario, actividades que son estratégicas y prioritarias para el desarrollo de la nación.

En la tesis *Derecho humano de acceso al agua garantizado en la Constitución federal y en la legislación del estado de Quintana Roo*, de mayo de 2018, la suprema corte aclaró que el derecho está garantizado tanto en la legislación federal como en la de Quintana Roo; en su parte medular, explican, “consiste en el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible”.

En torno al acceso al recurso, abunda sobre las características que requiere “como condición previa fundamental para el goce de otros derechos fundamentales”: i) disponibilidad: “el abastecimiento debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos”; ii) calidad, “el líquido vital necesario para cada uso personal o doméstico debe ser salubre”; y, iii) accesibilidad, “[debe estar] al alcance de todos en forma física, económica, y en condiciones de igualdad”.

Por otra parte, en la sentencia de la controversia constitucional 97/2017, el pleno de la SCJN resolvió improcedente la impugnación que el Senado de la República hizo a varios artículos de la Constitución de la Ciudad de México, en 2017.

Ajuicio de los senadores, el artículo 9º, apartado F, numeral 3, relativo al derecho al agua para consumo personal y doméstico invadía las competencias del Congreso de la Unión para legislar en materia de agua en términos de los artículos 4º, párrafo sexto, y 27, párrafos primero, quinto y sexto.

No obstante, el tribunal recordó que, en lo tocante a la regulación de los recursos hídricos, la constitución federal prevé un régimen de competencias y de facultades específicas para los tres órdenes de gobierno; incluso cuando las entidades federativas están sujetas a los designios del Congreso de la Unión en cuanto a aguas nacionales, “no lo están en relación con sus aguas locales”, por lo que pueden “hacerlas objeto de una norma constitucional”.

Asimismo, resolvió como infundada la impugnación, al señalar que la normativa de la CDMX establece atributos para el agua, los cuales se refieren al agua potable para uso personal y doméstico, por lo que no se invaden las facultades del Congreso de la Unión, ya que estos preceptos de acceso al agua potable en cantidad suficiente, salubre, segura y asequible para uso personal y doméstico se contemplan en el artículo 4º de la constitución federal.

IX. Conclusiones y propuestas

A lo largo de estas páginas se habló del derecho humano al acceso al agua en tratados y resoluciones de la ONU que centran su atención en la calidad, cantidad y accesibilidad del recurso, entre otras características básicas que debe tener.

Tanto en estos instrumentos como en las leyes mexicanas se da primacía al acceso al agua para consumo personal y doméstico por sobre los demás usos, incluida la agricultura y la ganadería, actividades que precisan abasto de agua, pero que no son consideradas dentro del derecho humano.

Asimismo, las instancias internacionales sumaron esfuerzos para cristalizar un “mundo mejor” donde las personas de todo el mundo accedan a derechos básicos, entre los que se encuentra el agua potable, la salud y la alimentación, todo ello a favor de un futuro sostenible.

Pero... el acceso al agua no se logra del todo, ya que 1,420'000,000 – mil 420 millones– de personas en el planeta carecen de este servicio. En México la situación tampoco es alentadora, pues, aunque se señalan cifras por encima de 90 por ciento de acceso, en la práctica el goce del derecho está lejos de ser una realidad para miles de personas que padecen cortes en el suministro de agua o que tienen que acarrearla.

Estas limitantes vulneran también el derecho a la salud y a una vivienda digna, entre otros. Y lo más preocupante es que de las personas sin acceso al agua, sin poder lavarse las manos para combatir el COVID-19 y otras enfermedades, al menos una tercera parte son niños.

Se vio que el uso equitativo y sustentable de los recursos, como está planteado, y el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, se vuelve complejo en el contexto actual de pandemia... Y de cambio climático.

Son necesarias medidas a corto, mediano y largo plazo para garantizar el abasto de agua, primordialmente para consumo y uso doméstico, pues este es el núcleo del derecho humano al agua.

Tampoco debe dejarse de lado que el acceso al agua para la agricultura implica también el derecho a la alimentación, que, pese a no ser un derecho humano, utiliza tres veces el volumen destinado al sector doméstico-urbano. Por ello, es de considerarse mejorar los métodos de riego, lo que traería consigo mayor producción con un menor consumo de agua. Además, modernizar y dar mantenimiento a la infraestructura hídrica, para evitar pérdidas.

En el contexto de la pandemia por COVID-19, es primordial que el Estado continúe invirtiendo en el tema de abasto de agua tanto en el servicio doméstico y público urbano, como en la agricultura, porque, en la medida en que se satisfaga la dotación del agua en sus distintas dimensiones, se estará en condiciones de combatir la pandemia y prevenir futuras situaciones de salud pública.

Se requiere garantizar el abasto para el lavado correcto de las manos, acabar con la incertidumbre de si saldrá agua cuando la gente abra el grifo – aquellos que tienen– o al menos si la pipa llegará a la cuadra. Mientras no ocurra de este modo, las cifras de Coneval seguirán marcando parámetros deficientes en la dotación: cuando las evaluaciones resulten positivas, se podrá hablar de grados de acceso al derecho humano.

Propuestas

Se recuperaron propuestas de especialistas en el sector en torno a posibles mejoras en la distribución y al otorgamiento de concesiones para explotación, a fin de lograr un “uso sostenible”.

En cuanto a sugerencias de quien escribe, cabe decir que no se requerirían más leyes, sino más bien políticas públicas con enfoque de derechos humanos, que permitan la aplicación correcta de las leyes. Hay las suficientes como para tratar de garantizar más; se trata pues de velar el cumplimiento e invertir en mejoras puntuales para compensar la escasez.

Por una parte, el uso de agua en el sector podría efficientarse y generar igual o mayor producción mediante la modernización de canales y la mejora en las técnicas de riego. Por otra, incentivar a los campesinos que midan su gasto de agua, como sugieren autoridades, para que en conjunto se tomen medidas de ahorro.

Fomentar los sistemas comunitarios de gestión de agua; esta forma de gestión resultaría en un uso más responsable del recurso, tanto en el ámbito doméstico-urbano como en el agrícola.

No obstante, antes de concretarse, tales proyectos o ideas deben consensuarse con las personas que viven en la zona, para no generar conflictos, ya que se está ante un tema sensible que podría tener hondas repercusiones.

Por último, cabe señalar que, al ser un derecho esencial sin el cual otros derechos no se pueden garantizar, como la alimentación, el acceso al agua para consumo humano y doméstico puede “chocar” con otros, o –como se ha visto– verse mermado en algunos de sus rasgos básicos (cantidad, calidad, accesibilidad, etcétera).

En casos como el referido, se debe ponderar el abasto de agua para las personas en general y para los grupos vulnerables en particular; esto porque el acceso para consumo personal es el núcleo del derecho humano y además está contemplado como primordial sobre los demás usos, tanto en los tratados internacionales como en la constitución mexicana y por la suprema corte.

Otorgar esta prioridad cobra importancia –siguiendo también lo marcado por la legislación– en casos de emergencia como epidemias para garantizar en primer término la salud e higiene de la población.

X. Referencias bibliográficas

- Anglés Hernández, M. (2020). COVID-19: entre la crisis climática y el acceso al agua, en *Emergencia sanitaria del COVID-19. Reflexiones desde el derecho (I)*. México, UNAM: pp. 37-43.
https://www.researchgate.net/publication/341133821_covid-19_entre_la_crisis_climatica_y_el_acceso_al_agua
- Asamblea General de la ONU. (2010). El derecho humano al agua y el saneamiento (*Resolución 64/292*). <https://undocs.org/es/A/RES/64/292>
- Asamblea General de la ONU. (2010a). Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento (*Resolución 15/9*).
<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/RES/15/9>
- Chávez Ogazón, V. (2021, abril 20). Se perfila Jalisco a la declaratoria de emergencia por sequía: Alfaro. *UDGTV*.
<https://udgtv.com/noticias/se-perfila-jalisco-a-la-declaratoria-de-emergencia-por-sequia-alfaro/>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación General n° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 12 mayo 1999.
<https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc12.html>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 20 enero 2003. <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcbfa2.html>
- Collado, J. (2020). Opinión. *Agua y Saneamiento*, 87: 13.
<https://aneas.com.mx/wp-content/uploads/2020/07/AyS87fin.pdf>
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2015). *Medición de la pobreza - Acceso a servicios básicos en la vivienda*.
<https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Medici%C3%B3n/Acceso-a-servicios-basicos-vivienda.aspx>
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. (2016). *Evaluación integral del desempeño de los programas federales de aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos, 2014-2015*.
https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/IET/Documents/2014/Recursos_hidricos.pdf
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. (2020). *La política social en el contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México*.
https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Efectos_COVID-19.pdf

- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2019, marzo 22). *Nota informativa Día Mundial del Agua*.
https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/NOTA_INFORMATIVA_DIA_MUNDIAL_DEL_AGUA.pdf
- De la Maza Hernández, R. (2020). Algunas directrices rumbo a la Ley General de Aguas. *Cuaderno de Investigación 62, Jornada de Agua, Mares y Océanos*. 64-68.
http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4803/CI_62.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF]. (2020, agosto 13). *Dos de cada cinco escuelas del mundo carecían de instalaciones básicas para el lavado de manos antes de la pandemia de COVID-19, según UNICEF y la OMS*.
<https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/dos-cada-cinco-escuelas-carecian-instalaciones-lavado-manos>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF]. (2021). *Water Security for All*.
<https://www.unicef.org/media/95241/file/water-security-for-all.pdf>
- Hernández Rodríguez, M. (2015). ¿Cuánta agua para el derecho humano al agua en México? *Impluvium*, 4, 25-30.
<http://www.agua.unam.mx/assets/pdfs/impluvium/numero04.pdf>
- Herrera Ordóñez, H. (2020). Covid-19 y el derecho humano al agua potable y saneamiento. *Agua y Saneamiento*, 87: 18-23.
<https://aneas.com.mx/wp-content/uploads/2020/07/AyS87fin.pdf>
- Hoque, B. (2003). Handwashing practices and challenges in Bangladesh. *International Journal of Environmental Health Research*, 13, S81-S87.
<https://www.ircwash.org/sites/default/files/Hoque-2003-Handwashing.pdf>
- Howard, G. y Bartram, J. (2003). *Domestic Water. Quantity, Service Level and Health*. Organización Mundial de la Salud.
https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2019). *Encuesta Nacional Agropecuaria*. <https://www.inegi.org.mx/programas/ena/2019/>
- Instituto de Información Estadística y Geográfica de Jalisco (2018). *Uso y aprovechamiento del agua en Jalisco*. <https://iieg.gob.mx/strategos/uso-y-aprovechamiento-del-agua-en-jalisco/>
- Jiménez Cisneros, B. (2020). Panorama general de la situación hídrica en México (2019-2024). *Cuaderno de Investigación 62, Jornada de Agua, Mares y Océanos*, 27-36.

- http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4803/CI_62.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mestre, E. (2020). Opinión. *Agua y Saneamiento*, 87: 16.
<https://aneas.com.mx/wp-content/uploads/2020/07/AyS87fin.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*.
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (2011). *El Derecho al Agua. Folleto informativo No. 35*.
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>, 2011.
- Organización de las Naciones Unidas (2020, marzo 22). *Día Mundial del Agua. 22 de marzo. Agua para todos*.
<https://www.un.org/es/observances/water-day>
- Organización de las Naciones Unidas (2020, marzo 13). *Tres mil millones de personas no tienen cómo lavarse las manos para protegerse del coronavirus*. Noticias ONU. <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471171>
- Organización Mundial de la Salud, Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia (2020, julio 29). *Agua, saneamiento, higiene y gestión de desechos en relación con el SARS-CoV-2, el virus causante de la COVID-19. Orientaciones provisionales*.
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/333807/WHO-2019-nCoV-IPC_WASH-2020.4-spa.pdf
- Pan American Health Organization (2020, mayo 12). *Handwashing while conserving water*. <https://www.paho.org/en/news/12-5-2020-video-paho-barbados-psa-handwashing-and-saving-water-during-covid-19-pandemic>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2015). *Metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 6: Agua limpia y saneamiento*.
<https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-6-clean-water-and-sanitation.html#targets>
- Quiroz, F. (2009). *¿Podemos financiar el derecho humano al agua? Análisis de tarifas y subsidios cruzados en servicios de agua potable en Cochabamba-Bolivia*. Centro Andino para la Gestión y Uso del Agua.
<https://www.bcb.gob.bo/eeb/sites/default/files/archivos2/DIT2P3%20Quiroz.pdf>
- Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales/Comisión Nacional del Agua (2018). *Estadística del Agua en México*.
http://sina.conagua.gob.mx/publicaciones/EAM_2018.pdf

- Sistema Intermunicipal de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado. (2021, marzo 1). *SIAPA inicia estrategia para garantizar el abasto de agua en el AMG*. <https://www.siapa.gob.mx/prensa/siapa-inicia-estrategia-para-garantizar-el-abasto-de-agua-en-el-amg>
- Zarza, L. (2020, diciembre 3): Un antes y un después para el ODS6. *Agua*. <https://www.iagua.es/noticias/redaccion-iagua/2020-antes-y-despues-ods6>

Jurisprudencia

- Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Controversia Constitucional 97/2017. DOF: 24/03/2021. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5614336&fecha=24/03/2021
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015). “Derecho humano de acceso al agua. Está reconocido constitucional y convencionalmente tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 20, Tomo II, julio, p. 1721. <http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/Cl.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017). “Aguas nacionales. El artículo 223 de la Ley Federal de Derechos que prevé la diferencia en razón del uso o destino de dicho recurso natural, no viola el principio de equidad tributaria”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 48, Tomo I, noviembre, p. 123. <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2015584&Clase=DetalleTesisBL>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). “Derecho humano de acceso al agua garantizado en la Constitución federal y en la legislación del estado de Quintana Roo. Sus características”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 54, Tomo III, mayo, p. 2540. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2016921>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017). “Derecho humano de acceso al agua. Supuestos en que procede la suspensión del suministro por falta de pago del servicio para uso personal y doméstico (legislación del estado de Puebla)”, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 39, tomo III, febrero, p. 2191. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013754>

Capítulo IV

Derechos humanos y propiedad intelectual: Aprendizajes tomados de la pandemia del COVID-19

Sumario: *I. Introducción. II. Problema. III. Objetivos generales y particulares. IV. Marco teórico y metodológico. V. Desarrollo. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.*

Luis Javier Reynoso Zepeda³³

Los seres humanos deben estar en el centro del mundo que estamos construyendo, un mundo que no sólo debe ser capaz de pensar, crear, razonar y soñar, sino también de dialogar.

Ricardo Lagos

I. Introducción

Este trabajo tiene como objetivo principal aprovechar las experiencias derivadas de la pandemia causada por COVID-19 en el campo de la propiedad intelectual, a fin de cuestionar el statu quo de las instituciones jurídicas que pudieran relacionarse a la tecnología necesaria, a efecto de tratar tal crisis sanitaria y apuntar si existen oportunidades de ajuste a los sistemas jurídicos basadas en derechos humanos que propicien transformaciones de la realidad.

Este objetivo, con un profundo matiz maquiavélico, se verá enormemente favorecido, si se procura clarificar la complicada relación entre la propiedad intelectual y los derechos humanos, pues los resultados ayudarán a entender la razón de un aparente distanciamiento entre ambas nociones, ello revelará más áreas de oportunidad que podrán ser explotadas en el diseño de normas afines al respeto de la dignidad humana.

Este trabajo se bifurcará para exponer la taxonomía de las relaciones de la propiedad intelectual y los derechos humanos, así como para exponer determinadas consideraciones sobre una tendencia que considera que deben realizarse exenciones sobre los derechos intelectuales para el mejor

³³ Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara (2021). Titulado abogado por la Universidad de Guadalajara (2004). Maestro en Derecho Comercial y de la Empresa (2011) y maestro en Derecho de la Empresa (2013) por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Master en Estudios Humanísticos y Sociales por la Universidad Abat Oliba (2014).

tratamiento de la pandemia provocada por COVID-19 y las respuestas que ha dado la doctrina hacia esta, lo que devela las bondades del sistema jurídico internacional de protección de los derechos intelectuales.

II. Problema

Este trabajo se moverá entre dos supuestos que causan conflictos. El primero, sobre la difícil relación entre la propiedad intelectual y los derechos humanos, la cual llega al nivel de ser considerada como una paradoja, pues se deriva de la yuxtaposición en los instrumentos jurídicos relativos a los derechos humanos de los derechos intelectuales sobre los derechos de todos, a fin de compartir los avances científicos y beneficiarse de sus resultados (Plomer, 2013, p.144), es decir, cuando un derecho humano se enfrenta a otro, cuando los derechos de propiedad intelectual se utilizan para restringir el acceso a información que podría, sin costo real para el desarrollador, implementarse de manera que satisfaga necesidades humanas fundamentales (Dreyfuss, 2010, p.72).

El segundo supuesto referirá a una crisis de salud que todavía no encuentra un punto final, que, sin importar lo promisorio de la aparición y aplicación de vacunas contra el COVID-19, aún persisten muchas dudas respecto al devenir de la pandemia que este virus provocó, principalmente, ante la incertidumbre que producen las derivaciones que surgen de este desafortunadamente inquieto y adaptable agente patógeno y de las dudas respecto a la temporalidad de la protección que ofrece la tecnología disponible.

Estos supuestos determinarán claramente las respuestas que se intentan brindar en este trabajo. En el primer caso, trataré de encontrar un apoyo afortunado para clarificar los porqués de la interacción entre los derechos humanos y la propiedad intelectual. En el segundo, pese a no tener una respuesta definitiva, al no haber aún alcanzado el final de la pandemia, apuntaré a lecciones que se han dejado entrever pese a este curso inacabado.

III. Objetivos generales y particulares

Aprovechar la experiencia derivada de la pandemia por COVID-19 en el campo de la propiedad intelectual, a fin de llegar a los objetivos particulares de cuestionar el *statu quo* de las instituciones jurídicas que pudieran relacionarse con la tecnología necesaria para tratar tal crisis sanitaria y apuntar si existen oportunidades de ajuste a los sistemas jurídicos basadas en derechos humanos que propicien transformaciones positivas de la realidad.

IV. Marco teórico y metodológico

Destaca el uso del método deductivo, pues las aproximaciones a las materias de estudio se realizaron de lo general a lo particular. Ello sin perjuicio de que, para determinados temas, por así requerirlo la investigación, se recurrió al método inductivo. Asimismo, el marco teórico empleado privilegia el iusnaturalismo, pues es acorde a los fines del trabajo.

V. Desarrollo

He dividido esta sección en cuatro apartados. Realizaré breves notas históricas sobre el aislamiento de la propiedad intelectual y los derechos humanos, se expondrán los patrones de interacción entre la propiedad intelectual y los derechos humanos, efectuaré una sencilla delimitación del derecho a la salud y finalizaré con observaciones respecto a la influencia del COVID-19 en las interacciones entre la propiedad intelectual y los derechos humanos.

5.1. Breve comentario histórico respecto al aislamiento de la propiedad intelectual y los derechos humanos

La doctrina no ha logrado dilucidar por qué la propiedad intelectual y los derechos humanos se han mantenido prácticamente ajenos. Pueden citarse muy pocas fuentes donde se pudiera establecer algún tipo de relación entre estos derechos, como el documento fundamental de los derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948,³⁴ que protege a los “intereses morales y materiales” de los autores que surgen de sus “producciones científicas, literarias o artísticas” como parte del catálogo de derechos fundamentales. A mediados de la década de los sesenta, un enunciado similar se incluyó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁵

La propiedad intelectual ha permanecido bajo cierta inercia en el panorama principal de los derechos humanos, ha sido descuidada en el contenido de tratados internacionales y por las consideraciones de los propios expertos, ello mientras otros derechos han recibido un tratamiento jurisprudencial privilegiado.

³⁴ Documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, el cual fue votado a favor por México. No constituye un tratado internacional.

³⁵ México firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, adhiriéndose formalmente el 23 de marzo de 1981 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981, con una fe de erratas publicada el 22 de junio de 1981.

Ni los cuerpos normativos especializados en derechos humanos tienen interés especial en la propiedad intelectual ni este último régimen tiene un interés recíproco. No hay referencias especiales de los derechos humanos en los mayores tratados internacionales en materia de propiedad intelectual, como el Convenio de París,³⁶ la Convención de Berna,³⁷ el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).³⁸ Estos convenios refieren a las protecciones otorgadas a los autores e inventores como “derechos”. La *ratio legis*³⁹ de estos acuerdos no se encuentra en la justificación deontológica que surge de los derechos inalienables, sino que emerge de los beneficios económicos e instrumentales que nacen de proteger a la propiedad intelectual a través de las fronteras (Helfer, 1998, pp. 296-301).

Laurence Helfer (2004, p. 170) explica esta separación al decir que las leyes especializadas en ambas materias estuvieron preocupadas por temas más importantes según sus contextos y no se consideraron recíprocamente como una fuente que sumase o resultase una amenaza a sus esferas de influencia, o bien, representase una oportunidad de expansión.

Durante las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, los esfuerzos de la comunidad especializada en derechos humanos tendieron a la elaboración de normas legales y el diseño de mecanismos que mejoren su observancia (Helfer, 1998, pp. 296-301). Este proceso evolutivo dio pie a una separación *de facto* de los derechos humanos en categorías, que van desde un conjunto básico de normas estrictas para las formas más atroces de mala conducta de los Estados, a los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales (Meron, 1982, p. 754). Dentro de estas escalas, aquella relacionada con los derechos económicos, sociales y culturales fue la que tuvo el más lento desarrollo y que tuvo una menor atención prescriptiva.

En contraste, la atención de los defensores de propiedad intelectual, en sus esfuerzos legislativos en el ámbito internacional, se centró en dos aspectos. Primero, en la expansión de los derechos sustantivos y los objetos de protección mediante revisiones periódicas a los convenios principales, París y Berna, y en la creación de nuevos tratados, y posteriormente, en la

³⁶ México se adhirió a este convenio el 20 de julio de 1903 y este entró en vigor el 07 de septiembre de 1903.

³⁷ México se adhirió a este convenio el 8 de mayo de 1967 y este entró en vigor el 10 de junio de 1967.

³⁸ El ADPIC corresponde al anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, firmado el 15 de abril de 1994, Acta Final de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. México es parte, fue aprobado por el Senado de la República el 13 de julio de 1994, el decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto de 1994 y se encuentra vigente desde el 1 de enero de 1994.

³⁹ La *ratio legis* equivale a aquello por lo que ha de comprenderse que la ley ha sido dada.

configuración de un enlace entre la propiedad intelectual y el comercio. Las leyes de derechos humanos poco abonan a ambos intereses; no proporcionan una buscada justificación para los privilegios de uso exclusivo generados por la propiedad intelectual y otorgados por el Estado ni funcionan como un límite a la expansión de las leyes de propiedad intelectual.

5.2. Patrones de interacción entre la propiedad intelectual y los derechos humanos

La doctrina ha identificado tres patrones de interacción entre la propiedad intelectual y los derechos humanos:

Para facilitar el entendimiento de cómo es que la propiedad intelectual y los derechos humanos interactúan, seguiré la muy acertada descripción taxonómica realizada por Gabrielle Spina Ali (2020), quien les organizó en un esquema conceptual unitario.

Spina Ali refiere que existen tres patrones principales de interacción entre la propiedad intelectual y los derechos humanos. A continuación, explicaré cada uno de ellos:

5.2.1. Reconocimiento

Esta ocurre cuando la ley reconoce la dimensión como derecho humano de la propiedad intelectual, es decir, mediante su reconocimiento, la propiedad intelectual adquiere el estatus de derechos humanos y, por lo tanto, deberán ser tratados de manera muy similar a otros derechos iusfundamentales, como la libertad de expresión, de religión o de asociación.

Esta perspectiva ha recibido fuertes críticas debido a que los derechos de propiedad intelectual no poseen las características intrínsecas de universalidad de los derechos humanos y, por ello, no podrían recibir el mismo grado de derechos quintaesenciales, como la libertad de expresión, religión o asociación; dicha crítica la sufren todos aquellos derechos que, en su momento, fueron llamados como derechos humanos de segunda generación.⁴⁰

⁴⁰ Una distinción que la doctrina actual ha comenzado a dejar en desuso. Como refieren Ramírez y Pallares (2011, p. 139), esto se debe a que “la implementación de los derechos de la primera generación no puede hacerse sin la promoción de los incluidos en la segunda generación. Por ejemplo, los derechos políticos (primera generación) no se pueden ejercer sin la mínima educación (segunda generación) para comprender las implicaciones de la democracia. El derecho a la salud (segunda generación) no puede desarrollarse sin la determinación de la personalidad jurídica (primera generación) para presentarse como derechohabiente en un sistema de salud.”

Otros críticos han apuntado que reconocer a la propiedad intelectual como un derecho humano podría fortalecer peligrosamente los reclamos por infracciones de derechos intelectuales cuando estos entren en conflicto con derechos relacionados con el bienestar físico de las personas, que deberían ser priorizados (Ostergard, 1999, p. 175).

Otra parte de la doctrina ha referido que el “reconocimiento” esconde una tendencia a desconectar los derechos intelectuales de sus bases derivadas del interés público (O’Mellin, 2007, p. 144).⁴¹

El “reconocimiento” ocurre a través de tres patrones principales:

Elevación. Ningún tratado internacional ubica explícitamente a la propiedad intelectual y a los derechos humanos en un mismo nivel de importancia. Sin embargo, algunos asignan el grado de derechos humanos a ciertos aspectos de la propiedad intelectual. Esto es el caso de instrumentos que siguen el modelo establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en particular, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (1966).⁴² Es pertinente apuntar que el pacto corrobora el derecho de los autores de beneficiarse de sus creaciones, mientras que se separa del entendimiento tradicional de los derechos intelectuales, se adopta un acotado espectro donde estos son considerados como un derecho cultural, ello impacta en los intereses protegidos, los medios y la extensión de protección conferida a los titulares.

Derecho a la Propiedad Intelectual. Diversas constituciones de una gran cantidad de sistemas jurídicos nacionales han ido más allá que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al establecer un derecho a la propiedad intelectual mediante fórmulas que implican que la “propiedad intelectual debe ser protegida”⁴³ o a través de perífrasis que estipulan que los creadores poseen derechos sobre sus obras.⁴⁴ Peukert (2015)

⁴¹ Un ejemplo del enfoque de esta crítica sería cuestionar la consideración de un derecho intelectual por sí, en lugar de un monopolio temporal concedido por el bien de la colectividad, como es el caso de las patentes.

⁴² Determinada parte de la doctrina ha argumentado lo controversial que es reconocer un derecho humano a la propiedad y que resulta aún más difícil extender la consideración de un derecho fundamental a la propiedad intelectual, pues se considera que estos últimos derechos tienen una naturaleza más general que universal (Yu, 2007, pp. 713-715).

⁴³ Por ejemplo, el artículo 61 de la constitución de Colombia (1991) y el artículo 17(2) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

⁴⁴ Por ejemplo, el artículo 47 de la constitución de Costa Rica (1949), el artículo 28 de la constitución de México (1917), el artículo 76 de la constitución de Panamá (1972), el artículo 110 de la constitución de Paraguay (1992) y el artículo 2(8) de la constitución de Perú (1993).

refirió que los legisladores deben establecer estándares mínimos de los derechos intelectuales y, en particular, deben adherirse a las reglas instauradas al respecto y olvidar el ejercicio arbitrario del poder.⁴⁵

Es pertinente referir que diversas constituciones restringen el derecho a la propiedad intelectual a formas específicas de protección, al circunscribirle al derecho de autor, esto en los sistemas jurídico nacionales propios del derecho continental europeo, o al llamado *copyright*, en los países de tradición jurídica del *common law*.⁴⁶ Esta preferencia, por considerar al derecho de autor en los textos constitucionales, es expresión de su mayor facilidad de recibir el estatus de derecho iusfundamental, comparado con otras instituciones propias del derecho intelectual, pues el derecho de autor tiene vínculos directos con los derechos personalísimos de las personas (Dreyfuss, 2010, p. 75), o bien, este ha encontrado un fácil acomodo como un aspecto del derecho a la cultura o una especie de libertad de la expresión artística.

En menor medida, algunas constituciones contemplan derechos de patente, que son protegidas como derivaciones del derecho a la libertad de ciencia y del progreso de la innovación tecnológica.

Extensión de garantías de protección a la propiedad. La asimilación de la propiedad intelectual a la propiedad sobre objetos tangibles es un tema que ha sido y es debatido por la academia jurídica, los economistas y los filósofos. Algunos sostienen que los activos intelectuales no presentan las características de rivalidad y exclusividad que caracterizan a la propiedad tangible, en otras palabras, debido a que estos bienes no se agotan, como lo hacen los capitales materiales, estos no deben ser equiparados con la propiedad tradicional (Heins, 2007, pp. 216-217). Otros responden que ambas formas de propiedad, la material y la intelectual, encuentran su justificación en el principio de que el funcionamiento de una sociedad depende de que las personas estén posibilitadas a disfrutar los frutos de su labor (Geiger, 2014, pp. 4-5; 2019, p. 12), un principio que tiene su origen en los postulados del filósofo John Locke.

No resultará aventurado afirmar que los jueces y los legisladores, en muy raras ocasiones, se involucran en estas discusiones filosóficas. Los primeros de ellos reconocieron a la propiedad intelectual como una forma de propiedad en las constituciones, mientras que los más recientes no dudan

⁴⁵ Todo lo que exceda estos estándares dependerá de la discreción del poder Legislativo.

⁴⁶ Spina Ali cita como ejemplos de esto al artículo 16 de la constitución de Suecia (1974), el artículo 42 de la constitución de Lituania (1992), al artículo 58 de la constitución de Albania (2008), al artículo 38 de la constitución de Algeria (2016) y al artículo 42(2) de la constitución de Portugal (1976).

en subsumir a los activos intelectuales dentro de una categoría más amplia que los derechos de propiedad sobre bienes materiales.

5.2.2. Conflicto

Ahora abordaré la segunda especie de interacción que refiere Gabrielle Spina Ali (2020): el conflicto, que ocurre cuando la propiedad intelectual y los derechos humanos se encuentran en oposición, es decir, cuando uno se presenta como obstáculo para la realización del otro.

La academia ha encontrado diversas áreas donde la propiedad intelectual colisiona con derechos fundamentales, como la libertad de expresión (Helfer & Austin, 2011, pp. 221-234; y Geiger, 2007, pp. 317-327), derecho de asociación (Geiger, 2015, p. 248), derecho a la educación (Helfer & Austin, 2011, pp. 316-363 y Kur & Levin, 2011, p. 276), derecho a disfrutar de las artes y los beneficios de la innovación científica (Helfer & Austin, 2011, p. 33; Shaheed, 2015, pp. 14-18; Shaver, 2010, p. 124; Yu, 2006, pp. 44-45), derecho a la salud (Crook, 2005, pp. 524-550; Geiger, 2015, pp. 161-166 y 486-512), derecho a la nutrición (Helfer & Austin, 2011, pp. 364-430; Geiger, 2015, pp. 164-168) y el derecho a ejercitar el comercio y la libertad de profesión (Geiger, 2015, pp. 236-252 y 410-420).

Cuando el conflicto reside en un aspecto secundario o marginal de alguno de los derechos en colisión, puede darse una conciliación, ello limita el alcance de los derechos hasta lograr un balance justo entre estos. Como resultado, ambos estarían habilitados para coexistir, aunque uno de ellos se viese reducido en su efecto (Helfer & Austin, 2011, pp. 64-65; Kur & Levin, 2011, p. 291). Cuando el conflicto no se puede resolver así, pues se involucran aspectos esenciales de los derechos en colisión, uno de los derechos debe ceder y permitir que el diverso derecho opere (Alexy, 1993, pp. 514-515). Esto lleva a realizar una sencilla recapitulación, la principal diferencia entre la reconciliación y la incompatibilidad radica en el enfrentamiento entre aspectos esenciales y marginales del conflicto; ello implica el resultado del problema, que se decanta entre la coexistencia de los dos derechos, o bien, de la predominancia de uno respecto al otro.

Reconciliación. A continuación, realizaré una breve exploración sobre dos de los patrones a través de los que los sistemas jurídicos reconcilian a la propiedad intelectual y a los derechos humanos. Las leyes concernientes a la propiedad intelectual han procurado resolver los conflictos de manera interna mediante limitaciones y excepciones específicas a los derechos conferidos, esto es, han considerado reglas particulares que legitiman las conductas infractoras bajo consideraciones que tienden a cuidar los derechos humanos. Como una alternativa, la conciliación puede darse

externamente gracias a la aplicación judicial de doctrinas de proporcionalidad y ponderación de derechos.

Medios internos: Limitaciones y excepciones. Las limitaciones y excepciones de los derechos de propiedad intelectual son consideradas como la técnica dominante para reconciliar a la propiedad intelectual y los derechos humanos (Dreyfuss & Siew-Kuan, 2018, pp. 253-254). Estas consisten en enunciados específicos que permiten a terceras personas usar la propiedad intelectual de un titular determinado para propósitos específicos, como el uso de obras artísticas gráficas para reportar noticias o el de libros para propósitos educativos (Geiger & Izyumenko, 2014, pp. 317-318; Izyumenko, 2016, p. 116; Kur & Levin, 2011, p. 209).

Los límites y excepciones frecuentemente facilitan el trabajo de los juzgadores, quienes pueden resolver las controversias que les son presentadas mediante la aplicación de disposiciones relativas sin necesitar atender a principios constitucionales o doctrinas de derechos humanos (Torremans, 2007, p. 356). Otra ventaja de los límites y excepciones es que contribuyen a mantener certeza legal, pues, con precisión, permiten que terceros identifiquen qué conducta no resultaría en la infracción de un derecho intelectual (Dinwoodie, 2013, p. 65).⁴⁷

Es oportuno referir que no existe una delimitación precisa para el significado de los términos “límites” y “excepciones”, a menudo se utilizan de manera indistinta en tratados internacionales y en normativas nacionales.⁴⁸ Sin embargo, estas expresiones entrañan los alcances de, al menos, tres técnicas que limitan cada derecho intelectual:

Exclusión de protección. Son normas que delinear el contenido y rango de los derechos intelectuales (Kur, 2011, p. 212). Las exclusiones implican todo aquello que queda fuera del alcance de algún derecho intelectual.

Reglas de defensa. Son normas que otorgan inmunidad para realizar aquello que normalmente cae dentro del alcance de la protección del derecho intelectual, es decir, son excepciones que operan lisa y llanamente ante

⁴⁷ Existen determinados sistemas jurídicos nacionales que han incluido excepciones y límites de derechos intelectuales basados en la estructura de los “tres pasos”, que obliga a los juzgadores a asegurarse si el uso relacionado a determinada excepción no causa conflicto con la explotación normal de la obra y no perjudica irracionalmente los legítimos intereses de su titular (Arnold & Rosati, 2015, pp. 741-749).

⁴⁸ Referirse al artículo 13 de ADPIC y el artículo 15 de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. México es parte de la Convención de Roma del 26 de octubre de 1961, aprobado por el senado el 27 de diciembre de 1963, el decreto respectivo fue publicado el 31 de diciembre de 1963 y se encuentra vigente a partir del 18 de mayo de 1964.

reclamos de terceros sin cuestionar la validez o la extensión del derecho que asiste a quien realiza el reclamo en cuestión (Kur, 2011, p. 212).

Reglas de responsabilidad. Permiten a terceros usar las materializaciones de cada institución relacionada con el derecho intelectual a cambio de un pago como una compensación justa a sus titulares.⁴⁹

Medios externos: Proporcionalidad y balance constitucional. Existen instancias donde el conflicto entre la propiedad intelectual y los derechos humanos tendría que ser resuelto a través del derecho constitucional. Los juzgadores habrán de definir el alcance de los derechos en conflicto y encontrar un balance entre los dos (Torremans, 2007, p. 356).

La proporcionalidad es una técnica bien conocida, que evalúa la legitimación de la intervención del Estado con los derechos fundamentales y que ha sido usada para resolver conflictos relacionados con la propiedad intelectual en ámbitos domésticos e internacionales. Normalmente, cubre una prueba de tres pasos con la que se verifica si es correcto interferir con un derecho fundamental: (i) cubre una necesidad social apremiante, (ii) es necesario *prima facie*, es decir, no hay otra medida menos restrictiva disponible; y (iii) no va más allá de lo que es necesario para lograr los fines buscados por la ley (Geiger, 2015, pp. 19-37 y 185-186).

Este ejercicio se complica con la tendencia de considerar a la propiedad intelectual como un derecho fundamental, pues conlleva que la solución de una colisión de derechos implicará que la proporcionalidad se vuelva un ejercicio de ponderación o balanceo, a fin de conciliar entre los derechos enfrentados sin que ninguno de ellos se vea desprovisto de sus efectos (Geiger & Izyumenko, 2014, pp. 330-331; Izyumenko, 2016, p. 120; Geiger, 2015, pp. 331-353).

Incompatibilidad. Cuando el conflicto entre la propiedad intelectual y los derechos humanos ocurre en sus aspectos centrales o esenciales, se deben considerar mutuamente incompatibles y uno de ellos debe prevalecer.

Medios internos: Exclusiones de protección. Tratándose de leyes propias del derecho intelectual, la incompatibilidad se presenta a través de las llamadas “exclusiones de protección”, también conocidas como requisitos

⁴⁹ Un ejemplo de esto son las licencias obligatorias en materia de patentes farmacéuticas. En México, las licencias obligatorias están consideradas en el artículo 146 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, que refiere qué no puede ser registrable como marca. Dicha ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de julio de 2020 y entró en vigor el 5 de noviembre de dicho año.

negativos de protección.⁵⁰ Estas son normas que, al impedir el registro de determinados objetos de protección o al permitir la invalidación de algunos derechos concedidos, se obstruye la posibilidad de que ciertos derechos de propiedad industrial nazcan o sean válidos para imposibilitar su colisión con derechos humanos concretos.⁵¹

Medios externos: Necesidad. La incompatibilidad también puede surgir de la aplicación de principios, al procurar resolver un conflicto entre enunciados normativos. Existen algunas voces que afirman que, en estos casos, se debe atender a una clara jerarquía legal entre los derechos contrapuestos, es decir, se marca la primacía de los derechos humanos sobre la propiedad intelectual (Yu, 2007, p. 711).

Este criterio debe ser descartado por más de una razón. La primera habría de centrarse en el hecho de que no hay una jerarquía normativa tratándose de derecho internacional, que solo admite como excepciones aquellas obligaciones que se pueden identificar como *ius cogens* (Aust, 2000, p. 258). Estos son principios perentorios de la ley que vinculan a la totalidad de la comunidad internacional y solo pueden ser sobrepasados por normas de la misma naturaleza (Salcedo, 1997, pp. 589-590). Es pertinente apuntar que esta categorización no aplica a los derechos humanos que normalmente entran en conflicto con la propiedad intelectual, como la libertad de expresión o el derecho a la cultura (Helfer & Austin, 2011, p. 66).

En el terreno del derecho doméstico, que la propiedad intelectual pueda disfrutar del rango de derecho constitucional, hace posible que eluda cualquier intento de marcar a los derechos humanos como predominantes bajo las interpretaciones de jerarquía. Asimismo, se debe considerar la propia naturaleza de los derechos humanos que les hace susceptibles de ser limitados, en aras de intereses de menor rango que no califican estrictamente como derechos humanos (Helfer & Austin, 2011, p. 66).⁵²

⁵⁰ Ejemplo de esto son los artículos 47, 49 y 173 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial que clarifican qué no puede ser patentable o registrable como marca.

⁵¹ Un ejemplo de ello sería la prohibición de registro de una marca descriptiva que incluye la fracción IV del artículo 173 de la Ley Federal de la Propiedad Industrial, disposición que encuentra como racional la necesidad de dejar el libre uso de competidores respecto a signos que resultan esenciales para conducir sus actividades concurrenciales en el mercado. Desde esta trinchera, el sistema marcario reconoce que la propiedad intelectual ejecuta una función social y que los intereses privados no pueden prevalecer sobre el interés común (Geiger, 2015, pp. 301, 354-355).

⁵² Un ejemplo de esto se puede ver en el artículo 4 de la abrogada Ley de la Propiedad Industrial, que estuvo vigente hasta el pasado 5 de noviembre de 2020 y que refería que no se otorgaría “patente, registro o autorización, (...) a ninguna de las figuras o instituciones jurídicas que regula esta Ley, cuando sus contenidos o forma sean contrarios al orden público, a la moral y a las buenas costumbres”, es decir, se limitaba la posibilidad de obtener la protección que ofrecen las instituciones del derecho de la propiedad industrial basándose en intereses de la moral pública.

Una premisa de lo anterior es la aplicación del test de necesidad mencionado, donde los juzgadores deben verificar si es aplicable que la propiedad intelectual pueda prevalecer sobre los derechos humanos en ciertas condiciones. La incompatibilidad ocurrirá cuando se determine que la propiedad intelectual representa la única medida viable para alcanzar el objetivo trazado por la ley, ello ante la inexistencia de una medida menos restrictiva e igualmente efectiva.⁵³

5.2.3. Cooperación

Concluyo con la tercer y última posibilidad de interacción apuntada por Gabrielle Spina Alì (2020). Expondré la cooperación que se da cuando la propiedad intelectual y los derechos humanos colaboran en lugar de entrar en conflicto. Esta se puede presentar de dos formas diferentes: complementariedad y reforzamiento. En el primero de los casos, la propiedad intelectual y los derechos humanos cubren aspectos diversos pero interconectados, en cuanto al reforzamiento, ambas protegen el mismo interés.

Complementariedad. Se podría decir que, en este caso, la propiedad intelectual y los derechos humanos son suplementarios, algo así como los lados de una moneda. Ambos operan sinérgicamente, ya sea en la búsqueda de fines sociales, al nivel de las políticas de gobierno, o al complementar sus alcances de proyección a nivel normativo.

Complementariedad al nivel de políticas. Se ocupa del proceso legislativo y de las elecciones que los legisladores realizan a favor del bien de la colectividad.

Se ha referido que la propiedad intelectual y los derechos humanos son necesarios para perseguir objetivos interrelacionados dentro de un área normativa. En tales circunstancias, cada uno atiende específicamente con un aspecto de un interés público multifacético.

⁵³ Esto propiamente habilita la existencia de la propiedad intelectual, ya que esta debe, invariablemente, prevalecer sobre infractores y falsificadores. En este contexto, el derecho de autor debe prevalecer sobre la libertad de expresión de terceros que desean comunicar públicamente, divulgar o distribuir una obra sin el consentimiento de su titular. Los derechos derivados de una patente y de un modelo industrial deben prevalecer a la libertad de los falsificadores para llevar sus negocios a expensas de los creadores e inventores. En materia de marcas, los reclamos de violación de derechos se verán robustecidos con el interés común de que no se cause engaño o confusión en el público consumidor, lo que debilita las posturas de personas que desean usar signos que desorienten a los consumidores (Helfer & Austin, 2011, pp. 285).

Complementariedad a nivel normativo. Se ocupa de las implicaciones jurisdiccionales y de la titularidad de ambos tipos de derechos por el mismo sujeto.

Esta complementariedad ocurre cuando la propiedad intelectual y los derechos humanos protegen diferentes aspectos de un fenómeno interrelacionado, es decir, los titulares pueden aprovechar ambas variedades de derechos para respaldar diferentes reclamos. La complementariedad normativa también sirve como una defensa en contra de acusaciones de violaciones de derechos humanos, al establecer que la titularidad del derecho humano presuntamente violado reside con la persona que detenta la propiedad intelectual más que con la persona que reclama. Esto es una clara diferencia con la complementariedad a nivel de políticas, donde los derechos controvertidos pertenecen a personas diferentes.

Refuerzo. En determinadas circunstancias, el alcance de la propiedad intelectual y el de los derechos humanos se yuxtaponen de forma tal que refuerzan su alcance. Como resultado, los titulares se ven posibilitados para gozar de bases legales alternativas para proteger sus intereses.

Esto implica dos ventajas, por un lado, permite tener un respaldo legal adicional por si fallase alguno, así como permite gozar de alcances de protección diversos en una misma situación.

Yuxtaposición material. Solo hay un puñado de casos en los que se da una yuxtaposición de tal tipo. Spina Ali (2020) señala que todos estos casos refieren a la coexistencia del derecho de autor y los intereses de la propiedad tangible en los primeros sustentos materiales de una obra.⁵⁴

Yuxtaposición normativa. Un ejemplo destacado de este tipo de interacción es la que existe entre el derecho de autor y el derecho de privacidad. Los titulares del derecho de autor pueden citar sus derechos exclusivos (ya sea de contenido económico o no) en contra de la puesta a disposición pública de trabajos que revelen detalles de la vida privada de una determinada persona, como diarios y correspondencia privada.

⁵⁴ Un ejemplo de esto se puede ver en los sistemas jurídicos del derecho de autor de tradición continental europea en los que se observa la complementariedad del derecho moral de divulgación (posibilidad de que se haga de conocimiento público una obra) y el derecho patrimonial de distribución (autorizar la transmisión de uso o propiedad de los soportes materiales de una obra) con los derechos del propietario del sustento material de una obra. Ambos derechos de autor reforzarían un reclamo relacionado con la propiedad material de los soportes originales de una obra que pudieron haber sido sustraídos por un tercero.

5.3. Derecho a la salud

El derecho a la salud es una expresión que implica el derecho de toda persona para disfrutar del más alto estándar alcanzable de salud física y mental. El acta de constitución de la Organización Mundial de la Salud,⁵⁵ adoptada en 1946, contempló las bases para el derecho a la salud de la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos al establecer “el disfrute del más alto estándar alcanzable de salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”. Por su parte, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, implica a la salud como materia de derechos humanos. El derecho a la salud, con base en estos instrumentos, ha sido firmemente sostenido en una multiplicidad de tratados internacionales y regionales de derechos humanos, así como en numerosas constituciones.

El derecho a la salud debe garantizar no solo el oportuno y apropiado cuidado de la salud, sino también el acceso a agua potable y desinfectada, un adecuado suministro de comida segura, nutrición, condiciones ocupacionales y ambientales saludables y acceso a educación e información sobre salud (Lee, 2015, p. 124).

5.4. COVID-19 y el rol de la interacción de la Propiedad Intelectual con los Derechos Humanos

Finalizaré este apartado con cuatro notas que constituyen el corazón de este trabajo. Primero, ubicaré los antecedentes generales de la pandemia por COVID-19, trazaré sus interacciones con la propiedad intelectual, referiré qué ha dicho la doctrina respecto a una propuesta determinada para el tratamiento de la emergencia sanitaria en la que se proponen ciertas excepciones y, por último, resaltaré las lecciones aprendidas en el ámbito de interacción de la propiedad intelectual y los derechos humanos por la aparición del COVID-19.

⁵⁵ México forma parte de la Organización Mundial de la Salud al haber suscrito el Acta de Constitución del 22 de julio de 1946, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de dicho año. Se contó con aprobación del senado el 26 de diciembre de 1947 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de julio de 1948.

5.4.1. Antecedentes

En diciembre de 2019 la aparición, en Wuhan, provincia de Hubei, China, de una variedad de coronavirus no conocida produjo una tragedia de salud global. El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud anunció tal surgimiento como una emergencia de salud pública de importancia internacional y, posteriormente, como una pandemia el 11 de marzo de 2020. Este virus, después llamado SARS-CoV-2, puede ocasionar síntomas leves de gripe (incluso puede ser asintomático), o bien, puede avanzar en una aguda enfermedad respiratoria, similar a la neumonía, llamada “neumonía infectada de coronavirus”. Todo este síndrome clínico es conocido como COVID-19 (Yang & Wang, 2020, pp. 1-2).

La urgencia de responder a esta amenaza mundial provocó una gran variedad de esfuerzos en todo el mundo para detenerle lo más rápido posible. Sin duda, el cuidado de la salud de la población mundial ha sido la prioridad máxima. Los esfuerzos de la tecnología y la innovación se decantaron en apoyar los sistemas de salud mediante el rápido desarrollo y manufactura de productos orientados a la atención de la crisis sanitaria, como equipo de protección personal, pruebas de diagnóstico, tratamientos, ventiladores, vacunas, etcétera (Tietze et al, 2020, pp. 1-2).

El 2 de octubre de 2020 los gobiernos de la India y Sudáfrica propusieron que los miembros de la Organización Mundial de Comercio⁵⁶ deberían:

trabajar juntos para asegurar que los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, los diseños industriales, el derecho de autor y la protección a la información confidencial no creen barreras para el oportuno acceso a productos médicos asequibles, incluidas vacunas y medicinas, o para ampliar la investigación, desarrollo, manufactura y distribución de productos médicos esenciales para combatir el COVID-19.

Este documento propuso una exención que habría de mantenerse en vigor hasta que la vacunación contra tal enfermedad se extienda a nivel global y que la mayoría de la población del mundo hubiese desarrollado inmunidad, pues asegura que existen circunstancias excepcionales que justifican tales excepciones a las obligaciones del ADPIC.

⁵⁶ México forma parte de la Organización Mundial del Comercio al haber suscrito el Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Económicas Multilaterales y, por tanto, el Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio el día 15 de abril de 1994, contando con aprobación del Senado el día 13 de julio de 1994 y habido sido publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto del mismo año.

5.4.2. La pandemia del COVID-19 desde la perspectiva de la propiedad intelectual

La respuesta al COVID-19 está indisolublemente unida a la propiedad intelectual. En un mundo cada vez más globalizado, donde un patógeno de una enfermedad infecciosa viaja más rápido y a más lugar que antes, el desarrollo de vacunas, tratamientos y otras manifestaciones de la tecnología médica se ha convertido en una parte integral de los esquemas de preparación y respuesta de salud pública.

El desarrollo de estas invenciones y, hasta cierto sentido, la asignación y distribución de los beneficios económicos que producen está íntimamente ligado a la propiedad intelectual, pues influencia los recursos dispuestos en actividades de investigación y desarrollo, determina la colaboración científica y, en ciertos casos, condiciona la disponibilidad en amplios territorios de las nuevas tecnologías.

El COVID-19 ha expuesto las deficiencias de la dependencia arraigada de la propiedad intelectual como canal para la producción y difusión de tecnologías médicas necesarias para abordar los problemas que plantean las pandemias y epidemias. Asimismo, ha dado nueva vida a los esfuerzos para explorar mecanismos legales y de políticas para atemperar potencialmente algunos de las cuestiones planteadas por la cuasi omnipresencia de la propiedad intelectual y las deficiencias de su dinámica (Santos, 2021, p. 2).

5.4.3. Nota sobre la propuesta de exención de derechos intelectuales como alternativa de tratamiento a la pandemia del COVID-19

Resultará de interés atender algunos de los argumentos que la doctrina ha referido respecto al rol de la propiedad intelectual en el tratamiento de la pandemia y, particularmente, sobre la propuesta de exención de derechos intelectuales que presentó India y Sudáfrica ante la Organización Mundial del Comercio (Hilty et al, 2021; Mercurio, 2021; Bostyn, 2021).

- i. **Exentar la aplicación de los derechos intelectuales no provocará un aceleramiento de la manufactura y distribución respecto a la vacuna contra el COVID-19.** La demora en la producción de vacunas y su distribución ha sido causada, principalmente, por la escases de la materia prima (Dakin, 2021), capacidad de manufactura insuficiente (Menon, 2021) y un proceso muy complejo de producción. Ninguno de estos

problemas tiene origen en los límites que impone un derecho intelectual ni sería resuelto con una exención (Santos & Banres, 2021).⁵⁷

Incluso habría que notar que los titulares de derechos intelectuales han preferido celebrar contratos para asociarse y otorgar licencias a terceros con posibilidades de producir vacunas (Pancevski, 2021).

Parecerían remotos los casos donde un titular de un derecho de patente sobre una vacuna se niegue a licenciar sus derechos. Sin embargo, si se diera una negativa que no estuviese justificada en razones objetivas, como características de seguridad, estabilidad y calidad, habría de ser resuelta a través de los medios legales existentes. Recurrir a estos implicaría un resultado proporcional, es decir, por el rechazo de muy pocos no se debe afectar los derechos de todos los titulares.

- ii. **Los derechos de propiedad intelectual son la base para colaboraciones y contratos.** El ciclo de vida de las vacunas contra el COVID-19, desde su desarrollo hasta la obtención de los permisos de comercialización, es muy complejo (King, 2021). La cooperación durante todo el proceso de desarrollo, producción y distribución de dichas vacunas alcanzó un nivel sin precedentes. Esto es algo llamativo, pues el comportamiento habitual de los competidores en este sector habría hecho suponer que actuarían celosamente. La cooperación en el sector farmacéutico normalmente se basa en derechos de propiedad intelectual, que sirven de objeto para contratos. Exentar la aplicación de los derechos intelectuales traería consigo una clara afectación a los factores determinantes de la voluntad de los competidores para colaborar entre sí.

Un acuerdo de explotación de una invención comúnmente incluye la revelación restringida del *know how*⁵⁸ necesario para explotar la tecnología objeto del contrato. Tal *know how* normalmente no es revelado en la información relacionada a una patente o a una solicitud de patente ni en publicaciones científicas ni en información necesaria para la obtención de autorizaciones de comercialización. La exención de derechos de patente eliminaría los incentivos para que los desarrolladores de productos originales revelen tal información a quienes fabrican productos biosimilares.

⁵⁷ Incluso vale la pena recordar la escasez de cubrebocas que se presentó en las primeras semanas de la pandemia provocada por COVID-19, problema que evidentemente no tuvo origen en un límite impuesto por un derecho intelectual (Forbes, 2020).

⁵⁸ El término *know how* es definido en el *Black's Law Dictionary* como "la información, el conocimiento práctico, las técnicas y las habilidades necesarias para lograr un fin práctico, especialmente, en industria o tecnología (The information, practical knowledge, techniques, and skill required to achieve some practical end, esp. in industry or technology) (Garner, 2009, p. 978).

- iii. **Las exenciones de los derechos de propiedad intelectual no implicarán la exención de requerimientos regulatorios para la autorización de vacunas.** Toda persona que desee comercializar un producto medicinal para uso humano en un mercado, ya sea que se trate de un medicamento de patente o un genérico o biosimilar, necesita obtener autorizaciones sanitarias. Las vacunas son productos medicinales biológicos. Comparados con medicamentos micromoleculares, los productos biosimilares están sujetos a requerimientos regulatorios muchos más rigurosos. Los desarrolladores de medicamentos biosimilares deben demostrar mediante exhaustivos estudios comparativos que sus productos son “altamente similares” a los medicamentos correspondientes y que no existen diferencias clínicas significativas entre los productos biosimilares y su referencia en términos de seguridad, calidad y eficacia. Los desarrolladores de vacunas pueden optar por transferir su autorización de comercialización (siempre que se puedan mantener los estándares de seguridad y calidad) o ayudar a determinadas personas con vínculos a ellos a obtener la autorización de comercialización, al compartir los datos y conocimientos necesarios. Sin embargo, es posible que la voluntad por este tipo de cooperación sea menos factible si se llegase a considerar supuestos de exención respecto a derechos intelectuales.

Incluso si se renunciara a todos los derechos de propiedad intelectual relacionados, incluida la secrecía de los datos de prueba, cada nuevo solicitante de autorización de comercialización tendría que cumplir con los requisitos de seguridad, calidad y eficacia. Todo esto sugiere que, en lugar de acelerar el suministro de vacunas, una exención probablemente causaría un retraso, si los titulares de patentes actuales dejan de cooperar o suministrar vacunas de producción propia.

- iv. **Es cuestionable si la exención de derechos de propiedad intelectual reducirá significativamente los precios por las vacunas.** Aunque es razonable que exista inquietud respecto a los precios de las vacunas, especialmente en los países en los que el acceso a la atención médica presenta importantes obstáculos, hay varias razones por las que una exención de los derechos de propiedad intelectual podría no resultar en un precio más bajo para las versiones biosimilares de las vacunas, en comparación con los productos existentes actualmente.

Algunos desarrolladores y fabricantes de vacunas actuales han manifestado públicamente que no desean lucrar como consecuencia de la pandemia por COVID-19 (Soriot, 2021). Si bien puede preocupar la

posibilidad de que estos agentes comerciales cambien sus posicionamientos, es probable que los precios se mantengan en un nivel competitivo, dado que existe un número creciente de sustitutos reales y potenciales y, por tanto, competencia.

Asimismo, los requisitos tecnológicos para la producción de biosimilares resultan en mayores costos de desarrollo y fabricación, en comparación con las versiones genéricas de medicamentos micromoleculares, por lo tanto, establecer la producción de vacunas contra el COVID-19 requiere de inversiones mayores.

Las empresas de biosimilares y genéricos, al igual que aquellos agentes que preponderantemente desarrollan nueva tecnología, suelen tener fines de especulación comercial. Esto llevaría a suponer que, en caso de una exención de derechos de propiedad intelectual, los precios de mercado de las vacunas podrían no ser significativamente más bajos que los precios actuales, dado que esta exención beneficiaría a los intereses comerciales de los fabricantes de genéricos en primer lugar, pues estarían exentos del pago de regalías.

Incluso, si los fabricantes de genéricos estuvieran dispuestos a limitar los precios a sus propios costos de producción, es cuestionable si dichos precios serían sustancialmente más bajos que los precios actuales de las vacunas suministradas, en virtud de los compromisos sin fines de lucro. A menos que los fabricantes de biosimilares se comprometiesen a vender al margen de costo de producción, una exención podría beneficiar sus intereses comerciales más de lo que serviría al interés público en la obtención vacunas asequibles.

Habría que sumar la consideración que el costo de distribución de la vacuna por sí solo, sin incluir la fabricación, es bastante considerable. En algunos casos, puede equivaler a la mitad del precio de mercado de la vacuna. Todos los participantes en la compleja cadena de suministro deben recibir un pago por productos y servicios, independientemente de si las vacunas están protegidas por derechos intelectuales o no.

- v. **El acuerdo ADPIC es lo suficientemente flexible para prevenir los efectos negativos de las patentes.** Nulificar parcial o totalmente por un tiempo determinado un derecho de patente no es la única opción viable (Kovac & Rakovec, 2020, p. 37), es necesario considerar y evaluar otras posibilidades.⁵⁹

⁵⁹ Vale la pena citar lo referido por Francis Gurry (2020) respecto al COVID-19; “Tanto a nivel nacional como internacional, el sistema de PI es consciente de que las emergencias y catástrofes pueden exigir la adopción de medidas que perturben el funcionamiento normal del marco de incentivos en el que se basa el propio sistema durante el período que dure la emergencia o la catástrofe. Entre las medidas normativas previstas en la legislación

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, una exención sólo debería implementarse si no existen medidas menos restrictivas e igualmente efectivas disponibles para garantizar el acceso equitativo a las vacunas y tratamientos para COVID-19. Ante la posibilidad de que los mecanismos de suministro fallen, es conveniente verificar si las flexibilidades previstas en los artículos 30, 31 y 31 bis del ADPIC contribuyen a incrementar la disponibilidad de productos médicos necesarios.

El artículo 31 del ADPIC habilita a los miembros de la Organización Mundial del Comercio para considerar dentro de sus sistemas jurídicos nacionales la concesión de licencias obligatorias para patentes, incluido el uso de la invención correspondiente por parte del gobierno o de terceros autorizados por este.⁶⁰ Como regla general, una licencia obligatoria solo puede otorgarse después de que las negociaciones con el titular de los derechos para concertar una concesión en términos y condiciones comerciales razonables que no hayan tenido éxito dentro de un período de tiempo razonable. Sin embargo, un miembro de la Organización Mundial del Comercio puede renunciar a este requisito, en caso de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de uso público no comercial. No obstante, deben reconocerse ciertas desventajas de las licencias obligatorias de patentes.

Por ejemplo, para que las licencias obligatorias sean un instrumento eficaz, un país, ya sea que produzca para su propio

internacional y nacional de PI para hacer frente y mitigar las situaciones de emergencia y catástrofe figuran las licencias obligatorias y las licencias de pleno derecho de tecnologías patentadas incorporadas en material médico y medicamentos vitales (...). Al aplicarse de manera selectiva y temporal, estas medidas pueden ser útiles o incluso fundamentales cuando sea evidente que existe una necesidad a la que se puede responder.” Esto hace eco con lo referido en el artículo 8(1) del ADPIC, que considera la obligación de los miembros de adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y para promover el interés público en sectores de vital importancia en su desarrollo socioeconómico y tecnológico.

⁶⁰ En México, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial contempla la concesión de licencias por causa de utilidad pública en su artículo 153, que permiten la explotación de una invención por terceras personas al titular de la patente o modelo de utilidad correspondiente, cuando, por causas de emergencia o seguridad nacional, y mientras duren estas, se necesite para facilitar la ágil y asequible producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población. Cabe mencionar que la doctrina ha criticado, con justa razón, que esta reciente Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial no haya incorporado cambios significativos al esquema de licencias obligatorias por causa de utilidad pública, ya que perdió la oportunidad de atenuar los efectos monopólicos de las patentes al abrir la oportunidad de explotarlas bajo ciertas consideraciones particulares, tanto como la propia pandemia por COVID-19. Sin embargo, se mantuvo el mismo esquema que poco abona a que en caso de emergencia se permita un expedito acceso a las tecnologías protegidas, dado los esquemas burocráticos de declaración de emergencia y de intervención de titulares, autoridades e interesados en la concesión de una autorización (Jalife, 2020, pp. 92-96).

consumo o para la exportación en virtud del artículo 31bis del Acuerdo sobre los ADPIC, debe tener capacidad e instalaciones de fabricación reales, así como la experiencia necesaria. Para algunas vacunas esto puede ser un desafío, incluso en las naciones industrializadas. Ni una licencia obligatoria ni la exención a los derechos de propiedad intelectual resolverían estos obstáculos fácticos.

También puede anotarse que el procedimiento para obtener una licencia obligatoria puede resultar muy tortuoso, pues su eficiencia, en última instancia, depende de la aplicación de las leyes nacionales. Durante la pandemia se han presentado diferentes enfoques y medidas adoptadas, ello sugiere que las licencias obligatorias pueden cumplir su propósito en circunstancias como la actual.

En armonía con lo referido sobre la transferencia de *know how*, una licencia obligatoria para los derechos de patente por sí sola no será suficiente sin una transferencia completa y eficaz de tal *know how*, que es esencial para hacer uso de una tecnología patentada.

Lo dispuesto en el artículo 31bis de ADPIC es más idóneo que una exención de aplicación de derechos intelectuales, dado que resulta más proporcionado. En un caso como el de la pandemia del COVID-19, se contempla la concesión de licencias obligatorias para la fabricación y exportación de productos farmacéuticos a los “miembros importadores elegibles”, categoría que, en una eventualidad como esta, convendría que no solo comprenda a los países menos desarrollados, sino que alcanzaría a toda nación que urgentemente necesite vacunas y tratamientos (Abbot, 2020, p. 22). Esta medida a nivel de la legislación internacional sobre propiedad intelectual salvaguardaría el comercio transfronterizo y sería más proporcionada que una renuncia total a los derechos de propiedad intelectual, en caso de que fracasaran los instrumentos de ordenación privados.

Dado que no sería realista lograr una enmienda de ADPIC con prontitud y muy seguramente esperar la modificación de la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales para contemplar exenciones a derechos intelectuales, la prórroga temporal de los miembros importadores elegibles podría implementarse de conformidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio sobre adopción de decisiones.⁶¹

Además, para comercializar un medicamento fabricado con una licencia obligatoria, es necesario establecer un mecanismo legal para superar el problema de la protección de la exclusividad de los datos de prueba de conformidad con el artículo 39 de ADPIC.

⁶¹ Esto también requerirá que a nivel nacional no existan obstáculos a la exportación de productos fabricados bajo una licencia obligatoria.

Por último, cabe mencionar que una licencia obligatoria requiere una compensación monetaria en forma de regalía. Si bien esto puede verse como una desventaja en comparación con una exención, los tribunales nacionales tienen la autonomía para establecer las tarifas de las licencias obligatorias a un nivel comparativamente bajo.

- vi. **Una exención amplia de los derechos intelectuales tendrá un efecto negativo en los incentivos para la innovación en medicamentos.** Es importante considerar los efectos potenciales de una exención integral de los derechos de propiedad intelectual respecto a invenciones sobre los incentivos a la innovación en el desarrollo de vacunas (incluidas las variantes emergentes de COVID-19), así como en otras áreas de la investigación médica.

En lo que respecta a la investigación de vacunas, contrariamente a lo que se suponía al comienzo de la pandemia, estudios recientes demuestran que los coronavirus pueden mutar significativamente y a un ritmo rápido. Aunque algunas de las vacunas existentes han demostrado ser efectivas, no pueden hacerlo. Se excluye que se requerirá grandes esfuerzos de investigación y desarrollo para hacer frente a las nuevas variantes de virus emergentes. Una exención de la protección de la propiedad intelectual podría dejar a la sociedad vulnerable a tales variantes emergentes de COVID-19 si los actuales titulares de la propiedad intelectual/desarrolladores de vacunas abandonan los esfuerzos de investigación como resultado de dicha exención.

- vii. **Las preocupaciones porque se maximicen los ingresos de los titulares de propiedad intelectual no es una razón válida para que se den exenciones respecto a los derechos de propiedad intelectual.** Como refieren Hilty et al (2021), se ha especulado que las compañías farmacéuticas prosperarán con la crisis de salud pública y que las personas mediante sus gobiernos pagan por las vacunas de COVID-19 dos veces, subvencionando el desarrollo de vacunas y, después, comprándolas. Sin conocer el costo real del desarrollo, fabricación y distribución de vacunas, es imposible verificar tales suposiciones.

La causa de las preocupaciones sobre los precios "excesivos" de las vacunas COVID-19 no son los derechos de patente como tales, sino la falta de transparencia. Los gobiernos deberían haber abordado tanto las cuestiones de transparencia como de precios en el marco de los acuerdos que subvencionaban la investigación.

El sistema de patentes subyace en una compensación inherente entre los incentivos a la innovación y el acceso a medicamentos asequibles, que ha sido objeto de un prolongado debate sobre cómo la innovación y la asequibilidad, ambas de interés público, deben equilibrarse.

- viii. **El marco de gobernanza global podría proveer mejor soporte a los países en vías de desarrollo.** La inmunidad colectiva global en un tiempo razonable solo puede lograrse asegurando un acceso global equitativo a las vacunas COVID-19. Dado que ningún país es totalmente independiente en el desarrollo, producción y suministro de vacunas y terapias relacionadas a tal enfermedad, es una cuestión de fraternidad internacional mejorar el acceso adecuado a tales vacunas.

Esto exige la necesidad de criterios gubernamentales homogéneos, que requieren seguridad, transparencia, rendición de cuentas y control del cumplimiento legal para lograr una cobertura integral de vacunas y productos médicos en todo el mundo.

La promoción de oportunidades equitativas y acceso equitativo a las vacunas a nivel mundial presupone, directa o indirectamente, el apoyo financiero e institucional de los países de ingresos altos, incluso mediante el suministro directo de vacunas a las naciones en desarrollo, especialmente las dosis que se preordenaron en exceso de sus propias necesidades de la población.

En consecuencia, el comercio y las libertades de los países desarrollados se verían menos afectados, al tiempo que se reducirían los riesgos de crisis civiles y políticas que podrían afectar la estabilidad y el crecimiento económicos mundiales.

Un tratado internacional contra la pandemia defendido por más de veinticinco líderes mundiales de diferentes países e instituciones, incluidos Francia, Alemania, Italia, el Reino Unido y la Organización Mundial de la Salud, es un ejemplo de lo que se puede hacer. Si se diseña adecuadamente, podría ofrecer un marco apropiado para abordar cuestiones relevantes, como el comercio, la distribución, el acceso y la innovación en el sector de la vacuna y la terapéutica.

En vista de la incapacidad de la exención propuesta para lograr sus objetivos, sigue siendo una tarea para que los países adopten soluciones de emergencia efectivas para hacer frente a los problemas no resueltos de acceso a medicamentos contra el COVID-19 y un marco de gobernanza global para abordar futuras pandemias.

5.4.4. Lecciones aprendidas a raíz de la pandemia de COVID-19

Johnson y Bailey (2020, p. 89) apuntan como lección principal derivada del COVID-19 que es necesario construir una perspectiva más general, sistemática y crítica de la ley en el contexto de una pandemia, el cual debe reaccionar en un período de tiempo más reducido para adaptarse a las necesidades sociales. Este razonamiento lo toman con base en las siguientes premisas:

- Primero: El libre flujo de información salva vidas, una observación que tiene ramificaciones en el derecho constitucional de la libertad de expresión, el derecho de autor y las leyes de patentes.
- Segundo: los responsables de tomar decisiones políticas relevantes podrían no actuar de manera adecuada para salvar vidas, esta observación sugiere un papel relevante en las agencias administrativas independientes y, quizá, en el poder judicial.
- Las regulaciones previas a la crisis y las estructuras de creación legislativas demostraron no ser lo suficientemente ágiles en medio de la pandemia, por tanto, las autoridades necesitan estar libres de restricciones para tener una posibilidad de respuesta más amplia.

VI. Conclusiones

Tal como refirió Francis Gurry (2020), actualmente, el principal desafío no es el acceso a vacunas, tratamientos o curas para la COVID-19, sino la ausencia de vacunas, tratamientos o curas que estén autorizados y sean accesibles. Por consiguiente, en esta etapa, la política de los gobiernos debería centrarse en apoyar la ciencia y la innovación para producir una vacuna, tratamientos o curas.

El espíritu de cooperación que se ha presentado en la comunidad mundial a raíz del COVID-19 debe continuar y debe trascender el deber ser legal y convertirse en realidad. Fomentar los intercambios de propiedad intelectual para colaborar contra desastres sanitarios, como el COVID-19, debe ser uno de los lineamientos fundamentales de la sociedad en el futuro. Ya sea mediante el fomento de licencias voluntarias, la aplicación de licencias obligatorias y de licencias de utilidad pública u otro método. Esto dejando de lado intenciones de exentar los derechos de propiedad intelectual, que desincentivarían la innovación tecnológica y, con ello, la creación de nuevos medios para lograr el bien común.

Los actores globales, como los países y los desarrolladores farmacéuticos privados, deben estar preparados para para compartir

conocimientos e información relacionada con el tratamiento o curas. Si bien no se sabe cuándo surgirá la próxima pandemia mundial, hay una certeza: llegará y se debe dar una respuesta rápida y unificada.

Finalizaría con una referencia a uno de los más grandes filósofos de este tiempo, Joseph Ratzinger (2009), quien fuera pontífice romano,⁶² y quien expresó que “hay formas excesivas de protección de los conocimientos por parte de los países ricos, a través de un empleo demasiado rígido del derecho a la propiedad intelectual, especialmente en el campo sanitario”(párr.22), esto expresa el conflicto entre los intereses económicos acrisolados mediante los derechos intelectuales y los derechos humanos y encuentra solución a este conflicto a través de la fraternidad y su materialización en la vida del hombre:

Sí hay confianza recíproca y generalizada, el mercado es la institución económica que permite el encuentro entre las personas, como agentes económicos que utilizan el contrato como norma de sus relaciones y que intercambian bienes y servicios de consumo para satisfacer sus necesidades y deseos (párr. 3).

VII. Referencias bibliográficas

- Abbot, Frederick (2020). *The TRIPS Agreement Article 73. Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic*. Ginebra: South Centre
- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arnold, Richard & Rosati, Eleonora. (2015) Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 11(1), pp. 741-749.
- Aust, Anthony (2000). *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.
- Borges Barbosa, Denis & de Ávila Plaza, Charlene (2015). Cap. 13, Intellectual Property in decisions of Constitutional Courts of Latin American countries. En Christophe Geiger (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, (pp. 236-253). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar.
- Bostyn, Sven, J.R. (2021). *Why a COVID IP waiver is not a good strategy*.

⁶² Se ruega al lector notar que esta referencia a Ratzinger no es realizada conforme a la dignidad de su investidura papal como Benedicto XVI, la cual no se pone en entredicho; sino que es citado en su carácter de interlocutor en antropología, filosofía, sociología y humanismo.

Capítulo V

Litigio estratégico de banqueta

Sumario: I. Introducción. II. Situación actual del litigio estratégico. III. Litigio estratégico en México. IV. Litigio estratégico de banqueta. V. Conclusión. VI. Referencias Bibliográficas.

Ernesto López-Acosta Sandoval⁶³

I. Introducción

En este texto se narra el concepto y origen del litigio estratégico, así como los retos que enfrenta. Ya puesto en su justa dimensión, se invita a todo abogado a formar parte del litigio estratégico, a sabiendas que no necesariamente implica estar involucrado en grandes casos, se puede hacer litigio estratégico de banqueta: aquel que está a la mano para el “abogado de a pie”. Con independencia que esté vinculado o no, a la actividad estrictamente litigiosa.

Pongo en la mesa la postura que considera antiético el litigio estratégico, que lo considera “ofrecer humo”. En este trabajo se invita a ver al litigio estratégico en su justa dimensión, como una herramienta tendiente a lograr una sociedad más justa. También se señala porqué, como abogados, estamos obligados a contribuir para lograr esa sociedad.

Si bien todos estamos obligados a contribuir para lograr una sociedad más justa, no tenemos la obligación de avocar nuestra vida a una asociación civil o a un ente dedicado a defender los derechos humanos. Para eso está el “litigio estratégico de banqueta”: aquel que está al alcance de la “gente de a pie”.

Ese litigio estratégico en el que cualquiera de nosotros puede participar. Con independencia de que se esté en la academia o en alguna área del derecho que no esté directamente vinculada a la dinámica con los órganos jurisdiccionales.

⁶³ Doctorante en Derecho. Director de L-A Legal, director del canal de comunicación Abogados Sin Corbata. Vicepresidente de SOS Jalisco. Coordinador de la Comisión de Innovación en la Administración de Justicia del Capítulo Occidente del INCAM.

II. Situación actual del litigio estratégico

2.1 ¿Qué es?

“El litigio estratégico en derechos humanos busca, por medio de la ley, promover cambios sociales en pro de los individuos cuyas voces no serán escuchadas” (pág. 471). Esta definición es aportada por Sandra Carvalho y Eduardo Baker (2014), tras extraerla del informe Litigation Report de Justice Initiative.

Los autores señalan que “el litigio estratégico debe ser capaz de llamar la atención hacia los abusos y violaciones de derechos humanos y resaltar la obligación del Estado de cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales” (Carvalho y Baker, 2014, pág. 71).

¿Por qué el litigio estratégico? Martha Villarreal (2007) le da su razón de ser en el compromiso que tenemos los abogados con el Estado de derecho. Compromiso que no se debe limitar a la observancia de las leyes, de su interpretación y su utilización. Este compromiso rebasa el puntual seguimiento a los procedimientos y las formas de acceso a la justicia. El compromiso que tenemos los abogados con el Estado de derecho es lograr comunicar a todos los miembros de la sociedad que son parte de él (pág. 17).

A ese compromiso que Villarreal describe, hay que agregarle un componente más: el de buscar hacer realidad las consecuencias que el Estado de derecho debe tener contempladas para todos los miembros de la sociedad. No es solo comunicar la pertenencia al Estado de derecho: también es hacerlos sentir y demostrarles que son parte de él.

Para tener una sociedad justa, como a la que debemos aspirar todos, no basta que haya más abogados. Los abogados en México debemos tomar acciones tendientes a lograrlo. Nuestra sola existencia y ejercicio profesional “ordinario”, no es contribución suficiente a lograr una sociedad más justa. Debemos hacer acciones directamente encaminadas a ello, una es el litigio estratégico.

Guadalupe Barrena (2007) hace ver que, en México, más abogados no ha significado más justicia. Destaca que la relación de abogados por habitante es nominalmente alta, en comparación a otros países con mayor grado de desarrollo. Tomando cifras de 2004, la autora señala que en México había aproximadamente 185 abogados por cada 100 000 habitantes, mientras que en Reino Unido había 150, en Alemania 77 y en Países Bajos 100 000.

Barrena (2007) cita una encuesta hecha a estudiantes de derecho en México, en 2002, por los profesores Fix-Fierro y López-Allón. La cual revela que entre las perspectivas profesionales de los estudiantes no está convertirse en abogados defensores de derechos humanos. La encuesta señala que el uno por ciento de los estudiantes estaba empleado en

organizaciones no gubernamentales, 60 por ciento trabaja para la iniciativa privada y 20 para alguna rama del sector público (pág. 213).

¿Cuándo optar por la herramienta del litigio estratégico, en aras de hacer actos tendientes a lograr una sociedad más justa? Villarreal (2007) da los siguientes indicadores: (i) si el derecho no es observado; (ii) si hay discordancia con los estándares internacionales; (iii) cuando hay reiterada aplicación inexacta y arbitraria de la ley, y (iv) cuando se soslaya la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales *vs* los civiles y políticos (pág. 22).

Juan Carlos Gutiérrez Contreras (2011) da una definición de litigio estratégico que no se comparte del todo. Señala que es “el conjunto de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales” (pág. 6). Hasta ahí todo bien, pero más adelante agrega que la diferencia entre el litigio estratégico y el activismo clásico “estriba en el desarrollo de aspectos novedosos para el tratamiento de los casos, pues con este se busca obtener la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos en la decisión judicial” (pág. 6).

No se comparte que el litigio estratégico necesariamente deba tener un componente de internacionalidad. El litigio estratégico es para evitar violaciones a derechos humanos, con o sin un componente de intencionalidad. Sostener la necesidad de este componente supranacional, nos llevaría a pensar que el caso Mini Numa no es litigio estratégico por haber sido resuelto en instancias nacionales.

En el caso Mini Numa se logró que un juez de amparo conminara a las autoridades responsables a generar condiciones que permitieran a los habitantes de Mini Numa⁶⁴ el acceso a servicios de salud⁶⁵. En opinión de Rodrigo Gutiérrez y Aline Rivera (2009), es claro que el caso debe ser caracterizado como litigio estratégico porque “...forma parte de aquellos casos en los que el proceso judicial se utiliza como un instrumento más que permite a personas, grupos y comunidades acceder a determinadas necesidades y bienes tutelados por los derechos que les han sido sistemáticamente negados” (pág. 117).

Además, señalan que “el proceso ante tribunales solo constituye una parte del litigio estratégico” (Gutiérrez y Rivera, 2009). Dado que es un conjunto de acciones elegidas para hacer visible una problemática particular, fortalecer la posición y legitimar la lucha (pág. 118). Y es más que obtener una sentencia favorable. Es buscar el impacto en la opinión pública, y las

⁶⁴ Comunidad ubicada en el municipio de Metlatónoc, Guerrero.

⁶⁵ En la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero, dentro del Amparo Indirecto 157/2007.

consecuencias que se puedan tener a partir de él. Implica en adición al litigio mismo “alianzas y estrategias políticas y sociales que deben necesariamente articularse para luchar por los derechos en cuestión” (pág. 118).

No es “presentar el caso y buscar una sentencia favorable”. Su eficacia, en buena medida, depende de la estrategia de comunicación que se utilice alrededor del caso (J. Gutiérrez et al., 2011, pág. 17). Algunas acciones que se recomiendan en paralelo a la actividad judicial son:

1. Utilizar medios (electrónicos y escritos) para hacer visible el caso.
2. Campañas de sensibilización.
3. Cabildeo con las autoridades.
4. Contactar organizaciones para buscar un trabajo en equipo.
5. Buscar *amicus curiae*. Es decir, que personas ajenas al litigio, externen al órgano jurisdiccional opiniones en favor del caso (pág. 29).

En 2019 la Universidad Nacional Autónoma de México impartió un diplomado en litigio estratégico, cuyos talleres resultan particularmente ilustrativos para saber qué se necesita en aras de tener un litigio estratégico exitoso.

El temario incluye cuestiones jurídicas tales como: justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, la reforma constitucional en derechos humanos en el país, acciones colectivas, juicio de amparo, derecho al medio ambiente, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al agua, a la educación, litigio en relación al cambio climático, así como cuestiones relativas a pueblos indígenas y megaproyectos.

Y en el listado de los talleres del diplomado, se aprecian esas herramientas alternas a la actividad judicial en estricto sentido: acceso y uso de la información; estrategia, alianzas y coyuntura; así como estrategias de comunicación y medios para la incidencia.

Se reitera, litigio estratégico no es solo presentar una demanda de amparo, estar al pendiente de ella y buscar una sentencia favorable.

2.2 ¿Cuál es su origen?

¿Su origen es con el famoso artículo de Jerome Frank titulado *Why not a Clinical Lawyer School?* (Gutiérrez et al., 2011, pág. 9), publicado en 1933. En el artículo se señala cómo debe ser la enseñanza del derecho en las universidades. Y pone en la mesa una cuestión que considera de vital importancia: las clínicas legales. El autor reconoce la existencia de clínicas legales de ayuda a la sociedad, pero por desventura, estas clínicas no eran integradas por los abogados más sobresalientes.

Por eso Frank (1993) sugiere que las universidades tengan clínicas legales que estén integradas por estudiantes graduados, estudiantes en curso

y abogados sobresalientes de la localidad (pág. 917). Señala que otro beneficio es permitir a los estudiantes comenzar a tomar su lugar como miembros constructivos de la comunidad. Además, que la ética profesional puede ser enseñada de manera efectiva (pág. 922). Y afirma que las clínicas legales harían ver a los estudiantes de derecho que, parte importante de su deber, es buscar mejoras en el proceso judicial, así como cambios sociales y económicos a través de la legislación y la buena administración. Cambios sociales que deberán ser formulados dentro del marco en que funcionan los procesos judiciales, legislativos y administrativos (págs. 922 y 923).

Esta inercia de las clínicas legales norteamericanas permeó por el mundo y, desde luego, en Latinoamérica. Lo cual sucedió en la década de 1960 (Coral *et al.*, 2010, pág. 56). Entre los motivos que influyeron para que tuvieran presencia en América Latina, junto a su correspondiente litigio estratégico, está el hecho de que, en esa misma década, la fundación Ford apoyó con recursos económicos; una gran cantidad de profesores latinoamericanos fueron formados en Estados Unidos; y, en el periodo de 1990-2010, han existido significativas alianzas de *amicus curiae* ante los tribunales constitucionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (pág. 57).

III. Litigio estratégico en México

3.1 Retos del litigio estratégico en México

El litigio estratégico, como buen eslabón de la ciencia social a la que pertenece (el derecho), es la “solución menos mala a los problemas”⁶⁶, está lejos de ser una varita mágica. Inclusive, he escuchado a colegas que se mofan de él diciendo “¿Si hay falta de agua vas a promover un amparo para que llueva?”. De otros he escuchado decir que “el litigio estratégico es éticamente cuestionable” porque “es ofrecer humo”.

Y elementos para esas críticas no son tan difícil de encontrar. A continuación, se lista una serie de casos identificados como litigio estratégico:

⁶⁶ Le debo esta expresión al Dr. Pablo Nuevo López.

Tabla 1
Relación de anexos de casos

Caso	Derechos violados
Mini Numa	Derecho a la salud.
Pabellón 13 “sobre pacientes con VIH, derecho a la salud y presupuestos”	Derecho al más alto nivel de salud, derecho a la igualdad y no discriminación. Cumplimiento del principio de progresividad y destino de los recursos públicos.
Comunidad de Buena Vista	Derecho a la educación.
Comunidades mayas contra transgénicos	Derecho a un medio ambiente sano. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado del pueblo maya. Afectación a una práctica tradicional del pueblo maya como la apicultura.
Demanda colectiva contra siembra de maíz transgénico	Los Derechos difusos afectados son: derecho a un medio ambiente sano; derecho humano e interés difuso de conservación, utilización sostenible y participación justa y equitativa de la diversidad biológica de los maíces nativos. Los derechos afectados derivados de los anteriores son: derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; derechos culturales; derecho a la protección de la salud.
Poblados de Temacapulín, Acasico y Palmarejo. Amenaza de desalojo por la construcción la Presa El Zapotillo, Jalisco, México	Derechos culturales, ambientales, sociales. Derecho a la vivienda.
Proyecto hidroeléctrico de “La Parota”	Derecho a la tierra y el territorio. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado
Tribu Yaqui, oposición a la construcción del acueducto Independencia	Derecho al agua. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado.
Colonia Tres de Mayo, Alpuyeca, Morelos	Derecho al agua, discriminación.
Comunidad de Juchitán, Oaxaca, en oposición al desarrollo del proyecto eólico Fuerza y Energía Bii Hioxo	Derechos a un medio ambiente sano. Derecho a la tierra y al territorio. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado.

Comunidad indígena zapoteca de Unión Hidalgo en oposición a proyectos eólicos	Derecho a un medio ambiente sano. Derecho a la tierra y al territorio. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado. Derecho a la propiedad, a la información, entre otros.
Caso Wirikuta, Pueblo Wixarika	Derechos de los pueblos indígenas a la tierra y territorio. Derechos culturales. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado.
San Miguel del Progreso-Júba Waijiín en oposición a las concesiones mineras.	Derechos a la tierra, al territorio y a su protección integral. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado.
Ejido La Sierrita en oposición a la minera canadiense Excellon Resources	Derechos de las y los ejidatarios a la tierra, territorio y bienes naturales. Derecho a un medio ambiente sano. Derecho a la salud, entre otros.
Ejido de Tila, Comunidad indígena Chol, Chiapas.	Derecho a la tierra y el territorio. Derecho a la consulta para obtener el consentimiento previo, libre e informado.
Comunidad del Coyul	Derecho a la educación.

Nota: Adaptado del Informe Alternativo conjunto DESCA (2017, pág. 223).

El anterior listado no es precisamente una relación de finales felices. Es una actualización de casos a 2017 (es lo más reciente que se encontró), hecha por las organizaciones civiles que llevaron cada uno de los casos ahí añadidos. En el informe se identifican los retos a los que se han enfrentado para lograr los resultados esperados.

Como ejemplo de algunos de los retos que refiere el documento, cito el relativo al caso Mini Numa. El cual, como ya se adelantó, versa en torno al derecho a la salud, se entabló con el propósito de lograr que la comunidad tuviera una clínica. La causa logró una sentencia de amparo en sentido favorable bajo los siguientes lineamientos:

- a) que el espacio físico proporcionado por los habitantes de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, para la instalación de la casa de salud, se le proporcionen los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados); asimismo, se cumpla con la cartera de servicios atinentes a la casa de salud, los cuales se encuentran plasmados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud, y;

b) Como el centro de salud ubicado en Metlatónoc, Guerrero, no cuenta con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS); por ende, es necesario contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento (infraestructura, personal adecuado y medicamentos básicos), atendiendo a los lineamientos previstos en el mencionado Modelo Integrador; sin que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero, puedan alegar falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional (*Mini Numa*, 2008, pág. 116).

Acorde al Centro de Derechos Humanos de la Montaña “Tlachinollan”, asociación que encabezó el litigio en comento, a nueve años de dictada la sentencia el estatus del caso es el siguiente:

El Estado ha dado cumplimiento parcial de la sentencia. En un inicio, el Estado alegó que no podía dar cumplimiento a la sentencia por falta de capacidad económica. Con respecto al fortalecimiento del Hospital Básico Comunitario de Metlatónoc, se sigue encontrando pendiente la designación de especialistas; ya que, de acuerdo con los informes del Estado, las convocatorias lanzadas no tenían éxito; sin embargo, tampoco se mostraron constancias que las médicas especialistas contratadas tuvieran renovación a sus contratos. Así ni el Hospital de Metlatónoc ni la Casa de Salud están funcionando bajo las características de la sentencia («Anexo al capítulo R. Acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (tema especial de la Lista de Cuestiones) incluido en el Informe Alternativo conjunto sobre DESCA 2017»)(pág. 5).

Un segundo y último ejemplo, el caso “Pabellón 13”, el cual data de 2012, y tuvo como origen el reclamo de tres personas con VIH que habían desarrollado SIDA, que se atendían en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, y reclamaron la omisión de la autoridad en construir un pabellón especializado en pacientes con SIDA: el pabellón 13 (pág. 5). La justificación de este pabellón especial para enfermos de SIDA, estriba en que su padecimiento los vuelve más vulnerables a enfermedades que pudieran llegar a contraer. De ahí la necesidad que haya un pabellón especial para reducir el riesgo de contagios.

En sentencia de fecha 15 de octubre de 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia (*Pabellón 13*, 2014):

En virtud de lo anterior, esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, en coordinación con el Comisionado Nacional de Protección en Salud y Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos, considerando que son portadores del VIH, motivo por el cual deben recibir tratamiento médico en instalaciones separadas del resto de los pacientes, a efecto de evitar el contagio de alguna enfermedad.

Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implica la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario (págs. 62-63).

Según narra en la actualización de casos la propia asociación Fundar, que fue quien encabezó el litigio estratégico en cuestión, las autoridades eligieron no construir el Pabellón 13, e informaron al juez de amparo su decisión de remodelar el servicio clínico 4, sin justificar la razón de su elección. Decisión que fue avalada por el Juez “al emitir un acuerdo en el que apercibía a las autoridades la coordinación que debía prevalecer entre ellas para la remodelación” (pág. 7).

Fundar señala que presentó diversos recursos tendientes a lograr que las autoridades judiciales requirieran el cumplimiento de la sentencia acorde a los estándares de salud especificados por la Suprema Corte en su sentencia. A pesar de ello, el 11 de mayo de 2016, el juez de amparo declaró cumplido el fallo. Lo cual fue confirmado por el superior el 11 de agosto de 2016. La asociación señala lo siguiente después de esta experiencia:

Es importante señalar que, para la remodelación, las autoridades destinaron 9.5 millones de pesos, cifra sumamente inferior a los cerca de 302 millones de pesos que habían solicitado años antes para la construcción del Pabellón 13. Sin duda, el esfuerzo que realizaron las autoridades fue el mínimo, como lo demuestra el hecho de que a pesar de tener a su disposición cerca de 62 millones de pesos dentro del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud (fideicomiso creado para financiar obras de infraestructura de alta especialidad), únicamente destinaron los 9.5 millones de pesos citados.

El mínimo esfuerzo de las autoridades para garantizar el derecho a la salud, repercutirá en la atención médica de las personas que son atendidas en el INER, pues pese a que la remodelación concluyó y se construyeron algunos cuartos aislados, los riesgos de contagio persisten, y los pacientes con VIH/SIDA continuarán compartiendo cuartos, baños y regaderas con otras personas. Las autoridades judiciales que debían velar por que el derecho al nivel más alto posible de salud fuera cumplido, no ejercieron sus funciones

de control en el procedimiento de ejecución de sentencia, y avalaron la remodelación sin haber analizado si las autoridades contaban con más recursos a su disposición para garantizar el más alto nivel posible de salud, y sin estudiar si la remodelación impediría el contagio y co-infección de enfermedades (págs. 7 y 8).

Sentencias vemos, cambios no sabemos. ¿Por qué sucede lo anterior? Pueden ser una pluralidad de motivos. Juan Carlos Gutiérrez, Tatiana Rincón y Silvano Cantú (2011), afirman que uno de los problemas es que la educación jurídica en México está dirigida a crear operadores jurídicos que, en el mejor de los casos, conocen la ley y su aplicación; pero no se estimula el análisis crítico y reflexivo del sistema legal. Lo cual impide interpretar el derecho buscando sea justo y eficaz según una perspectiva de derechos humanos (pág. 22).

Los autores señalan “operadores jurídicos”, no “juzgadores”, esto significa que la tara antes referida puede ser igualmente atribuible a los postulantes, por no plantear de manera debida el caso, o solicitar adecuadamente la ejecución al mismo.

Rodrigo Gutiérrez y Aline Rivera (2009) hacen un señalamiento en este mismo sentido:

Como se sabe, las condiciones para la protección efectiva de estos derechos (económicos, sociales y culturales) aún son adversas dentro de nuestro sistema jurídico. A pesar de que México fue uno de los primeros países en elevarlos a rango constitucional, hoy las personas y comunidades siguen enfrentando grandes obstáculos, teóricos y prácticos, que impiden su verdadera materialización. Tanto en la academia como en la práctica judicial, lo más común es encontrar posiciones dogmáticas, ancladas en una formación jurídica tradicional, poco reflexiva, que impiden su exigibilidad. Muchas de las trabas se basan en una concepción teórica limitada, que ha fomentado la extensión de ideas imprecisas como, por ejemplo, que los derechos sociales no son verdaderos derechos; que siempre implican una gran inversión económica por parte del Estado; que son derechos de “segunda generación” y por tanto de menor jerarquía, etcétera (pág. 92).

Lo anterior refleja que en la operación jurídica hace falta filosofía del derecho. Ya advertía Aulis Aarnio (1987) este problema:

... ha habido una tendencia a sostener que el valor de la filosofía para el pensamiento jurídico es reducido o, en el mejor de los casos, problemático. Quienes sustentan esta concepción afirman que la interpretación es un asunto técnico que requiere habilidad profesional, mientras que la filosofía sólo sirve para proporcionar un trasfondo educativo general. Tales concepciones no sólo son erróneas sino muy peligrosas. Son peligrosas específicamente debido a los aspectos sociales a los que se han hecho referencia arriba. Quienes no tienen conciencia de su responsabilidad, quienes ciegamente practican su profesión de intérpretes del derecho, constituyen una amenaza para el desarrollo sensato de la sociedad. Esta

amenaza no puede ser exagerada. Ha sido el vicio dominante de esas personas el buscar refugio en el texto estricto de la ley cuando el problema que tenían ante sí hubiera requerido un enfoque valiente y, en sentido positivo, creador (posición 117).

El desdén que hay respecto a la filosofía del derecho en la enseñanza jurídica, sin lugar a dudas, es una de las razones por las que muchas veces no se puede obtener ese enfoque creador y valiente del derecho, que requiere el litigio estratégico para proteger derechos humanos.

La existencia de males paralelos, también es un problema para que el litigio estratégico dé los frutos pretendidos. Señalando como ejemplo la tortura:

... debemos tomar en cuenta los problemas previsibles de realizar un litigio estratégico sobre el tema de tortura: Aunque nadie se opone abiertamente a la erradicación de la tortura en nuestro país, pocos han sido los cambios sustanciales encaminados a ese fin. Esto no hace más que evidenciar la existencia de hechos que permiten que los torturadores sigan operando; hechos que por sí mismos constituyen delitos: encubrimiento, cohecho o delincuencia organizada, y que provocan impunidad y, por lo tanto, perpetúan las prácticas delictivas (Gutiérrez *et al.*, 2011, pág. 29).

Esas realidades que permitan subsistir la tortura bien podrían ser objeto de litigios estratégicos independientes.

Aunado a estos males endémicos, “las reservas que los jueces suelen tener cuando se trata de casos que pueden implicar una transformación en las estructuras predominantes, y que por tanto tendrán trascendencia nacional” (Gutiérrez y Rivera, 2009, pág. 119). Lo que hace que los jueces pospongan este tipo de decisiones.

Desde luego que a lo anterior hay excepciones y, con beneplácito, se destaca el caso del Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones. Quien, durante marzo de 2021, concedió suspensiones contra una reforma a la Ley de la Industria Eléctrica, que fue impulsada con particular empeño por el presidente de México.

La anterior resolución judicial no constituye litigio estratégico. Toda vez que no fue emitida en pro de aquellos cuyas voces no serían escuchadas (retomando la definición formulada al principio de este trabajo). Dada la naturaleza de la industria eléctrica, las empresas que estuvieran detrás de esa resolución son entes con recursos suficientes para contratar competentes abogados. Aunque desde luego, esto no demerita la valía de la resolución judicial, ni le resta valentía al juez. Esto es un ejemplo de cómo hay casos muy honorables, de jueces que dictan resoluciones contrarias al interés político.

3.2 ¿Qué actitud tomar ante los retos del litigio estratégico?

El litigio estratégico es retador, está lejos de ser una varita mágica. ¿Qué vamos a hacer entonces? ¿Nada? ¿Seguir viendo cómo se desmorona la sociedad? ¿Cruzar los dedos para que alguien más haga algo? Por un deber de justicia, los abogados debemos hacer actos tendientes a promover cambios sociales en pro de los individuos cuyas voces no serán escuchadas.

Es innegable que nuestra sociedad dista mucho de ser justa. Está llena de problemas que afectan a todos en general, pero de manera particular a aquellos individuos cuyas voces no serán escuchadas. Y la herramienta óptima para combatir esos problemas dentro de la sociedad civilizada es la existencia de leyes justas y su aplicación.

La ley es el arma que tiene la sociedad para defenderse de los excesos de algunos de sus miembros (Von Ihering, 1877, pág. 72). El derecho tiene como objetivo evitar que las personas recurran a medios prohibidos, en actos tendientes a satisfacer sus intereses o necesidades (pág. 65).

¿Y cuál es la profesión especialista en “empuñar el arma de la ley”? Los abogados. Y al ser nosotros los especialistas en ello, tenemos el deber de empuñar dicha arma en beneficio de aquellos cuyas voces no serán escuchadas. Rawls (1971) lo señala muy claro en su obra *Teoría de la Justicia*:

Aquellos que han sido favorecidos por la naturaleza, quienesquiera que sean, puede obtener provecho de su buena suerte sólo en la medida en que mejoren la situación de los no favorecidos. Los favorecidos por la naturaleza no podrán obtener ganancia por el mero hecho de estar más dotados, sino solamente para cubrir los costos de su entrenamiento y educación y para usar sus dones de manera que también ayuden a los menos afortunados (pág. 104).

Los abogados somos privilegiados frente a una gran parte de la población mexicana, por el hecho de tener una profesión. Acorde al censo realizado en 2020 por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), solo el 21.6 por ciento de la población tiene estudios superiores. Además, se pone de relieve que acorde a datos de 2020 emitidos por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), el 41 por ciento del país tiene un ingreso laboral inferior al costo de la canasta alimentaria. Se considera que esta breve numeralia, aunada a la experiencia de vida que todo mexicano tiene, basta para afirmar que en este país hay muchas voces que no son escuchadas.

Las instituciones de justicia en el país distan de funcionar como quisiéramos. Acorde al índice de Estado de derecho en el mundo publicado por *The World Justice Project* (2020), México está en el poco favorecedor lugar 104. Se podrá estar o no de acuerdo con este índice que nos deja peor situados que Nigeria, Kenia o Guatemala. Pero en lo que sí estaremos todos

de acuerdo, es que no tenemos elementos para estar dentro del cuadro de honor, encabezado por Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia y Holanda.

¿Ante esta realidad, qué vamos a hacer, tomando en cuenta la ya destacada posición privilegiada en la que estamos? Sin duda, más de una vez, nosotros hemos vivido lo complicado que es navegar entre las aguas del Estado de derecho en México. ¿Nos imaginamos qué tan difícil será esa navegación para aquellos cuyas voces no serán escuchadas? Infinitamente más complicado. Solo lo podría saber quien lo ha vivido.

Producto de una lotería natural, hay quienes nacieron con una mayor o menor proporción de riqueza, y una mayor o menor proporción de dotes naturales (Rawls, 1971, pág. 103). Y combinando el esfuerzo con esas mayores o menores ventajas que nos dejó la lotería natural, es que llegamos a la posición privilegiada en la que estamos: ser abogados.

En adelante al posible argumento de “el que no progresa es porque no se esfuerza”, se considera que sería un exceso de soberbia afirmar que el 41 por ciento de los mexicanos que tiene un ingreso laboral inferior al costo de la canasta alimentaria, está así “porque quiere” o “porque no se esfuerza”.

La casuística puede ser infinita. Seguramente hay casos de gente que dejó pasar oportunidades o no las buscó, pero también hay muchos casos de personas que, por limitantes de dotes naturales o socioeconómicos, están lejos de tener oportunidades como las que nosotros conseguimos.

A nosotros no nos toca juzgar. Por un deber de justicia, lo que nos toca es actuar en beneficio de aquellos que cuyas voces no serán escuchadas.

La distribución natural no es ni justa ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Éstos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto, es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos. Las sociedades aristocráticas o de castas son injustas porque hacen de estas contingencias el fundamento adscriptivo para pertenecer a clases sociales más o menos cerradas o privilegiadas (Rawls, 1971, pág. 104).

John Finnis (1980) afirma que el derecho “se levanta a sí mismo tirando de sus propias orejas” (pág. 296). El derecho es lo que los operadores jurídicos queramos que sea. Por lo tanto, si queremos gozar de un buen derecho, de leyes eficaces que sean arma social suficiente para que se escuchen las voces de aquellos que no son escuchados, ello depende de nosotros.

Podemos hacer un símil con una máquina. La forma más efectiva de que una máquina funcione como nosotros pretendemos es conociéndola, usándola, estudiando técnicas, casos sobresalientes para aplicarlas y padeciendo sus defectos para buscar solucionarlos. Por el simple hecho de ver la máquina y criticarla no va a mejorar.

Siempre está la opción de sentarse a esperar que alguien más haga algo. Pero ello no sería acorde a nuestro ya expresado deber de justicia. Y bien puede pasar que nadie más haga algo, lo que redundaría en que, no obstante, nuestra posición privilegiada, se estaría fomentando que siga el *statu quo*. Se estaría permitiendo que sigan sin ser escuchados aquellos cuyas voces no son escuchadas. Y quién sabe, probablemente esa falta de compostura de la máquina llegue a ser tan grave que, inclusive, nosotros la lleguemos a padecer, aun teniendo una voz que puede ser escuchada.

Y si alguno de los lectores no está convencido de que el litigio estratégico es una herramienta para lograr beneficios en pro de aquellos cuyas voces no serán escuchadas ¿Entonces de qué manera van a cumplir con su deber de justicia para aquellos que no fueron privilegiados por la lotería natural?

La ejecución de soluciones para tener una sociedad más justa, no es un juego de suma cero. Cualquier herramienta para contribuir una sociedad más justa es bienvenida. Aquí solo se expone una herramienta que nos es inherente a los abogados: el litigio estratégico.

IV. Litigio estratégico de banqueta

Para hacer litigio estratégico no se necesita tener como objetivo la construcción de un centro de salud para una población rural, la construcción de una escuela, la construcción de una presa, pedir se respeten los derechos de una comunidad indígena. Se puede hacer litigio estratégico con causas que frente a estas puedan parecer “pequeñas”.

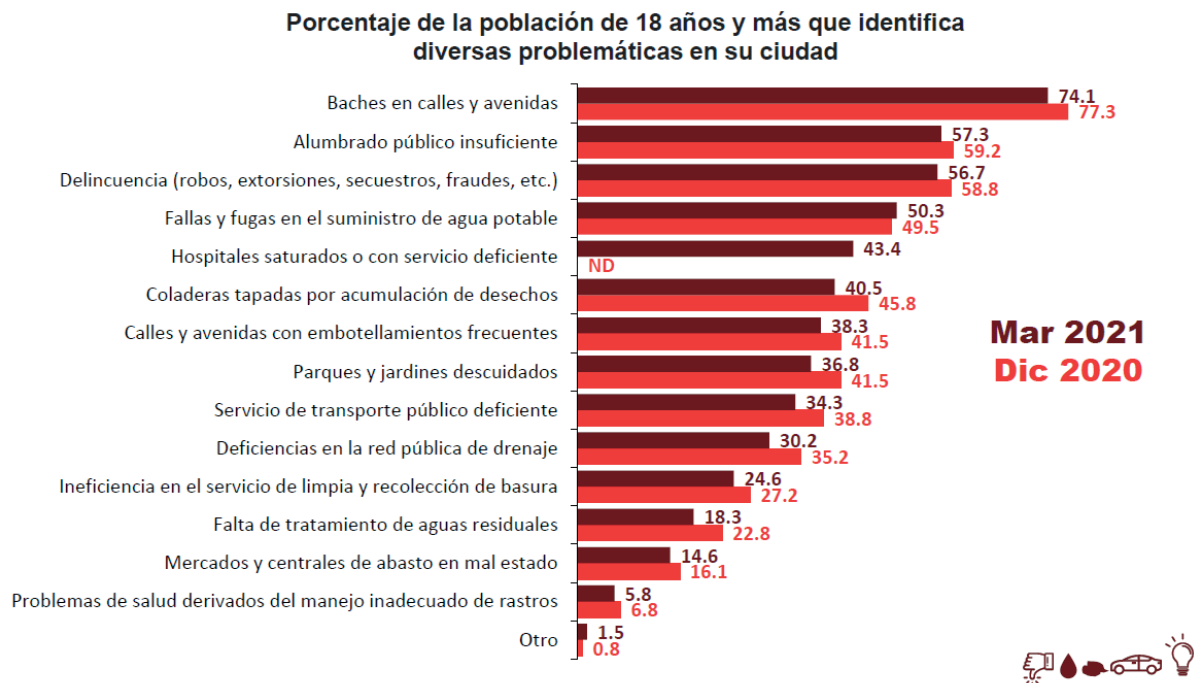
Se escribe “pequeñas”, entre comillas, porque ninguna causa de litigio estratégico será pequeña. Como se ha enunciado desde el principio, el litigio estratégico busca promover cambios sociales en pro de individuos cuyas voces no serán escuchadas. Basta lograr el cambio de una voz que no sería escuchada, para estar en presencia de un litigio estratégico.

Lograr un cambio en pro de una persona, ya es ganancia social. Es una persona menos que está sufriendo (al menos por alguna cuestión en específico). Por lo que tomando en cuenta que cada persona es un fin en sí misma, es igual de valioso un litigio estratégico que ayuda a una persona que a mil. Por lo que no debemos intentar dejar de hacer litigio estratégico, por no sentirnos con el tiempo, disposición o recursos, para lograr la construcción de una clínica de salud.

Le llamaremos litigio estratégico de banqueta, a ese litigio que se invita sea ejecutado “por cualquier persona de a pie”. A ese litigio estratégico que se invita sea ejecutado sin importar que no se forme parte de una poderosa organización civil, o aun cuando no se tenga como objetivo revolucionar el sistema de educación.

¿Qué puede ser parte del litigio estratégico de banqueta? Hay todo un coctel de temas. Los cuales se pueden encontrar de manera muy sistematizada, en la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana, que trimestralmente publica el INEGI. En la encuesta publicada en marzo de 2021, se aprecia que la gente detecta estas problemáticas en su ciudad, ver figura 1:

Figura 1



Nota: Adaptado de Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana de INEGI, marzo de 2021

La experiencia de vida y conocimiento es suficiente para estar seguros que si los anteriores temas preocupan a la población mexicana, no es por vanidad o capricho. Realmente son problemas que hacen sufrir a la gente. Y todavía más, a aquellas personas cuyas voces no son escuchadas.

Cada uno de los temas antes listados pueden ser objeto de un litigio estratégico de banqueta, que contribuya a que tengamos una sociedad más justa. Se toma el ejemplo del alumbrado público insuficiente, que facilita la existencia de inseguridad. No es necesario que se busque renovar el alumbrado público de todo el país. Basta que se hagan acciones tendientes a mejorarlo en alguna colonia, zona o comunidad, donde haya personas cuyas voces no son escuchadas.

Hay temas que, si se busca abordar mediante un litigio estratégico de banqueta, se debe hacer por partes dada su complejidad. Como la delincuencia. Es prácticamente imposible que mediante un litigio estratégico se busque solucionar el problema de la inseguridad. Pero sí se pueden abordar temas en que, en la suma, pudieran abonar de manera significativa a la seguridad.

Ejemplo de lo anterior, son los tres puntos que piden los policías de Jalisco, tras el secuestro y asesinato que sufrió uno de sus compañeros, a consecuencia de haber participado en un operativo de seguridad efectuado escasos días antes («¿Qué piden los policías tras el asesinato de un oficial?», 2021):

1. Aplicar el protocolo azul. Lo cual constituye una serie de medidas que la Fiscalía, la Secretaría de Seguridad y las comisarías de todos los municipios del Estado, tendrían que aplicar de forma homologada para mejorar las medidas de seguridad de los uniformados.

Tras solicitar la activación del protocolo (por haber participado en un operativo, o recibir amenazas), los policías recibirían apoyo con traslados al domicilio y al trabajo, así como escoltas, por un periodo de al menos 15 días.

2. Indemnización a las familias de los policías. Se pide una protección económica para las familias de los policías que mueren o son afectados en el cumplimiento de su deber.

3. Dignificar las condiciones laborales de los policías. Los policías no cuentan con las prestaciones de seguridad social básicas y complementarias, como el equipamiento e infraestructura necesarios, así como la respectiva capacitación para poder llevar a cabo sus funciones (Dignificación de las condiciones laborales de las y los policías, 2020).

Cada uno de los puntos referidos, pudieran ser objeto de un litigio estratégico de banqueta, la sociedad lo agradecería en demasía.

Existe un diverso tema que puede ser objeto de litigio estratégico: los propios caminos por los que se mueve la justicia. El servicio que dan al ciudadano las fiscalías o los juzgados, es un servicio público, y tienen muchas áreas de oportunidad en los más diversos aspectos. Desde sus instalaciones físicas: no es raro encontrar, en Jalisco, juzgados donde los funcionarios judiciales no tengan baños dignos, mobiliarios o equipos de cómputo en condiciones razonables para poder prestar al público el servicio de impartición de justicia.

Todas estas áreas de oportunidad en las instituciones de administración de justicia, afectan en mayor medida a aquellos cuyas voces no son escuchadas.

4.1 ¿De qué manera se puede contribuir al litigio estratégico de banqueta?

Como se señaló al principio de este trabajo, hay cinco actividades que se aconseja hacer de manera paralela a la actividad propiamente litigiosa.

1. Utilizar medios (electrónicos y escritos) para hacer visible el caso.
2. Campañas de sensibilización.
3. Cabildeo con las autoridades.
4. Contactar organizaciones para buscar un trabajo en equipo.
5. Buscar *amicus curiae*, es decir, que personas ajenas al litigio, externen al órgano jurisdiccional opiniones en favor del caso.

¿Por cuál opción del menú se va a optar?

El anterior listado evidencia que el hecho de no ser un abogado postulante, no es justificación para no ser parte del cambio social que puede aportar el litigio estratégico.

Si se es un abogado de perfil académico, se puede contribuir con el número cinco, o aspectos similares a este. Ya se señalaba que, uno de los retos del litigio estratégico, es la corta interpretación que a veces se da a los derechos humanos. Pues bien, los abogados de la academia pueden aportar con análisis y estudios que contribuyan a evidenciar cual es la interpretación de derechos humanos que demanda la sociedad. E inclusive, contribuyendo como *amicus curiae* en relación a algún caso concreto.

Aun cuando el ejercicio profesional de un abogado no esté relacionado con el litigio, cualquier abogado tiene la capacidad de identificar un caso que pueda ser objeto del litigio estratégico, ayudar a que sea visible, contactar a autoridades que puedan incidir en la solución y buscar colegas postulantes para organizarse con ellos en entablar la respectiva estrategia judicial.

Y nuevamente este consejo hacia los abogados postulantes: no se considere que hacer litigio estratégico es sólo entablar el caso, u obtener una resolución favorable. Lo que busca el litigio estratégico son cambios sociales en favor de aquellos que cuya voz no será escuchada.

¿Demanda tiempo lo antes referido? Desde luego. Pero es un deber de justicia que tenemos los privilegiados que sabemos empuñar esa arma de la sociedad: la ley.

Los últimos datos oficiales que se encontraron acerca de cuántos abogados hay en México son de 2016, en ese entonces, éramos 342 mil, de los cuales 33 516 se encontraban en Jalisco (INEGI, 2016). Ese número de hace cinco años, sin importar qué tanto haya variado o no en este tiempo,

es suficiente para darnos cuenta que si todos (o al menos una gran parte) los abogados contribuyeran al litigio estratégico, esta sería otra sociedad.

Si los 33 516 abogados jaliscienses los dividimos en equipos de 10 personas, ello representaría un parque para atacar de 3 351 causas. Si son muchos problemas los que tiene nuestra sociedad, pero, con tres mil equipos de trabajo, sí se puede lograr un significativo cambio social.

V. Conclusión

Cierto, no se puede presentar un amparo para que llueva. Pero con nuestro conocimiento jurídico sí podemos investigar qué autoridades tienen las facultades/obligación legal de hacer actos tendientes a aminorar los estragos generados por la falta de agua. Y, vía el litigio estratégico: (i) volver visible el problema y poner en el foco a la autoridad en cuestión, para que exista presión social; (ii) iniciar un caso ante un órgano jurisdiccional tendiente a que conmine a dicha autoridad a tomar acciones razonables; (iii) lograr una solución.

Y con solución evidentemente no nos referimos a “lograr una sentencia favorable”, sino a “lograr que sean escuchados los que no tienen voz”. Lo cual, probablemente, pudiera ser logrado con la ejecución de la resolución que se llegue a obtener o con los efectos políticos que den la visibilidad social del caso.

Todos estamos obligados a contribuir a una sociedad más justa. Si después de leer este artículo algún colega no comparte el hacer litigio estratégico de banqueta; se espera al menos haber logrado que ese colega se decida a ejecutar alguna diversa acción (la que desee), tendiente a lograr a que sus beneficios recibidos por la lotería natural, redunden en un beneficio para los menos favorecidos. Para aquellos cuya voz no será escuchada.

VI. Referencias Bibliográficas

- Aarnio, A. (1987). *Lo racional como razonable*. Palestra Editores, edición Kindle.
- Informe Alternativo conjunto sobre DESCA 2017. (2017). Anexo al capítulo R. Acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (tema especial de la Lista de Cuestiones) incluido en el En La defensa de casos de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la respuesta del Estado mexicano: Retos y obstáculos en el cumplimiento de resoluciones judiciales.
- Barrena, G. (2007). Clínica de litigio de interés público CIDE-ODI: Colaboración estratégica para educar y transformar. En *El litigio estratégico en México: La aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*.

- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Características educativas de la población (2020). INEGI.
<https://www.inegi.org.mx/temas/educacion/>
- Carvalho, S., & Baker, E. (2014, junio). Experiencias de litigio estratégico en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, 11.
<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur20-es-sandra-carvalho-eduardo-baker.pdf>
- Coral, A., Londoño, B., & Muñoz, L. (2010). El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. *Vniversitas*, 59(121), 49-76.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-121.clea>
- Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (2020). *Dignificación de las condiciones laborales de las y los policías*. Recomendación General 1/2020.
http://www.valledejuarezjalisco.gob.mx/transparencia/articulo8/fraccion_vi/m/RG_1-2020_Optimizado.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2016). *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*.
http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/usieg/comunicados/25enel19/economia/24_diadelabogado_230118-24.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2021). *Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana 2021*, marzo.
https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ensu/doc/ensu2021_mar_presentacion_ejecutiva.pdf
- Finnis, J. (1980). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo Perrot.
- Frank, J. (1933). Why Not a Clinical Lawyer-School? *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 81(8), 907.
<https://doi.org/10.2307/3308391>
- Gutiérrez, J. (2011). Prólogo. En *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.
- Gutiérrez, J., Rincón, T., & Cantú, S. (2011). *Modelo para armar litigio estratégico en derechos humanos*. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos.
- Gutiérrez, R., & Rivera, A. (2009). El Caso «Mininuma»: Un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1(251), article 251.
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28901>
- Medición de la pobreza*. (2020). CONEVAL.

- https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/ITLP-IS_resultados_a_nivel_nacional.aspx
- Mini Numa, AI 1157/2007 (Juzgado 7º de Distrito de Guerrero 11 de julio de 2008).
- Nuevo, P. (2019, abril). *Clase de temas Selectos de Derecho Constitucional, para el Doctorado en Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara*.
- Pabellón 13, AR 378/2014 (Segunda Sala Suprema Corte Justicia 15 de octubre de 2014).
- ¿Qué piden los policías tras el asesinato de un oficial? (2021, mayo 7). *Mural*.
https://www.mural.com.mx/que-piden-los-policias-tras-el-asesinato-de-un-oficial/gr/ar2178371?md5=da60d2bfc103a97e65f732a73709008d&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&utm_source=elemento_web&utm_medium=email&utm_campaign=promocion_suscriptor
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia* (2da ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Rule of Law Index 2020*. (2020). The World Justice Project.
<http://ascelibrary.org/doi/10.1061/%28ASCE%291532-6748%282009%299%3A3%28129%29>
- Suspensión vs Ley Energía Eléctrica, AI 118/2021 (Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones 10 de marzo de 2021).
- Universidad Nacional Autónoma de México. (2019). *Diplomado en Litigio Estratégico y herramientas para la defensa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales 2019*.
<https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/id/2044>
- Villarreal, M. (2007). El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Público. En *El litigio estratégico en México: La aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Von Ihering, R. (1877). *El fin en el Derecho*

Capítulo VI

La responsabilidad patrimonial del Estado y la reparación en el contexto del Derecho Internacional de Derechos Humanos

Sumario: I. Introducción. II. La responsabilidad internacional del Estado y los efectos de las decisiones de las Cortes Internacionales. III. Las categorías de reparación creadas por la CIDH. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

Guillermo Cambero Quezada⁶⁷

I. Introducción

La responsabilidad patrimonial de Estado es una figura jurídica aún poco explotada en el contexto del derecho mexicano. Sin embargo, su evolución, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en particular del sistema de protección interamericano, ha construido y establecido pautas generales que podrían tener una eficaz integración en el sistema jurídico mexicano, principalmente para aquellas administraciones públicas que han sido condenas a reparación por daños derivados de actos violatorios de derechos humanos. En este sentido, el presente trabajo es un análisis detallado de la responsabilidad internacional del Estado en el marco de la aplicación de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los mecanismos de reparación del daño.

En la legislación latinoamericana las normas que regulan la responsabilidad internacional del Estado son muy raras (Brewer-Carías, 2007). En primer lugar, la legislación peruana, en el artículo 205 de su constitución, establece que "los recursos internos agotados, que se consideren lesionados en los derechos reconocidos por la Constitución, podrán recurrir a los tribunales u órganos constituidos en virtud de tratados o convenciones en los que el Perú sea parte" (Fix-Zamudio, 2000, pág.233).

⁶⁷ Guillermo Cambero Quezada, doctor y maestro en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia. Licenciado en derecho por la Universidad de Guadalajara, profesor investigador de la Universidad Autónoma de Guadalajara. Enlace ORCID, <https://orcid.org/0000-0002-6392-1806>.

Es paradójico que, a pesar de estas reglas internas, de conformidad con las decisiones de los organismos internacionales a los que está sujeto el Perú (que ha reconocido explícitamente la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana desde 1981), encontramos que fallos de la Corte han tenido resistencia interna y el gobierno ha intentado sin éxito no reconocer la jurisdicción de la CIDH (Fix-Zamudio, 2000).

Otro país que ha legislado en esta materia es Colombia (Quintero, 2007). Se trata de la Ley 288 del 8 de junio de 1996, que establece los instrumentos específicos para la aplicación de las indemnizaciones establecidas por algunas organizaciones internacionales de derechos humanos para las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Aunque el artículo 2 de esta ley se refiere al Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una interpretación más amplia de este precepto debería incluir a la Corte Interamericana, teniendo en cuenta el hecho de que el gobierno colombiano había aceptado expresamente su jurisdicción contenciosa en 1985.

México reconoció la jurisdicción de la CIDH hasta el 16 de diciembre de 1998 (aproximadamente 20 años después de la entrada en funcionamiento de la Corte) de la siguiente manera:

1) Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria y de pleno derecho la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1 de la misma, excepto en los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶⁸. 2) La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se aplicará a hechos o actos jurídicos posteriores a la fecha de presentación de la presente declaración y, en consecuencia, la presente decisión no tendrá efecto retroactivo. 3) La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hará en términos generales y permanecerá vigente por un año a partir de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos la denuncien" (García, 2009, pág.17).

Lo anterior se fortalece con el reconocimiento que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la Contradicción de Tesis 293/2011, que determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados

⁶⁸ El artículo 11 de la Ley Mexicana sobre la celebración de Tratados Internacionales establece una sola reserva: "El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá las resoluciones de los órganos rectores de los mecanismos internacionales de solución de controversias a que se refiere el artículo 81, cuando la seguridad del estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la nación está amenazado".

internacionales tienen rango constitucional y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para las y los jueces mexicanos, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a la persona.

En ese sentido, para un particular, el procedimiento ante la CIDH requiere ciertos requisitos. En primer lugar, es necesario agotar los recursos internos (en México, por ejemplo, el Amparo) antes de recurrir a las organizaciones internacionales. Entonces, el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el primer paso para reclamar una violación de derechos humanos. Si la Comisión encuentra suficientes bases legales para establecer un procedimiento, entonces el juicio será posible ante la Corte Interamericana. Los pasos en todas estas etapas significan demasiado tiempo para las víctimas, desde el momento en que se viola un derecho hasta que, unos años después, la Corte emite un fallo sobre las reparaciones que el Estado debe pagar a la víctima.

Las decisiones de la CIDH son vinculantes para el Estado que tiene jurisdicción reconocida, en los términos del artículo 68, párrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "los Estados Parte de esta Convención se comprometen a cumplir con las decisiones dictadas por la Corte en cualquier controversia en la que estén involucrados". Esto significa que México debe cumplir todos los fallos de la Corte Interamericana y las reparaciones que pueden establecer una indemnización a las víctimas.

En consecuencia, y de conformidad con el párrafo 2 del artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece que "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de fallos contra el Estado".

Casi seis años después del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la CIDH, México ha establecido un sistema de reparación de las decisiones de esta Corte. En ese momento el sistema mexicano estableció, en el artículo 2 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado del 31 de diciembre de 2004, el mismo procedimiento de indemnización del capítulo II que para las decisiones sobre responsabilidad administrativa:

Los preceptos contenidos en el capítulo II y las demás disposiciones de la presente ley se aplicarán en la ejecución de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas por el Estado mexicano en lo que se refiere al pago de la indemnización.

Es la Secretaría de Relaciones Exteriores de México quien debe informar a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la implementación de la ejecución de los fallos. A su vez, la SCJN reconoce la existencia de la Corte Interamericana, y le da orientación en estas decisiones para los tribunales nacionales en materia de protección de derechos humanos:

La jurisprudencia internacional. Utilidad de la orientación en materia de derechos humanos: Una vez que los tratados internacionales suscritos por México han sido incorporados a la ley suprema de la nación (en materia de derechos humanos) y teniendo en cuenta el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador en el caso de la interpretación y aplicación de las disposiciones para la protección de los derechos humanos"⁶⁹.

En noviembre de 2009, la CIDH condenó por primera vez al Estado mexicano con demandas de cambios en la legislación nacional (Caballero Ochoa, 2009). De conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la obligación de adaptar el derecho interno, la Corte define como medida de reparación para prevenir nuevas violaciones la modificación del derecho interno⁷⁰.

En los siguientes apartados, analizaré la responsabilidad internacional del Estado en el marco de la evolución y consolidación en el sistema europeo y latinoamericano de protección de los derechos humanos (apartado) y estudiaré el desarrollo de la reparación en el marco del sistema interamericano de derechos humanos (apartado).

⁶⁹ Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 23 de octubre de 2008, *Amparo directo 623/2008*. «Procuraduría General de la República y otras». Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz. Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; XXVIII, diciembre de 2008; p. 1052; Tesis: I.7o.C.51 K; Tesis aislada; Materia(s): Común.

⁷⁰ Fallo CIDH “Bulacio”, §§ 139-144: “Por lo tanto, se debe fortalecer el control de los centros de detención, incluso facilitando el acceso de los órganos de protección de los derechos humanos; Deben incorporarse normas internacionales sobre las condiciones de detención y deben establecerse procedimientos civiles. En el caso de desapariciones, el Estado debe permitir la declaración de ausencia y la presunción de muerte, (para atender cuestiones abiertas de derecho civil) e instituir un “sistema de información genética que permita la determinación y el esclarecimiento de la filiación de menores desaparecidos y su identificación”, así como medidas para facilitar la salida del país del menor de edad de la víctima desaparecida, evitando un trámite de legalización de papeles que genere ansiedad”. Vinculado a los derechos de las comunidades indígenas, la obligación de adecuar la legislación nacional también implica la creación de “un mecanismo efectivo de reclamo de tierras ancestrales por parte de los pueblos indígenas que garantice su derecho a la propiedad y tome en cuenta su derecho consuetudinario y sus valores, usos y costumbres”. CIDH, Fallos “Montero Aranguren”, § 144, 145; “Wilson Gutiérrez”, § 112; Fallo “Molina Theissen”, § 91; Fallo “Blanco Romero”, § 107; Fallo “Yakye Axa”, § 225.

II. La responsabilidad internacional del Estado y los efectos de las decisiones de las Cortes Internacionales

Los problemas de responsabilidad internacional para un Estado surgen cuando otro sujeto de derecho internacional alega que los órganos de este han incurrido en un comportamiento contrario a las normas del derecho internacional, incluidas las que protegen los derechos humanos. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, cuando son los particulares quienes denuncian violaciones de sus derechos humanos por los órganos de un Estado; una vez comprobada la violación, ese Estado será directamente responsable ante el particular; este adquiere así, en la medida de sus derechos internacionalmente protegidos, la condición de sujeto de derecho internacional⁷¹.

En este apartado analizaremos el funcionamiento en derecho comparando el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos (Sección 1) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sobre todo las áreas de reparación y coerción de los Estados, derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que obliga a los Estados parte a cumplir de buena fe con sus obligaciones, incluyendo el deber estipulado en el artículo 68.1 de la CADH, de ejecutar los fallos de la Corte⁷²; este deber corresponde a un principio fundamental de la reparación de actos derivados de la responsabilidad internacional del Estado (Sección 2).

La construcción de un sistema de protección internacional: Análisis de derecho comparado

La responsabilidad internacional y las normas generales relativas a ella están estrechamente vinculadas a la protección internacional de los derechos humanos y desempeñan un papel importante en ella. Además del principio general de responsabilidad del Estado por la violación de estos derechos, incluso en el caso de un cambio (constitucional o revolucionario) en el

⁷¹ Sobre esta cualidad, que deriva del derecho a presentar solicitudes o peticiones individuales previsto en los artículos 34 de la Convención Europea y 44 de la Convención Americana, cf. CIDH, 4 de septiembre de 1998 “Carrillo. Petruzzí c. Perú” (excepciones preliminares), RS, Serie C, No. 41, § 77.

⁷² En el contexto interamericano, el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, donde la CIDH observa que, “de acuerdo con el principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste independientemente de los cambios de gobierno” que ocurrieron entre el momento en que ocurrió la conducta ilícita y el momento en que se de responsabilidad internacional. Ésta es la regla general en este ámbito y no hay razón para desviarse de ella en el ámbito de los derechos humanos. Fallo de la CIDH de 29 de julio de 1988, RS, serie C, n° 4, § 184.

gobierno, la Corte Interamericana se ha centrado en dos problemas: la rendición de cuentas y el deber de reparar.

La responsabilidad internacional por los derechos humanos recae en un Estado parte en la medida en que el incumplimiento en cuestión sea atribuible a un órgano de ese Estado. La rendición de cuentas depende de si la infracción se produjo bajo el control de ese órgano, pero no necesariamente por este.

Es el marco europeo el que ofrece los mejores ejemplos de responsabilidad internacional. Así pues, para que la extradición o expulsión de una persona vulnere la prohibición de la tortura contenida en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, basta con que la integridad física de la persona se vea amenazada, no por los propios órganos del Estado, sino por personas sobre las que estos órganos no ejercen control⁷³.

La rendición de cuentas también, y sobre todo, depende de si el comportamiento en cuestión ocurrió en un lugar controlado por el Estado o si el individuo en cuestión estaba "bajo la jurisdicción" de ese Estado en el momento en que ocurrió el comportamiento. Esta cuestión ha dado lugar a una gran jurisprudencia en Estrasburgo (Costa, 2004), que demuestra que la noción de jurisdicción es esencialmente la misma en el contexto del derecho internacional general, que incluye principalmente a las personas bajo la jurisdicción territorial del Estado. Esto comprende, además del territorio del Estado en el sentido estricto del término, cualquier área puesta bajo su "control general"⁷⁴. Por lo tanto, la jurisdicción territorial abarca de hecho las zonas controladas, en particular las sometidas a un régimen de ocupación, legítimo o ilegítimo, e independientemente de la duración de dicho régimen⁷⁵. También es relevante en este contexto el caso de "Ilascu y otros contra Moldova y Rusia"⁷⁶.

⁷³ TEDH, 29 de abril de 1997, "H.R.L. vs. Francia", colección 1997 II, p. 745, párrafo 40; TEDH, 12 de septiembre de 2000 "Goldstein v. Suecia", No. 46636/99.

⁷⁴ Como muestran los casos TEDH, 13 de marzo de 1995 "Loizidou", § 62; y fallo TEDH de 10 de mayo de 2001, "Chipre c. Turquía", n° 25781/94, GC, Reports 2001, IV, pág. 237, párrafo 77.

⁷⁵ Así, el Tribunal de Estrasburgo decidió, en el caso "Issa y otros c. Turquía", ese amplio control turco existía en el norte de Irak tras las incursiones de las tropas turcas, aunque su presencia duró sólo unas cuatro semanas (n° 31821/96, decisión del 30 de mayo de 2000).

⁷⁶ En este caso, los demandantes habían sido condenados a largas penas de prisión por una serie de crímenes por un tribunal de la "República Moldava de Transnistria", una entidad que había proclamado su independencia, pero no reconocida por la comunidad internacional. El fallo, aunque declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Moldova, fue ejecutada. Uno de los solicitantes fue puesto en libertad en 2001 y actualmente vive en Rumania; los otros tres continúan languideciendo en las cárceles de Transnistria. Según los demandantes, las autoridades moldavas eran responsables de una serie de violaciones del Convenio de 1950 y del Protocolo núm. 1 que deberían haber evitado; esta responsabilidad es, según ellos, compartida con la Federación de Rusia, que ejerce el control de facto en Transnistria debido a la presencia de tropas y equipos rusos y al apoyo que brinda al régimen separatista. En su decisión de admisibilidad, la Corte unió al fondo la cuestión de la imputabilidad de la responsabilidad a los dos países, tomando en cuenta los criterios utilizados en su

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia muy amplia sobre el tema. Condenó una serie de prácticas en la mayoría de los Estados miembros: los castigos corporales en Gran Bretaña⁷⁷, las escuchas telefónicas en Francia⁷⁸, los procedimientos ante los jueces: el lugar y el papel del ponente y del Comisario del Gobierno ante los tribunales supremos⁷⁹. Ha condenado a Turquía⁸⁰ o Francia⁸¹ por torturas y ha contribuido significativamente a mejorar las condiciones de detención de los presos. La Corte ha desempeñado un papel importante en la garantía de un juicio justo y el respeto de los derechos.

En el derecho interamericano (y en el derecho internacional general) la reparación "satisfactoria", esta compensación consiste en una anualidad, cada vez más utilizada por los tribunales, o en un capital, la elección entre la renta o el capital que recae en el poder soberano de apreciación de los jueces de primera instancia. El capital se paga en forma de capital de compensación, lo que permite a la víctima recibir rápidamente una gran

jurisprudencia para interpretar el término "competencia" que figura en el artículo 1 de la Convención. TEDH n° 48787/99, 8 de julio de 2004.

⁷⁷ Está claro que el único país europeo que ha sido objeto de condenas en este asunto es Reino Unido. Está claro que este es el único país europeo que ha institucionalizado la violencia educativa durante tanto tiempo. No se abolieron hasta 1986 en las escuelas públicas y en 1999 en las escuelas privadas. TEDH 25 de abril de 1978 "Tyrer c. Reino Unido", A.26.

⁷⁸ Antes de la ley del 10 de julio de 1991, las escuchas telefónicas no estaban sujetas a ningún régimen legal. El Tribunal de Estrasburgo había sancionado con bastante lógica a Francia por la violación del artículo 8 del Convenio (TEDH, 24 de abril de 1990, "Huvig y Kruslin c / Francia"). Muy rápidamente (lo que desafortunadamente rara vez es el caso) el legislador tomó las medidas necesarias. En fallo reciente, la Corte afirma que esta ley cumple con los requisitos del artículo 8: TEDH, 29 de marzo de 2005, "Matheron v / Francia"; ya en la misma dirección, TEDH, 24 de agosto de 1998, "Lambert c / France".

⁷⁹ En Francia, sobre la base de la teoría de las apariencias, la intervención del comisario del gobierno (llamado desde el 1 de febrero de 2009 "relator público" en aplicación del artículo 1° del decreto n° 2009-14 de 7 de enero de 2009) su La intervención fue considerada contraria al derecho a un juicio justo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la medida en que, concluyendo en contra de una de las partes, puede parecerle un adversario objetivo. Ver TEDH, 7 de junio de 2001, "Kress c / Francia"; TEDH 5 de julio de 2005, "Loyen c / France" y TEDH, 12 de abril de 2006, "Martinie c / France".

⁸⁰ Véase, por ejemplo, "Okkali v. Turquía", 17 de octubre de 2006, solicitud n° 52067/99. En otro caso, el de Sultan Öner, detenido por error con sus hijos y golpeado ante sus ojos por los gendarmes en octubre de 2000, la TEDH denunció el despido pronunciado por la justicia turca contra las fuerzas del orden. El Tribunal no solo consideró establecido que la demandante había sufrido brutalidad, sino que el sistema no había "protegido" a sus hijos menores. La TEDH también condenó a Turquía por los malos tratos sufridos por Sabahattin Göçmen, que actualmente cumple 18 años y nueve meses de prisión por pertenecer al Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK).

⁸¹ La decisión "Selmouni contra Francia", dictada por la TEDH el 28 de julio de 1999, es tristemente famosa y esto por varias razones: después de Turquía, Francia fue el segundo país, desde la entrada en vigor del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en ser objeto de una condena por "tortura", por unanimidad por la Gran Sala de la Corte. En muchos aspectos, por lo tanto, este juicio parecía ser un juicio importante. Además de que parece ilustrar las disfunciones de determinados servicios policiales nacionales, inaugura una nueva interpretación por parte de la Corte de lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención.

suma, no sujeta a impuestos. Pero este capital se deprecia con el tiempo y puede convertirse en una trampa para las víctimas que deben gestionar una indemnización global de por vida (Benabent, 2015). Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta forma de reparación se presenta en gran medida como una sanción por la conducta del solicitante, incluso si la constatación de una violación de la Convención contra el Estado demandado equivale a amonestaciones.

Cuando se comprueba que se ha producido una violación a un Convenio de Derechos Humanos, se concederá a la víctima una indemnización pecuniaria, si el derecho interno del Estado de que se trate solo permite de manera imperfecta borrar las consecuencias del delito⁸², una compensación financiera⁸³. Esto incluye generalmente el reembolso de los costes y gastos incurridos y, en su caso, la indemnización por daños materiales o morales. En el caso del artículo 53 del CEDH, los Estados contratantes se comprometen a cumplir las decisiones del Tribunal. Desde octubre de 1991, el Tribunal de Justicia ha ordenado, en el fallo de su fallo, que la indemnización se abone al interesado en un plazo de tres meses a partir del pronunciamiento y, desde 1996, ha previsto el pago de intereses de demora.

Además, los Estados están sujetos a una fuerte presión de los pares y del público. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido muy hábil en el uso de este poder de influencia para ejecutar sus fallos. Al imponer fallos severos y ampliamente difundidos, el Estado es, de alguna manera, "expuesto" y esto lo obliga a cambiar rápida y radicalmente su legislación o su comportamiento⁸⁴. En América, el sistema no ejerce tanta presión sobre los Estados parte como lo hace la Corte Europea sobre los Estados Miembros.

⁸² El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es el pilar de la víctima parte civil, en nombre de un juicio justo, el desarrollo de sus derechos procesales y su derecho a indemnización.

⁸³ Artículo 50 de la CEDH.

⁸⁴ Hay ejemplos de tales cambios legislativos inducidos o acelerados por una condena de la Corte: en el caso de "Irlanda c. Reino Unido", el 18 de enero de 1978, el primer ministro británico se había comprometido solemnemente, en marzo de 1972, a no utilizar técnicas de interrogatorio, que posteriormente la Corte consideró contrarias al artículo 3 del CEDH. Además, se han tomado medidas para garantizar un tratamiento adecuado a los detenidos (exámenes médicos, procedimientos de investigación rigurosos, instrucciones estrictas a las fuerzas de seguridad). Además, los catorce hombres afectados por las conclusiones del Tribunal entablaron acciones por daños y perjuicios ante el Tribunal Superior de Irlanda del Norte y se les concedió una indemnización de entre 10.000 y 25.000 libras esterlinas. En Turquía, tras los casos de "Yagci y Sargin y Mansur c. Turquía" (fallos del 8 de junio de 1995) la legislación relativa a los delitos de propaganda comunista, que constituían los principales cargos contra los demandantes en este caso, fue derogada por una ley del 12 de abril de 1991. Francia también cumplió con el compromiso de no deportar al demandante. en el caso de "Nasri v. Francia", fallo de 13 de julio de 1995.

En consecuencia, la autoridad de los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos va mucho más allá de su estricto alcance jurídico. Aunque los jueces de Estrasburgo no han desarrollado ninguna doctrina sobre la aplicabilidad directa o la primacía de la legislación europea en materia de derechos humanos, de hecho, los tribunales y los Estados miembros están obligados a respetar la jurisprudencia del Tribunal. Esto lleva a la acreditación de la doctrina según la cual sus juicios estarían dotados de la "autoridad de lo interpretado". De hecho, la autoridad de cosa juzgada, resultante de los artículos 44 y 46 del CEDH, tiene un carácter muy limitado después de todo. En la opinión aceptada, la decisión dictada por un tribunal solo es vinculante entre las partes en la controversia. Constituye, para terceros, una *res inter alias*, de la que no pueden inferir derecho u obligación alguna en virtud de la fuerza de cosa juzgada que despliega. De ello se deduce que sería posible que el Tribunal de Justicia se viera obligado a dictar cuarenta y seis decisiones relativas a cuarenta y seis Estados miembros diferentes, aunque una violación tenga su origen en un estándar jurídico similar pero específico de cada Estado contratante (Cohen-Jonathan, 2017). Una vez analizado en derecho comparado el funcionamiento del marco europeo, analizaremos las reparaciones en el marco del derecho interamericano.

La reparación: Elemento esencial de los sistemas de protección internacional de derechos humanos

El artículo 41 del Convenio Europeo de 1950 establece que en caso de que se compruebe una violación "y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante permite que las consecuencias de dicha violación se borren sólo de manera imperfecta, el Tribunal concederá, en su caso, a la parte perjudicada una satisfacción equitativa". Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se centra en el deber de reparación que existe bajo el derecho internacional general, por lo tanto, se trata de un deber pesado y multifacético, destinado a conducir a la reparación integral, que incluye la rehabilitación de las víctimas y de sus familias y tiene en cuenta el entorno social y cultural, así como el "proyecto de vida" de la víctima, siendo esta última noción descrita como referida a las opciones de que dispone el individuo para configurar su existencia.

El artículo 63.1 de la Convención Americana dispone que, en caso de violación de la CADH, la Corte Interamericana exige que se conceda a la víctima el derecho o la libertad denegados; también puede ordenar la supresión de las consecuencias de la violación y el pago de una *fair compensation* (compensación justa) a la víctima. Además, si el artículo 68.1 de la CADH, al igual que la disposición correspondiente de la Convención

Europea, exige que el Estado parte interesado cumpla el fallo. Sin embargo, no existe ningún mecanismo de seguimiento de la aplicación comparable al establecido por el sistema europeo. El artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige que la Corte presente informes anuales a la Asamblea General de la OEA. Al hacerlo, la Corte identificará los casos en que los Estados parte no hayan cumplido sus fallos y formulará "las recomendaciones pertinentes". Por lo demás, es la propia CIDH la que, en la medida de lo posible, garantiza la ejecución de sus fallos.

La Corte de Costa Rica exige que toda violación de una obligación internacional que cause un daño implique un deber de reparación adecuada⁸⁵. Según la Corte, este principio, contenido en el párrafo 1 del artículo 63 de la Convención de 1969, refleja una norma consuetudinaria que constituye un principio fundamental del derecho de la responsabilidad internacional del Estado⁸⁶; sería una "norma consuetudinaria que se encuentra entre los principios fundamentales del derecho humano⁸⁷".

Al referirse de esta manera a las normas del derecho internacional general, el párrafo 1 del artículo 63 de la Convención Americana ofrece una amplia gama de recursos para las violaciones de los derechos protegidos por la Convención, incluida la indemnización y otras modalidades, incluidas las formas no monetarias. En algunos casos recientes, la CIDH ha destacado la importancia de las modalidades no pecuniarias y ha tenido en cuenta la necesidad de rehabilitar a las víctimas y sus familias. En "Aloeboetoe v. Surinam", de 1993, caso en que el Estado demandado había admitido su responsabilidad internacional, la Corte consideró el monto a pagar a los familiares de las personas asesinadas o a sus herederos; también ordenó la creación de dos fondos y una fundación, la reapertura de una escuela y el mantenimiento de una instalación médica. La novedad de esta decisión radicaba en el establecimiento de la reparación teniendo en cuenta el entorno social, en particular las prácticas culturales (como la poligamia) de las comunidades cimarronas (saramacas) en Surinam a las que pertenecían las siete víctimas (Pinto, 1996).

Cabe señalar que los vínculos entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente han sido objeto de muchas discusiones fructíferas dentro de la doctrina estadounidense (Cançado Trindade et al., 1998). Pero la Corte Interamericana ha permanecido hasta ahora relativamente silenciosa en temas de protección ambiental en el marco de la CADH (la Comisión es sin duda el órgano más exigente del sistema

⁸⁵ Fallo CIDH, 30 noviembre 2001 «Barrios Altos c. Perú», (reparación), RS, serie C, n° 87, § 24.

⁸⁶ Fallo CIDH, 27 agosto 1998 «Garrido y Baigorria c. Argentina», (reparación), RS, serie C, n° 39, § 40; cf. y § 55.

⁸⁷ Ver CIDH 26 de noviembre de 2002, "Las Palmeras vs. Colombia", (reparación), RS, Serie C, n° 96, § 37.

interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección ambiental). Las principales controversias sobre protección ambiental ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido hasta ahora a los derechos de los pueblos indígenas mediante el reconocimiento de sus derechos de propiedad colectiva⁸⁸ o el derecho a la información protegido por el artículo 13 de la Convención Americana⁸⁹. Es en el caso de Salvador "Chiriboga v. Ecuador" que, por primera vez, la CIDH reconoció la protección ambiental como un "servicio público" o "interés social" que podría legitimar los procedimientos de expropiación⁹⁰ y el derecho a una compensación justa. Es la propia CIDH la que sienta las bases para la construcción de un sistema coherente de reparación a las víctimas.

Los diferentes tipos de reparación en el sistema interamericano

Es un principio del derecho internacional, o incluso una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso conlleva la obligación de reparar. De este modo, incorporó al derecho internacional público el principio bien conocido en el derecho interno francés y, en particular, en el ámbito de la responsabilidad civil (artículo 1382 del Código Civil), según el cual, todo daño causado a una persona implica la obligación de indemnizar a la persona responsable del mismo.

En derecho internacional público, estas personas no son más que los propios Estados. Por lo tanto, están involucrados en mecanismos de responsabilidad que les comprometen y obligan a pagar una indemnización si su incumbencia se reconoce. Las reglas del sistema interamericano han sido desarrolladas gradualmente por la jurisprudencia de la CIDH (A). Esta jurisprudencia es el aporte más interesante al derecho internacional público de la CIDH al ofrecer una definición de reparación en esta materia (B).

⁸⁸ CIDH, 31 de agosto de 2001, "Comunidad Mayagna Awas Tingni c. Nicaragua"; CIDH, 17 de junio de 2005, "Comunidad indígena Yaky Axa c. Paraguay"; 29 de marzo de 2006, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay".

⁸⁹ La Corte destaca la importancia del acceso a la información en materia de protección ambiental. En este caso, la decisión del Estado chileno de negarse a difundir información sobre un proyecto de deforestación denominado "Río Cóndor", cuyos impactos ambientales fueron fuertemente debatidos, estuvo en discusión. CIDH, 19 de septiembre de 2006, "Claude Reyes y otros c. Chile".

⁹⁰ En efecto, la Corte destaca que el Estado ecuatoriano privó al demandante del derecho a la propiedad privada "por razones legítimas y fundamentales de utilidad pública, que consisten en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del parque metropolitano" (Malwé, 2009).

El fundamento jurídico de la reparación en el marco de la protección internacional de los derechos humanos

La competencia de la CIDH se deriva del art. 63.1 de la CADH. Cuando reconozca que se ha violado un derecho o libertad protegido por esta Convención, el tribunal ordenará que se garantice a la parte perjudicada el disfrute del derecho o libertad violado. Asimismo, ordenará, en su caso, la indemnización de las consecuencias de la medida o situación resultante de la violación de estos derechos y el pago de una indemnización justa a la parte perjudicada. La obligación de reparar se entiende en un sentido amplio y no sólo en términos monetarios. Con referencia al "Chorzów Factory Case"⁹¹, y a la decisión arbitral de Max Huber en el "British Property Case in Panís Morocco"⁹², la Corte afirma el carácter automático y el valor consuetudinario del derecho a la reparación en virtud del derecho internacional⁹³.

Según la Corte Interamericana, la obligación de reparación debe definirse en el derecho internacional como: "todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades e identificación de los beneficiarios) están definidos en el derecho internacional, y no puede ser modificada por un Estado que invoque las disposiciones de su derecho interno"⁹⁴. Como obligación independiente, la obligación de reparar también resulta de la obligación de los Estados de respetar y hacer respetar los derechos humanos, "la piedra angular del sistema internacional de protección de los derechos humanos, ya que implica el compromiso de los Estados de limitar el ejercicio de su poder, e incluso su soberanía, sobre los derechos y libertades fundamentales

⁹¹ Corte Permanente de Justicia Internacional: "Chorzow Factory Affair", 1928, entre el Gobierno de Alemania y el Gobierno de Polonia, obligación de reparación por la violación de una obligación del derecho internacional (en el caso específico, violación de la parte del gobierno de las disposiciones de los artículos 6 y siguientes de la Convención de Ginebra).

⁹² Esta oposición en la zona española se refería a España y el Reino Unido que firmaron un compromiso de arbitraje el 29 de mayo de 1923. El juez Huber pronunció su decisión el 1 de marzo de 1925. Esta disputa incluye aspectos enteros de la contribución de este abogado en la ley de naciones, en particular sobre la responsabilidad internacional del Estado, la arbitrabilidad de los conflictos, la valoración de los daños. Decisión arbitral, "Asunto de propiedad británica en el Marruecos español", RSA, Vol., II., 1949, p. 617.

⁹³ "El artículo 63-1 codifica una norma de derecho internacional consuetudinario, uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo relacionado con la responsabilidad del Estado. Todo hecho ilícito imputable a un Estado compromete su responsabilidad internacional por la violación de una norma internacional y conlleva la obligación consiguiente de reparar y poner fin a las consecuencias de la violación". Fallos de la CIDH, "Velásquez vs. Honduras", op. cit., § 25; 14 de septiembre de 1996, "El Amparo vs. Venezuela" (reparación), Serie C n° 28, § 14; "Cantoral Hermani c. Perú", Serie C n° 167, 17 de julio de 2007, § 156.

⁹⁴ "Fallos Velásquez" (reparación), § 30; "Aloeboetoe c. Surinam" (reparación) § 44; 29 de noviembre de 2006 "La Cantuta c. Perú", Serie C n° 162, § 200; 29 de abril de 2004, "Masacre Plan Sánchez c. Guatemala", Serie C n° 105 § 53, "Cantoral Hermani" § 165.

de las personas⁹⁵. Garantiza así la efectividad de los derechos al final de una triple obligación del Estado de prevención, represión y reparación⁹⁶.

La Corte señala que el derecho a la reparación también está vinculado al derecho a un recurso efectivo, que es "uno de los pilares fundamentales no sólo de la Convención Americana, sino también del Estado de derecho en toda sociedad democrática⁹⁷". Los recursos que no aclaran los hechos no son "efectivos" en el sentido de la Convención⁹⁸. Por lo tanto, el ejercicio efectivo del derecho a un recurso resume la exclusión de cualquier ley de amnistía⁹⁹. Debe existir mientras no se establezca con certeza la suerte de los "desaparecidos", de acuerdo con la naturaleza continuada de este crimen.

La reparación: Una construcción original de la CIDH

La Corte Interamericana define una reparación necesariamente integral, teniendo en cuenta la magnitud del daño y las obligaciones correspondientes de los Estados¹⁰⁰, "las reparaciones consisten en medidas destinadas a eliminar, moderar o compensar los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza e importe dependen de las características de la violación y del daño causado, tanto material como inmaterialmente¹⁰¹".

Así, la indemnización por daños y perjuicios requiere "la plena restitución, lo que implica la restauración de situaciones anteriores. Si la restitución no es posible, la Corte debe determinar una serie de medidas que, además de garantizar los derechos violados, reparen las consecuencias de esas violaciones, entre otras cosas, determinando el monto de la indemnización por los daños sufridos, tanto materiales como inmateriales¹⁰²". Si el término "compensación" se utiliza por primera vez de forma genérica, se utiliza para referirse únicamente al remedio monetario.

⁹⁵ CIDH «Velásquez c. Uruguay», § 162-164.

⁹⁶ CIDH «Velásquez», § 174.

⁹⁷ Fallos de la CIDH de 24 de enero de 1998, "Blake vs. Guatemala", Serie C n° 36, § 102; 19 de noviembre de 1999, "Villágran Morales vs. Perú", Serie C n° 63, § 234; 25 de noviembre de 2000, "Bámaca Velásquez vs. Guatemala", Serie C n° 70, § 191.

⁹⁸ Resolución de la Comisión Interamericana 61/99 (Colombia) 13 de abril de 1999, § 51.

⁹⁹ CIDH 14 de marzo de 2001, "Barrios Altos c. Perú", Serie C n° 75, § 43; Comisión Interamericana, res. n° 28/92 § 39, n° 29/92 § 49, n° 34/96 § 70, n° 36/96 § 71, n° 25/98 § 89, n° 1/99 §§ 126-130, n° 133/99 §§ 89-91, n° 136/99 § 220, n° 66/01 § 69.

¹⁰⁰ Según la CIDH, porque "el objetivo del derecho internacional de los derechos humanos ... es proteger a las víctimas y reparar los daños resultantes de los actos cometidos por los Estados responsables", porque "para garantizar efectivamente los derechos reconocidos en la Convención, es necesario que la actividad del gobierno culmine en la reparación del agraviado". CIDH 8 de diciembre de 1995 "Caballero Delgado y Santana c. Colombia", Serie C n° 22, § 58.

¹⁰¹ CIDH, "La Cantuta" § 202; "Vargas Areco c. Paraguay", Serie C n° 155, 26 de septiembre de 2006, § 142.

¹⁰² Fallos "Velásquez" (reparación) de la CIDH, § 26; "Blake", párrafo 32; "Paniagua Morales vs. Guatemala" (reparación), Serie C n° 76, 25 de mayo de 2001, § 76; "Villágran Morales vs.

Así, desde el punto de vista de la Corte Interamericana, que se basó en la jurisprudencia más avanzada de la Comisión Interamericana, "la reparación significa que la justicia debe hacerse plenamente para la sociedad en su conjunto, para los responsables y para las víctimas¹⁰³".

La CIDH especifica que, en el caso de violaciones graves de los derechos humanos, la reparación no puede borrar el daño, por lo que debe permitir paliar sus consecuencias. La reparación es necesaria porque también promueve una nueva organización social e implica una nueva concepción del ser humano y de las relaciones sociales¹⁰⁴.

El estudio de la jurisprudencia revela la centralidad del derecho a la verdad¹⁰⁵ y a la justicia para las víctimas en términos de reparación. Por un

Perú "(reparación), Serie C n° 77, 26 de mayo de 2001, § 60; "Barrios Altos c. Perú "(reparación), Serie C n° 87, 3 de diciembre de 2001, § 25; "Cantoral Benavides c. Perú "(reparación), Serie C n° 88, 3 de diciembre de 2001, § 41; "Durand y Ugarte c. Perú "(reparación) Serie C n° 89, 3 de diciembre de 2001, § 24; "Bámaca Velásquez" (reparación), Serie C n° 91, 22 de febrero de 2002, § 39; "Trujillo Oroza c. Bolivia "(reparación), Serie C n° 92, 27 de febrero de 2002 § 61; "La Cantuta" § 201, "Vargas Areco" § 141; "Goiburú c. Paraguay ", 22 de septiembre de 2006, Serie C n° 153, § 142; "Molina Thiessen c. Guatemala ", Serie C n° 108, 3 de julio de 2004, § 42.

¹⁰³ E / CN.4 / Sub.2 / 1993/8, § 87. La Comisión Interamericana utiliza en primer lugar los términos "indemnización" y "reparación" de manera indiscriminada, refiriéndose a la reparación integral: "la justa indemnización compensatoria [incluye] al Estado obligación de realizar una investigación completa y procesar a cualquier responsable [y pago de indemnización]" (Fallo "Velásquez" (reparación), § 8). Al calificar el derecho a la reparación como consuetudinario, retomando los principios de la Corte (Res. 39/97 –Perú, §§ 116-119), la Comisión insiste en la obligación de asegurar la satisfacción de las víctimas, de garantizar la (colectividad) derecho a la verdad (Res. 1/99 –El Salvador–, § 150), a la justicia: "las investigaciones y sanciones penales constituyen una forma de reparación" (Res. 5/98 –Colombia–, § 139), y a Adoptar garantías de no repetición de las violaciones, que en definitiva constituyen una reparación integral (Res. 3/98 –Colombia–, § 137).

¹⁰⁴ "Las reparaciones no borran el daño causado a las víctimas –directo o indirecto–: siguen siendo víctimas antes y después de las reparaciones, por eso es importante adoptar medidas de rehabilitación ... Las víctimas directas sufrieron daños irreparables. Las víctimas indirectas sufrieron una pérdida irreparable [...] Hacer justicia contribuye al menos a reestructurar, restaurar la esperanza y repensar las relaciones humanas [...] Estrictamente hablando, no existe una reparación real o plena posible, en el sentido literal del término (del latín reparatio, derivado de reparare "restaurar, renovar") que revela los límites de la ley [...] Reparaciones, en lugar de reparar verdaderamente los sufrimientos de los padres sobrevivientes, más bien los alivia, los rehabilita en la vida y por eso las reparaciones son absolutamente necesarias ". Juez Antonio Cançado Trindade, Fallo "Villagrán Morales" (reparación), §§ 35, 36.

¹⁰⁵ En su informe anual 1985-1986, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró: "Toda sociedad tiene el derecho inalienable a conocer la verdad sobre los hechos sucedidos, así como los motivos de los atroces crímenes y las circunstancias en las que se produjeron. fueron cometidos, que fueron cometidos, a fin de evitar que tales actos vuelvan a ocurrir en el futuro. Además, los familiares de las víctimas tienen derecho a ser informados sobre lo sucedido. El acceso a la verdad presupone la libertad de expresión que, por supuesto, debe ejercerse razonablemente, así como el establecimiento de comisiones de investigación cuya composición y autoridad debe determinarse de conformidad con la legislación nacional, o la dotación al sistema judicial de los recursos necesarios. para que pueda llevar a cabo por sí mismo las investigaciones necesarias. La Comisión considera que el respeto a los principios enunciados anteriormente promoverá la justicia más que la venganza, lo que responderá a la urgente necesidad de reconciliación nacional y no pondrá en peligro la consolidación de un

lado, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia se tienen sistemáticamente en cuenta y se desarrollan de manera autónoma. Por otra parte, los daños resultantes de su violación se incluyen en la definición de cada derecho a indemnización: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no renovación. La jurisprudencia responde aquí a una exigencia prioritaria de las víctimas y sus representantes, y confirma la tesis de que el derecho a la reparación de las víctimas, y la consiguiente obligación del Estado, implica el rechazo de toda impunidad. A continuación, analizaremos las categorías de reparación, siendo estas el aporte de mayor originalidad de la CIDH.

III. Las categorías de reparación creadas por la CIDH

Todas las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen derecho a un recurso y una reparación efectivos. Aunque este concepto se reconoce como consecuencia de la responsabilidad del Estado por las violaciones de los derechos humanos, apenas se respeta. Las disposiciones jurídicas internacionales en este ámbito son dispares, a menudo vagas y se expresan de diversas maneras. Los aspectos detallados del deber del Estado de garantizar la reparación han sido moldeados y refinados por la jurisprudencia internacional. Con el tiempo, varias organizaciones internacionales han articulado y fortalecido muchos principios. Aunque cada sistema utiliza su propia interpretación y terminología, puede observarse que existe un conjunto coherente de normas relativas al derecho a la reparación y al resarcimiento. La obligación de restitución en especie o de indemnización puede derivarse de las normas del derecho internacional que prevén la indemnización únicamente en caso de que se produzca un perjuicio. Como resultado, la jurisprudencia de la CIDH ha definido claramente el alcance de la restitución (Sección 1) y la compensación (Sección 2).

La restitución en la jurisprudencia CIDH

La evolución de la jurisprudencia interamericana (García Ramírez, 2006) ha establecido el derecho a la restitución (Cerna, 1996), múltiple, cuyo objetivo último es establecer una situación de vida lo más cercana posible a la anterior a las violaciones: restauración de la libertad, restitución de los derechos legales, sociales, cívicos y “borrar” los efectos de las violaciones (incluyendo condenas y antecedentes penales y administrativos), restitución del empleo,

gobierno democrático”. Informe anual 1985-1986, OEA / Ser.L / V / II.68, Doc. 8, rev. 1, 28 de septiembre de 1986, Capítulo V; [derecho a conocer el paradero de los hijos de personas desaparecidas].

educación y el derecho a disfrutar de las tierras ancestrales para las comunidades indígenas. En caso de violación del derecho a la vida, los restos de las víctimas deben ser devueltos a sus familias.

La CIDH declaró en su primer caso que "el objetivo que debe alcanzarse [del *restitutio in integrum*], la plena indemnización de los daños sufridos es, lamentablemente, a menudo imposible de alcanzar dado el carácter irreversible de los daños causados¹⁰⁶". Comparando los efectos de las violaciones con los "círculos concéntricos de una piedra lanzada por rebote", la Corte declaró que era imposible "eliminar" las consecuencias de las violaciones. Por lo tanto, la restitución parece "imposible, inapropiada, insuficiente¹⁰⁷".

Para Sergio García Ramírez ex juez de la CIDH, en el caso *Bámaca Velásquez*, explica:

[la premisa de que] la reparación requiere, en la medida de lo posible, la plena restitución" pierde su significado en el caso de violaciones graves. La plena restitución es imposible incluso cuando la víctima está viva: poner fin a la detención arbitraria permite restablecer la libertad, pero no permite que el detenido se encuentre en la situación en la que se encontraba antes de ser encarcelado. Por lo tanto, la Corte debe abandonar este "objetivo poco realista", añade, insistiendo por el contrario en la construcción de una situación lo más parecida posible a la que existía antes de la violación. No se trata de "borrar" las consecuencias, sino de restablecer los derechos confiscados y devolver a la víctima, en la medida de lo posible, a su situación original¹⁰⁸.

A este respecto, la CIDH ordena la puesta en libertad de la demandante, que fue en particular víctima de una detención arbitraria, que "la reintegre en su puesto de profesora que tenía en el momento de su detención", que pague sus salarios y otras prestaciones equivalentes a las que recibía antes de su detención, incrementadas con las actualizaciones normales, que "garantice su derecho a una pensión, que vuelva a inscribir su nombre en los registros de pensiones, con efecto retroactivo a partir de la fecha en que fue suprimida¹⁰⁹"; la restitución de una víctima al puesto que ocupaba en instituciones públicas antes de ser detenida, "al menos a un nivel equivalente", la actualización de su formación profesional y su reinserción en el sistema de pensiones, con efecto retroactivo¹¹⁰; la anulación de los antecedentes penales y policiales penales o administrativos existentes contra

¹⁰⁶ Fallo "Velásquez", (interpretación), § 27.

¹⁰⁷ Fallo "Aloeboetoe" (reparación), § 49; Comisión Interamericana, resolución 49/97, caso 11.520.

¹⁰⁸ Opinión del Juez Sergio García Ramírez, bajo Fallo "Bámaca Velásquez" (reparación), § 1

¹⁰⁹ Fallo "Loayza Tamayo" (reparación), §§ 113-117.

¹¹⁰ Fallo "De la Cruz Flores c. Perú", Serie C n° 115, 18 de noviembre de 2004, §§ 169-171; "Ricardo Baena c. Panamá", Serie C n° 72, 2 de febrero de 2001, § 214.

las víctimas. Además, para perfeccionar la restitución de la situación anterior, se puede otorgar una beca de posgrado y universitaria para reanudar los estudios interrumpidos¹¹¹.

En cuanto a las violaciones del derecho a la vida, la restitución de los restos de las víctimas es un "acto de justicia y reparación" para sus familias¹¹². Así, la Corte insiste en que las medidas de reparación "que más se aproximan a un *restitutio in integrum* en caso de violación [del derecho a la vida] son: la adaptación del derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la obligación del Estado de llevar a cabo investigaciones, identificar, juzgar y sancionar a los responsables; medidas que también constituyen garantías de no repetición" de las violaciones¹¹³.

En cuanto a las comunidades indígenas, la Corte considera que "la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la comunidad es la medida de reparación más cercana a la *restitutio in integrum*, de manera que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar a los miembros de la comunidad el derecho a la propiedad de sus tierras tradicionales y, por ende, su uso y disfrute¹¹⁴".

La compensación en el derecho interamericano

La indemnización o "restitución por equivalente" ha sido considerada desde hace mucho tiempo la forma más común de cumplir con la obligación internacional de reparación. Así, la evolución de la jurisprudencia de la CIDH refleja una preocupación más global por los derechos de las víctimas y los daños sufridos que el TEDH. La CIDH ha definido las reparaciones individuales como: (A) daño material (B), daño moral (C), perturbación del proyecto de vida (D); las reparaciones colectivas como medidas de

¹¹¹ Fallo "Cantoral Benavides" (reparación), §§ 77-78.

¹¹² "La devolución de los restos de los detenidos desaparecidos es tanto un acto de justicia como un acto de reparación. Es un acto de justicia conocer la suerte corrida por una persona desaparecida y es una forma de reparación porque permite devolver la dignidad a las víctimas, porque los restos de una persona merecen ser tratados con respeto para que sus padres puedan ofrecer él un entierro digno". Fallo "Trujillo Oroza" (reparación), § 115.

¹¹³ CIDH 26 de septiembre de 2006, "Almonacid Arellano c. Chile", Serie C n° 154, § 144.

¹¹⁴ Si la tierra ahora pertenece a propietarios privados y no puede ser devuelta, el Estado debe "considerar la posibilidad de compra o la legalidad, necesidad y proporcionalidad de una expropiación [...] Si por razones objetivas y fundamentales, la devolución de tierras ancestrales a miembros de la comunidad, el Estado deberá entregar tierras alternativas, elegidas por consenso con la comunidad indígena en cuestión, de acuerdo con sus propias formas de consulta y toma de decisiones, sus valores, usos y costumbres. En cualquier caso, el tamaño y la calidad de la tierra deberían ser suficientes para asegurar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la comunidad. ". Pero de ninguna manera, insiste la Corte, el hecho de que las tierras pertenezcan a propietarios privados o sean explotadas racionalmente, no constituyen razones "objetivas y fundamentales" que impidan su restitución. CIDH "Sawhoyamaya", §§ 210, 212; "Yakye Axa", §§ 144-154, 217.

satisfacción colectiva de carácter colectivo. También impone normas precisas para el pago de indemnizaciones y la rehabilitación (E).

Los daños materiales

La CIDH define el daño material como "la pérdida de ingresos de la víctima, los gastos ocasionados por los hechos del caso y las consecuencias pecuniarias que tienen una relación causal directa con los hechos en cuestión"¹¹⁵.

La Corte Interamericana compensa en primer lugar la pérdida de ingresos. Si bien la jurisprudencia puede haber variado significativamente, el principio general es calcular la pérdida de ingresos correspondiente a los ingresos no percibidos desde la fecha de la violación hasta la decisión del tribunal o, en su defecto, hasta el salario medio en el país de que se trate, multiplicado por el número de años que faltan para alcanzar la edad media de esperanza de vida¹¹⁶.

La indemnización por otros daños materiales se calcula en equidad, sobre la base de todos los documentos justificativos y testimonios. La CIDH también compensa los gastos incurridos y las consecuencias pecuniarias que se relacionan causalmente con los hechos, como los "daños patrimoniales", que se reflejan en el "cambio sustancial en las condiciones y calidad de vida". Así, la Corte decide la indemnización de los gastos, pasados o futuros, relacionados con los gastos médicos en que incurrió la víctima como consecuencia de la violación sufrida, a costa del tratamiento médico y psicológico seguido por los miembros de su familia cuando el deterioro del estado de salud es una consecuencia directa de la violación. También tienen derecho a indemnización: los costos relacionados con el cambio de domicilio y lugar de trabajo, incluida la búsqueda de refugio en el extranjero, los costos de educación de los niños pequeños, después de la desaparición de sus padres, los costos de exhumación de las víctimas y los gastos para encontrarles un entierro digno, incluido el transporte de los restos y servicio funerario¹¹⁷.

Particularmente innovadora, la Corte Interamericana compensa los daños materiales causados por el mantenimiento de la impunidad. La Corte también decide resarcir la pérdida de ingresos resultante del mantenimiento

¹¹⁵ CIDH «Cantoral Benavides», § 166; «La Cantuta» § 213.

¹¹⁶ CIDH «El Amparo» (reparación), § 28; «Loayza Tamayo» (reparación), § 128; «Suárez Rosero» (reparación), § 60; «Cantoral Benavides» (reparación), § 49; «Caracazo» (reparación), §§ 88-89; «Aloeboetoe» (reparación), §§ 40, 88, 98.

¹¹⁷ CIDH «La Cantuta», § 230; «Baldeón García c. Perú», 6 de abril de 2006, Serie C n° 147, § 186; CIDH «Villágran Morales» (reparación), § 80; «Paniagua Morales» (reparación), §§ 119, 137, 168; «Caracazo» (reparación), § 85; «Penal Miguel Castro vs. Perú», Serie C n° 160, 25 de noviembre de 2006, § 428; «Cantoral Hermani», § 174.

de la impunidad, dedicando, por ejemplo “gran parte de su tiempo a realizar gestiones para determinar la suerte corrida por su esposo, luchar contra las obstrucciones y denegaciones de justicia, que impiden él de llevar una vida profesional [...] [está] privado de la posibilidad de trabajar por acciones y omisiones de agentes del Estado”¹¹⁸ y la búsqueda de los desaparecidos¹¹⁹. La CIDH también decide indemnizar los presuntos daños materiales de la familia cercana a la persona desaparecida¹²⁰.

La Corte Interamericana amplía su jurisprudencia en materia de indemnización por los gastos incurridos en la persecución de la justicia para cubrir los gastos incurridos por los miembros de las comunidades indígenas en la recuperación de las tierras que consideran propias¹²¹ y los gastos de viaje de sus dirigentes “que han tenido que ponerse en contacto con organizaciones no gubernamentales e internacionales, personas reconocidas nacional o internacionalmente, a fin de denunciar los hechos”¹²².

El daño moral desde la perspectiva CIDH

La Corte Interamericana define el daño moral como “el sufrimiento y el daño directamente causado a la víctima directa y a sus familiares”¹²³, el daño a valores muy importantes para las víctimas, así como las alteraciones, incluidas las alteraciones no pecuniarias, en las condiciones de vida de la víctima y de su familia”.

Considera que si es imposible atribuirle un determinado equivalente monetario, debe ser indemnizado íntegramente por diferentes medios: en

¹¹⁸ CIDH «Bámaca Velásquez» (reparación), § 54 a); «La Cantuta», § 214; «Palomino», § 127.

¹¹⁹ Ya sea para viajes, comunicaciones, visitas a autoridades, cárceles, hospitales, morgue o para “obtener justicia”. Explica que este daño es, de hecho, resultado directo del “incumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de investigar las violaciones”. CIDH 5 de julio de 2006, “Montero Aranguren c. Venezuela”, Serie C n° 150, § 129; Fallos “Blake” (reparación), § 48; “Trujillo Oroza” (reparación), § 74 a).

¹²⁰ Al considerar imposible establecer la relación de causalidad entre la desaparición y el presunto daño emergente, concluye que “el grupo familiar ciertamente ha sufrido un daño económico como consecuencia de la desaparición de uno de sus miembros, por causas imputables al Estado [...] La desaparición provocó un daño económico a la familia que debe ser reparado según el principio de equidad”. CIDH, “Castillo Páez” (reparación), § 76; “Paniagua Morales” (reparación), § 98-99.

¹²¹ Fallo «Yakye Axa», § 194.

¹²² Fallo «Sawhoyamaxa», § 217.

¹²³ “Es de naturaleza humana que cualquier persona sometida a detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución extrajudicial haya experimentado sufrimiento, angustia, miedo, sentimientos de desamparo e inseguridad de tal manera que no es necesario probar el daño (moral)”. “El sufrimiento causado a la víctima (directa) se extiende a los familiares más cercanos, especialmente a aquellos que tienen una relación emocional cercana con la víctima. Además, el sufrimiento o la muerte de una persona ocasiona a sus hijas, hijos, cónyuge o pareja, madre y padre, un daño moral tal que no es necesario demostrar”. CIDH “Mapiripán” § 28; “Villágran Morales” (reparación), § 90; “La Cantuta”, § 217; “Ituango”, §§ 384, 386; “Aloeboetoe” (reparación), §§ 51-52, 76; “Bulacio”, párrafo 98; “Molina Thiessen”, artículo 68; 25 de noviembre de 2003, “Myrna Mack Chang v. Guatemala”, Serie C n° 101, § 264.

primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios gravables en dinero, que la Corte determina "de conformidad con la libre voluntad y la equidad judicial"; en segundo lugar, mediante actos u obras de alcance o repercusión pública, destinados a restablecer la dignidad de las víctimas, restablecer la memoria de las víctimas, consolar a sus padres e impedir la repetición de las violaciones¹²⁴.

Así, para la CIDH, el perjuicio moral está constituido por los traumas psicológicos relacionados con la privación de uno de sus padres¹²⁵, el hecho de crecer lejos de la "figura paterna¹²⁶", la "privación de todo contacto amoroso", la "desintegración" de los lazos familiares y el exilio forzado¹²⁷, el impacto emocional causado por el desplazamiento de la familia, la pérdida de referentes comunitarios y familiares, la impotencia causada por la falta de apoyo social e institucional, la tristeza de ver cómo se deterioran las condiciones de vida¹²⁸, la humillación y las amenazas sufridas en las visitas durante la detención, el hecho de vivir con el temor y la inseguridad de ser encarcelado, a su vez¹²⁹, la prohibición de hablar la lengua materna¹³⁰. Se caracteriza por los intentos de suicidio y la bulimia de los familiares de las víctimas¹³¹.

Más concretamente, la Corte señala que el perjuicio moral también se deriva de la ausencia de recursos judiciales específicos para las situaciones de impunidad. Al final de una abundante jurisprudencia, la Corte insiste en "el sufrimiento, la angustia, los sentimientos de inseguridad, frustración e impotencia ante el incumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de investigar", [afirmando que] "la desaparición y la falta de información relativa a la víctima son fuentes de angustia e incertidumbre para sus beneficiarios, lo que constituye un perjuicio moral¹³²". Estigmatiza explícitamente los efectos de la "impunidad imperante [...] que ha causado y sigue causando sufrimiento a los familiares de las víctimas, haciéndolas

¹²⁴ CIDH «Cantoral Hermani», § 175; «Mapiripán», § 282; «La Cantuta», § 217, §219; «Castro» § 430; «Ituango» § 383; «Vargas Areco», § 149; «Yakye Axa», § 199.

¹²⁵ CIDH «Suárez Rosero» (reparación), § 63.

¹²⁶ CIDH «López Álvarez c. Honduras», Serie C n° 141, 1 febrero 2006, § 201.

¹²⁷ CIDH «Goiburú» § 158; «Cantoral Benavides» (reparación), § 61; «Paniagua Morales» (reparación), § 174.

¹²⁸ CIDH «Baledon», § 190.

¹²⁹ CIDH «Goiburú», § 158; «Cantoral Benavides» (reparación), § 61; «Paniagua Morales» (reparación), § 174.

¹³⁰ CIDH «López Álvarez», § 201.

¹³¹ CIDH «Bulacio», § 99.

¹³² CIDH «Molina Thiessen», § 69; «Castillo Páez» (reparación), § 87; «Caracazo» (reparación), §§ 100, 104.

sentir vulnerables e indefensas frente al Estado, situación que les provoca una profunda angustia¹³³".

Así, "la violación del derecho a las garantías judiciales, el derecho a un juicio justo y el derecho a un recurso efectivo" conduce a un daño moral que debe ser indemnizado¹³⁴. Estos daños morales, insiste la Corte, tienen un "impacto en las relaciones sociales y profesionales, en las dinámicas familiares alteradas y en el tejido social de la comunidad", y han puesto en peligro "en algunos casos la vida y la integridad de sus miembros¹³⁵", impidiendo que la familia lleve una vida normal, o destruyéndola.

En su jurisprudencia sobre el derecho a la reparación de los miembros de las comunidades indígenas, la particular importancia de la tierra para estos pueblos implica que la negación del disfrute o ejercicio de sus derechos territoriales afecta valores que son muy importantes para ellos, que pueden sufrir "daños irreparables en sus vidas, su identidad y su patrimonio cultural para ser transmitidos a las generaciones futuras¹³⁶".

El concepto de la ruptura del proyecto de vida

La CIDH ha dado una nueva orientación al tema del derecho a la indemnización, definiendo una tercera categoría de daños: la ruptura del "proyecto de vida". El Tribunal distingue entre la perturbación del proyecto de vida y el daño material cuantificable según criterios objetivos y económicos: "El concepto de proyecto de vida está vinculado al de desarrollo personal, que a su vez se basa en las opciones que un individuo puede tener para llevar su vida y alcanzar sus objetivos. Estas opciones son la manifestación y garantía de la libertad¹³⁷".

¹³³ La obstrucción del Estado en la búsqueda de la verdad, el ocultamiento de los hechos y el cuerpo de los "desaparecidos", los obstáculos a la exhumación, la no devolución de los cuerpos y el uso de fosas comunes ilegales, pero también el miedo de familiares de desaparecidos para iniciar y continuar la búsqueda de sus padres, los daños causados en represalia por su búsqueda son todas fuentes del perjuicio moral de los familiares de desaparecidos. Fallo "Bámaca Velásquez" (reparación), § 64.

¹³⁴ CIDH «Caracazo» (reparación), § 107; «Almonacid Arellano», § 161.

¹³⁵ CIDH «Mapiripán», § 284; «Ituango», § 385; Pueblo Bello», § 256.

¹³⁶ CIDH "Sawhoyamaya", §§ 221-222; "Yakye Axa", § 204. Pero también en la Fallo "Plan Sánchez", la CIDH desarrolla los factores a ser tomados en cuenta en la definición y evaluación del daño moral, dependiendo de las estructuras y funcionamiento interno, creencias y rituales de los pueblos indígenas. CIDH "Plan Sánchez", § 87.

¹³⁷ Víctima de detención arbitraria y tratos inhumanos, María Elena Loayza Tamayo es liberada, pero debe salir de su país para vivir sola en el exterior, en condiciones económicas muy difíciles, sufriendo un grave deterioro de su estado físico y psicológico, "[impedido] de lograr su condición personal, metas familiares y profesionales que razonablemente se había fijado". El curso de su vida, la realización de sus proyectos y su desarrollo personal (su "proyecto de vida") se ven así "irremediabilmente" alterados. CIDH "Loayza Tamayo", (reparación), §§ 145-148.

La CIDH insiste en la evolución de la teoría del derecho a la reparación, que debe tener en cuenta a la persona humana en su totalidad, según sus aspiraciones, dando prioridad a su realización como ser humano y a la restauración de la dignidad humana, más allá de la mera reducción de las cuantificaciones económicas.

La reparación de la ruptura del proyecto de vida también se define en el fallo, como en el caso de Benavides Cantoral. La "grave alteración del curso normal de la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que estos acontecimientos provocan impiden a la víctima realizar su vocación, sus aspiraciones y su potencial, en particular en lo que se refiere a su educación y su profesión. En consecuencia, la Corte insta al Estado a que conceda a la víctima una beca que le permita reanudar sus estudios (en un centro universitario elegido de acuerdo con el Gobierno) y, por consiguiente, el curso de su vida"¹³⁸.

En consecuencia, la reparación de la "ruptura del proyecto de vida", que no es económicamente cuantificable, debe interpretarse de acuerdo con el objetivo de restaurar la situación anterior, combinando de hecho medidas de rehabilitación y satisfacción y garantías de no renovación, y confirmando el carácter decididamente integral de la reparación en el marco de la CIDH.

Las medidas de satisfacción colectiva de la CIDH

La Corte Interamericana define ahora en el primer punto de su dispositivo la obligación de investigar las violaciones y de juzgar y castigar a sus autores. El derecho a la verdad y el derecho a la justicia también forman parte del derecho de las víctimas a la reparación. De origen judicial o administrativo, el derecho a la verdad tiene un alcance individual y colectivo, que se complementan entre sí. Así, la Corte precisa que "el derecho a la verdad equivale al derecho de las víctimas y sus familiares a obtener de las autoridades competentes el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades correspondientes mediante la investigación y el juicio" de los responsables¹³⁹.

La satisfacción del derecho a la verdad no se limita, por tanto, a establecer las condiciones de la desaparición, ni siquiera a la localización de los cuerpos, sino que implica también el enjuiciamiento de los responsables y, en su caso, la devolución de los cuerpos a las familias¹⁴⁰. El derecho a la

¹³⁸ CIDH «Cantoral Benavides» (reparación), §§ 60, 80.

¹³⁹ CIDH «Barrios Altos», § 48; «Almonacid Arellano», § 148; «La Cantuta», § 222; «Goiburú», § 164; «Ituango», § 399; «Baldeón García», § 195; «Pueblo Bello», § 266.

¹⁴⁰ CIDH «Caracazo» (reparación), §§ 121-122; «Trujillo Oroza» (reparación), §§ 113, 117; «Bámaca Velásquez» (reparación), §§ 73-79; «Cantoral Benavides» (reparación), §§ 69-70; «Villágran Morales» (reparación), §§ 102, «Paniagua Morales» (reparación), §§ 204; «Caballero Delgado» (reparación), § 58; «Neira Alegria» (reparación), § 69.

verdad es absoluto porque "en el caso de que las dificultades internas dificulten la identificación de los responsables de las violaciones, las víctimas y sus familias siempre tienen derecho a saber lo ocurrido"¹⁴¹.

El ejercicio efectivo del derecho a la verdad requiere, en primer lugar, que las víctimas y sus familiares, o sus representantes, tengan acceso y puedan intervenir en todas las etapas de las investigaciones y procesos, de conformidad con la legislación nacional y las disposiciones de la Convención Americana. Por lo tanto, los resultados de las encuestas deben serles comunicados a medida que se vayan llevando a cabo¹⁴².

La Corte ha establecido una jurisprudencia consistente en materia de reparación, que ahora especifica su aplicación en el tiempo:

el Estado debe tomar inmediatamente las medidas necesarias para completar efectivamente y en un plazo razonable las investigaciones y procesos penales ante los tribunales ordinarios, así como determinar las respectivas responsabilidades penales de todos los autores de los actos cometidos, ya sean materiales, intelectuales o de todos aquellos que han colaborado o hecho posible la comisión de tales crímenes¹⁴³.

La Corte también considera que el Estado, que debe adoptar todas las medidas necesarias, incluidas las diplomáticas, para juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones cometidas, debe formular las correspondientes solicitudes de extradición de conformidad con las normas pertinentes del derecho interno e internacional. Con este fin, la Corte recuerda la obligación de los Estados de cooperar, y la obligación *aut dedere aut judicare*, relativa a la jurisdicción extraterritorial¹⁴⁴. Además, en relación con el derecho penal internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y el derecho internacional consuetudinario, la CIDH no duda en calificar de crímenes de lesa humanidad las violaciones graves de las que debe ocuparse, afirmando así su imprescriptibilidad e irremediabilidad, ya que esta imprescriptibilidad equivale a una norma de *jus cogens*¹⁴⁵.

¹⁴¹ CIDH «Castillo Páez», §§ 90, 89.

¹⁴² CIDH «Cantoral Hermani», § 191; «Bulacio», § 121; «Palomino», § 139; «La Cantuta», § 228; «Vargas Areco», § 154-156; «Montero Aranguren», § 139; «Baldeón García», § 199; «Blanco Romero c. Venezuela», *Série C n° 138*, 2005, § 97; «Plan Sánchez», § 98.

¹⁴³ CIDH «Mapiripán», § 298

¹⁴⁴ CIDH «La Cantuta», § 227; «Goiburú», § 166.

¹⁴⁵ El *jus cogens* reúne las normas imperativas del derecho internacional general. Este concepto está definido por la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, en su artículo 53: "Para los efectos de esta Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como una norma a la que no se permite derogación y que sólo puede ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Ver también fallo CIDH «Almonacid Arellano», § 152.

Pago de indemnizaciones y rehabilitación

A fin de garantizar una indemnización justa y completa, la Corte incluye el reembolso por el Estado de los costos y gastos¹⁴⁶, ya que son una "consecuencia normal de los esfuerzos de la víctima, de los beneficiarios de la indemnización y de sus representantes para obtener del Tribunal el reconocimiento de la realidad de la violación y para establecer sus consecuencias jurídicas".

La Corte puede incluso ampliarlo al reembolso de los gastos en que hayan incurrido las organizaciones no gubernamentales que hayan apoyado y representado a las víctimas¹⁴⁷. Dado que la reparación no debe ser una fuente de enriquecimiento o empobrecimiento para las víctimas, la CIDH se niega a otorgar daños punitivos¹⁴⁸.

Con el fin de proteger eficazmente el derecho de las víctimas a la indemnización, la Corte Interamericana podrá decidir transferir las sumas asignadas a fondos especiales, administrados en función de los intereses de los beneficiarios, en particular cuando no estén plenamente identificados o en caso de que los beneficiarios no puedan recibir indemnización en el plazo previsto para el pago¹⁴⁹, a cuentas bancarias bloqueadas hasta que la mayoría de las víctimas sean menores de edad o hasta que la autoridad judicial competente haya adoptado una decisión favorable en interés del niño¹⁵⁰.

Para proteger el valor del derecho a la indemnización y alentar a los Estados a cumplirlo, la Corte Interamericana fija los intereses de demora¹⁵¹. La compensación se calcula ahora en una moneda fuerte convertible en moneda nacional en el momento del pago, para evitar los efectos de una posible devaluación. Está exento de impuestos o de cargas fiscales.

¹⁴⁶ Luego incluyó, en 1998, la participación directa de las víctimas en la etapa de reparación: "Las costas y gastos forman parte del concepto de reparación previsto en el artículo 63.1 de la Convención, en cuanto a las actividades realizadas por las víctimas para la obtención de justicia, tanto a nivel nacional como internacional, han involucrado pagos que deben ser compensados cuando se asume la responsabilidad internacional del Estado. Estos son gastos "necesarios y razonables". Fallos "La Cantuta" de la CIDH § 243; "Cesti Hurtado" (reparación), § 71; "Caracazo" (reparación), § 130.

¹⁴⁷ Fallo «Vargas Areco», §§ 166-167; «Ituango», § 416.

¹⁴⁸ Las expresiones "justa indemnización" y "perjudicado", mencionadas en el art. 63.1, "indicar que la indemnización es compensatoria y no punitiva". CIDH "Velásquez" (reparación), § 38; "Vargas Areco", § 142.

¹⁴⁹ CIDH «Velásquez», §§ 30-31, 40-43, 50; «Ituango», § 422.

¹⁵⁰ CIDH «Wilson Gutiérrez», § 123.

¹⁵¹ CIDH «Caracazo», § 141.

Con el fin de acercarse a la situación anterior a la violación, la reparación también debe consistir en la rehabilitación médica y psicológica, social y legal, para superar el trauma y sus consecuencias difusas en la medida de lo posible. La jurisprudencia de la Corte ha desarrollado efectivamente este derecho sobre la base del proyecto de principios de reparación de las Naciones Unidas¹⁵².

De manera sistemática, la Corte concluye ahora que el Estado tiene la obligación de garantizar a las víctimas y a sus familias la rehabilitación médica y psicológica gratuita, a través del sistema de salud pública, "por el tiempo necesario". Sobre la base de una evaluación de las necesidades de todos, se debe proporcionar atención individual, familiar y, si es necesario, grupal¹⁵³. Para los residentes en el extranjero, el Estado debe depositar en una cuenta bancaria la suma fijada por la Corte en dólares de los Estados Unidos¹⁵⁴. La Corte insiste en que estas operaciones de tratamiento sean llevadas a cabo por personal e instituciones especializadas en la atención a las víctimas de tales violaciones.

IV. Conclusiones

Hemos realizado un análisis profundo de la evolución de la responsabilidad del Estado y la reparación en materia de derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de que, en México, muchos de estos conceptos son retomados por la Ley General de Víctimas, las instituciones de protección de derechos humanos y los tribunales no han podido consolidar un marco de protección eficaz contra los actos de violación en materia de derechos humanos por el Estado mexicano y que hoy en día, con la pandemia del COVID-19, se han profundizado grandes carencias de protección al particular, entre ellos:

- El difícil acceso a un recurso rápido y expedito.
- Prácticamente abandono por la autoridad estatal o judicial de casos trascendentales en materia de violaciones de derechos humanos y su reparación.
- Poco o nula preparación por parte de los funcionarios en el análisis y profundidad en temas de reparación patrimonial.
- Un gran tiempo de espera en la contestación de recursos por parte de la víctima.

¹⁵² CIDH «Trujillo Oroza», § 92 (d).

¹⁵³ CIDH «Barrios Altos» (reparación), §§ 42-43; «Mapiripán», § 312; «La Cantuta», § 238; «Vargas Areco», § 160; «Ituango», § 403; «Goiburú», § 176.

¹⁵⁴ CIDH «Penal Miguel Castro», § 450.

- El acceso a la justicia internacional (tanto la comisión como la corte interamericana de derechos humanos), que por momento dan la impresión de ser organismos élites de poco o nulo acceso a la justicia, y esto debido a que existen pocos expertos en la materia.
- Los intereses políticos generados en torno a algunos casos relevantes en materia de derechos humanos.

Ante estas circunstancias, desde la academia debemos construir las bases aportadas por la CIDH, para facilitar los procedimientos internos y acercar a las víctimas de violaciones de derechos humanos un acceso adecuado a la justicia, pero, sobre todo, a una reparación integral del daño, tal y como lo establece nuestras obligaciones internacionales.

Última actualización 10 de junio de 2021

V. Referencias Bibliográficas

- Benabent, A. (2005). Droit civil, *Les obligations*. Paris, Montchrestien, 10ème éd, nº 67.
- Brewer-Carías, A. (2007). La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina. *Revista IIDH*, nº 46, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.
- Caballero, J. (2009). La corte interamericana de derechos humanos frente a los tribunales nacionales. Algunas reflexiones sobre el caso mexicano. *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*, UNAM.
- Cançado, A.A., Kiss, A., Shelton D., S. Mc Caffrey, E. Brown Weiss, G. HandL (1992). *Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y medio ambiente*, Seminario de Brasilia de 1992, Instituto Interamericano de derechos Humanos, Banco Interamericano de desarrollo, San José de Costa Rica/ Brasilia.
- Christina CERNA, «Questions générales de droit international examinées par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme», *AFDI*, 1996, pp.715
- Cohen-Jonathan, Gérard, «Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme», *Dalloz*, Paris, 2017, p. 172
- Costa, Jean Paul, «Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme? *Libertés, justice, tolérance: mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan (Vol. 1)*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 483.

- Fix Zamudio, Héctor, «La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», *La responsabilidad patrimonial del Estado*, UNAM, 2000, p. 233.
- García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2006, 1 vol., p. 35.
- García Ramírez, Sergio, «Admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana de derechos humanos. El caso de México», *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana*, UNAM, 2009, p. 17.
- Malwé, Claire, «La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme», *RTDH*, avril 2009, n°. 78, p. 570.
- Pinto, Mónica, «La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme (A propos de l'arrêt Aloeboetoe)», *AFDI*, 1996, p. 733.
- Quintero Navas, Gustavo, «Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos», *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, UNAM, 2007, p. 487.

Capítulo VII

La trasgresión al *non bis in ídem* en la persecución de los delitos fiscales en el ordenamiento jurídico mexicano

Sumario: I. Introducción. II. Las dos caras del *ius puniendi* del Estado. III. El principio del *non bis in ídem*. IV. La garantía de legalidad y la certeza jurídica. V. La teoría de la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento). VI. La prevalencia de la vía penal sobre la vía administrativa. VII. La concurrencia de persecuciones en materia fiscal. VIII. La persecución de los delitos fiscales y la delincuencia organizada. IX. Conclusiones. X. Referencias bibliográficas.

Javier Rodríguez Soto¹⁵⁵

I. Introducción

Este estudio tiene como objeto exponer las razones por las cuáles, en el ordenamiento jurídico mexicano vigente, existe una constante trasgresión al *non bis in ídem*¹⁵⁶ respecto de la persecución de los delitos fiscales, la cual, a la luz de la visión de los derechos fundamentales del siglo XXI y de las prioridades de un Estado social y democrático de derecho, no tiene justificación alguna y por tal motivo debe remediarse mediante cambios relevantes en materia de producción legislativa y de políticas públicas.

En la última década, en el país, se han gestado fuertes cambios en la política fiscal, en aras de aumentar la eficiencia en la recaudación. Para lograr tal cometido, se ha recurrido inclusive a realizar fuertes reformas en materia fiscal-penal, a efecto de dotar al aparato estatal de ciertas facultades que, mediante presunciones legales y duplicidad de persecuciones, no solo nulifican la defensa del contribuyente, sino que facultan al Estado a ejercer diversas medidas extraordinarias en contra del patrimonio, integridad y libertad de la ciudadanía; disposiciones cuya idoneidad es discutible a la luz de los derechos fundamentales.

¹⁵⁵ Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Maestro en Derecho Fiscal por la Universidad Panamericana Campus Guadalajara. Postulante en Derecho Corporativo, Fiscal y Cumplimiento Regulatorio en Rodríguez Zúñiga y Asociados S.C.

¹⁵⁶ Principio general del derecho que postula que nadie podrá enjuiciado dos veces por la misma causa ni podrá ser objeto de sanciones concurrentes, con motivo de los mismos hechos.

Si bien, desde la Reforma Fiscal de 2014, con la contabilidad electrónica, se buscaba la disciplina y la modernización del sistema recaudatorio, con el objeto de hacerlo más efectivo, lo cierto es que los reajustes fiscales-penales que le sucedieron, en especial los de 2019 y 2020, le otorgaron los elementos suficientes para instaurar un auténtico derecho penal del enemigo (Aller, 2010), pues, con la presunción legal de la comisión del delito de delincuencia organizada, como consecuencia inmediata de la perpetración del delito de defraudación fiscal, el contribuyente se enfrenta a reglas especiales en el procedimiento (como la prisión preventiva y el aseguramiento de cuentas), a la inversión de la carga de la prueba y, en caso de ser condenado, a la aplicación de penas desproporcionadas e injustas.

Esto último en el supuesto de que el Estado opte por utilizar únicamente la vía penal, pues, si insta el procedimiento autónomo y de naturaleza civil previsto en la Ley Nacional de Extinción de Dominio, con independencia del resultado que otorgue el procedimiento penal, el contribuyente se ve privado de todo su patrimonio y posesiones.

Si bien los estadistas pudiesen argumentar que lo mencionado en los párrafos que anteceden es alarmista, ya que tales herramientas solo serían utilizadas en contra de organizaciones delincuenciales que realicen esquemas sofisticados de simulación fiscal o de lavado de dinero, lo cierto es que, por la manera en la que se encuentran redactadas las disposiciones jurídicas vigentes, se abre la posibilidad de que dichos mecanismos puedan ser empleados en contra de pequeños y medianos contribuyentes, quienes son el sostén y la base del sistema fiscal y económico.

Bien menciona Arriola (2014) que dar un tratamiento al defraudador fiscal de un delincuente de alta peligrosidad resulta desacertado, pues, si se le persigue como tal, el efecto colateral que su persecución y castigo produce, en cuanto a eliminación de fuente de empleos y riqueza, repercusiones eventualmente en la economía general y, sobre todo, en la recaudación futura de las arcas públicas (pp. 577-578).

Haciendo referencia a Günther Jakobs respecto del derecho penal del enemigo, se afirma que el simple hecho de su existencia es motivo suficiente de peligro y alarma, pues, en cualquier momento, este puede ser desnaturalizado para atender a los fines espurios de aquellos que se encuentran en el poder (Aller, 2010) y, por tal motivo, la maquinaria penal debe limitarse, tal y como lo reafirma también Luigi Ferrajoli (2016), a lo mínimo indispensable (pp.335). Solo así se aseguran y se protegen los derechos fundamentales de la ciudadanía.

El problema de las reformas fiscales penales a las que me he referido, incluida la parte relativa de la reciente reforma en materia de subcontratación, en aras de robustecer la prevención general, mediante el

terror generalizado en la población de lo que denomina Hassemer (1995) como un derecho penal simbólico, es que no se logran los verdaderos objetivos de desarticular los esquemas que hacen del fraude a la ley su estandarte y, por el contrario, se deja en un estado de indefensión y de constante ansiedad y persecución al contribuyente promedio, quién, a pesar de las evidentes inconstitucionalidades de las facultades que ejerce el Estado, no tiene forma de combatirlo ni elementos para defenderse adecuadamente.

Es necesario resaltar que una corriente importante, liderada en el país por Cárdenas Rioseco (2005), considera que las antiguas garantías procesales penales (derechos adjetivos), como consecuencia de la Reforma de 2011 en Materia de Derechos Humanos, son al día de hoy auténticos derechos fundamentales sustantivos (p.1).

Este estudio se enfocará en exponer por qué las disposiciones fiscales-penales vigentes en el ordenamiento jurídico mexicano trasgreden tanto el derecho fundamental del *non bis in ídem*, así como el de la proporcionalidad de las penas y, el porqué, a raíz de esto, es necesario que la producción normativa y las políticas públicas se modifiquen de tal suerte que se asegure que en México que se promuevan y respeten los derechos fundamentales de los contribuyentes, a la luz de los postulados de un Estado social y democrático de derecho.

El objeto de estudio se centrará en el delito de defraudación fiscal, pues las disposiciones que le aluden son las que han sufrido modificaciones relevantes. Sin embargo, los comentarios vertidos pudiesen ser aplicables también al delito de contrabando, a la simulación de operaciones, así como a otros delitos fiscales.

II. Las dos caras del *ius puniendi*¹⁵⁷ del Estado

Para comprender la afirmación de que el aparato represivo fiscal vigente trasgrede los derechos fundamentales del contribuyente, en especial los relativos al *non bis in ídem* y de la proporcionalidad de las penas, analizaré, en primer término, la facultad que tiene el Estado para castigar y sancionar aquellas conductas que atentan contra el orden, la estabilidad y la paz de la comunidad.

Previo a la Segunda Guerra Mundial, el *ius puniendi* se manifestaba, en gran medida, a través del derecho penal. Sin embargo, en las décadas que le sucedieron a dicho conflicto, la ampliación de los ámbitos de intervención de los Estados hicieron que surgiera un derecho administrativo represivo o

¹⁵⁷ Potestad del Estado para castigar mediante los dos sistemas represivos existentes en el derecho: a) el derecho penal, que es aplicado por los jueces y tribunales, y b) el derecho administrativo sancionador, que es ejecutado por las autoridades administrativas.

sancionador que, si bien busca encauzar la conducta de las y los gobernados que trasgreden algunas disposiciones administrativas mediante castigos ejemplares, lo cierto es que los bienes jurídicos tutelados por dichas normas no tendrían por qué sobreponerse a aquellos que salvaguarda el derecho penal, los cuales son de carácter fundamental y no secundario.

Los doctrinarios que se han abocado al estudio de este fenómeno de la duplicidad del *ius puniendi*, hacen una analogía al Dios Jano quien es representado en la mitología griega como un ente de dos caras; una vigilante en sancionar todas aquellas trasgresiones menores tildadas como infracciones administrativas y la otra, en espera de castigar duramente mediante las penas, todas aquellas conductas delictuosas que ponen en riesgo la supervivencia del tejido social. Lo anterior retrata de manera muy clara el origen común de ambos ordenamientos, así como su exclusión mutua.

Es importante resaltar que el país ha tenido un desarrollo legislativo sin freno, a partir de la firma del TLCAN, al cual, a través de los años, se le han adherido otros compromisos internacionales, como consecuencia de la globalización y de la creciente inversión extranjera que resultó de las reformas estructurales de la última década.

Por lo anterior, es que al día de hoy existe una serie de leyes administrativas que persiguen y sancionan ciertas conductas que también son perseguidas por el aparato penal. Situación a la que no es ajeno el derecho fiscal, como una rama o derivación del ordenamiento administrativo.

No existe duda de que en el ordenamiento jurídico se tiene presente la duplicidad del *Ius Puniendi*, pues existen diversos criterios judiciales que reconocen la utilización de los principios y garantías fundamentales del derecho penal en la aplicación e interpretación de las disposiciones del derecho administrativo sancionador¹⁵⁸ (SCJN, jurisprudencia P. /J. 99/2006, pág. 1565; P. /J. 100/2006, pág. 1667; P. /J. 43/2014 (10a.) pág. 41).

Entre dichos principios o derechos fundamentales se encuentra la presunción de inocencia, la proporcionalidad de las penas, la tipicidad y al *non bis in ídem*, entre otros.

Si las mencionadas garantías están reconocidas en el derecho administrativo sancionador y el *ius puniendi* es uno sólo, en principio, la persecución de una infracción administrativa excluye la persecución de un delito y viceversa.

¹⁵⁸ Incluidas las infracciones fiscales. Al respecto, véase: Tesis [A]: la XXV/2007 (9a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, s.t., febrero de 2007, p.652.

III. El principio del *non bis in ídem*

Tradicionalmente, la interpretación que se le ha dado al principio del *non bis in ídem* en el ordenamiento jurídico ha sido muy limitada y lamentable, pues, en una interpretación literal del artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁵⁹ se ha llegado al absurdo de afirmar que se trasgreden los derechos fundamentales de la ciudadanía, solo si se persigue penalmente a alguien que ya fue condenado en un procedimiento de la misma naturaleza por los mismos hechos.

Sin embargo, tal interpretación está desprovista de la *ratio legis*,¹⁶⁰ que inspiró el mencionado artículo, puesto que el artículo 23, en su parte referente, es prácticamente una réplica de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual, a la luz de una traducción directa, propugna de manera genérica y sin distinciones o salvedades, que nadie puede ser perseguido dos veces por el mismo hecho.

Los doctrinarios norteamericanos, entre los que destaca Akhil Reed (1997), mencionan que a efecto de ilustrar la palabra *jeopardy*, debe tenerse en mente la mecánica del programa de televisión bajo el mismo nombre, pues, en una persecución llevada a cabo por el Estado, el gobernado, aun valiéndose de todos los elementos a su favor y toda su pericia, no tiene la certeza de que los resultados que otorguen los procedimientos a los que se le someta sean favorables (pp. 1814-1818).

Por lo anterior, es que permitir someter, en más de una ocasión, a la ciudadanía al *ius puniendi* estatal por una falta al ordenamiento jurídico, pudiese resultar en una práctica insidiosa, que eventualmente logre la condena del sujeto a toda costa.

En contraposición, existe la visión estatista, en la que, a partir de la ineficiencia del Estado o el fraude a la ley por parte del gobernado, se logre eludir, por este último, su responsabilidad.

Sin embargo, tal argumento se queda sin sustento si se parte del supuesto de que el gobernado no se encuentra en igualdad de condiciones, pues cuenta con menores elementos de hecho y de derecho para hacer frente a la maquinaria estatal.

Hay que resaltar también que en la quinta enmienda¹⁶¹ la palabra utilizada es la de *offense* y no *crime*, así se robustece el argumento de que no

¹⁵⁹ Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

¹⁶⁰ Es decir, del espíritu, antecedente o fundamento que motivó la creación de la norma.

¹⁶¹ "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be

se limita la prohibición a la duplicidad única y exclusiva a la materia penal, como tradicionalmente se ha interpretado y entendido en México.

Afirmo que la interpretación que se le ha dado al *non bis in ídem* en México es lamentable, pues existen criterios judiciales que inclusive mencionan que, ante una duplicidad penal por los mismos hechos, no se configura su trasgresión, si el primer procedimiento no concluyó con una sentencia condenatoria o absolutoria.

Ante tal escenario, surge el cuestionamiento de si con motivo de un sobreseimiento en el procedimiento penal, se agota la posibilidad del Estado de ejercer persecuciones subsecuentes por el mismo hecho. Actualmente, gran parte de los doctrinarios contestan afirmativamente; sin embargo, al considerar el nuevo paradigma de los derechos humanos que existe en el ordenamiento jurídico, la interpretación puede debe ser aún más amplia y protectora.

En los últimos años, la doctrina latinoamericana, la cual en este hemisferio está a la vanguardia en materia de derechos fundamentales, ha retomado los criterios emitidos en los años ochenta por parte del tribunal constitucional español para exponer que, al igual que la cosa juzgada, resultado de una resolución definitiva en un procedimiento penal, la cosa decidida, consecuencia de una resolución definitiva en un procedimiento administrativo sancionador, tiene los mismos efectos que imposibilitan una persecución posterior por parte del Estado, respecto de los hechos sobre los que esta versa, con independencia de que sea mediando un procedimiento de otra naturaleza.

IV. La Garantía de Legalidad y La Certeza Jurídica

En los años que le sucedieron a la Segunda Guerra Mundial, los ámbitos de intervención de los Estados fueron en aumento. Sin embargo, de manera paralela, y con motivo de los estragos que causó la crisis humanitaria del conflicto bélico, también se replantearon las limitantes de dicha intervención.

Los Estados, que durante esos años perpetraron las peores atrocidades en contra de su ciudadanía, fueron aquellos que pueden catalogarse como Estados sociales de derecho, estos buscaban salvaguardar únicamente intereses colectivos, dejando de lado e, incluso, pisoteando todo interés particular que pudiese colisionar con dichos bienes colectivos.

compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

La síntesis de dichas colisiones fue la gestación de los Estados sociales y democráticos de derecho que, si bien ampliaron su ámbito de intervención para mantener esta salvaguarda de bienes colectivos, también se avocaron a la defensa de los más débiles, como diría Luigi Ferrajoli (2016).

El reino de España no fue la excepción. Con la promulgación de la Constitución Española de 1978 se instauró un auténtico Estado social y democrático de derecho.

Llama la atención el hecho de que, en la constitución española, a diferencia de la Constitución de los Estados Unidos de América y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se hace mención particular a la garantía de *non bis in ídem* y, aún bajo esa premisa, el tribunal constitucional español, desarrolló una teoría bastante fundada y congruente para evitar la superposición de persecuciones o de sanciones por los mismos hechos.

La doctrina española menciona que el *non bis in ídem*, es un sub principio que está inmerso en el artículo 25 de la constitución española y que deriva tanto de los principios de legalidad como de certeza jurídica (STC, 2/1981), pues la reiterada persecución o la aplicación de más de una sanción a un sujeto por los mismos hechos no encontraría fundamento ni motivación en el ordenamiento jurídico vigente, ya que tal situación no otorgaría la posibilidad al gobernado de saber de antemano las consecuencias que tendría que afrontar ante la realización de ciertas conductas.

Asimismo, menciona la doctrina que el principio de la proporcionalidad de las penas está íntimamente relacionado con el principio de *non bis in ídem* y reformula el primero como el *non bis in ídem* sustantivo o material, que proscribe la aplicación de dos consecuencias jurídicas al mismo hecho o conducta, pues la duplicidad de sanciones resultaría desproporcionada.

Por otro lado, también reconoce esta teoría la existencia del *non bis in ídem* adjetivo, procesal o formal que proscribe la duplicidad de procedimientos o de persecuciones por el mismo el hecho.

Sin embargo, para identificar en qué supuestos se configura de manera contundente dicha duplicidad de persecución o de sanción, se tiene que realizar un análisis previo que determine si existe una identidad de sujeto, de hechos y de fundamento (Cano Campos, 2001).

Previo a exponer cada uno de los elementos que configuran la teoría de la triple identidad desarrollada por el tribunal constitucional español en los años ochenta, es importante hacer la mención de que, actualmente, existen criterios jurisdiccionales emitidos en México que reconocen esta teoría para justificar que no existe una duplicidad de persecuciones o

sanciones, en aquellas conductas realizadas por los servidores públicos, las cuales los hacen acreedores tanto de responsabilidades administrativas como responsabilidades penales.

Por tal motivo, considero que es cuestión de tiempo para que los órganos jurisdiccionales, con apego a la nueva visión de los derechos fundamentales, el control de convencionalidad y una interpretación *pro homine*¹⁶², comiencen a manifestarse sobre la inconstitucionalidad de las últimas reformas en materia fiscal- penal, valiéndose de la teoría que se expone en las siguientes líneas.

V. La teoría de la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento)

Para que se configure una identidad de sujeto, es necesario que se inicie una doble persecución o que se sancione más de una vez a la misma persona física o moral. A partir de 2016, con la entrada en vigor en el sistema penal acusatorio, existe la posibilidad de vincular a proceso penal a personas jurídicas, con apego a lo dispuesto en el Capítulo II del Título X del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por tal cuestión, es una realidad que, paralelamente, pudiese darse el caso en el que la autoridad inicie tanto un procedimiento administrativo y uno penal, análogos y por los mismos hechos, buscando, en el primero, la aplicación de multas y, en casos graves, como lo es la defraudación fiscal que en el ordenamiento jurídico tiene la clasificación de grave y, mediante el segundo procedimiento, la disolución forzosa de dicho ente.

Es importante aclarar que, en aquellos supuestos en los que se inicie un procedimiento administrativo sancionador en contra de una persona moral, por incumplimientos fiscales, a manera de ejemplo, y que a la par se inicie un procedimiento penal, en contra de los socios, accionistas o administradores por la misma causa, no se configura un supuesto de identidad de sujetos (Pinedo, 2011).

Tradicionalmente, la autoridad se conducía de esta manera, sin embargo, tal y como lo mencionamos en el párrafo que antecede, pudiese ser más impactante para efectos de escarmiento y prevención general en la regularidad y cumplimiento fiscal de los contribuyentes, someter a procedimiento penal a algunos entes comerciales reconocidos.

Respecto de los hechos, el análisis de los elementos que configuran los tipos administrativos o penales utilizados para instar los procedimientos persecutorios, puede ser un buen punto de partida. Sin embargo, en aras de

¹⁶² De acuerdo a este principio, habrá de estarse siempre a la interpretación que resulte más favorable al individuo en caso de disposiciones que le reconozcan o acuerden derechos. Con el mismo espíritu, habrá de darse prevalencia a la norma que signifique la menor restricción a los derechos humanos en caso de normas que impongan restricciones o limitaciones.

proteger los derechos fundamentales de la ciudadanía, es importante estudiar fácticamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las conductas realizadas por los sujetos, así como de sus consecuencias directas, para determinar si los hechos que reprocha un tipo penal se subsumen en un tipo administrativo o viceversa.

Tal análisis se dificulta sobremanera en la persecución dual administrativa y penal que ejecuta la autoridad en el delito de defraudación fiscal, contenido en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación,¹⁶³ pues, al estar redactado genéricamente, la suma de diversas infracciones e incumplimientos fiscales, contenidos tanto en el Código Fiscal de la Federación como en las Leyes del Impuesto Sobre la Renta, el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios, resultan ser elementos y medios comisivos que, en su conjunto, se subsumen al engaño o al aprovechamiento de errores para la omisión del pago de contribuciones o la obtención del beneficio indebido, en perjuicio del fisco federal.

Defender que, para que exista identidad de hecho, el análisis debe centrarse únicamente en la literalidad de los tipos administrativos o penales en pugna, justificaría una serie de atropellos en contra de la ciudadanía, al amparo de la redacción perniciosa del legislador.

Situación que ocurre con todas esas presunciones y equiparaciones a delincuencia organizada con las que cuenta la comisión de delitos fiscales, sin que se constaten de antemano y de manera fehaciente los elementos esenciales del delito autónomo y especial, así como de las circunstancias que sustentan un concurso real de delitos.¹⁶⁴

Respecto a esto último, hago mención de la precisión realizada en apartados anteriores, referente a que, en la Quinta Enmienda de la constitución norteamericana, se hace uso del vocablo *offense*, el cual es genérico y engloba tanto a los tipos administrativos o penales.

Como comentario adicional a la identidad de hechos, tomando como punto de partida el tipo, en el ordenamiento jurídico mexicano, los tipos penales y administrativos que describen las conductas que configuran el del

¹⁶³ Artículo 108.- Comete el delito de defraudación fiscal quien, con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

¹⁶⁴ Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Artículo 2o.- Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: [...]

VIII Bis. Defraudación fiscal, previsto en el artículo 108, y los supuestos de defraudación fiscal equiparada, previstos en los artículos 109, fracciones I y IV, ambos del Código Fiscal de la Federación, exclusivamente cuando el monto de lo defraudado supere 3 veces lo dispuesto en la fracción III del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación;

delito de contrabando, así como de sus infracciones homólogas contenidas en las disposiciones aduaneras, son prácticamente iguales, y tienen como único elemento de diferenciación las consecuencias jurídicas que dichas conductas acarrearán en cada ámbito.¹⁶⁵

La identidad de fundamento resulta ser el último bastión de análisis para determinar si existe o no una duplicidad de persecuciones o de aplicación de sanciones en contra de un sujeto y al amparo de los mismos hechos.

El fundamento no es otra cosa que los bienes jurídicos que el legislador pretende tutelar con la norma. Para ello, se debe consultar la exposición de motivos correspondiente, con para determinar la *ratio legis* de esta.

A raíz de la explosión legislativa que se ha dado en los últimos años en México, como resultado de esa adopción tardía del Estado social y democrático de derecho, que inicia en los años noventa, la cual alcanza su punto más alto con la reforma de 2011 en Materia de Derechos Humanos y culmina con las reformas estructurales del sexenio anterior, se expidieron una serie de leyes administrativas que, con el afán de que sean cabalmente cumplidas, no solo prevén la imposición de multas exorbitantes por su trasgresión, en clara contravención a la garantía de la proporcionalidad de las penas respecto al daño generado, sino que, por falta de técnica legislativa, y en un afán de ser reforzadas mediante la utilización de un derecho penal simbólico (Hassemer, 2015), también establecen responsabilidades penales.

Tal es el caso de las leyes en materia de competencia económica, telecomunicaciones, hidrocarburos y anticorrupción.

Si se lleva a cabo el análisis detallado de las conductas reprochables contenidas en dichos ordenamientos tanto desde el punto de vista de las infracciones administrativas y de la comisión de los delitos que concurren por la realización del mismo hecho, se vislumbra que el bien jurídico tutelado es el mismo y, por lo tanto, la sustanciación de uno de los procedimientos y la aplicación de una de las consecuencias jurídicas sería suficiente para expiar al ofensor, en cumplimiento a los principios de seguridad y certeza jurídica, al *non bis in ídem* y a la proporcionalidad de las penas.

Sin embargo, la interrogante a responder es ¿cuál de los dos procedimientos, con sus respectivas consecuencias, debe prevalecer?

¹⁶⁵ Artículo 176 de la Ley Aduanera y artículo 102 del Código Fiscal de la Federación.

Antes de adentrarme en la solución dada por el tribunal constitucional español, que actualmente sigue vigente, es importante mencionar un cuarto elemento que algunos doctrinarios consideran importante considerar al momento de analizar la concurrencia de persecuciones o sanciones, a la luz de la teoría de la triple identidad detallada en este apartado.

Tal elemento es, con independencia de que se configure una identidad de sujetos, de hechos y aparentemente de fundamento, que no debe existir una relación de sujeción especial entre el sujeto y el Estado.

Dicha circunstancia es evidente en el caso de los servidores públicos, quienes pueden estar sujetos a procedimientos y sanciones concurrentes de derecho disciplinario y de derecho penal. Sin embargo, me adhiero a la opinión de los doctrinarios que mencionan que dicha cuestión se resuelve al analizar los fundamentos, pues la persecución y sanción de derecho disciplinario tutela el correcto y el eficiente ejercicio del servicio público, en el que el Estado tiene una relación patronal con el sujeto, mientras que en los delitos especiales cometidos por los servidores públicos, los bienes jurídicos tutelados pueden ser variados, según si son delitos especiales que únicamente puedan ser cometidos por sujetos que tengan tal calidad o si el hecho de ser servidor público constituye un agravante de un delito genérico.¹⁶⁶

Esta última precisión ya ha sido sustentada mediante tesis aislada por los órganos jurisdiccionales, lo cual reafirma que la teoría expuesta goza de cierto reconocimiento en el ordenamiento jurídico.¹⁶⁷

VI. La prevalencia de la vía penal sobre la vía administrativa

En España, cuando se presentaron las primeras controversias en las que se invocaba la garantía de legalidad contenida en el artículo 25 de la constitución española¹⁶⁸ para desaplicar total o parcialmente las sanciones concurrentes que derivaron de la superposición de procedimientos, se estableció el criterio generalizado de que, en caso de que se pudiese configurar una concurrencia administrativa y penal, se le otorgaría prevalencia al procedimiento penal, dejando sin materia la persecución en vía administrativa.

¹⁶⁶ STC 50/1983 del 5 de julio de 1983.

¹⁶⁷ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 55, junio de 2018; Tomo IV; Pág. 3199. I.4o.A.114 A (10a.).

¹⁶⁸ Artículo 25. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Posteriormente, tal solución se introdujo en el ordenamiento jurídico español (Hernández, 2015). A pesar de ello, se configuraron algunas situaciones en las que, por impericia o negligencia de la autoridad, se omitió cumplir con la disposición legal y se aplicaron tanto la sanción administrativa como la pena.

El remedio a tales errores de la autoridad por parte del tribunal constitucional, y bajo el respeto del espíritu del ordenamiento jurídico vigente, en caso de que el afectado lo invocara, fue en algunos casos, el de compensar (STC 152/2001) la sanción administrativa respecto a la pena, en caso de que tuviesen la misma naturaleza (por ejemplo, la multa con la pena pecuniaria) o la inaplicación (STC 177/1999) de la sanción administrativa, prevalece únicamente la pena (por ejemplo, multa sobre a pena privativa de la libertad), en el supuesto de que fuesen de naturaleza distinta.

Consecuentemente, y para dar una solución homogénea, en los albores del milenio, a raíz de un criterio del tribunal constitucional español (STC 2/2003), se incluyó, en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el *non bis in ídem* material, mas no el procesal, facultando aún a la autoridad a perseguir más de una vez al gobernado.¹⁶⁹

A pesar de que las soluciones anteriores colman, en cierta medida, las arbitrariedades del Estado que se originan a raíz de una mala técnica legislativa, considero que estas deben replantearse a la luz del panorama actual de los derechos fundamentales, es decir, a unas cuantas décadas de haberse originado la teoría comentada.

Existe una corriente actual del derecho penal, cuyo fundador o mayor exponente es Luigi Ferrajoli, y que, con una visión garantista, propugna por un derecho penal mínimo que se avoque únicamente a perseguir y castigar aquellas conductas que verdaderamente ponen en riesgo al tejido social.

Propugnar por el protagonismo del derecho penal ante ofensas que, si bien son reprochables y no deben pasar inadvertidas, es, en sí, un atentado contra la garantía de la proporcionalidad de las penas, respecto del bien jurídico afectado, contenido en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Art 133.-Concurrencia de sanciones

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

¹⁷⁰ Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. **Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.**

Asimismo, recupero las bases fundamentales del derecho penal tradicional que mencionan que, en un Estado, el ordenamiento penal debe fungir como la *última ratio*.¹⁷¹ Es decir, que su utilización únicamente se justifica cuando no existen otros medios idóneos para encauzar y castigar la conducta de los gobernados.

Con el surgimiento del derecho administrativo sancionador se gesta un aparato enfocado a encauzar y castigar aquellas infracciones que atentan contra bienes jurídicos secundarios. En atención a esto último, y a los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, el ordenamiento penal debe enfocarse en una visión de derechos humanos que busque proteger primordialmente la vida, la libertad, la integridad física y la propiedad privada de la ciudadanía (Hernández-Romo, 2009).

Para la protección de bienes colectivos o etéreos existe el derecho administrativo sancionador y, por lo tanto, no hay razón fundada por la cual debería configurarse una superposición entre ambos ordenamientos o materias.

VII. La concurrencia de persecuciones en materia fiscal

El ordenamiento jurídico mexicano se configura por la propia mecánica de la persecución de los delitos fiscales, una concurrencia entre las infracciones fiscales y las conductas penales tipificadas, pues uno de los presupuestos para iniciar las investigaciones es que se determine de manera fehaciente el crédito fiscal o el daño a la hacienda pública.

Lo anterior solo se logra mediante el ejercicio de facultades de comprobación por parte del Servicio de Administración Tributaria, el cual se caracteriza por ser un procedimiento administrativo sancionatorio.

Del resultado que este otorgue, y de manera discrecional, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determina si es necesario querellarse para dar inicio al procedimiento punitivo. Lo alarmante es que aun cuando inició el procedimiento penal, el contribuyente liquide o garantice adecuadamente su crédito, con sus respectivas multas, accesorios y actualizaciones, la secretaría de hacienda conserva la facultad discrecional de desistirse, pudiendo continuar el procedimiento penal hasta sus últimas causas, al estar reparado el daño.¹⁷²

¹⁷¹ Íntimamente relacionado con el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

¹⁷² Código Fiscal de la Federación

Artículo 92.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público tendrá el carácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos previstos en este Código. Los abogados hacendarios podrán actuar como asesores jurídicos dentro de dichos procedimientos [...]

Lo anterior es una clara muestra de los resabios de una visión limitada de un Estado social de derecho que tiene como estandarte la protección de los bienes colectivos a toda costa, valiéndose de herramientas que generan terror y ansiedad constante a la ciudadanía, pues no tiene razón de seguir ocasionando estragos a los contribuyentes mediante persecuciones subsecuentes, si ya se reparó el daño con motivo del pago íntegro del crédito y la imposición de medidas correctivas y sancionatorias (multas).

El derecho penal mínimo de Luigi Ferrajoli (2016) también menciona que, en un sistema garantista, no tiene cabida una maquinaria penal saturada, pues ello es una expresión de un ordenamiento jurídico penal desnaturalizado que no logra su cometido y que no se apega a las realidades y necesidades de la ciudadanía, quien debe ver en el derecho penal una herramienta que le sirva para que el Estado defienda los bienes jurídicos más preciados e inherentes a su condición humana.

Objetivo que queda en segundo término, en el momento en el que se hiper penaliza la realización de conductas que afectan bienes jurídicos colectivos y de segunda categoría, como lo es la sana recaudación del sistema tributario.

Hago hincapié en la postura de Arrijo Vizcaíno (2014) sobre el hecho de que no es prudente tratar como delincuente a los infractores fiscales, por todo el daño colateral que tal cacería de brujas acarrea.

Siguiendo una política fiscal inquisitoria, en un primer momento, el Estado recaudará, en la mayoría de los casos, íntegramente los créditos fiscales y, mediante el castigo ejemplar, logrará que, por miedo a correr el mismo destino que los condenados, algunos operen en la regularidad fiscal durante algún tiempo.

Sin embargo, tales efectos “positivos” e inmediatos serán a costa de consecuencias negativas a corto, mediano y a largo plazo, como resultado de la instauración de un derecho penal del enemigo con fines recaudatorios, tal y como el que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano y en el que diversas infracciones fiscales, no solo son perseguidas como defraudación fiscal, sino que también pueden tener el tratamiento de delincuencia organizada, con todos sus efectos y consecuencias, en clara trasgresión al principio de proporcionalidad de las penas y del *non bis in ídem*.

Los procesos por los delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando los imputados paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien esos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría. La petición anterior se hará discrecionalmente, antes de que el Ministerio Público Federal y el asesor jurídico formulen el alegato de clausura, y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera [...]

VIII. La persecución de los delitos fiscales y la delincuencia organizada

Dejando de lado la discusión sobre si el delito de delincuencia organizada es o no un crimen autónomo que justifique su persecución de manera concurrente con otras transgresiones (Hernández-Romo, 2014), es importante resaltar que, a partir de 2014 y 2016, las reformas fiscales-penales que se dieron respecto al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (conocido como el lavado de dinero), estaban enfocadas primordialmente en dismantelar los grandes esquemas de blanqueo de capitales en México mediante el uso de las herramientas fiscales.

Por tal motivo, el párrafo tercero, del artículo 108, del Código Fiscal de la Federación, permite que las autoridades persigan simultáneamente el delito de defraudación fiscal y el de operaciones con recursos de procedencia ilícita, contenido en el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal.¹⁷³

Sin embargo, debe resaltarse que, si bien las herramientas fiscales pueden utilizarse para condenar a aquellos que hacen de su actividad principal el blanqueo de capitales, lo cierto es que tales discrecionalidades en la ley facultan al Estado a valerse indebidamente de las herramientas penales creadas para atacar a las sectas delincuenciales, con la finalidad de aumentar la recaudación mediante el terror y el desmedro de los derechos del contribuyente promedio.

Con anterioridad a la reformas fiscales penales de 2019 y 2020, para que la autoridad pudiese utilizar indebidamente las herramientas penales en contra de un contribuyente, era necesario que acreditara, con independencia del incumplimiento de sus obligaciones fiscales, al amparo del párrafo segundo del artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, que el tributario no tenía forma de acreditar la legítima procedencia de sus ingresos y que, por lo tanto, realizaba operaciones con recursos de procedencia ilícita.¹⁷⁴

¹⁷³ Artículo 108.

El delito de defraudación fiscal y el delito previsto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, se podrán perseguir simultáneamente. Se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

¹⁷⁴ Artículo 400 Bis.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

Seguidamente, para perseguir el delito de delincuencia organizada, la autoridad también tenía que acreditar, al amparo del artículo 2º, fracción I de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, que el contribuyente, junto con dos o más personas, participaba de forma permanente o reiterada en esquemas de defraudación fiscal y blanqueo de capitales.

Hay que tener presente que una actividad económica, ya sea de una persona física o moral, relacionando y ligando al contador, al asesor jurídico y al administrador, ya se puede implicar a tres individuos para presumir la configuración de un esquema de delincuencia organizada.

También es importante hacer notar que la investigación, persecución, sanción y ejecución de penas, en los casos de delincuencia organizada, se caracterizan por la aplicación de reglas de procedimiento especiales que limitan al máximo los derechos del indiciado y justifican una invasión desmedida de sus derechos fundamentales.

Tales medidas son el aseguramiento de cuentas, la prisión preventiva oficiosa o el inicio del procedimiento de extinción de dominio¹⁷⁵, que pueden ser utilizados como armas de extorsión recaudatoria.

Lamentablemente, con la reforma de finales de 2019, la cual entró en vigor en el ejercicio fiscal de 2020, ahora se presume que, cuando la defraudación fiscal supera ciertos montos, la autoridad ya no requiere allegarse de elementos convincentes que puedan documentar la configuración concurrente del lavado de dinero para que a su vez se presuma la configuración del delito de delincuencia organizada, lo cual deja a los contribuyentes en un claro estado de vulnerabilidad absoluta frente a las arbitrariedades del Estado que no tiene justificación lógica alguna.

Lo anterior, no cuenta con una justificación fundada por el simple hecho de que perseguir simultáneamente el delito de defraudación fiscal y el delito de delincuencia organizada no solo trasgrede el *non bis in ídem*, pues, al operar con base en montos, tal presunción legal no existe al momento de la vinculación a proceso, los elementos suficientes para acreditar el segundo delito, así se constituye una auténtica trasgresión al *non bis in ídem*, que goza de un rango constitucional.

¹⁷⁵ Ley Nacional de Extinción de Dominio

Artículo 1. La presente Ley Nacional es reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de extinción de dominio...

Para los efectos de esta Ley son hechos susceptibles de la extinción de dominio, de conformidad con el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los siguientes:

a) Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Los contemplados en el Título Primero, Disposiciones Generales, Capítulo Único, Naturaleza, Objeto y Aplicación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada en el artículo 2.

Ante la imposibilidad del contribuyente de poderse defender al encontrarse preso, con motivo de la prisión preventiva, y sin recursos para contratar a un abogado, por el congelamiento de cuentas o como consecuencia de la extinción de dominio de su haber patrimonial, sus posibilidades de no ser condenado o de no ser instado por la autoridad a declararse culpable son nulas y, por lo tanto, se le aplicarán tanto las penas correspondientes al delito de defraudación fiscal, como las de delincuencia organizada, las cuales son desproporcionadas a la conducta desplegada y al bien jurídico afectado, en clara trasgresión al derecho humano contenido en el artículo 22 constitucional.

Hay que dejar claro que el bien jurídico afectado en la defraudación fiscal es tanto el erario público como el sistema recaudatorio, mientras que, en el delito de delincuencia organizada, los bienes jurídicos tutelados son los capitales fundamentales más preciados de la sociedad (tales como la vida, integridad física, salud y seguridad) que, mediante grandes esquemas, se ven constantemente violentados.

Sobre este último punto, y al hacer una referencia histórica, en el ámbito internacional, la delincuencia organizada únicamente se asocia a delitos contra la salud, trata de personas, tráfico de órganos y secuestro, entre otros, los cuales afectan gravemente el tejido social, al punto de poner en riesgo la propia estabilidad del Estado de derecho (Abadi, 2016). Asimismo, respecto del manejo de “dinero negro” obtenido de los mencionados delitos, se configura el delito de lavado de activos y no respecto del “dinero gris”, el cual se obtiene con motivo de los delitos fiscales (Dell’Isola, 2011).

Equiparar las infracciones o los delitos fiscales a las conductas delictivas no solo constituye una desnaturalización de derecho penal, como *ultima ratio*, que atenta en contra del modelo de un Estado social y democrático de derecho, sino que, en pos de ese ímpetu recaudatorio voraz, varios contribuyentes inocentes se encontrarán compurgando penas inusitadas en las cárceles, mientras que los actores de las auténticas sectas delincuenciales, que crecen día con día, estarán en pleno goce de su libertad, ante la ineficiencia de una maquinaria penal saturada y desgastada por políticas públicas penales que tienen sus prioridades mal ordenadas.

IX. Conclusiones

Como se puede vislumbrar de lo expuesto en este estudio, con el objeto de contrarrestar la tendencia legislativa y la política recaudatoria en México, inspirada en los principios de un Estado social, al estilo de los regímenes existentes en el siglo pasado, cuya visión es colectiva y de una alta injerencia, es imperante que la comunidad jurídica haga valer ante las instancias legales pertinentes y, evidencie mediante estudios y el diálogo, las inconsistencias de diversas disposiciones fiscales-penales a la luz de los derechos fundamentales; en especial los que se encuentran vinculados a legalidad y certeza jurídica, la prohibición del doble enjuiciamiento y la proporcionalidad de las penas para alcanzar esa visión de un Estado social y democrático de derecho que tuvo sus primeros avances cuando México se unió al mundo globalizado en los años noventa.

Una visión estatal que respete, promueva y defienda los derechos humanos en materia tributaria tendrá como consecuencia directa el bienestar generalizado de la población, ya que tal circunstancia vuelve atractiva para la inversión (tanto la nacional como extranjera) al país.

Si bien no propugno por una visión laxa que deje ser y deje pasar la informalidad y el desorden fiscal, a tal grado que el Estado se quede sin elementos para ejercer sus distintas atribuciones y cubrir su presupuesto, también es cierto que un sistema recaudatorio extremista y persecutorio, tal y como el que se ha gestado en los últimos años con las reformas fiscales-penales, no solo se desincentiva la inversión y se destruyen con la persecución encarnizada las fuentes de ingreso, sino que se reduce día con día la generación de empleos, el movimiento y el flujo económico, así como el pago y la recaudación de impuestos directos e indirectos que deriva de los anteriores.

Las soluciones tienen que ser paulatinas, pues la visión y estructura actual de quienes se encuentran en los tres poderes no puede cambiar drásticamente a tal grado de que mañana, mediante cambios legislativos estructurales, las infracciones fiscales dejen de ser perseguidas simultánea y concurrentemente con las diversas herramientas especiales penales con las que cuentan las autoridades actualmente.

Reitero que adoptar la solución española primigenia (de hace casi cuatro décadas), de darle prevalencia a la vía penal sobre la administrativa, en la superposición de procedimientos y sanciones represivas, constituiría terrorismo fiscal y es inadmisibles a luz de la teoría y visión de los derechos fundamentales vigente. Por otro lado, acoger la solución española más reciente de no sancionar dos veces, pero sí permitir la concurrencia de procedimientos, justificaría también fuertes desmedros, al poder utilizar las

autoridades dichas persecuciones múltiples como herramientas de presión para el pago en contra del contribuyente.

Probablemente, en un escenario ideal, en pleno respeto de los derechos fundamentales, la solución debería limitarse únicamente a perseguir en la vía administrativa sin tomar en cuenta montos de lo defraudado, salvo que concurren circunstancias o agravantes particulares en la ejecución de la defraudación fiscal, como lo pudiese ser, a manera de ejemplo, la utilización de empresas cascarón, con el único objeto de defraudar al fisco federal (simulaciones absolutas y no relativas).

Un buen punto de partida, al considerar que dentro de los fines del sistema penal acusatorio, el cual entró en vigor en julio de 2016, se encuentra la reparación integral del daño, es el de eliminar esa facultad discrecional de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, contenida en el tercer párrafo del artículo 92, del Código Fiscal de la Federación, de desistirse para que se sobresea el procedimiento penal, aun cuando se haya cubierto o garantizado el crédito fiscal con sus accesorios, para que se transforme en una prerrogativa que pueda ejercer y solicitar directamente el imputado al juez sin posibilidad de ser negada por este, ni controvertida por el Ministerio Público, ante la acreditación de tales supuestos.

Con el objeto de eliminar el derecho penal del enemigo, en contra de los contribuyentes que no solo los etiqueta, sino que los persigue como delincuentes de alta peligrosidad, deben efectuarse reformas que reviertan los efectos de aquellas que, desde 2014, con poca técnica jurídico-legislativa, vinculan la defraudación fiscal con el lavado de dinero y la delincuencia organizada, pues, quienes participan en tales esquemas, con el objeto de no ser identificados y perseguidos, están dispuestos a sacrificar parte de los recursos provenientes de los delitos previos, haciendo el pago correcto y oportuno de los impuestos, con tal de poder disponer libremente de los frutos remanentes en el sistema bancario.

Ante tal circunstancia y el fracaso evidente de dichas normas, pierde sentido que subsistan, pues se corre el riesgo de que se utilicen indiscriminadamente, en desmedro de los derechos de los contribuyentes promedio.

X. Referencias bibliográficas

- Abadi, F. (Coordinador) (2016). *La Defraudación Tributaria Como Delito Precedente del Lavado de Activos*. Centro de Estudios Fiscales. Uruguay.
- Aller, G. (2010). *El Derecho Penal del Enemigo y la Sociedad del Conflicto*.
https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/derecho-penal-del-enemigo_aller.pdf
- Arrijoja, A. (2014). *Derecho Fiscal*. 22^a ed. Editorial Themis, México.
- Cabrera, J. (2014). Duplicidad Sancionadora en el Ámbito Administrativo y Penal. Revista *Avances en supervisión educativa*, No. 22, España.
- Camargo, I. (2016). *Derecho Penal Fiscal: Delitos Fiscales*. Editorial Flores. México.
- Camargo, I. (Coordinador) (2013). *El Principio Non Bis In Ídem en Materia Fiscal Penal: Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito*. Editorial Flores, México.
- Charre, O. y Cárdenas, R. (2018). *El Delito de Lavado de Dinero: Temas Selectos*. Editorial Porrúa, México.
- Cancio, M. (2008) De Nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?
https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/a_20080526_26.pdf
- Cano, T (2001). *Non Bis In Ídem, Prevalencia de la Vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador*. Revista de Administración Pública. Núm. 156. Septiembre-diciembre.
- Cárdenas, R. (2005). *El Principio Non Bis In Ídem: (Nadie Puede Ser Juzgado, Castigado o Perseguido Dos Veces Por el Mismo Hecho)*. Editorial Porrúa, México.
- Dell’Isola, M. (2011). *Los Delitos Tributarios y el Lavado de Dinero*.
<https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/art2011/lavado-activos-delitofiscal.pdf>
- Diez, J. (2000) *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*. (Ponencia realizada para el Seminario Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt), Toledo, España.
- Ferrajoli, L. (2016) *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 10^a ed. 2^a reimp. Editorial Trotta, España.
- Ferrajoli, L. (2012) *El principio de lesividad como garantía penal*. Vol. 8, No 79, julio-diciembre Revista Nuevo Foro Penal, Medellín, Colombia. pp. 110-114.
- González, M. (2018) *Los Delitos Fiscales y Financieros: Estudio de su Contenido en el Marco Legal de México*. Editorial Flores, México.

- Gurule, J. (1996). *The Double Jeopardy Dilemma: Does Criminal Prosecution and Civil Forfeiture in Separate Proceedings Violate the Double Jeopardy Clause?* Paper 705, Scholarly Works, Estados Unidos de América.
- Haro, A. (2012) *El Non Bis In Ídem en México*. Tirant Lo Blanch, México.
- Hassemer, W. (1995). *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, contenido en la publicación *Pena y Estado*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile. Pp.23-36.
- Hernández. (2017) *Dilemas Sobre la Naturaleza Jurídica y el Fundamento del “Non Bis In Ídem” en España y México*. Año 6 núm.11. CIENCIA JURÍDICA, Universidad de Guanajuato, México. Pp. 73-89.
- Hernández, L. (2015). *El non bis in ídem en el ámbito sancionador: Estudio comparado en los sistemas español y mexicano*. INACIPE, México.
- Hernández-Romo, P. (2014). *El Delito de Delincuencia Organizada: Ideas para argumentar su inconstitucionalidad*. Tirant Lo Blanch, México.
- Hernández-Romo, P. (Coordinador) (2011). *Fundamentos de Derecho Penal Mexicano*. Tomo II, Editorial Porrúa, México.
- Higuera, J. (2012). *Non Bis In Ídem y Reincidencia: Estudio Comparado sobre Derechos Fundamentales en España y México*. Editorial Porrúa, México.
- Ixtlapale, C. (2014). *La debilidad de los contribuyentes ante la lucha contra el lavado de dinero*. Año 8. No. 16. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México.
- Jiménez. L. (2013). *El principio de doble incriminación. Una mirada desde la jurisprudencia colombiana*. 9(1) enero-junio Justicia Juris, Colombia, pp. 11-26.
- Langón, M. (2011). *Quién es la Víctima del Derecho Penal del Enemigo*. “VIII Seminario uruguayo y V internacional de Victimología”, Punta del Este, Uruguay.
- Lomelí, M. (2007). *Derecho Fiscal Represivo*. 5ª ed. Editorial Porrúa, México.
- Manzano, E. (1985). *El ilícito penal y el administrativo, el principio “non bis in ídem” y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Colaboración, núm. 1.386, Madrid, España.
- Mañalich., J. (2014). *El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*. Vol. 9 no. 18. Política Criminal, Santiago, Chile.
- Martínez, E. (2015). *La Aplicación del Non Bis In Ídem en las Disposiciones Fiscales de Archivo Con Calidad de Cosa Decidida*. Tesis Para Optar el Grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Trujillo, Perú.

- Martínez, Y. (2011). *La Revisión del Principio de No Concurrencia de Sanciones Tributarias a la Luz de la Normativa y Jurisprudencia Europea*. Num.139/2011, Crónica Tributaria. Pp. 107-137
- Ortiz, A. (2018). *El delito de lavado de dinero*. 2a. ed., Editorial Porrúa, México.
- Pinedo, P. (2011). *¿Vulneración del non bis in ídem mediante la aplicación de consecuencias accesorias a personas jurídicas?*
https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/a_20110907_01.pdf
- Reed, A. (1997). *Double Jeopardy Law Made Simple*. Paper 943, Faculty Scholarship Series. Yale Law School, Estados Unidos de América. Pp.1806-1848.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981*, de 30 de enero de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999*, de 11 de octubre de 1999.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2001*, de 2 de julio de 2001.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003* 16 de enero de 2003.
- Terradillos, J. (2011). *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo: Algunas digresiones a propósito de la última reforma del Código Penal español*. Editorial Ubijus, México.
- Tesis [J.]: P./J. 99/2006, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIV, agosto de 2006, p. 1565.
- Tesis [J.]: P./J. 100/2006, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIV, agosto de 2006, p. 1667.
- Tesis [A.]: 1a. XXVII/2007, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXV, febrero de 2007, p.652.
- Tesis [J.]: P./J. 43/2014 (10a.), *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 7, tomo I, junio de 2014, p. 41.

Capítulo VIII

La fiscalidad de los derechos sociales expresada en los presupuestos de egresos de la federación 2020-2021 durante la crisis de la pandemia por COVID-19

Sumario: *I. Introducción. II. Problema. III. Objetivos generales y particulares. IV. Marco teórico y metodológico. V. Desarrollo. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.*

Carlos Alberto Sainz Dávila¹⁷⁶

I. Introducción

Este trabajo es parte de la tesis que presentaré para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad de Guadalajara.

Pretendo que sea de naturaleza descriptiva con intenciones reflexivas, pues parto de un brevísimo contexto general de los derechos humanos en México sin ahondar en ello, simplemente quiero establecer una base normativa de jerarquía constitucional a partir de la dignidad humana como núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Después de establecer lo anterior, se toma la obligación constitucional subyacente del Estado mexicano de destinar las contribuciones que recauda, de manera exclusiva, al gasto público, esto es, aquella erogación que tiene como propósito la satisfacción de necesidades sociales generales y colectivas, entre ellas, la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos de las personas, grupos y comunidades. Dicha obligación se considera como un derecho humano para el contribuyente que aportó el tributo para tales fines. Para ello, se utilizaron dos fórmulas teóricas; la primera Cossío y la segunda Ruíz Moreno, de cuya aplicación resultó que, efectivamente, la obligación constitucional precisada es un derecho humano de corte social.

Se analizaron diversos elementos fiscal-presupuestales que emanan de los Presupuestos de Egresos de la Federación 2019, 2020 y 2021 de México en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos, descubriendo que, durante tales ejercicios presupuestales, los recursos para la protección y promoción de los derechos sociales fueron disminuidos sin

¹⁷⁶ Abogado litigante, maestro en impuestos, catedrático en: UdG; UAG e ITESO. Profesor honorario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Politécnica de Nicaragua. Presidente de la Comisión de Derecho Fiscal y Seguridad Social del Colegio de Abogados de Jalisco Constituyente Luis Manuel Rojas.

que los ingresos tributarios hayan sufrido la misma suerte, lo que se traduce en una injustificada medida, especialmente que se apuntó que el Estado mexicano incurrió en graves omisiones, al no dictar las medidas fiscales (renuncias fiscales) que permitieran a los contribuyentes mitigar los efectos nocivos que trajo a la economía nacional la pandemia causada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), lo que desafortunadamente impacta desfavorablemente en los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los contribuyentes.

II. Problema

A partir de la pandemia por COVID-19, los efectos nocivos que ha traído a la economía nacional no han sido atendidos por el Estado mexicano mediante el dictado de medidas fiscales que permitan a los contribuyentes mitigarlos. Ello afecta grave y directamente a los derechos humanos de corte económico, social y cultural del pueblo, que soporta la carga tributaria, pues, si bien, los ingresos de la federación, especialmente los tributarios, no han sufrido menoscabo en la pandemia, el gasto público orientado a la protección y promoción de los derechos humanos sí se ha visto disminuido.

III. Objetivos Generales y Particulares

En donde se establecerá la postura o finalidad a alcanzar.

Objetivos generales:

1. Revisar si la obligación constitucional del Estado mexicano de destinar la tributación exclusivamente al gasto público, es decir, en beneficio social, general y colectivo es un derecho humano de aquellos económicos, sociales y culturales.
2. Revisar si el Presupuesto de Egresos de la Federación de México, en los últimos tres años, ha incrementado o disminuido en el ramo de protección y promoción de derechos humanos, así como su correspondencia con el aumento o disminución de los ingresos tributarios.
3. Reflexionar sobre las acciones u omisiones, en su caso, que el Ejecutivo federal ha tomado en el ámbito tributario, relacionados con apoyar a los contribuyentes afectados por la pandemia causada por el virus COVID-19.

Objetivos particulares:

1.1 Revisar la obligación constitucional del Estado mexicano de destinar la tributación exclusivamente al gasto público por la formula Cossío.

1.2 Revisar la obligación constitucional del Estado mexicano de destinar la tributación exclusivamente al gasto público por la formula Ruíz Moreno.

2.1 Comparar los presupuestos de egresos federales 2019, 2020 y 2021, seleccionando algunos rubros de gasto relacionados con la protección, promoción o difusión de derechos humanos económicos, sociales y culturales; y comparar el resultado con el aumento o disminución de los ingresos tributarios totales programados por los mismos ejercicios.

3.1 Analizar el marco legal aplicable que el Ejecutivo federal haya cumplido u omitido, según el caso, en materia de beneficios, estímulos, condonaciones o diferimientos de pago de contribuciones federales.

IV. Marco Teórico y metodológico

El tipo de estudio, métodos y técnicas que utilizo fue encaminado a realizar una “descripción” de la realidad en la parte cuyo trabajo me enfoco para después tomar los resultados y reflexionarlos desde una perspectiva constitucional y de la estructura de las normas, pues mi principal objeto de estudio fue el derecho positivo bajo una óptica “kelseniana”, lo que existe y lo que no, a partir de los conceptos propuestos por diversos autores.

Para el desarrollo de mis ideas, se consideró pertinente la utilización de una metodología de dogmática constitucional, a fin de determinar los alcances que, bajo la óptica suprema, deben tener las acciones en el ámbito fiscal-presupuestal, al establecer la validez de la norma, sus propósitos, mecanismos y medios de tutela como derecho humano, en su caso. Ello ante los efectos a la economía nacional de la pandemia causada por COVID-19.

Mi técnica de recolección de información se centró en las fuentes formales del derecho como la ley, la jurisprudencia y la doctrina. A partir del ejercicio interpretativo se buscó dar nuevos alcances a los retos académicos planteados en este documento.

V. Desarrollo

Breve contexto jurídico general de los derechos humanos en México

A partir del mandato supremo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) vigente desde junio de 2011,¹⁷⁷ el Estado mexicano (EM) tiene la obligación de “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, de todas las personas, reconocidos tanto en la carta magna como en los tratados internacionales de los que México sea parte, de lo que se apuntan las siguientes situaciones, a saber: I. Respecto a los tratados internacionales: a) la propia constitución prohíbe la celebración de estos o de cualquier convenio por los que se alteren los derechos humanos que ha reconocido o se encuentren firmados en un instrumento internacional anterior,¹⁷⁸ b) los tratados internacionales aprobados por el presidente de la república y adoptados por el senado serán la ley suprema en toda la unión y todos los jueces del país deberán sujetarse a su contenido;¹⁷⁹ y II. Respecto a los derechos humanos: a) deberán sujetarse a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, b) el EM tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar tales derechos y, en su caso, sancionar y reparar sus violaciones, y c) deberán ser interpretados de manera que se asegure a las personas la protección más amplia.

Por derechos humanos (DH) entiendo todas aquellas prerrogativas de los seres humanos, independientemente de su origen, raza, nacionalidad o condición social, que pueden hacerse valer frente a cualquier persona, ente, entidad u organismo público o privado, para proteger los valores del ser humano como persona y, por lo mismo, son calificados como fundamentales (Sanchez Bringas, 2001, págs. 62-63). Tales DH que, de acuerdo con la visión interpretativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2013) “no son absolutos” sino que se encuentran protegidos, porque no puede infringirse la “dignidad humana” que les da razón de ser a aquellos derechos (pág. 2254). Debe destacarse el concepto de “dignidad humana”, pues será el elemento o núcleo que dé contenido, por ser el objeto principal de tutela.

¹⁷⁷ Párrafos primero, segundo y tercero.

¹⁷⁸ Artículo 15 de la CPEUM.

¹⁷⁹ Artículo 133 de la CPEUM.

La dignidad humana como núcleo esencial de los derechos fundamentales

La SCJN (2016), por medio de la jurisprudencia de su Primera Sala, ha determinado que la dignidad humana no es solamente un mero precepto moral o de ornato en el sistema legal mexicano, sino que se proyecta en todo el ordenamiento como un bien jurídico circunstancial del ser humano merecedor de la más amplia protección o tutela jurídica, es decir, que se erige como un derecho fundamental que instituye base y condición para el disfrute de los demás DH y el desarrollo integral de la personalidad del individuo y de la sociedad, por ende, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas tanto de forma individual como colectiva, por el cual se dicta un mandato constitucional a todo el EM e incluso a los particulares de respetar y proteger la dignidad de todas las personas, pues constituye su núcleo esencial por el solo hecho de ser personas, ya que deben ser tratadas como tales y no como objetos, no deben ser humilladas, degradadas, envilecidas ni cosificadas (pág. 633).

Como se advierte de lo anterior, la SCJN ha hecho un ejercicio hermenéutico que concluye en reconocer la dignidad humana de las personas como una norma jurídica que, si bien no está expresamente instituida en la CPEUM, su existencia y posterior reconocimiento se infiere por el juzgador constitucional a partir del análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales, sus características y los principios que los rigen.

Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos en México a partir de su reconocimiento convencional

Es importante precisar que en este trabajo no me ocuparé de la génesis doctrinal de los DH ni de analizar a detalle su categorización, sino que, obviando su evolución, simplemente partiré del reconocimiento en México de los derechos económicos, sociales y culturales desde el *Decreto Promulgatorio del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, publicado en México en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 1 de septiembre de 1998, aprobado por la Cámara de Senadores mediante publicación en el DOF el 27 de diciembre de 1995, mismo que, a párrafos cuarto al séptimo de su “Preámbulo”, reconoció que: a) existen diferentes categorías de DH, una los civiles y políticos (DECIP) y la otra de los económicos sociales y culturales (DESOC); b) existe una estrecha relación entre los DECIP y los DESOC; c).

Estas categorías de derechos mantienen la misma jerarquía y constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente, con el objeto de lograr su vigencia plena sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros, pues forman un solo bloque; d) sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar tanto de los DECIP como de los DESOC, lo que establece la obligación del EM de reconocer, desarrollar y proteger dichos conceptos en plano de cobertura sin distinguos, como si fueran una sola, pues, en una idea de bloque, son la misma cosa; y e) para el caso de los DESOC, si bien han sido reconocidos en otros instrumentos internacionales, estos son reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en el protocolo en estudio, sobre la base del respeto integral de los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de los pueblos de América al desarrollo, a la libre determinación, así como a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales.

Si bien los DESOC constituyen una categoría de DH diferente a los DECIP, ambos forman un solo bloque y son reconocidos como universales, interdependientes e indivisibles (Pinto, 2013, págs. 158-160), por lo que debe buscarse su tutela, eficacia y vigencia de forma progresiva, pues en las dos categorías se trata de, prerrogativas exclusivas de los seres humanos, esto es, que en ambas categorías su núcleo esencial es la “dignidad humana” reconocida por el más alto juzgador constitucional mexicano.

La SCJN ha precisado que el EM tiene el deber de garantizar la protección del núcleo de los derechos sociales, justificándose en que existen violaciones tan graves de estos que no solo impiden a las personas gozar de otros DH, sino que atacan directamente a su dignidad, entendiéndose que cualquier ataque a esta implica la violación del núcleo de los derechos de las personas tanto en su dimensión individual como social, por lo que su inmediata protección constituye un deber ineludible para las autoridades mexicanas (pág. 217).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha puntualizado que la unidad entre los DECIP y los DESOC es tal, que la violación sufrida por los primeros trae aparejada una vejación de los segundos; por ejemplo, si una persona no recibe un adecuado acceso a la educación, puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión, o bien, una persona con deficiente acceso a su derecho a la salud verá disminuido en diferentes niveles, o agraviado su derecho a la vida. Por ende, en términos generales, la CIDH concluyó en que

un menor disfrute de los DESOC deriva en un menor disfrute de los DECIP (Pinto, 2013, pág. 160).

Es por todo lo anterior que los DESOC generan tres tipos de obligaciones al EM, conforme a lo resuelto por la SCJN (2017, pág. 218), a saber: a) proteger el núcleo del derecho; b) realizar progresivamente el alcance del derecho, y c) no adoptar injustificadamente medidas regresivas.

Como apunte adicional en aras de resaltar la importancia de los DESOC resulta pertinente adoptar la siguiente expresión “Sin derechos sociales no existe Estado social, y éste se actualiza en cuanto hace efectivos esos derechos en un sistema democrático. El nombre preciso es Estado social y democrático de derecho. Derecho social es únicamente su abreviatura” (Carpizo, 2011, pág. 422).

Derechos sociales en México en jerarquía de derechos humanos (formula Cossío)

En primer orden, debe puntualizarse, referido a los derechos sociales (DESO) como parte de los DESOC, para fines de focalizar mi análisis y nada más, los separo de los derechos económicos y culturales, pero sin que por ello se menosprecie su trascendencia, su contenido de dignidad humana ni mucho menos se pretenda desprenderlo de la generación de derechos económicos y culturales. Por ello, al referirse a los primeros, lo hago también a los segundos.

De acuerdo con el exministro de la SCJN, José Ramón Cossío Díaz, los DESO se expresan básicamente de dos formas; la primera, como derechos programáticos (donde encuadra el caso mexicano), es decir, aquellos que, para su eficacia, vigencia y tutela, dependen de la disponibilidad finita de recursos mediante un presupuesto; la segunda, como derechos prestacionales, que los divide en dos apartados: 1) cuando el EM está obligado al ejercicio de prestaciones, al realizar acciones positivas para brindar una prestación material a la persona o grupo de personas, a fin de hacer efectivo el DESO, cuya salvaguarda se pretende, y 2) cuando la legislación impone a particulares el otorgamiento de prestaciones a otros particulares, en principio, por efecto de compensación social (Cossío Díaz, s.f., págs. 133-136).

Es relevante la distinción que Cossío realizó entre derechos sociales programáticos y prestacionales, dado que, él resalta, que adoptar que los DESO solamente son programáticos limita su desarrollo, efectividad y tutela de los recursos presupuestales destinados (disponibles) para ello, propuesta que comparto, por un lado, y me atrevo a extender, por otro, es decir, aceptar que los DESO, en parte, o los DESOC, en su conjunto, pueden desarrollarse solamente si el EM ha dispuesto adecuadamente de recursos

suficientes en el presupuesto de egresos, equivaldría a justificar la ineficacia presupuestal de aquellos al amparo del error o la insuficiencia en el gasto público, sobre todo si se considera que en el sistema presupuestal mexicano el ejercicio de este es anual, lo que permite “reajustes en su programación posterior”, además que existen normas “flexibles” que posibilitan el traslado presupuestario entre partidas, por un lado, y, por otro, se prevé la existencia de presupuestos “plurianuales”¹⁸⁰ lo que propicia cubrir, en ejercicios presupuestales posteriores, las insuficiencias monetarias de periodos anteriores, es decir, la insuficiencia presupuestal del año presupuestal presente puede corregirse creando la partida o dándole suficiencia en el ejercicio o ejercicios posteriores,¹⁸¹ bajo una concepción de gasto plurianual.¹⁸²

No pasa desapercibido que tanto el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, de San José de Costa Rica (Federación, s.f.), como el numeral 2.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto internacional de derechos económicos, 2004), señalan que los DESOC están sujetos a la existencia de recursos suficientes para su satisfacción hasta el máximo de estos; sin embargo, del contenido normativo de dichos instrumentos, se puede advertir que la obligación estatal de proteger, respetar y promover los DESOC encuentra límite en su desarrollo en la naturaleza finita del propio “máximo de los recursos disponibles”; no obstante, la Segunda Sala de la SCJN (2014) ha previsto que no bastaría la sola afirmación del EM de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado “todas las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr la realización de los DESO o los DESOC, sino que, para ello, deberá aportar el material probatorio (presupuestal) en que sustente su dicho, por lo tanto, los juzgadores nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el EM ha contraído (pese a las herramientas presupuestales) por virtud de los instrumentos internacionales en materia de DH de frente a la renuencia a cumplirlas.

Si bien la normatividad internacional constituye el punto de partida para visualizar la liga entre la vigencia de los DESO con su exigibilidad a partir de la disponibilidad presupuestaria, debe resaltarse que las

¹⁸⁰ Artículo 61, fracción II, inciso a) de la Ley General de Contabilidad Gubernamental y artículos 32, 41 fracción II, inciso g), 50 y 83 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. En relación con el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸¹ Las conocidas como ADEFA's o Adeudos de Ejercicios Fiscales Anteriores pueden ser un instrumento presupuestal complementario por el cual se reconoce un faltante (pasivo) presupuestario en un ejercicio pagadero en el posterior.

¹⁸² Artículo 74, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

interpretaciones que ha hecho tanto la CIDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corteidh) y la SCJN dan cuenta de que es posible considerar la existencia de estos DESO aun cuando no exista legislación que los desarrolle ni presupuesto específico (recursos) para lograrlo, basta que aquellos derechos tengan sede constitucional o convencional para que el EM tenga la obligación jurídica de comenzar su desarrollo legislativo, que prevea no solo el derecho, sino los mecanismos para su real exigibilidad, y, paralelamente a ello, la programación presupuestal necesaria para alcanzar su vigencia, efectividad y tutela progresivas, dado que, sin recursos materiales, los DH quedarían en el desamparo fáctico. Así, bajo la visión de Cossío Díaz, analizar tres elementos de forma separada brindará una idea de cómo se pueden explicar los DESO y lograr una construcción teórica razonable de estos, dichos elementos se plantean a manera de preguntas: 1. ¿Cuáles son las condiciones de realización de los derechos sociales? 2. ¿Cuáles sus condiciones de exigencia? Y 3. ¿Cuáles sus formas de satisfacción?

A lo anterior se tiene que:

1. Según a las condiciones de realización, los DESO presentan tres características: a) se trata de normas constitucionales sujetas a la disponibilidad presupuestaria, es decir, son normas programáticas; b) son normas constitucionales sujetas a legislación de desarrollo lo cual implica, por un lado la legislación ordinaria que contenga los DESO y sus lineamientos para desarrollarse, pero, por el otro, con relación al inciso anterior, su correlativo presupuesto para materializarse en acciones concretas; y c) se está ante normas constitucionales que son realizables directamente desde la propia constitución, precisándose que no necesariamente en todos los casos debe existir un desarrollo legislativo o no existe la asignación de recursos presupuestales para que, en tal virtud, haya exigibilidad de un DESO, conforme a resoluciones de la Corteidh (Cossío Díaz, s.f., pág. 137).

2. Atendiendo a las condiciones de exigencia, los DESO presentan dos posibilidades: a) cuando existe un desarrollo legislativo previo, bajo la premisa de que no puede reclamarse un derecho si el legislador no lo ha instituido en la norma jurídica; b) cuando se realiza un ejercicio directo del derecho fundamental sin que haya pasado por el legislador, a lo que deben hacerse notar dos puntos importantes para el caso de México, el primero, recordar que el vínculo entre los DESO y los DH es indiscutible, de tal suerte que aquellos forman parte de los segundos y, el segundo, que la SCJN se ha pronunciado sobre la existencia y ejercicio de estos DH aún sin que el legislador los haya contemplado expresamente, como fue el caso del

derecho a la dignidad humana que, si bien no está expresamente señalado en la CPEUM, el alto tribunal le ha reconocido como norma jurídica implícita (Cossío Díaz, s.f., pág. 137).

Finalmente: 3. Atendiendo a las formas de satisfacción, se albergan dos categorías: a) esta se puede dar a través de una declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad, que impacte al ámbito prestacional y obligue al EM a una acción u omisión, en su caso, y b) mediante el otorgamiento concreto de una prestación material, que va más allá de una corrección por vicios de constitucionalidad de la ley o al incumplirla, como es caso de la primera (Cossío Díaz, s.f., pág. 138).

Los DESO, por sus condiciones de realización: (1) deben ejecutarse desde la constitución; por sus condiciones de exigencia: (2) deben ser exigibles directamente por su forma de satisfacción: (3) deben darse mediante el otorgamiento de prestaciones materiales, directamente desde la carta magna (Cossío Díaz, s.f., pág. 139). Conforme a la fórmula propuesta por Cossío Díaz, la obligación pública del EM de destinar el monto de las contribuciones al gasto público (GP) detona en el derecho para el pueblo, que se beneficiará de dicho gasto. Por ende, aquel deber constitucional es claramente un DESO encuadrable como DESOC y, por ello, se está en la presencia de DH oponibles y reclamables ante el poder público.

Reiteración de derechos sociales en México en jerarquía de derechos humanos (formula Ruíz Moreno)

Considero pertinente revisar los elementos de los DESO o DESOC, bajo una segunda óptica doctrina, esta vez, de acuerdo con lo establecido por Ángel Guillermo Ruíz Moreno (Moreno, 2007, pág. 10), para quien la forma de reconocer derechos sociales es si presentan tres características muy importantes, a saber: a) si son normas taxativas, pues no admiten discusión alguna respecto a su existencia jurídica, por lo que deben ser obedecidas sin más; b) si son normas de orden público e interés social, son inafectables por la voluntad individual o por el derecho extranjero, por las que existe una pretensión colectiva de que sean aplicables a favor de los sujetos protegidos por estas, y c) si son normas irrenunciables e inalienables, es decir, que nadie puede renunciar a sus beneficios ni negociar su observancia.

De esta forma, la fórmula en la que descansa el derecho social en México, bajo la idea de la función estatal de “una justa distribución del ingreso y la riqueza”¹⁸³ es “darle más a quien más necesita, menos al que necesita menos, y nada al que afortunadamente nada necesita” (Moreno,

¹⁸³ Ver artículo 25 de la CPEUM.

2007, pág. 11), lo que, armonizado con la disposición constitucional prevista para dar vigencia a los derechos sociales, se apersona en: 1. La rectoría económica del EM, que debe generar mejores condiciones económicas y de vida para las personas mediante la competitividad, entiéndase por ello la generación de empleos, la inversión y el crecimiento económico; 2. Una más justa redistribución de la riqueza y el ingreso; 3. La práctica de una economía libre en igualdad de condiciones, al sancionar los ejercicios económicos ventajosos, monopólicos o desleales, y 4. El respeto de las libertades de las personas, especialmente las relativas a la libre ocupación o empleo lícito,¹⁸⁴ donde se considere el derecho humano a la propiedad,¹⁸⁵ que ejerce el pueblo contribuyente sobre la porción de su aportación para la realización de los fines del GP.

La obligación del EM de destinar la recaudación tributaria al GP es un DESO, a partir de la obligación jurídica subyacente y, por ende, un DESOC, ello no admite discusión alguna, ya que tanto la norma jurídica constitucional, la especializada presupuestal como en los criterios de la SCJN no ofrecen oposición ninguna respecto al deber estatal de destinar las contribuciones exclusivamente al GP, es decir, en beneficio social, general y colectivo; por tanto, dicha obligación, al instituirse en el mandato constitucional,¹⁸⁶ es una *norma social taxativa* prevista en el marco constitucional y legal. También se trata de pautas de orden público e interés social, pues no pueden ser alteradas por voluntad individual o colectiva, ni pública ni privada, ni extranjera ni nacional, excepto en el caso de que, conforme al derecho procesal constitucional, sea modificada la carta magna,¹⁸⁷ además de que su propia naturaleza, al ser obligaciones derivadas de relaciones subyacentes que van encaminadas a satisfacer necesidades sociales, generales, públicas o colectivas a través del GP, la satisfacción de dichas obligaciones importa a los destinatarios y beneficiarios del Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), lo que deja clara su característica como norma jurídica de orden público e interés social.

Las normas especializadas que regulan el GP no son de naturaleza renunciable o alienable, es decir, las personas beneficiadas por el presupuesto público no pueden transmitir sus cualidades como derechohabientes (como si fuesen derechos reales transmitibles), pues el conjunto de necesidades básicas es lo que motivó la creación de dicho presupuesto para atenderlas o satisfacerlas, tampoco pueden renunciar a estos beneficios, aunque puede existir “causahabencia” prevista en la norma

¹⁸⁴ Ver: artículos 5, 25, 26, 27, 28 y 131 de la CPEUM.

¹⁸⁵ Ver: artículo 27 de la CPEUM.

¹⁸⁶ Ver: artículo 31, fracción IV de la CPEUM.

¹⁸⁷ Ver: artículo 135, de la CPEUM.

jurídica, entendida como la substitución del titular de un derecho por otro, siempre que se trate del mismo derecho (Tribunales Colegiados de Circuito, 1996, pág. 356).

Los DESO y los DESOC son taxativos, inalienables por irrenunciable y de orden público e interés social. Mismo derecho que no es plenamente exigible, se entiende como “exigibilidad” la acción jurídica para hacer que sean observados, preservados o respetados, especialmente en un estado social como el mexicano, dedicado a satisfacer necesidades colectivas del pueblo (Moreno, 2007, pág. 13). Según la cita de Ruíz Moreno, se destaca que:

en México hay derechos sociales que sí son exigibles y otros no, debido a que en la práctica su materialización es punto menos que imposible o porque solo se hayan dibujados como una simple aspiración política inacabada, aunque estén plasmados en la norma jurídica (Moreno, 2007, pág. 14).

Conforme a la fórmula propuesta por Ruiz Moreno, la obligación del EM de destinar el monto de la recaudación tributaria, exclusivamente y sin desvíos al GP, significa un derecho para el pueblo, que se beneficiaría de dicho gasto, ya fuera mucho, poco e incluso nada, pues la posibilidad de la asistencia y servicios públicos estarán allí disponibles los demande o no. Por ende, bajo esta directriz, aquel deber constitucional es claramente un DESO encuadrable como DESOC y, por lo tanto, se está en la presencia de DH oponibles y reclamables ante el poder público.

Los principios constitucionales mexicanos en materia fiscal – presupuestal como derechos sociales y su exigibilidad

Para dar mayor contenido a lo presentado, es necesario invocar los principios que la CPEUM previene en materia tributaria,¹⁸⁸ sin que sea material de este trabajo profundizar sobre estos, a saber: todos los mexicanos, sin excepción (principio de generalidad), están obligados a contribuir de forma proporcional y equitativa (principios de proporcionalidad y equidad tributarias) para los gastos públicos (principio de destino), conforme a las leyes (principio de reserva de ley o legalidad tributaria), y que deben ejecutarse bajo parámetros de eficacia, eficiencia, transparencia, economía, así como honradez,¹⁸⁹ definido expresamente en el presupuesto determinado exclusivamente por la Cámara de Diputados¹⁹⁰ representantes directos del pueblo contribuyente.

De lo anterior, se sigue que la vía constitucional para satisfacer el GP es mediante las contribuciones. Con ello, la obligación contributiva de las

¹⁸⁸ Artículos 28, primer párrafo y 31, fracción IV de CPEUM.

¹⁸⁹ Artículo 134, primer párrafo de la CPEUM.

¹⁹⁰ Artículos 74, fracción IV y 126 de la CPEUM.

personas está condicionada a que el monto de lo aportado se destine al GP. El destino de los tributos es lo que la doctrina denomina como la “finalidad fiscal” (Neri, 2005). Entre ambos elementos existe un vínculo, identificado por algunos especialistas como Principio de Vinculación al Gasto Público (PVGP), cuyo contenido se delimita por la relación que existe entre el principio contributivo de destino y el GP (Orendain, 2020, pág. 18), esto es, que la única razón por la que los aranceles son constitucionalmente obligatorios es que tendrán como fin satisfacer necesidades sociales, generales o colectivas.

El elemento económico que posibilita la realización del GP (elemento determinante) es la contribución que lo sostiene (Jiménez, Lecciones de derecho tributario, 2009), por ello el tributo tiene como propósito dar al EM los elementos económicos para que cumpla con su función de gobernar, ello equivale a decir que el fin de las contribuciones es satisfacer los gastos públicos (Rodríguez, 1999). Por lo tanto, el fundamento jurídico del deber tributario radica en la necesidad del pueblo de sufragar el GP en su propio beneficio social y colectivo (Margáin, 1997), mas nunca en sostener entes públicos simplemente por continuidad institucional.

Toda imposición tributaria no puede tener otro destino que el GP (Carrasco, 1999), por lo que, conforme ha resuelto la SCJN (2005), este tiene un sentido social y un alcance de interés colectivo, jamás particular o privado, por cuanto el importe de las contribuciones recaudadas de manera general se destina a la satisfacción de las necesidades colectivas o sociales, por un lado, o a la prestación de servicios públicos, por otro; de esta manera, su concepto material estriba en el destino de la recaudación debe garantizar un beneficio a toda la colectividad contribuyente (pág. 605), comprendiéndose en aquel, *grosso modo*, las erogaciones por los siguientes conceptos: a) gasto corriente, incluidos los pagos de pasivo de la deuda pública; b) inversión física; c) inversión financiera, así como d) responsabilidad patrimonial del Estado.¹⁹¹

Derivado de lo expuesto me atrevo a proponer la siguiente idea: la obligación constitucional del EM de destinar exclusivamente al GP las contribuciones aportadas por los contribuyentes, lo que denominaré como obligación estatal de destino o en su contracción como (Obedeces), constituyen un derecho para aquellos aportantes cautivos y debe asegurarse que así sean encausadas, de manera única, por exclusiva, para la satisfacción de los DESO y los DESOC, que forman parte de la esfera de DH de la persona tanto en su concepción individual como en la social. La obligación estatal de destinar el monto de la recaudación contributiva al GP es un derecho para

¹⁹¹ Artículo 4 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

los tributarios y, en su caso, este derecho es de aquellos sociales que encuentran su sede en la constitución, por ende, al tratarse de derechos sociales, estos tienen como núcleo de protección la dignidad humana de la persona como parte de una sociedad destinataria de los beneficios generales, sociales o colectivos para los que se erige la erogación pública, por lo que se está ante la presencia de DH tutelables y exigibles.

Idea retadora del paradigma actual, más todavía concibo a los DESOC, en lo general, y a las DESO, en lo particular, solamente desde la perspectiva programática y no prestacional.

Entonces planteo la siguiente interrogante ¿Por qué la Obedeces es un derecho humano perteneciente a la categoría de los económicos, sociales y culturales? Respondo desde dos grandes fórmulas, la primera, que he identificado como fórmula Cossío, que se resuelve en tres elementos, el primero: según las condiciones de realización, la Obedeces se impone como obligación con sede constitucional a cargo del EM, que a su vez presenta tres características para encuadrar como DESO, a saber: a) están normadas en la constitución, pues expresamente previene el deber estatal de destinar el monto de las contribuciones recaudadas al GP,¹⁹² al imponer la abstención constitucional de no realizar pago alguno que no esté comprendido en el PEF,¹⁹³ así como el deber de ejecutar el gasto conforme a los parámetros de eficacia, eficiencia, transparencia, economía y honradez,¹⁹⁴ es decir, que todo servidor público, aun los encargados de operar, contabilizar y ejecutar el presupuesto, debe juramentar la constitución,¹⁹⁵ la que precisamente establece todos los deberes anteriores; b) son obligaciones previstas en normas constitucionales sujetas a legislación de desarrollo, pues existe una extensa legislación que compone el marco jurídico presupuestal, que impone a los ejecutores del GP, entre otros, los deberes de contabilizar, clasificar y rendir cuentas de las erogaciones realizadas por los entes gubernamentales que lo ejecutan,¹⁹⁶ y es la carta magna la que impone la fiscalización de los recursos públicos¹⁹⁷ para verificar que se ha cumplido con el destino para el que fueron concebidos, de lo que debe destacarse que aquella legislación está en desarrollo, dado que actualmente determina

¹⁹² Artículo 31, fracción IV de la CPEUM.

¹⁹³ Artículo 126 de la CPEUM.

¹⁹⁴ Artículo 134, primer párrafo, de la CPEUM.

¹⁹⁵ Artículo 128 de la CPEUM.

¹⁹⁶ Ver: Presupuesto de Egresos, Ley General de Contabilidad Gubernamental, Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, Ley Federal de Deuda Pública, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios y Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

¹⁹⁷ Ver: artículo 79 de la CPEUM.

obligaciones a los servidores públicos y entidades públicas ejecutoras del GP, que coloca a los tributarios de dichos recursos públicos y a la sociedad como los beneficiarios teleológicos de dichas normas de control presupuestal, aunque es evidente que tales legislaciones no prevén expresamente dichos deberes gubernamentales como derechos exigibles por los contribuyentes directamente, de allí que se señale que se trata de un marco jurídico en desarrollo, y c) se está ante normas constitucionales que son realizables directamente desde la constitución, ya que existe legislación reglamentaria de aquella que en materia presupuestal obliga a los entes público a someterse a determinadas reglas para el ejercicio y programación del GP,¹⁹⁸ si por alguna razón no se llegara a considerar a dicha legislación como pertinente, recuérdese entonces que no en todos los casos debe existir un desarrollo legislativo o no necesariamente debe haber asignación de recursos presupuestales para que haya exigibilidad de un DESO, conforme a resoluciones de la Corteidh.

El segundo elementos: según las condiciones de exigencia, la Obedeces presenta dos posibilidades para ser considerados DESO, a saber: a) cuando existe un desarrollo legislativo previo bajo la premisa de que no puede reclamarse un derecho si el legislador no lo ha instituido en la norma jurídica, esto es que, si bien el legislador ordinario, en el caso mexicano, aún no previene expresamente a la Obedeces como DESO exigibles por la persona, ello no implica que estos deban ignorarse o negarse, pues se trata de obligaciones constitucionales a cargo del propio EM en beneficio de la ciudadanía, a fin de eficientar, controlar, fiscalizar y transparentar el ejercicio del GP que este ha aportado en forma de contribuciones o tributos; aunque por el otro lado existe otra posibilidad: b) cuando se realiza un ejercicio directo del derecho fundamental sin que haya pasado por el legislador, a lo que debe hacer notar dos puntos importantes para el caso de México, el primero, recordar que el vínculo entre los DESO o DESOC y los DH es indiscutible, de tal suerte que aquellos forman parte de los segundos sobre los que la SCJN ya se ha pronunciado, en cuanto al reconocimiento, tutela y ejercicio de estos DH sin que el legislador los haya contemplado expresamente, como fue el caso del derecho a la dignidad humana. En resumen, ya sea porque se actualiza una posibilidad o la otra la Obedeces se constituye como DESO y, por ende, como DH exigibles, aun cuando los mecanismos procesales, ya sea del orden administrativo o judicial, no se encuentren desarrollados en el país; no obstante, de acuerdo con el principio de progresividad de los DH, estarían en proceso de desarrollo donde es

¹⁹⁸ Ver: Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

posible reclamar al legislador ordinario la positivización de la siguiente fase de dicho desarrollo.

El tercer elemento: según las formas de satisfacción, contiene dos categorías para conceptualizar la Obedeces como DESO: a) la satisfacción se puede dar mediante una declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad que impacte al ámbito prestacional y obligue al EM a una acción u omisión, en ese sentido, se tiene que la falta de cumplimiento del destino de la contribuciones al GP es reclamable por la vía de amparo por los contribuyentes afectados,¹⁹⁹ según previene el texto constitucional, incluso a partir del concepto de “interés legítimo” (SCJN, 2019, pág. 1598), en su caso, y b) la satisfacción a través del otorgamiento concreto de una prestación material, que va más allá de una corrección por vicios de constitucionalidad de la ley o incumpliendo de esta, como es caso de la primera, en este supuesto, la persona afectada podría reclamar la ausencia o indebida prestación de un servicio público o la realización de acciones u abstenciones a las que esté obligado el EM, ello también por medio del juicio de amparo en las condiciones de interés jurídico o legítimo (individual o colectivo) y, si fuera el caso que dicho medio fuera improcedente, entonces se está en la presencia de la necesidad de desarrollo de la legislación ordinaria que someta al Estado al cumplimiento de su Obedeces, ello repercutiría en la efectiva exigibilidad y tutela de los DESO o DESOC tanto del individuo como de la sociedad, pues para ello se ha contribuido directa o indirectamente al GP, y resulta más preferible para las finanzas públicas, que desincorporar al tributario de la obligación de aportar al GP por falta del cumplimiento del principio contributivo de destino, es decir, por una inconstitucional sentenciada (SCJN, 2009, pág. 1116).

Por otro lado, bajo la segunda gran fórmula, la Ruiz Moreno, responde a la misma pregunta: ¿Por qué la Obedeces es un derecho humano perteneciente a la categoría de los económicos, sociales y culturales? A partir de tres tipificaciones muy notorias: a) se trata de una norma taxativa, pues aquella obligación emana, primero, del texto constitucional, pero también de la legislación secundaria,²⁰⁰ por lo que no admiten discusión alguna respecto a su existencia jurídica, por lo que deben ser obedecidas sin más; b) se trata de una norma de orden público e interés social, al venir de la propia ley fundamental y alojarse en el marco jurídico secundario, de esta manera son inafectables por la voluntad individual o por el derecho extranjero, por las que existe una pretensión colectiva de que sean aplicables a favor de los sujetos protegidos por estas, es decir, los destinatarios y beneficiarios directos e indirectos del PEF, y c) se trata de normas irrenunciables e

¹⁹⁹ Artículos 103 y 107 de la CPEUM.

²⁰⁰ Ver: artículo 1 del Código Fiscal de la Federación.

inalienables, es decir, que nadie puede renunciar a sus beneficios ni negociar su observancia, donde es claro que ninguna persona podrá desistir de ser destinataria o beneficiaria de dicho presupuesto ni por orden prestacional ni por destino programático.

Es claro que, a la luz de las fórmulas Cossío Díaz y Ruíz Moreno, la obligación constitucional del EM de destinar los tributos al GP encuadra como DESO, en lo particular, y DESOC, en lo general, por ello, se está ante la invariable presencia de DH, lo que acarreará otros deberes para los entes públicos de satisfacer tales derechos mediante acciones u omisiones concretas que tenga una repercusión concreta prestacional y programable en el PEF.

La obligación constitucional del EM de dar destino exclusivo a las contribuciones al gasto público como derecho del contribuyente bajo la lógica de la estructura de las normas jurídicas desde una relación jurídica subyacente

La obligación estatal de dar destino cierto y exclusivo a las contribuciones en beneficio social, general y colectivo recae sobre el EM (Obedeces), generándose una relación jurídica subyacente, y ello detona una gran interrogante ¿Por qué la obligación estatal de destinar el monto de lo recaudado mediante contribuciones constituye un derecho para los tributarios a partir de una relación jurídica subyacente? Para construir la respuesta, apelo a la siguiente lógica jurídica elemental: si se parte de la premisa de que la estructura lógica de la norma jurídica presupone un acontecimiento que, al ocurrir, genera las consecuencias previstas en la misma pauta, entonces se está ante la presencia de una relación “causal” o de “causa y efecto”, en la que existen dos elementos; el primero, el “supuesto”, que al activarse detona en el segundo, es decir, la “consecuencia”, lo que deja ver un “nexo o vínculo” entre ambos elementos, conocido como “relación jurídica” (López, 2010, pág. 24). El *Diccionario de Derecho Procesal Civil* de Eduardo Pallares (1963) señala que “Chiovenda dice que la relación jurídica es toda relación humana regulada por la voluntad de la ley que comprende tanto al sujeto pasivo como al activo de la relación” (pág. 656).

Por lo tanto, si a toda causa le corresponde un efecto y a todo efecto una causa, la lógica estructural de las normas jurídica que tiene la misma esencia “causa – efecto” implica que a todo supuesto le corresponde una consecuencia (ambas de la misma naturaleza jurídica) y viceversa, instituyéndose la relación jurídica entre dos sujetos; el pasivo, que es el obligado a cumplir con materialización de la conducta de dar, hacer o no hacer, según el caso, y el activo, quien tiene el derecho de exigir a aquel (pasivo) tal materialización.

Es importante considerar que las normas jurídicas contienen “reglas de deducción”, de tal suerte que, del contenido de aquellas, puede deducirse la consecuencia lógica de la decisión de materializar o no el supuesto (Schreiber, 2005, pág. 59). Entonces, la norma jurídica en la que se apoya la obligación legal es una proposición jurídica de la que puede deducirse la existencia de una obligación legal (Schreiber, 2005, pág. 60), es decir, si la ley contiene algún deber, este es de tipo jurídico y, por ende, causal, por lo que el supuesto que constituye la obligación supone consecuencias lógicas al darse, hacerse u omitirse, según esté específicamente construida, al amparo de una relación jurídica por la cual, si una persona está en el deber jurídico de realizar conductas de dar, hacer o no hacer (sujeto pasivo o deudor), necesariamente esa relación fue construida como norma jurídica bajo la lógica causal, por la cual, la otra parte de la misma relación (sujeto activo o acreedor), sea beneficiada con la materialización de la conducta; por lo tanto, lo que para la primera es una obligación, para la segunda es un derecho que debe entenderse como exigible, a fin de dar eficacia a la norma y vigencia al Estado de derecho que mantiene el orden social.

Si las normas convencionales, constitucionales, reglamentarias y las ordinarias, en su caso, establecen deberes jurídicos a cargo del EM (sujeto pasivo), bajo la lógica normativa-causal aludida, instituyéndolo como “sujeto obligado a dar, hacer o no hacer algo”, ello supone la existencia de la contraparte en la relación jurídica, es decir, de un sujeto activo, quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones en su beneficio, esto a partir de la estructura lógica de las normas jurídicas. Por tanto, si el EM está obligado a tutelar, proteger o garantizar los DH de las personas, son estas quienes tienen el derecho de exigir que el Estado realice las prestaciones, acciones o, en su caso, omisiones necesarias; si el referido ente público está obligado a “destinar la recaudación tributaria al beneficio social y colectivo”, el destinatario del GP es el acreedor de dicha prestación, más bien, se trata de la persona quien tiene el derecho de exigir que el destino de las contribuciones no sea otro que aquel que le benefició directa o indirectamente.

La previsión expresa o no en la norma del derecho inherente del sujeto activo para exigir al sujeto pasivo el cumplimiento de sus deberes jurídicos “no se torna indispensable”, pues el derecho existe a partir de la construcción de la obligación y la precisión del sujeto pasivo que la cargará; sin embargo, lo que sí se impone pertinente es la normativización de los mecanismos para la “exigibilidad” y tutela del derecho del activo ante el eventual incumplimiento de las obligaciones jurídicas del pasivo, ya fuere por sede jurisdiccional o administrativa.

Bajo la lógica anterior, es posible insistir que, dentro del artículo 31, fracción IV, constitucional, a partir de la relación jurídica principal por la cual el sujeto acreedor de las contribuciones es el EM, en tanto que el sujeto deudor y obligado a contribuir el pueblo contribuyente, derivándose así una segunda relación por la que se impone el deber jurídico al ente estatal a dar un destino cierto, concreto y específico a tales contribuciones, erigiéndolo como sujeto obligado o pasivo de esa segunda relación jurídica subyacente y, ante la construcción de tal obligación, se instituye su correlativo sujeto activo, es decir, el mismo pueblo contribuyente que tiene interés en que sus aportaciones, en vía de tributo, cumplan con el propósito de beneficios públicos, sociales, generales o colectivos, que justifica su obligatoriedad generalizada y constitucional. Especialmente que el presupuesto público en México constituye una expresión material de la democracia al ser, actualmente, vehículo de satisfacción de las necesidades sociales ordenadas por el propio pueblo representado en la Cámara de Diputados, órgano legislativo quien, exclusivamente, establece el presupuesto de egresos de cada ejercicio y al que pertenece el órgano de fiscalización por excelencia del destino de los recursos públicos denominado Auditoría Superior de la Federación.²⁰¹

De esta manera se está ante relaciones jurídicas subyacentes; la primera, que deriva de la obligación constitucional de contribuir al gasto público, cuyo sujeto activo es el EM, y, el pasivo, el pueblo mexicano; la segunda, derivada de la primera que se instituye por la obligación estatal de destinar las contribuciones exclusivamente al GP (Obedeces), al instituir al EM como sujeto deudor del pueblo contribuyente, quien adquiere la calidad de sujeto acreedor. La primera relación que impone la obligación de las personas de contribuir al GP es la que da pauta para la existencia de la segunda relación, que impone el deber jurídico del EM de destinar el importe de los tributos recaudados al GP sin posibilidad de excepción alguna, ambas de jerarquía constitucional. Entonces, es innegable la aparición al escenario jurídico de la “relación subyacente”, la que ha sido conceptualizada por la SCJN como “la relación jurídica que es origen de otra” (SCJN, 2015, pág. 279), entonces, la primera de las relaciones, al ser la causa que origina la segunda, se torna como la “subyacente”.

²⁰¹ Artículos 79 y 74, fracción IV de la CPEUM.

Análisis del contenido eminentemente económico-presupuestal de los derechos humanos económicos, sociales y culturales en relación con su vínculo al gasto público

Una vez identificado el contenido de los DESO como parte de los DESOC, de manera general, encuentran alojamiento en diferentes instrumentos internacionales: 1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); 2. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965); 3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); 4. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); y 5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica 1969) y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador 1988), entre otros. Cabe precisar que los antes mencionados instrumentos internacionales cumplen con los siguientes criterios: 1. México es parte por haberlos suscrito y ratificado, y 2. Su materia de regulación directa son los DESOC.

De los instrumentos enlistados puede advertirse una variedad de elementos que identifican su contenido eminentemente económico y que los posiciona como DESOC sin perjuicio de su elemento social (DESO) ni del cultural. Parte económica que, a continuación, mencionaré, pero solamente me ocuparé del primero de ellos, en lo que se expresa en la dimensión presupuestal, puesto que el derecho, cuya tutela se pretende, pero al que no se destinan recursos materiales y financieros difícilmente, será realizable.

Elementos fiscal-presupuestales que emanan de los Presupuestos de Egresos de la Federación 2019, 2020 y 2021 de México en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Respecto del instrumento 1, en su artículo 2.1, se reconoce que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en tal documento sin distinción alguna de su posición económica o cualquier otra condición”, ello implica que “nadie” puede dejar de ser considerado como beneficiario de los DH de esta índole. Por ende, dicha “no discriminación” opera para que todas las personas, tanto en su dimensión individual como colectiva, se les garantice el acceso a sus derechos relativos a: elegir su lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural, a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación, así como el a la participación de la riqueza económica del país, derechos de eminente contenido socioeconómico.

A partir tanto del instrumento de referencia como de los ordinales 1º, 5º, 25, 26, 27, 28, 31 fracción IV, 39, 40, 41, 72 inciso H), 73 fracción VII, 74 fracción IV, 126 y 134, primer párrafo, de la CPEUM, el EM deberá orientar, destinar, ejecutar y programar el PEF a la satisfacción todas aquellas necesidades públicas prestacionales de corte social, general y colectivo, debe hacerlo de manera suficiente para dar eficacia a los DH económicos, sociales y culturales. Desde la perspectiva anterior ninguna persona o comunidad debe quedar al margen del PEF en la promoción, respeto, protección y garantía de sus DESOC, pues, en su satisfacción, descansa la justificación de la obligación constitucional de “contribuir al gasto público”, conforme al principio de destino de las contribuciones, pero dicha satisfacción alcanza aún a los sujetos “no aportantes” o no contribuyentes formales o directos, es decir, que el “pueblo contribuyente directo” no es el único que podría reclamar el adecuado destino y ejecución del GP, sino que también el “pueblo contribuyente informal o indirecto” debe considerarse legitimado para enderezar el mismo reclamo, ya que, aporte o no, mucho o poco, directa o indirectamente, formal o informalmente, es parte del pueblo, en beneficio de quien se construye el PEF para la satisfacción de todas sus necesidades públicas, al menos desde un plano ideal.

Lo anterior a pesar de que existan criterios de la SCJN, que le han desposeído a este de todo derecho de reclamo fiscal, pues el no aportante directo, dada la condición solidaria de beneficiario, no debe ser discriminado y, por ende, debería estar dotado del poder jurídico para reclamar del EM la creación, orientación y ejecución de un PEF que atienda a una efectiva tutela de sus DESOC, aun cuando no haya hecho una contribución directa al GP, es decir, que también es parte de la población (como elemento del Estado), que tiene derecho a que las contribuciones se destinen en su beneficio, de esta manera es destinatario del “retorno en el beneficio”, como titular del derecho de destino al que deben dirigirse toda contribución recaudada. Ello evoca el enunciado a la “no discriminación”, que se ve reforzado por el numeral 7 de la misma declaración en armonía con el artículo 1º de la constitución federal.

No es propósito de este trabajo abundar sobre la “no discriminación”, simplemente se busca evidenciar que una inadecuada disposición presupuestal configurada tanto en la Cámara de Diputados como en la propuesta y ejecución del poder Ejecutivo y los ejecutores del GP, como son los poderes Judicial y Legislativo,²⁰² puede configurar una violación de los DESOC tanto en su dimensión individual como en la colectiva, pues no podría tenerse como lógico contemplar habitantes individualmente felices,

²⁰² Ver artículo 4 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

pero colectivamente infelices y viceversa, sino que la felicidad individual es la que proyecta un bienestar colectivo o social.

Sin embargo, como el ámbito fiscal-presupuestario sí es mi propósito, resulta importante ver algunos ejemplos relacionados con la discriminación y el dinero público, a saber: en el PEF para el ejercicio presupuestal 2019²⁰³ se advierte, en su Anexo 13, Erogaciones para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en el Ramo 4 (Gobernación), el presupuesto aprobado por la Cámara de Diputados para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” en 10 535 233 pesos; o el asignado en el Anexo 14. Recursos para la Atención de Grupos Vulnerables, Ramo 4 (Gobernación), para el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en 160 832 390 pesos; también es referente el Anexo 18. Recursos para la Atención de Niñas, Niños y Adolescentes, Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” 6 685 046 pesos; o el Anexo 19. Acciones para la Prevención del Delito, Combate a las Adicciones, Rescate de Espacios Públicos y Promoción de Proyectos Productivos, Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” en 157 605 925 pesos.

Del PEF para el ejercicio presupuestal 2020²⁰⁴ se advierten los mismos rubros observados para 2019 que en el Anexo 13. Erogaciones para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en el Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” en 10 000 000 pesos; o el asignado en el Anexo 14. Recursos para la Atención de Grupos Vulnerables, Ramo 4 (Gobernación), para el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en 161 943 308 pesos; también es referente el Anexo 18. Recursos para la Atención de Niñas, Niños y Adolescentes, Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” 566 400 pesos; o el Anexo 19. Acciones para la Prevención del Delito, Combate a las Adicciones, Rescate de Espacios Públicos y Promoción de Proyectos Productivos, Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” en 160 663 290 pesos.

Para el PEF del ejercicio presupuestal 2021,²⁰⁵ se advierte en los mismos rubros observados para 2019 y 2020 que, en su Anexo 13. Erogaciones para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en el Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” en 10 000 000 pesos; o el asignado en el Anexo

²⁰³ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de diciembre de 2018.

²⁰⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de diciembre de 2019.

²⁰⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de noviembre de 2020.

14. Recursos para la Atención de Grupos Vulnerables, Ramo 4 (Gobernación), para el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en 138 262 478 pesos; también es referente el Anexo 18. Recursos para la Atención de Niñas, Niños y Adolescentes, Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” 566 400 pesos; o el Anexo 19. Acciones para la Prevención del Delito, Combate a las Adicciones, Rescate de Espacios Públicos y Promoción de Proyectos Productivos, Ramo 4 (Gobernación), para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” en 137 021 715 pesos.

Derivado de lo anterior, resulta conveniente realizar un simple ejercicio comparativo, como se muestra en la tabla 1:

Tabla 1

Comparativa de presupuesto público asignado a la prevención de la discriminación

Concepto	PEF 2019	PEF 2020	PEF 2021
Anexo 13. Promover la protección de los derechos humanos y prevenir la discriminación.	10 535 233	10 000 000	10 000 000
Anexo 14. Para el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.	160 832 390	161 943 308	138 262 478
Anexo 18. Promover la protección de los derechos humanos y prevenir la discriminación.	6 685 046	566 400	566 400
Anexo 19. Promover la protección de los derechos humanos y prevenir la discriminación.	157 605 925	160 663 290	137 021 715
Suma	335 658 594	333 172 998	285 850 593

Nota: cantidades expresadas en millones de pesos. Elaboración propia con datos del PEF, publicado en el DOF en diversas fechas.

Como se advierte, si bien para el ejercicio presupuestal 2020, en el caso de los Anexos 14 y 19, el presupuesto para “Promover la Protección de los Derechos Humanos y Prevenir la Discriminación” incrementó respecto del aprobado para 2019, en la suma total de los conceptos en 2020, se tiene un PEF total menor para los mismos rubros de GP en un 0.7 por ciento, aproximadamente; sin embargo, para 2021, ambos rubros decrecieron significativamente. En las sumas de 2019, 2020 y 2021, puede advertirse que, para este último ejercicio presupuestal, se han destinado 49 808 001 pesos menos respecto a lo presupuestado para 2019 en materia de “prevención de

la discriminación”, así como para la “promoción de la protección de los derechos humanos”. Si se quiere, de la tabla anterior, se puede inferir al menos, que la progresividad como principio de los DH en México dispuesta por el artículo 1º de la CPEUM no encuentra una realidad material en PEF de los tres ejercicios.

Sin embargo, de las Leyes de Ingresos de la Federación para los mismos ejercicios fiscales 2019, 2020 y 2021, publicadas en el DOF, del 28 de diciembre de 2018, 25 de noviembre de 2019 y 25 de noviembre de 2020, se aprecia un incremento sostenido en los “ingresos estimados” de la federación, tanto en el “total de ingresos” como en rubro exclusivo a ingresos por “impuestos”, conforme a la tabla 2:

Tabla 2

Comparativa general de ingresos públicos totales por ejercicio, y particular por recaudación de impuestos

Ejercicio	Ingresos totales	Ingresos por impuestos
2019	5,838,059.7	3,311,373.4
2020	6,107,732.4	3,505,822.4
2021	6,295,736.2	3,533,031.1

Nota: cantidades expresadas en millones de pesos. Elaboración propia con datos de la Ley de Ingresos de la Federación, publicada en el DOF en diversas fechas.

De lo expresado, se tiene que tanto los presupuestos de gasto direccionados por el EM para la “prevención de la discriminación”, así como para la “promoción de la protección de los derechos humanos”, decrecieron significativamente durante los ejercicios presupuestales de 2019, 2020 y 2021; en tanto que los ingresos estimados “totales”, por un lado, y correspondientes únicamente al rubro de “impuestos”, por el otro, se proyectaron con incremento de un año al siguiente. Por tanto, no es posible considerar que el principio de progresividad de los DH encuentre vigencia en el PEF nacional, pues no hay justificación financiera que explique aquellos decrementos cuando el ingreso total y tributario de la federación no sufrió afectación recaudatoria, al menos en la estimación legislativa inicial.

Vale la pena recordar que, de acuerdo con los artículos 72 apartado H, 73 fracción VII, y 74, fracción IV, de la CPEUM, el PEF se diseña a partir de la cuantificación monetaria de las necesidades sociales del pueblo para satisfacerse después en la creación de las leyes de ingresos de cada ejercicio fiscal, por lo que, si el ingreso público estimado no sufrió detrimento en los aludidos periodos, en nada se justifica, ni es razonable, la disminución de los

recursos públicos destinados a la prevención de la discriminación y promoción, respeto, protección y garantía de los DH²⁰⁶ por los mismos ejercicios.

Tratando de seguir en la línea de ejemplificar lo dispuesto en esta parte, es importante invocar el artículo 16 del instrumento internacional que se analiza, que ampara el DH la vida en familia, al reconocer que:

los hombres y las mujeres tienen derecho, sin restricción alguna, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos durante el matrimonio, reconociendo a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser objeto de protección de la sociedad y del Estado (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Es claro que el EM ha creado instituciones relacionadas con la protección de la familia, como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia²⁰⁷ (DIF Nacional para el ámbito federal),²⁰⁸ así como el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Jalisco en fuero local jalisciense),²⁰⁹ o bien los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia de Guadalajara (DIF Guadalajara)²¹⁰ o el de Zapopan (DIF Zapopan).²¹¹ Sin embargo, para el funcionamiento y operación de tales organismos públicos del propio EM, es indudable la necesidad de recursos, de esos que provienen de las aportaciones del contribuyente que, bajo el PVGP, deben ser soportadas por pueblo tributario, incluso cuando dichas instituciones no les generen un beneficio directo, pero su función puede ser atender a las personas que, tal vez, no contribuyeron directamente o lo hicieron en menor medida. De acuerdo con el PEF 2019, en su Anexo 12. Programa de Ciencia, Tecnología e Innovación, para el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, se asignaron recursos fiscales por 50 645 655 pesos. Mientras que, en el mismo renglón presupuestal para 2020, al mismo Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia se le asignaron 58 551 595 pesos, expresándose un incremento superior a 15 por ciento. Para 2021, también se reporta un aumento, a razón de 59 921 356 ingresos fiscales.

El artículo 22 del texto que se estudia reconoce otro contenido de los DESOC al precisar que:

²⁰⁶ Artículo 1, de la CPEUM.

²⁰⁷ Conforme a los artículos 27 y 28 inciso v) de la Ley de Asistencia Social.

²⁰⁸ Ver: <https://www.gob.mx/difnacional#6088>

²⁰⁹ Ver: <https://sistemadif.jalisco.gob.mx/sitio2013/>

²¹⁰ Ver: <https://difgdl.gob.mx/>

²¹¹ Ver: <http://difzapopan.gob.mx/>

toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Lo anterior establece un elemento predominantemente económico con fines sociales, pues la fuerza de trabajo de las personas contribuye al desarrollo económico de un país.²¹²

El artículo 23, en sus cuatro párrafos, y el 24, establecen el derecho a la “elección libre del trabajo sin sesgos de discriminación y a cambio de una equitativa y satisfactoria remuneración, al igual que disfrutar del debido descanso y de vacaciones”, ello en su fase de DESOC individual, pero también previene la etapa colectiva, al establecer el DH de las personas a fundar sindicatos para la defensa de sus intereses generales.

Los numerales 25.1 y 25.2 reconocen el derecho individual de las personas a:

acceder a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, así como los cuidados especiales en la maternidad y la infancia tienen, precisándose que, todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de este, tienen derecho a igual protección social.

El 26, por otro lado, establece un elemento claro de contenido económico al reconocer el derecho que tiene toda persona a “recibir educación gratuita al menos en lo que toca a la instrucción elemental y fundamental que será obligatoria teniendo los padres el derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. Es claro que para el desdoblamiento de este derecho es imperiosa la configuración de un PEF que cubra, al menos, la infraestructura física educativa desde la cual se prestará el servicio público educacional,²¹³ así como los gastos por sostenimiento de la burocracia magisterial.²¹⁴

Es posible observar que incluso se impone al EM un mínimo presupuestal que debe destinar al financiamiento de la educación equivalente al menos a 8 por ciento del producto interno bruto. De acuerdo con el PEF 2019, Anexo 1. Gasto Neto Total, se tiene, para dicho ejercicio presupuestal, un gasto programable en el Ramo 42 (Educación) de 308 000 434 721 pesos, en tanto que en el PEF 2020 se destinaron 326 282 716 298

²¹² Ver artículos 5, 25, 28 y 123 de la CPEUM.

²¹³ Ver: Artículos 2 y 12 de la Ley General de Infraestructura Física Educativa.

²¹⁴ Ver: Artículo 25 de la Ley General de Educación.

pesos, y en el PEF 2021 se establece el importe de 337 851 440 847 pesos al mismo rubro.

El numeral 26, en sus dos párrafos, del instrumento internacional que se analiza, contiene un elemento de dignidad humana con dimensión cultural, al prevenir que:

toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, así como a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que fuera, en todo caso autora.²¹⁵

Al concepto “cultura” le pertenece el ramo administrativo (presupuestal) 48, de acuerdo con el Transitorio Quinto de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, por lo que el ejercicio y tutela de este derecho está claramente vinculado con el tema presupuestal para su realización.²¹⁶ Y, desde luego, lo relativo a la protección de los derechos de autor, como parte del acervo cultural de la nación, también implica costos relacionados al sostenimiento de los medios registrales y las autoridades del EM encargadas de su funcionamiento.²¹⁷

Como se advierte del contenido de los ordenamientos internacionales descritos, se desprenden elementos económicos de contenido eminentemente material, económico, monetario y presupuestal, que además encuentran su vínculo en la legislación mexicana para efectos del GP expresado en el PEF. Por ello, ante la evidencia que otorgan los ejemplos citados, es evidente que la naturaleza económica de los DESOC es clara y su elemento presupuestal es innegable, donde son necesarias contribuciones que aporta el pueblo tributario para sostener el GP relativo a la promoción y protección de los DH, la prevención de la discriminación, la educación, la cultura, etcétera, de la misma sociedad contribuyente.

Sin embargo, lamentablemente, se aprecia que, en los últimos tres ejercicios presupuestales, los recursos destinados a la promoción, respeto, protección y garantía de los DH han disminuido de manera importante sin que el total de los ingresos tributarios del país hayan seguido la misma tendencia, por el contrario, estos incrementaron, aumentando el flujo recaudatorio de la hacienda pública mexicana.

²¹⁵ Ver: Artículos 2, 24 y 25 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

²¹⁶ Ver: Artículos 1, 2, 9 y 16 de la Ley General de Cultura Física y Deporte.

²¹⁷ Ver: Artículos 1, 2, 208 y 209 fracción III de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Omisiones fiscales del EM que impactan los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los contribuyentes

El monto de los recursos públicos destinados a la protección, promoción y cobertura de los DESOC, conforme al PEF de 2019, 2020 y 2021, sufrió decremento sin que ello tenga justificación en una caída de la recaudación fiscal, especialmente la tributaria.

Durante 2020 y 2021 México y el mundo padeció el azote de la pandemia causada por COVID-19. Múltiples han sido los acuerdos y decretos que en la materia se han publicado en el DOF; por ejemplo, los del 24, 27 y 30 de marzo de 2020 relativos al *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19); Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19); y acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*, respectivamente.

De los instrumentos administrativos anteriores se desprende claramente que el gobierno federal reconoció y declaró la emergencia sanitaria por la epidemia de COVID-19, y decretó acciones en materia de salud pública; sin embargo, se omitió hacerlo en cuestión económica, particularmente la fiscal.

Desde un plano constitucional DESOC no solo encuentran sede internacional como DH, sino que también se ven reconocidos en el artículo 4º de la CPEUM en lo que toca: acceso a vivienda, alimentación, agua, salud, vida en familia, acceso a los bienes culturales, así como la cultura física y el deporte; asimismo, en el numeral 3º se aloja lo relativo a la educación, en tanto que en los artículos 5º, 25, 26, 28 y 123, apartados A y B, lo relacionado al trabajo, la seguridad social y los medios económicos para que estos elementos se desarrollen, es decir, el texto supremo recoge el reconocimiento de los DESOC, lo cual se configuró mediante varias modificaciones constitucionales para quedar en la integración que hoy representa lo que, en armonía con los instrumentos internacionales, forma el conocido “bloque de convencionalidad o constitucionalidad”. Es el EM el responsable de garantizar la efectiva realización y tutela de los DH tanto por mención específica de los ordinales como por previsión general contenida en el numeral 1, párrafos primero, segundo y tercero, garantizados de pactos retrógrados por el artículo 15 de la CPEUM.

La orientación, destino y ejecución del GP debe todas las necesidades sociales, generales o colectivas básicas, y para ello el EM, como rector de la economía nacional, precisa dictar las medidas que aseguren no solamente la obtención de empleos, conforme a los preceptos constitucionales, como un mero efecto, sino que requiere generar las causas que permitan la existencia de empresas o patrones que demanden de la fuerza laboral subordinada, es decir, que para crear empleos, es imprescindible que primero se instituyan fuentes de trabajo y para ello urgen dictarse las acciones económicas que lo permitan, pues, acorde al mandato constitucional, es el EM quien debe generar las condiciones en la economía nacional para las personas puedan ejercer su DH a la obtención de los ingresos para su subsistencia, derivados de dedicarse al comercio, industria, profesión o trabajo lícitos que mejor les acomode.

La economía nacional ha padecido los estragos del cierre de comercios y la contracción de la actividad comercial e industrial por la pandemia, por lo que el EM está en el deber de dictar las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para mitigar las consecuencias adversas que esta trajo consigo; para ello puede establecer subsidios, estímulos fiscales, diferimiento para el pago de contribuciones al sector privado en tiempos de fuerza mayor a causa de catástrofes sufridas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias (como es el caso de la reconocida y declarada en los acuerdos y decretos mencionados); asimismo, requiere ser una obligación constitucional alentar y proteger la actividad económica que realice el sector privado. Tales estímulos integrarían el rubro de “gastos fiscales o renuncias fiscales” establecidos en las leyes de ingresos de la federación, es decir, no implicarían una erogación directa, sino que se trataría de ingresos públicos que el Estado dejaría de percibir por concepto de subsidios, estímulos o exenciones, donde incluya la condonación total o parcial de contribuciones sin que ello atente con lo dispuesto en el artículo 28 constitucional, al tratarse de una situación declarada de emergencia, pero que, con tales medidas, se cumpliría con el mandato constitucional de ejercer una real rectoría económica por parte del Estado, esto es, permitirán generar las condiciones necesarias al sector privado para alentar y proteger su actividad económica y generar ocupación y empleo.

Lo anterior está previsto en los artículos 25 y 39 del Código Fiscal de la Federación (CFF), cuando previene la facultad del Ejecutivo federal de dictar resoluciones generales por las que pueda “condonar o eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios, autorizar su pago a plazo, diferido o en parcialidades”, cuando se trate, entre otros sucesos, de “epidemias” como es el caso de la pandemia por COVID-19; además, podría

otorgar subsidios y estímulos fiscales a los contribuyentes para mitigar los estragos en la economía nacional.

Debe señalarse que, a la fecha, no existe dictada oficialmente ni una sola medida que, en materia fiscal, otorgue subsidios o estímulos fiscales o condone o exima, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios o autorice su pago a plazo, diferido o en parcialidades a los contribuyentes para mitigar los efectos negativos de la pandemia.

Omisión que impacta en el desenvolvimiento del sector privado, principal generador de los ingresos tributarios del Estado y en el ámbito social, ello se torna en una transgresión franca e inmediata tanto del mandato constitucional como de los preceptos del CFF. Dichos “apoyos fiscales” se expresarían en los ingresos del EM, quien no dejaría de percibirlos técnicamente, solo que no en flujo, en el rubro de “gastos o renunciaciones fiscales” contemplados en las leyes de ingresos de cada ejercicio fiscal.

Al no dictarse tales acciones, tal omisión afecta los DH del sector social y privado, especialmente los DESOC, específicamente cuando los ramos del PEF dedicados a estos han sufrido detrimento sin que dicha caída encuentre sustento en un correlativo déficit de los ingresos tributarios programables de la federación; por lo que no existe razón para la omisión apuntada. Dicha disminución contraviene el principio de progresividad previsto en la carta magna, pues el presupuesto destinado a la satisfacción, protección y promoción de los DH debería tener una tendencia creciente y no decreciente, como ha sucedido.

Bajo el principio de los DH de “universalidad”, el EM está en deber constitucional y hasta moral de dictar las medidas que, incluido al sector privado, permitan, temporalmente, disminuir la carga fiscal del pueblo contribuyente para mitigar los efectos negativos de la pandemia, pues, de lo contrario, no puede considerarse que desde el plano “fiscal – presupuestal” se da protección, promoción, tutela y satisfacción a los DESOC, que son DH, y es obligación del EM programar el PEF, a fin de que atienda a estos derechos fundamentales, ya que, al contrario, no puede considerarse que se satisfacen las necesidades sociales, colectivas y públicas del sector privado, lo que peligrosamente apunta a una incorrecta orientación y ejecución del GP, ello puede acarrear la ruptura de la obligación constitucional de contribuir para aquel, por descabellado que este rompimiento paradigmático pueda parecer, pues, si el EM no cumple con sus deberes fiscales y presupuestarios, ¿Qué justifica la obligación de contribuir a un gasto público que no atiende a las necesidades del pueblo?

De acuerdo con las previsiones de los numerales 5º, 25, 26, 28, 31, fracción IV, y 123, de la CPEUM, el EM es rector de la economía nacional y por ello debe establecer su planeación económica de manera democrática, incluyendo a todos los sectores, y generar las condiciones adecuadas para la competitividad (desarrollo económico, inversión y empleo), de esta manera es que podrán establecerse o mantenerse las fuentes de trabajo y posibilidades de generación del ingreso de las familias (comercio, industrial, profesiones y trabajo).

Lo anterior dota de sustentabilidad a la actividad económica que, al mantener una economía activa y creciente, que obtiene incremento en la recaudación de los impuestos directos o patrimoniales (impuesto sobre la renta), por aumento de la ganancia de las personas, así como de los aranceles indirectos o económicos (impuesto al valor agregado e impuesto especial sobre producción y servicios), que se montan sobre el flujo de actividades relacionadas con la prestación de servicios, enajenación de bienes, arrendamiento de bienes o importación de mercancías (como los combustibles fósiles, tabacos, cervezas, vinos, bebidas alcohólicas, comida chatarra, bebidas saborizadas y energizantes, servicios satelitales, etcétera), y no solamente implica paliativos temporales mediante programas asistenciales que, sin la recaudación contributiva debida, ante una economía contraída, podrían llegar a colapsar. En todo caso, la asistencia social debe sujetarse a los lineamientos de la ley de la materia previenen que el Sistema Nacional de Asistencia Social Pública y Privada (Cámara de Diputados, Ley de Asistencia Social, 2021) tiene dentro de sus objetivos promover y apoyar, con la participación de los sectores público, privado y las comunidades, las acciones en favor de las personas y familias, aspecto integrador de la asistencia social en México.

Este trabajo no tiene otro propósito que establecer un punto de vista acerca de la importancia de dar sustancia financiera a los DESOC mediante acciones fiscales que impliquen un gasto o renuncia fiscal temporal del EM para mitigar los efectos adversos de la pandemia, así como un PEF que debe incrementar y no restar los recursos destinados a la promoción y protección de los DH, pues la fiscalidad y el presupuesto público son partes del todo, es decir, la actividad financiera del estado, la cual, de acuerdo con la doctrina tributaria, precisa tres etapas: ingreso, administración o patrimonio y gasto (Jiménez, Curso de derecho tributario, 2014, pág. 147), o bien, pueden reconocerse solo dos; “ingreso y gasto” (Mabarak, 2000, págs. 8, 9 y 14), pero la parte fiscal (ingreso) y la presupuestal (gasto público) están presentes en ambas. No entender un GP orientado al beneficio del contribuyente tornaría la contribución en ilógica, infundada (Arriola, 2014, pág. 285) e irracionalmente injustificada. Dirigir el GP a los fines aludidos constituye

una condición de validez constitucional de las propias contribuciones (Garza, 2008, pág. 287). Por ello la omisión en la adopción de acciones fiscales dirigidas a mitigar las consecuencias de la pandemia no representa más que un atendido a los derechos humanos.

VI. Conclusiones

Los retos y objetivos planteados al comienzo de este trabajo se han alcanzado y, para ello, puntualizo lo siguiente:

1. El marco jurídico mexicano ha evolucionado en los últimos años en materia de reconocimiento de derechos humanos, particularmente, los de corte económico, social y cultural, no solo en el aspecto constitucional, sino también de jurisprudencia.
2. Al someter la obligación jurídica subyacente, de orden constitucional, que tiene el Estado mexicano de destinar los tributos de manera exclusiva al beneficios social, general y colectivo, representado en el gasto público, a las fórmulas Cossío y Ruíz Moreno, se obtuvo que aquel deber para el ente gubernamental constituye un derecho humano para el pueblo contribuyente, de carácter económico, social y cultural.
3. Es injustificada la reducción presupuestal neta sufrida en los últimos años en los ramos del gasto público, orientados a la protección y promoción de los derechos humanos de corte económico, social y cultural en México, pues los ingresos públicos por impuestos federales no se vieron mermados.
4. La reducción del punto anterior merma la protección y promoción derechos humanos de corte económico, social y cultural.
5. Las omisiones fiscales del Estado mexicano de dictar medidas en materia de condonación, diferimiento, apoyo, estímulo o exención de contribuciones federales impactan negativamente los derechos humanos económicos, sociales y culturales de los contribuyentes.

VII. Referencias Bibliográficas

Acción causal. La carga procesal de revelar la relación jurídica que dio origen al título de crédito por el que se ejerce corresponde al actor, sin que la omisión de expresarla se subsane con lo manifestado en la contestación de la demanda, 1a./J. 51/2015 (10a.) Libro 22, tomo I, SCJN (Primera Sala, septiembre de 2015).

Arriola, A. (2014). *Derecho fiscal*. México: Themis.

Carpizo, J. (11 de 11 de 2011). *Libros Una clasificación de los derechos de justicia social*. Obtenido de Instituto de investigaciones jurídicas:

- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/17.pdf>
- Carrasco, H. (1999). *Derecho fiscal constitucional*. México: Oxford.
- Causahabencia. Cuando se actualiza, II.Io.C.T.38 C, Tribunales Colegiados de Circuito, abril de 1996.
- Cossío Díaz, J. R. (s.f. de s.f. de s.f.). *Libros Problemas para la exigibilidad de los Derechos Sociales en México*. Obtenido de Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf>
- Derechos económicos, sociales y culturales. Cuando el estado aduce que existe una carencia presupuestaria para su realización, debe acreditar, 2a. CIX/2014 (10a.) Libro 12, tomo I, SCJN (Segunda Sala S.D. de noviembre de 2014).
- Derechos económicos, sociales y culturales. Deber de proteger de manera inmediata su núcleo esencial, 1a. CXXIV/2017 (10a.) Libro 46, tomo I, SCJN (Primera Sala S.D. de septiembre de 2017).
- Derechos económicos, sociales y culturales. Deberes que generan al estado, 1a. CXXII/2017 (10a.) Libro 46, tomo I, SCJN (Primera Sala S.D. de septiembre de 2017).
- Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética, 1a./J. 37/2016 (10a.) Libro 33, tomo II, SCJN (Primera Sala S.D. de agosto de 2016).
- Federación, D. O. (s.f. de s.f. de s.f.). *Nota Convención americana sobre derechos humanos*. Obtenido de Diario oficial de la federación:
https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4645612&fec
- Garza, S. D. (2008). *Derecho financiero mexicano*. México: Porrúa.
- Gasto público, 2a. IX/2005 Tomo XXI, SCJN (Segunda Sala, enero de 2005).
- Gasto público. El principio de justicia fiscal relativo garantiza que la recaudación no se destine a satisfacer necesidades privadas o individuales, P./J. 15/2009 Tomo XXIX, SCJN (Pleno, abril de 2009).
- Humanos, D. U. (09 de 11 de 2016). *Documents*. Obtenido de Naciones unidas: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfendmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.un.org%2Fes%2Fdocuments%2Fudhr%2FUDHR_booklet_SP_web.pdf&cldn=1579537&chunk=true
- Interés legítimo e interés jurídico. Sus elementos constitutivos como requisitos para promover el juicio de amparo indirecto, conforme al artículo 107, 2a./J. 51/2019 (10a.) Libro 64, tomo II, SCJN (Segunda Sala, de marzo de 2019).
- Jiménez, A. (2009). *Lecciones de derecho tributario*. México: Cengage learning.
- Jiménez, A. (2014). *Curso de derecho tributario*. México: Tax editores.

- López, E. P. (2010). *Introducción al derecho y lecciones de derecho civil*. México: Porrúa.
- Mabarak, D. (2000). *Derecho financiero público*. México: Mcgraw-hill.
- Margáin, E. (1997). *Introducción al estudio del derecho tributario mexicano*. México: Porrúa.
- Moreno, Á. G. (2007). *El derecho social en México a inicios del siglo* . México: Porrúa.
- Neri, A. F. (2005). *Tributos ambientales en México*. México: Porrúa.
- Orendain, J. C. (2020). *El principio de vinculación al gasto público a la luz de los derechos humanos*. México: Tirant lo blanch.
- Pacto internacional de derechos económicos, s. y. (08 de 11 de 2004). *Downloads*. Obtenido de Senado de la república:
file:///C:/Users/52331/Downloads/Pacto_IDESC.pdf
- Pallares, E. (1963). *Diccionario dederecho procesal civil*. México: Porrúa.
- Pinto, M. (29 de 04 de 2013). *tablas Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del sistema interamericano. Avances y desafíos actuales*. Recuperado el 29 de 04 de 2019, de Corte Interamericana de Derechos Humanos:
www.corteidh.or.cr/tablas/r30351.pdf
- Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten, Tesis: I.4o.A.9 K (10a.) Libro XIX Tomo 3, SCJN (Tribunales Colegiados de Circuito S.D. de abril de 2013).
- Rodríguez, G. (1999). *Teoría general de las contribuciones*. México: Porrúa-UNAM.
- Sanchez Bringas, E. (2001). *Los derechos humanos en la constitución y en los tratados internacionales*. México: Porrúa.
- Schreiber, R. (2005). *Lógica del derecho*. Argentina: BEFDP.

Capítulo IX

Derechos Humanos y Políticas Públicas

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes históricos de los derechos humanos. III. Democracia, derechos humanos y políticas públicas. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

Christian Miguel Sánchez Jáuregui²¹⁸
Celina Camarena Romero²¹⁹

I. Introducción

Una de las funciones primordiales del Estado es, sin lugar a dudas, garantizar de forma permanente e irrestricta los derechos humanos. Por esta razón, su función preeminente es proteger de manera integral a la persona, no sólo porque esto constituye una función indelegable e impostergable del Estado, sino porque también funge como base para la legitimación de su existencia.

En este sentido, el diseño e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos juega un papel fundamental en los gobiernos democráticos, ya que, a través de ellas, se puede desarrollar una cultura social e institucional de respeto irrestricto a los derechos humanos al igual que se puede fortalecer el funcionamiento de las instituciones del Estado orientadas a mejorar las condiciones de vida de la persona.

Debemos destacar que a lo largo de la historia se han constituido generaciones de derechos humanos, por lo que resulta fundamental que toda y todo responsable de garantizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos los tengan claros, entiendan su origen, e identifiquen la parsimoniosa y paulatina evolución de las doctrinas. En virtud de ello, en el presente trabajo de investigación, las y los lectores podrán encontrar en el primer apartado un breve recorrido por los antecedentes históricos de los derechos humanos.

²¹⁸ Doctor en Políticas Públicas y Desarrollo por la Universidad de Guadalajara, cuenta con estudios de doctorado en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset en Madrid España. Cuenta con un Máster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona y Maestro en Gestión Pública por la Universidad de Guadalajara. Actualmente se desempeña como Catedrático y Encargado de Despacho del Instituto de Investigación en Políticas Públicas y Gobierno de la Universidad de Guadalajara. Dato de contacto: christian.sanchez@cucea.udg.mx

²¹⁹ Licenciada en Estudios Políticos y Gobierno por la Universidad de Guadalajara. Actualmente es estudiante del Magíster en Relaciones Internacionales, Seguridad y Defensa en la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE) de Chile. Dato de contacto: celina.camarena.gdl@gmail.com

II. Antecedentes históricos de los derechos humanos

No podemos hablar de los derechos humanos sin antes remontarnos a sus principales corrientes de pensamiento, dejar expuestos los más relevantes antecedentes históricos que conllevaron a su formulación e influyeron directamente en la promulgación de las primeras declaraciones de derechos humanos hasta llegar a la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 de diciembre de 1948, y sus consiguientes generaciones hasta llegar a la actualidad.

Lo primero que debemos señalar es que la lucha por el reconocimiento, la garantía y la protección de los derechos humanos ante el Estado ha sido un largo y complejo proceso social. Hablamos de derechos humanos desde tiempos remotos, motivo por el que resulta demasiado complejo tener con precisión una fecha exacta sobre su creación, sin embargo, para algunos autores el origen de los derechos humanos se remonta a la Grecia clásica de los siglos V y IV a.C.

La construcción y fundamentación de los derechos humanos las encontramos en las teorías filosóficas iusnaturalistas²²⁰ provenientes de los textos de Platón, Aristóteles, Cicerón, Grocio, Pufendorf y la escuela tomista de Salamanca, así como también en las argumentaciones positivistas expuestas por intelectuales como David Hume, Saint-Simon, Immanuel Kant y, más recientemente, de Auguste Comte. Del mismo modo, no se puede desligar en importancia la corriente del pensamiento filosófico contractualista, derivada de las aportaciones de Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau.

El trayecto de los derechos humanos como disposición jurídica es muy vasto²²¹, razón por la que sólo se expondrán sus principales indicios a

²²⁰ La teoría iusnaturalista se clasifica en dos vertientes: el iusnaturalismo teológico, el cual sostiene que por voluntad de Dios el género humano goza de derechos y el iusnaturalismo racional que, sin referirse a un mandato divino, argumenta que el hombre a diferencia de los demás seres que existen en la naturaleza, posee cualidades como la voluntad y la razón, lo cual justifica que posea derechos superiores propios a su naturaleza.

²²¹ Además de los antecedentes históricos que se explicarán en el cuerpo del texto, se recomienda complementar el estudio con documentos considerados indicios de la larga trayectoria de los derechos humanos como es el caso de: las siete partidas de Alfonso X el sabio rey de Castilla, el acta de Habeas Corpus de 1679, la guerra de los siete años y el movimiento de las colonias a favor de los derechos humanos, la cruz roja internacional, la liga de los derechos del hombre, la conferencia de la Haya de 1899 y 1907, la revolución rusa y la *Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado* elaborada el 16 de enero de 1918, la creación de la Sociedad de las Naciones a partir del Tratado de Versalles de 1919, la Declaración de Derechos Internacionales del Hombre adoptada el 12 de octubre de 1929 en New York, la Carta de San Francisco del 26 de junio de 1945, la Comisión de los Derechos Humanos de 1946. Para mayor información, véase a González, N. (2002). *los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega.

través de la historia. Un importante punto de partida se da con la carta magna inglesa del rey Juan sin Tierra de 1215 que contempló una serie de derechos relacionados con la libertad y la seguridad de los súbditos, tales como, limitar penas, condonar multas y castigos contrarios a la ley, además de prohibir a los nobles que dispusieran de los bienes personales de sus vasallos. Una cláusula importante es que el rey no podía levantar impuestos sin el consentimiento del *Commune Consilium* integrado por la nobleza y los altos eclesiásticos, además de estipular que a nadie se le negaría el derecho a la justicia, y que cualquier persona al ser detenida sería dispuesta en plazo breve a disposición del juez.

En Inglaterra existen otros documentos de gran relevancia: La Petition of Right de 1628 y El Bill of Rights de 1689. El primero es un documento redactado por Edward Coke de la House of Commons del parlamento inglés con el cual se buscó ponerle un freno a los abusos y arbitrariedades de los monarcas ante la constante elevación de los impuestos, la penalización de quienes se negarán a pagarlos y la encarcelación de los jueces que se opusieran a juzgar a los deudores. A lo largo del texto se establece que ningún hombre podía ser detenido o encarcelado sin antes contar con un juicio legal, además de que nadie debía ser obligado a pagar impuestos si estos no fueron aprobados antes por el parlamento.

El segundo es un documento que el rey Guillermo de Orange tuvo que firmar, a propuesta del Parlamento inglés como condición para ocupar el trono. A pesar de que el propósito de El Bill of Rights era limitar el poder del rey, este no pasó de ser tan sólo un proyecto de ley, sin embargo, su estipulación estableció puntos importantes que vale la pena conocer:

- 1) Las elecciones de los miembros del Parlamento serán libres,
- 2) Los parlamentos tendrán libertad de expresión dentro y fuera del Parlamento,
- 3) El rey no puede suspender una ley que haya sido votada por el Parlamento,
- 4) El rey no puede crear ejércitos propios,
- 5) El rey no puede levantar impuestos por su cuenta,
- 6) En los juicios no se impondrán castigos excesivos,
- 7) Los nombres de los miembros del jurado se darán a conocer públicamente (González, 2002, p.41).

Los tres documentos de Inglaterra influyeron de manera directa en la primera declaración de derechos humanos de Estados Unidos, el 12 de junio de 1776, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia redactada por George Madison. Entre los dieciséis artículos que componen la declaración, existen grandes aportaciones, por ejemplo, el artículo 10 contiene la visión de la doctrina filosófica iusnaturalista al precisar:

Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no puede privar o desposeer a su prosperidad por ningún motivo, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad (Peces-Barba, 1987, p.101).

En la declaración se definió la función del gobierno al puntualizar que este se instituyó para velar por el bien común, la protección y la seguridad del pueblo (art. 3), estableció la división de poderes propuesta por Montesquieu (art. 5). En temas de impartición de justicia, precisó que, en todo proceso penal, el acusado tiene derecho a saber la causa de su detención, tener derecho a réplica, solicitar y, en su caso, mostrar pruebas a su favor y que debía ser juzgado de manera pronta e imparcial por un jurado.

Adicionalmente, se estipuló que nadie podía ser privado de su libertad salvo mandato expreso de la ley (art. 8), y que no se exigirían fianzas excesivas ni se infringirían castigos crueles (art. 9). Por último, tres grandes baluartes para la libertad expresamente señalados en la norma son: que la libertad de prensa no podía ser restringida (art. 12), que todos los hombres tienen igual derecho a la libre creencia religiosa (art. 16) y que las fuerzas armadas estarían estrictamente subordinadas al poder civil (art. 13).

La declaración de Virginia de 1776 fue un antecedente histórico de importante calado, la cual tuvo influencia directa en la promulgación de la segunda declaración de derechos humanos, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada el 26 de agosto de 1789. Esta declaración se compone de diecisiete artículos y ha sido considerada ampliamente revolucionaria para su tiempo, debido a que logró modificar la organización social y política de Francia, además de convertirse en una fuente de inspiración para la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La declaración francesa establece una serie de derechos que derivan de la revolución, con la cual se pretendía limitar el poder y suprimir los privilegios e injusticias que imperaban en Francia, además de establecer mecanismos de protección de los derechos humanos del pueblo francés:

- El reconocimiento de la libertad e igualdad de derechos entre los hombres (art. 1)
- El fin del Estado que es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (art. 2)
- El principio infalible del derecho, en el que las personas pueden hacer todo lo que no se encuentre expresamente prohibido (art. 5)
- La igualdad ante la ley (art.6)

- El principio rector de un Estado de derecho en el que nadie puede ser castigado sino en virtud de ley expresa (art. 8)
- La presunción de inocencia (art. 9)
- La libertad de expresión y pensamiento (arts. 10 y 11)
- La separación de poderes (art. 16)
- El derecho a la propiedad (art. 17)

La influencia de la declaración francesa fue de tal magnitud que su ideario se propagó en las posteriores constituciones de Francia de los años 1791, 1793 y 1848²²². A partir de entonces, los derechos humanos comienzan a estar presentes en los textos constitucionales de la gran mayoría de los Estados democrático-liberales modernos, lo que preparó el cambio de perspectiva en materia de derechos humanos de las democracias del siglo XX (Berraondo, 2004).

La materialización de las aspiraciones más elevadas del hombre, a través de la historia por el reconocimiento, la garantía y protección de los derechos y libertades humanas, es materia reciente porque vino a dar resultados hasta finales de la primera mitad del siglo XX con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Las consecuencias devastadoras de los conflictos bélicos durante este periodo demostraron que la lucha histórica por los derechos humanos no había logrado generar mecanismos de protección efectivos que salvaguardaran la integridad física de las personas y que impidieran el despotismo y la arbitrariedad en el ejercicio del poder de los gobernantes.

Con la declaración de 1948 se buscó llenar el vacío para que, en caso de conflicto, los perdedores no fueran los derechos humanos. Por ello, la declaración tuvo como principal objetivo dotar de unidad y cohesión a los derechos, a la vez de dar protección jurídica a las personas para el afianzamiento de sus derechos inherentes a nivel mundial. El establecimiento de la Declaración Universal puntualizó que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, razón por la que todos los países y naciones del mundo debían esforzarse para lograr el ideal común de promover el progreso social y elevar el nivel de vida de las personas dentro de un marco normativo garantista.

A pesar de que la validez de los derechos humanos se ha ido forjando con el tiempo, la Declaración Universal de Derechos Humanos es un

²²² González (2002) señala que, a pesar de que la Declaración de 1789 se consideró abierta, no se incorporaron nuevos derechos en los años que estuvo formalmente en vigor. Fue hasta la Declaración de 1793 cuando se estableció el reconocimiento del derecho a la educación y la asistencia social. En la Declaración de 1848 se introduce con limitaciones el derecho al trabajo, debido a que sería protegido, más no garantizado.

parteaguas histórico contundente. La gran importancia y diferencia sustancial de esta declaración radica en que, por primera vez en la historia, se proclamó el reconocimiento Universal respecto a que la portación y los mecanismos de protección de los derechos fundamentales pertenecen a todo el género humano, esto marca un enorme contraste con las anteriores proclamaciones que sólo hacían referencia a los derechos humanos para una clase social específica y un lugar geográfico determinado²²³.

A partir de la promulgación de la declaración de 1948 por la ONU, la legislación sobre derechos humanos en el orbe se aceleró, multiplicando con ello, los compromisos internacionales para su garantía y protección. Con esta declaración se logra afianzar la interpretación de la ley natural centrada en la idea de la dignidad de todos los individuos, y se establece el ideal de una humanidad común que se impone por encima de las diferencias (Papacchini, 2003). Sin lugar a dudas, la Declaración Universal ha sido el intento más loable y ambicioso de los Estados por instrumentar mecanismos de control y garantía para la protección de los derechos humanos.

¿Qué son los derechos humanos?

Los antecedentes de los derechos humanos son tan antiguos como la historia misma, por ello, el pretender hablar de los derechos humanos es una labor muy amplia y compleja que se tergiversa, aún más cuando se trata de definirlos, porque son un concepto históricamente construido que surgen, se definen y redefinen constantemente por los acontecimientos sociales específicos de cada época, ya que van siempre en aras de mirar hacia el futuro, características que los determinan como una expresión aspiracional y, por tanto, un concepto interminable y perfectible en la historia de la humanidad.

²²³ Incluso, dentro del mismo país donde se enarbolaba el reconocimiento de los derechos humanos, no se contemplaban a todas las personas que ahí radicaban como portadoras de derechos dentro de sus ordenamientos jurídicos. En la Constitución estadounidense del 17 de septiembre de 1787 la esclavitud se preservó debido a que no existía una cláusula que la prohibiera, incluso algunos de los Framers de la Constitución eran dueños de esclavos, además no se garantizaba el derecho al voto porque no podían votar las mujeres, los esclavos, ni tampoco los estadounidenses indígenas ni africanos, con ello, de manera implícita se excluía a la mitad de la población (Dahl, 2003). En la Constitución francesa de 1791 ser ciudadano implicaba pertenecer a un rango económico y social superior ya que el derecho al voto quedó limitado a quienes pagarán una contribución equivalente a tres jornadas de trabajo, y su formulación favorecía en mayor medida al varón. Sosa (2015) respalda lo aseverado al sostener que “aquellos que participaron en la redacción de cada una de las declaraciones eran conscientes de que por universal no se entendía la membresía de la totalidad de los integrantes de la sociedad civil... ni para todos los miembros de la humanidad” (p.285).

El concepto de derechos humanos es nuevo y de corte occidental, apareció en el ámbito internacional con la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 (Guerrero, 2015). Anteriormente, la demanda de los derechos humanos por sus precursores se esbozaba bajo el reconocimiento de la condición humana²²⁴ ante el ejercicio del poder del Estado. No existe una sola definición universalmente aceptada sobre el significado de los derechos humanos, sin embargo, cada una de las propuestas intelectuales parte del ideario de las tres doctrinas de pensamiento filosóficas antes señaladas. Por esta razón, existen múltiples definiciones que han complejizado su entendimiento ya que su definición depende en gran medida del enfoque ideológico de quien la construye.

Algunas de las aportaciones sobre la conceptualización de los derechos humanos en el lenguaje moderno, que confirman lo expuesto anteriormente, las encontramos en las siguientes aportaciones: Roccatti (1996) señala que los derechos humanos son facultades y prerrogativas inherentes a la persona que le corresponden por su propia naturaleza, y, a su vez, puntualiza que para asegurar el pleno desarrollo de las personas estas tienen que ser reconocidas no solo por el poder público, sino que deben estar garantizadas a través del orden jurídico positivo: Papacchini (2003) sostiene que los derechos humanos son reivindicaciones de unos bienes primarios considerados de enorme importancia para todo ser humano, los cuales logran concretarse en una época histórica determinada en correspondencia del ideario y las demandas de libertad y dignidad que se tengan.

Rogel (2008) expone una definición más profunda de los derechos humanos al afirmar que “son las exigencias fundamentales, morales y jurídicas que brotan de la naturaleza y dignidad de la persona humana [sic]. Que tienen por fin el reconocimiento y respeto de la dignidad, los valores y la igualdad fundamental entre las personas humanas [sic]” (p.35). Santos (2011) refiere que los derechos humanos simbolizan las facultades y libertades fundamentales del hombre que se encuentran fuera de la acción restrictiva del Estado.

Para Quintana y Sabido (2013) los derechos humanos son producto de la interacción social, lo que implica que sean perfectibles en la medida en que se va acumulando, por una parte, el conocimiento de la dignidad del hombre mismo y, por otra, los valores y garantías para su protección. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos México (2021) los interpreta

²²⁴ Esa exigencia de reconocimiento y respeto no es otro tema que la de dignidad humana, concepto igualmente contemporáneo al de los derechos humanos. En la etapa previa a la modernidad, el término *dignidad* era asociado con las personas que ocupaban funciones de autoridad o se encontraban en la parte más alta de la pirámide social, esto cambió a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos ya que por dignidad se entiende el respeto y valor que el hombre tiene tanto de sí mismo, como de su especie.

como el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona.

Desde la aportación de quienes escriben, por derechos humanos debe entenderse todo el conjunto de prerrogativas inmanentes y permanentes que posibilitan la existencia del ser humano, las cuales van siempre encaminadas hacia la protección del valor y respeto de la dignidad humana²²⁵. Este conglomerado de derechos y libertades exige el reconocimiento, la garantía, la protección y el respeto absoluto por parte del Estado desde un enfoque filosófico iusnaturalista, jurídico-positivista y, político-contractualista- a fin de que los derechos humanos se sustenten bajo una concepción integral.

Sin embargo, no basta con que la obligatoriedad y el reconocimiento de los derechos humanos se encuentren estipulados en los ordenamientos jurídicos de los Estados, sino que también, desde la dimensión práctica, el disfrute y ejercicio de los derechos humanos deben ser portaciones tangibles en cada uno de los momentos de la vida de las personas, lo cual implica la garantía permanentemente del estado de derecho y una cultura social a favor de los derechos que vele por su plena vigencia.

III. Democracia, derechos humanos y políticas públicas

El triunfo de la democracia ante los gobiernos totalitarios y absolutistas ha sido uno de los hitos más trascendentes de la época moderna, no sólo porque trajo consigo la instauración del Estado de derecho y el equilibrio entre poderes, que se tradujo en el ejercicio de la participación ciudadana y resolvió la legitimidad del acceso al poder del gobernante, cuya finalidad de actuación es velar por el bienestar general, sino que también enarboló valores éticos, principios políticos, así como derechos humanísticos donde los pilares del fundamento de su instauración han sido el respeto y ejercicio de los derechos y libertades humanas, por estas razones –hasta el día de hoy– el sistema democrático es considerado la mejor forma de gobierno.

²²⁵ Entiéndase por dignidad humana a todo el conjunto de derechos y libertades inherentes al género humano que remarcen su valor y son el fundamento de los derechos humanos, tales son: el derecho a la vida, la protección, la alimentación, la salud, la educación, la libertad de pensamiento, expresión y autorrealización.

Para alcanzar el respeto a la dignidad humana mediante la consolidación de un Estado democrático de derecho, con verdadero contenido social, que defienda el orden constitucional y garantice la justicia y equidad sociales (UNFPA, 2006), se requiere traducir las normas en acciones que impacten de manera tangible en la sociedad, para lograrlo, las políticas públicas²²⁶ que garanticen el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos desempeñan un papel fundamental.

La garantía y protección de los derechos humanos son imprescindibles para el sistema democrático, no solamente porque demuestran su superioridad política frente a otros regímenes de gobierno sino porque su trascendencia recae en el enfoque sobre derechos humanos en las políticas públicas, ya que asienta en sus bases legales la visión del Estado al fijar los límites en el ejercicio del poder a los que se encuentra sujeto el gobernante y donde también queda establecido el acceso integral y progresivo de los derechos y libertades a la persona.

Si bien, uno de los aspectos más importantes sobre derechos humanos es que se institucionalicen en las normas jurídicas de los países –lo que representa solo una parte para su afianzamiento–, es fundamental lograr su materialización lo cual requiere del cumplimiento de aspectos más operacionales, es decir, que el conjunto de políticas públicas logre construir una cultura social e institucional que tenga como objetivo el respeto irrestricto por los derechos humanos como forma de vida para lograr el bienestar social.

En las últimas décadas del siglo XX se logró la transición democrática en varios países del orbe, especialmente a nivel latinoamericano, sin embargo, en la actualidad existen enormes brechas sociales que evidencian la desigualdad y exclusión en que se encuentran varios grupos de población y que consecuentemente se ven impedidos de ejercer plenamente sus derechos y libertades humanas. Para lograr la consolidación democrática es de suma importancia el desarrollo de políticas públicas transversales y multidisciplinarias que no sólo garanticen el respeto absoluto y permanente de los derechos humanos, sino que también construyan escenarios de desarrollo y bienestar que se materialicen en la calidad de vida en la población.

²²⁶ Por política pública, es necesario advertir que si bien existe una concepción generalizada respecto de su finalidad (mejorar la eficacia directiva de los gobiernos), en la actualidad no se cuenta con un significado único, se utilizan definiciones que obedecen al tipo de enfoque y teoría utilizados, dependiendo del énfasis puesto en el método y la finalidad de las Políticas. (Sánchez, 2021, p.140). En este sentido, y para efectos del presente trabajo de investigación, entendemos las políticas públicas como las decisiones de gobierno que provienen de un proceso técnico-político, las cuales, tiene como principal objetivo, resolver un problema que ha sido identificado como público.

Autores como Giménez y Valente (2010) señalan, además, que el sistema democrático requiere de la participación ciudadana de manera permanente en todo el ciclo de la política pública y no solamente durante su formulación porque en ella se definirán y articularán los principales problemas y necesidades de la población, lo anterior con la finalidad de transitar del reconocimiento de los derechos humanos plasmados en los instrumentos jurídicos hacia políticas públicas que impacten de manera real en la mejoría de las condiciones de vida de las personas.

Desde el ámbito internacional han sido diversas las propuestas para consolidar el enfoque de las políticas públicas sobre derechos humanos, entre los principales aportes se encuentran los siguientes: visión integral e intersectorial del desarrollo y sostenibilidad, respeto y compromiso absoluto por su ejercicio y protección, indivisibilidad, universalidad y progresividad, centralizar las causas estructurales y focalizar sus manifestaciones para el empoderamiento social, así como atender los resultados y los procesos.

En el sistema democrático, los derechos humanos sirven de guía para la materialización del conjunto de políticas públicas que contribuyen al fortalecimiento del funcionamiento de las instituciones del Estado, porque se encuentran orientadas a resolver situaciones de exclusión y desigualdad estructural en vastos sectores de la población (Abramovich, 2006). Lo anterior, requiere de la interrelación entre políticas públicas y derechos sociales vista desde el Estado, no solamente como una responsabilidad moral sino como una obligación jurídica.

En democracia es evidente que la doctrina de los derechos humanos ha evolucionado, al pasar de una visión centralizada de los derechos hacia un enfoque más integral y articulado que conlleve a una nueva reingeniería de procesos en los ámbitos jurídicos, sociales y político-institucionales con el fin de permitir su materialización (Guendel, 2002). Su nuevo enfoque no sólo implica una concepción de reconocimiento y respeto por los derechos y libertades de la persona humana en el ámbito social, sino que también interrelaciona aspectos morales, éticos y políticos con el derecho, es decir, convertirlos en una garantía tangible en la vida diaria de las personas a través de las políticas públicas.

IV. Conclusiones

Hasta hoy, el Estado es el principal actor de las relaciones internacionales con mandato legítimo sobre el resguardo de la vida, integridad física, los derechos, las libertades y los bienes de las personas.

Los retos actuales para los Estados engloban la ejecución de los instrumentos jurídicos para que las políticas públicas tengan enfoque sobre derechos humanos a fin de garantizar no solo su ejercicio y protección a todos los miembros de la sociedad, sino también lograr los niveles de desarrollo y bienestar esperados para hacer tangible la calidad de vida en la población y no continuar como hasta hoy donde ha sido una aspiración, solo entonces la democracia habrá demostrado fehacientemente su superioridad política frente a las demás formas de gobierno.

V. Referencias Bibliográficas

- Abramovich, V. (2006). *Los estándares de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas públicas sociales. Anuario de derechos humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, CNDH. (2021). ¿Qué son los derechos humanos?
http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos
- Dahl, R. (2003). *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* México: Fondo de Cultura Económica.
- Giménez, C., y Valente, X. (2010, mayo-agosto). El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes. *Redalyc*, 27(74), 51- 80.
- González, N. (2002). *Los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega.
- Guendel, L. (2002). Políticas públicas y derechos humanos. *Revista de Ciencias sociales*, 97, 105-125.
https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_genero/politicas%20plicas%20y%20derechos%20humanos.pdf
- Guerrero, A. L. (2015). Introducción. En J. Olvera., C. Olvera., y A. L. Guerrero (Coords.), *Derechos humanos y genealogía de la dignidad en América Latina* (p. 44). México: MAPorrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2017). *Derechos Humanos*. Parte General. Tomo I. México: Editorial Color.
- Organización de las Naciones Unidas (2021). *Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948*.

- http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Papacchini, A. (2003). *Filosofía y Derechos Humanos*. Colombia: Universidad del Valle.
- Peces-Barba, G. (1987). *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate.
- Quintana, C., y Sabido, N. (2013). *Derechos Humanos*. México: Porrúa.
- Roccati, M. (1996). *Los Derechos Humanos y la Experiencia del Ombudsman en México*. México: Comisión de Derechos Humanos en el Estado de México.
- Rogel, H. (2008). *Diccionario de ética*. México: Porrúa.
- Sánchez, C. (2021). *Gobernanza y gestión de políticas locales para la empleabilidad en el área metropolitana de Guadalajara*. México: Universidad de Guadalajara.
- Santos, H. (2011). Genealogía y estructura de los derechos humanos, *Revista Académica*, año 9, (17). México: Facultad de Derecho de la Universidad La Salle.
- Sosa, I. (2015). La dimensión ética y la dimensión política de la dignidad: hoy decimos basta. En J. Olvera., C. Olvera., y A. L. Guerrero (Coords.), *Derechos humanos y genealogía de la dignidad en América Latina* (pp. 276-285). México: Porrúa.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (2006). *Población, desigualdad y políticas públicas: un diálogo político estratégico*. Caracas: UNFP

Capítulo X

Lineamientos normativos para la construcción jurídica del impuesto a la riqueza con perspectiva en derechos humanos en el contexto post COVID-19

Sumario: *I. Introducción. II. Problema. III. Objetivos. IV. Metodología y marco teórico. V. Contexto internacional y nacional del impuesto a la riqueza. VI. La construcción del concepto jurídico de riqueza a la luz del mínimo vital. VII. Lineamientos jurídicos para conformar impuesto a la riqueza en el Estado mexicano acorde al paradigma de derechos humanos en la post pandemia. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas.*

Patricia López Padilla²²⁷
Germán Cardona Müller²²⁸

I. Introducción

Antes de la pandemia de COVID-19, el impuesto a la riqueza o patrimonio neto se formuló como una necesidad por varios expertos, como el caso de Juan Carlos Benítez y Fernando Velayos (2018), ante la creciente desigualdad que existe mundialmente y principalmente en países latinoamericanos.

²²⁷Ha sido profesora adjunta en las cátedras de Derecho Fiscal, Impuesto Sobre la Renta y Derecho Procesal Fiscal en la Universidad Panamericana (2004-2008), y actualmente es profesora en la maestría de Derecho Fiscal en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, Culiacán y Mazatlán, y profesora titular de las cátedras de Código Fiscal de la Federación e Impuesto sobre la Renta en la licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana. Se especializa en Derecho Fiscal, incluida la consultoría fiscal general y litigio fiscal y administrativo. Patricia enfoca su sólida práctica fiscal en la atención de consultas en materia tributaria, asesora a empresas nacionales e internacionales en una amplia variedad de temas fiscales relacionados con operaciones corporativas y financieras. Asimismo, ha representado clientes de diversas industrias en litigios de carácter fiscal y procedimientos administrativos ante autoridades federales y locales.

²²⁸Cuenta con máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad de Palermo (2016). Es egresado del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, donde obtuvo la maestría en Derecho Constitucional Contemporáneo (2015) y la licenciatura en Derecho (2009). Entre otros posgrados, es egresado del Curso Básico para la Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación (2018) y tiene especialidad en Derecho Corporativo, así como en Derecho Fiscal y Procesal Fiscal con mención honorífica por la Universidad Panamericana (2017-2019). Como académico ha sido parte del Núcleo Académico Básico de Posgrados del ITESO, 2015-2017, actualmente es profesor de asignatura de la Universidad de Guadalajara. Como profesional, se desempeña como director jurídico del despacho: German Cardona Müller, Abogados; así como prestador en la Comisión Estatal de los Derechos Humanos. Ha fungido tanto como investigador, secretario técnico, asesor en jefe del Congreso del Estado de Jalisco.

Su objeto consiste en gravar los activos, ya sea de bienes muebles e inmuebles, así como derechos de una determinada persona física, según un periodo que abarca un ejercicio fiscal. El elemento subjetivo consiste en considerar a personas que cuentan con un umbral mínimo de acumulación de riqueza, es decir, se trata de aquellos individuos que se ubican en el decil con mayor poder adquisitivo.

Se trata de un tributo poco eficaz y eficiente, que no cuenta con una debida homologación en diversas latitudes y cuya recaudación no llega si quiera a 1 por ciento del PIB, tal como lo muestra el estudio de referencia (2018). También es un gravamen poco popular, pues inhibe la inversión extranjera directa e incluye riesgos de ser confiscatorio, si no se regula de manera adecuada.

Son pocos los países que han mantenido vigente en sus regulaciones este tributo, tal es el caso “de 6 de 35 países de la OCDE (España, Francia, Luxemburgo, Noruega y Suiza), y 4 en América Latina (Argentina, Colombia, Uruguay y Guyana), lo mantengan” (Benitez & Velayos, 2018). Se trata de un impuesto de corta duración, que se implementa por lo general durante momentos en donde un determinado Estado requiere recursos.

A raíz de la pandemia global del SARS-COV-2 o COVID-19, la organización internacional no gubernamental OXFAM (2020), en atención de análisis de la OCDE, emitió como propuestas una serie de medidas tributarias para América Latina, a efecto de lograr mayores ingresos para combatir esta enfermedad. Entre estas, destaca el impuesto a la riqueza en la región, el cual contempla gravar 2 y 3.5 por ciento de las grandes fortunas de cada país de manera progresiva, es decir, aquellas por encima de un millón de dólares para tener como resultado recaudar entre 14 mil 260 millones de dólares más de lo que generalmente se percibe.

II. Problema

Pese a que ha pasado un año de este tipo de propuestas, el Estado mexicano ha sido omiso en aterrizar cualquier sugerencia en materia tributaria que se ha realizado en este sentido. Lejos de establecer propuestas que coadyuven a hacer frente a la pandemia, implementó un plan de austeridad en sus finanzas sin que se hayan planteado reformas estructurales a su legislación tributaria. A la fecha, la Secretaría de Salud, citada por *El Financiero* (2021), al momento de escribir este capítulo se contabilizan 233 425 muertes por esta enfermedad, lo que se ha catalogado como uno de los países con más alto índice de letalidad del virus globalmente.

Haber implementado este tipo de estímulos podría haber coadyuvado a contar con los recursos para diseñar las políticas públicas mediante los programas y proyectos presupuestarios necesarios para evitar estos decesos.

Si bien existe una política de vacunación a nivel nacional, queda claro que nada será igual. Nada exime que los siguientes rebrotes y mutaciones del virus con sus diversas variantes puedan ser más letales o que la población pueda ser objeto una nueva pandemia más mortal.

El Estado mexicano no se puede dar el lujo de no establecer una reforma fiscal integral, que haga frente a este tipo de riesgos. Vale la pena considerar la posibilidad de diseñar un impuesto a la riqueza o patrimonio neto que pueda contribuir a conformar un sistema tributario que legítimo y se traduzca en hacer frente a la creciente desigualdad económica que existe en el país, en consonancia con el paradigma de derechos humanos que se instauró a través de la reforma constitucional de 2011. Es en atención a esta circunstancia que nos planteamos la siguiente cuestión a dilucidar:

¿Cómo se podría diseñar jurídicamente un tributo a la riqueza que sea consistente con el paradigma actual de los derechos humanos, así como al contexto de la pandemia actual de COVID-19?

III. Objetivos

La dificultad que representa este problema consiste en plantear un gravamen que haga frente a las limitaciones planteadas al inicio de este capítulo para que no solo sea una herramienta transitoria, como ha ocurrido en otras latitudes, sino que sea un mecanismo que contribuya a fortalecer el Estado de derecho desde el respeto a las prerrogativas. Esto no implica que la propuesta que se diseñe sea una panacea; sin embargo, sí es seguro que logrará que se profundice en el tema para que mediante el diálogo jurídico se haga frente al nuevo contexto post pandemia.

Para lograr el cometido planteado, el tributo que se propone diseñar deberá integrar necesariamente el mínimo vital y fundirse con el impuesto a la renta. Se mostrará que solo de esta manera se podrá tener un mayor control sobre la concentración de la riqueza en México, a la vez que se evitan los riesgos de que este pueda ser confiscatorio.

Al integrar estos elementos en el diseño de este impuesto se pretende evitar el riesgo de distorsionar la riqueza, como fenómeno que deba centrarse de manera estática y predominantemente en los bienes en numerario, para que esta se pueda medir de manera multidimensional. Esto permitirá que, de aplicarse, pueda servir como herramienta de combate a la pobreza y a favor de la igualdad sustantiva, sin incurrir en el riesgo de espantar la inversión extranjera directa.

IV. Metodología y marco teórico

La finalidad que se plantea se logrará a través de una metodología analítica documental comparado, donde se analizará la legislación de otros países, así como la nacional, para diseñar el tributo a la riqueza en México. Cabe destacar que esta propuesta, si bien es hipotética, eso no le resta menos mérito al poder servir de herramienta en otras latitudes latinoamericanas, que cuenten con sistemas jurídicos similares, en caso de aplicarse.

Cómo marco teórico se empleará el pospositivismo jurídico, como óptica epistémica, que permite emitir razonamientos sobre la dimensión valorativa del derecho; es decir, desde una visión no positivista que admite un objetivismo ético indispensable e idóneo cuando hay principios y derechos humanos de por medio. En este caso, se recuperarán conceptos jurídicos que implican aspectos axiológicos, como el caso del mínimo vital, riqueza, proporcionalidad y equidad, por lo que se justifica plenamente su utilización.

Para lograr una adecuada claridad y organización de este capítulo, este se dividirá en tres partes. La primera establecerá el contexto internacional del impuesto a la riqueza. Con ello, lejos de ser reiterativos, se profundizará sobre las limitaciones y alcances jurídicos que ha tenido este tributo. En la segunda parte, se propondrá, a manera estipulativa, un concepto jurídico de riqueza, que se conforme desde la óptica del mínimo vital. Esto permitirá que, en la tercera parte, se diseñen los lineamientos jurídicos para conformar dicha contribución desde el paradigma de los derechos humanos para que esta responda a la realidad post pandemia y que haga frente de manera eficaz y objetiva, en caso de aplicarse, a la desigualdad manifiesta en México.

V. Contexto internacional y nacional del impuesto a la riqueza

5.1. Panorama internacional

Miembros (España, Noruega y Suiza) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), contemplaban el impuesto a la riqueza dentro de su sistema tributario y, por otro lado, tres países pertenecientes a Latinoamérica (LAC) de esa organización (Argentina, Uruguay y Colombia) incluían este tipo de contribución dentro de su esquema impositivo.

No obstante, la recaudación obtenida por los países que decidieron establecer este gravamen fue relativamente baja. En efecto, de conformidad con las cifras manejadas al interior de la OCDE, los ingresos obtenidos por el impuesto a la riqueza representaron 1.8 por ciento de las ganancias totales obtenidas por los gobiernos en 2018.

Respecto de los países miembros de LAC, la recaudación de este tributo representó únicamente 0.25 por ciento de los ingresos totales percibidos por el gobierno de dichos Estados (2021). En el informe fiscal del 3 de septiembre de 2020 que realizó la OCDE, se enfatizó en no aumentar las tasas de impuestos sobre la renta como aconteció en la crisis económica de 2008 y, en lugar de ello, gravar el patrimonio de las personas e implementar impuestos ambientales.

En este último informe, la OCDE reconoció que los tres Estados-miembro donde existe el impuesto a la riqueza o impuesto sobre el patrimonio aumentaron las tasas impositivas. En España, aumentó de 2.5 a 3.5 por ciento (2021). En Colombia, se implementó la figura de este impuesto con fines extrafiscales para el periodo 2020-2021. Otro ejemplo es el caso de Chile, la propuesta de reforma tributaria está pendiente de aprobarse por el proceso legislativo correspondiente; sin embargo, las recomendaciones de la OCDE permearon en la ideología de dicho proceso.

El Centro de Economía Política Argentina (OCDE, 2020) analiza y exhibe las propuestas de reforma en materia de impuestos para responder ante la crisis económica derivada de la pandemia. De esta manera es posible encontrar los elementos necesarios y esenciales de todas estas contribuciones preconcebidas por diversos países y que se exhiben en la tabla 1:

Tabla 1

Argentina	Estados Unidos	Perú	Unión Europea	Rusia	Suiza	Italia	España	País	
Persona físicas con mayor patrimonio	Contribuyentes con riqueza extrema	1. Empresas millonarias	Contribuyentes europeos que se encuentran	Contribuyentes más ricas que	Contribuyentes con altas fortunas	Aquellos contribuyentes con réditos	Grandes empresas tecnológicas		Sujeto Pasivo
Justicia tributaria.	Creación de un fondo solidario para la	Contribuir a la crisis por COVID-	Reembolsar los eurobonos emitidos	Contribuir a las familias con niños	Contribuir a los trabajadores autónomos	“Tasa COVID”	Pago de un “impuesto” sobre las		Objeto
Impuesto a los bienes personales.	Riqueza extrema.	Impuesto a la fortuna.	Impuesto sobre el patrimonio.	Impuesto a los depósitos solo se efectuará sobre sus los	fortunas	Réditos	Valor del Patrimonio.		Base
Hasta 5.5% sobre patrimonio superior a los 2 millones de dólares.	0.1% sobre patrimonio neto de \$32 millones de dólares.	1% sobre las empresas millonarias del país.	Impuesto progresivo: 1% riquezas entre dos	15% a los dividendos de cuentas extranjeras. 13% a los depósitos	2% sobre fortunas superiores a los 3 millones de francos.	4% a los réditos anuales que se encuentran entre los 80 mil y 100 mil euros.	1%-1.7% sobre los patrimonios superiores al millón de euros.		Tasa
Anual.	Impuesto anual.	Anual.	Anual y temporal	Anual.	Anual.	2020 y 2021 de	Anual y temporal		Época

Nota: Elaboración con datos propios.

De los datos exhibidos, se enfatiza que en los países expuestos lo común es que los sujetos activos de los impuestos a la riqueza son los contribuyentes que más riqueza o ingresos obtengan durante el periodo fiscal anterior y que, además, la tasa que se grava a la base no excede de 10 por ciento.

Cabe destacar que otra de las características que prevalece en la mayoría de los impuestos conceptualizados y preconcebidos radica en la temporalidad de la medida, pues lo cierto es que se pretende gravar a estos grandes patrimonios solo por la necesidad de combatir al COVID-19 y dotar al poder gubernamental de herramientas económicas para adquirir insumos sanitarios, obtener mayores vacunas e implementar ciertos rescates financieros. Sin embargo, la mayoría de los países no tienen la idea, dentro de sus programas de recaudación permanente, de incorporar estos gravámenes a sus abanicos impositivos.

5.2. Panorama nacional

Se puede afirmar que la reciente visita del presidente de Argentina, Alberto Fernández, al Estado en febrero de 2021 detonó que se gestara en la psique del senador Alfonso Ramírez Cuéllar la idea de establecer un impuesto a la riqueza en este país. Cabe mencionar que la propuesta de Alfonso Ramírez Cuéllar es tan solo eso, una idea manifestada públicamente. Sin embargo, a la fecha no se ha presentado ningún tipo de iniciativa ante la Cámara de Diputados.

Se reitera que Argentina ya contempla en su ordenamiento jurídico esta contribución denominada "Aporte Solidario y Extraordinario de las grandes fortunas", y cuyo objetivo recaudatorio estriba en mitigar el impacto económico de la pandemia. Según los estudios señalados, aún se está lejos de determinar si dicha contribución cumplió con la finalidad para la cual fue creada, pues fue en enero de 2021 que inició su vigencia.

Este tributo en Argentina propició que dicho legislador estimara conveniente proponer la incorporación de un nuevo impuesto en el Estado mexicano; el cual estaría destinado a gravar con las siguientes tasas:

- De 2 por ciento a los sujetos que tuvieran un patrimonio entre \$20 000 000 00/100 M.N. (Veinte millones de pesos en moneda nacional) y \$1 000 000 000 00/100 M.N. (Un mil millones de pesos en moneda nacional).
- Con la tasa de 3 por ciento a quienes tuviesen un patrimonio entre \$1 000 000 000 00/100 M.N. (Un mil millones de pesos en moneda nacional) y \$2 000 000 000 00/100 M.N. (Dos mil millones de pesos en moneda nacional).
- Con una tasa de 3.5 por ciento a patrimonios superiores a \$2 000 000 000 00/100 M.N. (Dos mil millones de pesos en moneda nacional).

La justificación del legislador para defender el establecimiento de este gravamen radica en que solo se afectaría alrededor de ciento setenta y tres mil personas que se encuentran en esta condición en México, es decir, 0.13 por ciento de la población. El tema provocó un fuerte debate entre quienes abogan por aumentar la recaudación como una vía para reactivar la economía en una etapa post-covid y quienes alertan sobre una posible fuga de capitales que generaría una nueva crisis.

Bajo este escenario, de aplicar esta propuesta sugerirían las siguientes limitaciones:

- a) Si bien es cierto esta clase de tributos han sido concebidos como impuestos de carácter temporal y extraordinario para hacer frente a la pandemia, los impuestos temporales y de carácter extrafiscal en México han demostrado que llegan para quedarse. Para muestra, basta y sobra lo que sucede con los impuestos a la tenencia. En su caso, una crisis extraordinaria podría justificar la imposición de un gravamen solidario a quienes ya pagaron impuestos, pero jamás podría constituir una causa para sacrificar excesivamente objetos que ya pagaron tributos con contribuciones permanentes de objetivos difusos.
- b) El establecimiento de impuestos a la riqueza puede propiciar un fenómeno que para nada es querido en ningún país en vías de desarrollo, tal como lo es la fuga de capitales hacia otras jurisdicciones con una carga impositiva más benévola, fuga que genera automáticamente inflaciones, devaluaciones, pérdidas de inversión financiera y de empleos.
- c) Uno de los grandes errores en que incurre la concepción de Alfonso Ramírez Cuéllar se encuentra en el umbral a partir del cual serán gravados los patrimonios. En efecto, en Argentina el límite inferior para el gravamen es de 65 millones de pesos (es decir, los patrimonios inferiores a ese monto no causarán el impuesto). Lo mismo sucede en la

Unión Europea, cuyo límite inferior de gravamen es de tres millones de euros (72 millones de pesos aproximadamente).

- d) La idea concebida por Ramírez Cuellar no se limita a gravar grandes fortunas, pues su intención es comenzar a gravar a partir de los 20 000 000.00 de pesos. Resulta criticable la violación de las garantías de proporcionalidad y equidad en las que podría incurrirse, pues existe una diferencia abismal entre los rangos de riqueza señalados; sin embargo, los titulares de dichos patrimonios serían gravados con la misma tasa.
- e) No debe pasar desapercibido que el deber de solidaridad no solo recae en los ciudadanos, sino también en el Estado. No es posible que se hubiese pretendido establecer un impuesto a la riqueza sin que el gobierno adoptase medidas económicas contra cíclicas, o concedido subsidios o estímulos. Esta propuesta es en sí deficitaria.

VI. La construcción del concepto jurídico de riqueza a la luz del mínimo vital

Del contexto internacional se ha mostrado que la concepción de riqueza, desde una óptica de patrimonio de una determinada persona en un contexto particular, resulta deficitaria en la construcción de un impuesto en esta materia debido a que solo puede responder a situaciones de emergencia, más no así para hacer frente a tres problemas:

- a. La creciente desigualdad en el Estado mexicano como parte de la región latinoamericana.
- b. El alto riesgo que representa de confiscatoriedad.
- c. La posibilidad que inhiba la inversión extranjera directa.

Para sobrepasar estos retos, se requiere que el concepto de referencia corresponda con una óptica estática a una dinámica, lo cual se desprende de su necesario vínculo deóntico con el paradigma de derechos humanos. Esto permite contar con una justificación que establece una armonía entre el tributo, como principio institucional, o mecanismo, para lograr que las personas puedan tener una vida digna. Solo en la medida que los tributos sirvan a que las personas puedan realizar su proyecto de vida con igualdad sustantiva sin que se corra el riesgo que el impuesto sea confiscatorio.

El primer aspecto para construir el concepto de riqueza y trascender los problemas, requiere que se atienda un concepto de derechos humanos que los subordine sobre los tributos. Esto implica precisar su naturaleza axiológica y jurídica en el Estado mexicano como principios, a la vez que se pueda determinar sus límites. Esto permitirá lograr una consistencia terminológica acorde con los objetivos que se plantearon al principio en este capítulo.

Se coincide con Peces-Barba acerca de que los derechos humanos son pretensiones morales que se justifican al generar las condiciones equitativas para que cualquier persona se desarrolle en libertad. Esto implica que estas prerrogativas corresponden a lo que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2001) consideran la dimensión valorativa del derecho. Es decir, a los fines últimos que sirven como principios tanto en sentido estricto como directrices. Esto implica que, *a priori*, por su importancia para la dignidad de una persona, entendida como la igual consideración que se tiene a cada quien por el solo hecho de serlo, como bien lo plantea Dworkin (2011), cuentan con una mayor jerarquía que los principios institucionales.

Estos últimos consisten en el aspecto valorativo que sirven, como procedimientos o medios, para hacer posible la dimensión valorativa. Las contribuciones y las instituciones se subsumen en su mayor parte en esta clasificación. Esto implica que, de manera casuística, estos podrán superar, a manera de condiciones de derrotabilidad normativa, a las primeras. Tal sería el caso cuando exista una emergencia sanitaria; sin embargo, esto dependerá de la dimensión externa y externa de la justificación que se emplee.

No basta invocar una pandemia global, como es el caso del COVID-19, para establecer que la libertad de configurar impuestos deba estar sobre los derechos humanos. Esto sólo se podrá establecer como *última ratio*²²⁹, cuando no existan otras alternativas posibles. Por lo cual, la riqueza no debe configurarse en términos deónticos, en aquello que el legislador considere pertinente para obtener una mayor recaudación. En todo caso, debe configurar su núcleo según la mayor consecución de los derechos humanos y, solo en ciertas circunstancias, podrá establecer otras limitaciones.

El concepto de riqueza, si bien no se puede desligar desde una perspectiva económica, debe visualizarla como un medio acorde con la dimensión valorativa. Esta no se puede constreñir solo al conjunto de activos, como lo han intentado delimitar al configurar el impuesto en la materia varios expertos y organizaciones; sino que debe integrar un núcleo

²²⁹ *Ultima ratio* es una expresión latina que se traduce literalmente por «última razón» o «último argumento» lo que puede interpretarse como que es el último argumento posible en el tiempo o bien que es el argumento definitivo que hace innecesario seguir argumentando en el mismo sentido y que es muy superior a todo argumento en sentido contrario.

de derechos y obligaciones cuyo referente sea la abundancia. Ello se debe a que, si bien integra diversas concepciones, desde una óptica gramatical, todas coinciden en este elemento.

Esto implica que la persona que no goce de abundancia, es decir, debajo de dicho umbral, se considerará pobre. Esto no resuelve la cuestión, porque no establece de una vez por todas cuál es el límite. Sin embargo, la situación se puede precisar jurídicamente desde una óptica de derechos. Este es el caso de la medición que hace el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2018) de la pobreza multidimensional, la cual se establece a partir del goce de los derechos sociales.

La óptica que implementa este organismo constitucional autónomo empalma dinámicamente el aspecto económico de la administración de los recursos en término de goce de derechos para que se ponga a la dignidad humana en el centro del quehacer de las políticas públicas. Con independencia de que sus diagnósticos sobre la pobreza multidimensional no sean vinculantes, permiten establecer con precisión el umbral por el cual empieza la abundancia y cuándo esta termina. Cabe resaltar que la visión de Coneval (2018) no está exenta de limitaciones; pues deja a un lado el acceso a derechos económicos, sociales y culturales que son necesarios para configurar la pobreza, como es el caso del acceso a la energía eléctrica, a las tecnologías de la información y comunicación o el acceso a bienes culturales.

Podría resultar ocioso dicho argumento, en la medida que el propio contexto siempre parece recuperar nuevos derechos. Podría resultar ilusorio establecer de una vez y por siempre una lista de derechos económicos, sociales y culturales, que definan cómo se debe entender la abundancia o la pobreza. Sin embargo, lo que sí se precisa instaurar como marco de referencia es el mínimo vital. Este principio y derecho social consiste en las condiciones que se requieren para que una persona cuente con capacidades y oportunidades para desarrollar en dignidad su proyecto de vida, como bien lo señala Carmona Cuenca (2006, pp. 174-197).

Cabe resaltar que, si bien existen otras concepciones del mínimo vital, como es el caso de la Ciudad de México, que lo ha traducido como el acceso a una renta universal, como ocurre en el artículo 14 de su ordenamiento constitucional (2017), la definición de la investigadora corresponde con la de la doctrina en la materia, la cual, lejos de reducir el principio en cuestión a una dádiva económica por la cual las personas puedan acceder a diversos bienes y servicios equivalentes a estos derechos; permite hacer frente a una óptica integral dinámica, donde la persona cuente con un acceso en el corto, mediano y largo plazo al pleno goce de estas prerrogativas.

Este concepto corresponde con la interpretación que sostiene en la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde el mínimo vital se establece como un parámetro fáctico por el cual la persona se puede desarrollar en su quehacer, y que se señala a continuación para mayor claridad:

DERECHO AL MÍNIMO VITALEN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO. El derecho constitucional al **mínimo vital** cobra plena vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución General y particularmente de los artículos 1o., 3o., 4o., 6o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123. Un presupuesto del Estado Democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática. De esta forma, el goce del **mínimo vitales** un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un **mínimo** de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al **mínimo vital**, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al **mínimo vital** abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona – centro del ordenamiento jurídico– no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean (2007).

Acorde con la postura de la corte, cabe destacar la regulación en la materia que hace Jalisco, así como los ejercicios hipotéticos que ha realizado dicho estado. Esto se debe a que dimensiona su carácter de principio y derecho, de tal forma que contribuya al desarrollo de las personas de manera integral a favor de la democracia. Para mostrar dicha afirmación, se recupera lo que establece el artículo 4º de esta legislación, así como los demás ejercicios de análisis que se han desarrollado en dicha entidad federativa:

Artículo 4º. ...

Se reconocen como derechos humanos de las personas que se encuentren en el territorio del Estado de Jalisco, los que se enuncian en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que el Gobierno Federal haya firmado o los que celebre o de que forme parte; atendiendo al principio del mínimo vital consistente en el

eje de planeación democrático por el cual el Estado deberá de crear las condiciones para que toda persona pueda llevar a cabo su proyecto de vida....²³⁰ (2021).

Jalisco es el único estado a nivel nacional que ha realizado una unión entre el diseño de políticas públicas y, por lo tanto, de tributos y gasto público con los derechos humanos, al tomar como centro de manera seria la dignidad. Que esto o no se dé actualmente es cuestión distinta al sentido de este capítulo. Existe un deber constitucional por parte del Estado de establecer un umbral mínimo debajo del cual ninguna persona debe situarse, es decir, la pobreza multidimensional.

Hasta la fecha no existe ninguna legislación secundaria en Jalisco que aterrice este principio; sin embargo, sí se han realizado investigaciones por parte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (2018) en el estado para contemplar los derechos humanos económicos, sociales y culturales que deberían integrarse para calcular el mínimo vital, los cuáles a continuación se señalan:

- Derecho a la alimentación adecuada.
- Derecho a la educación.
- Derecho al acceso a la salud.
- Derecho a la vivienda digna.
- Derecho al acceso a la energía eléctrica, al agua potable y a servicios de sanidad.
- Derecho al acceso a la seguridad social.
- Derecho a la renta básica universal.

En la estimación de dicho organismo internacional gubernamental se requiere que cada persona pueda establecer dichas prerrogativas a cabalidad para contar con el mínimo vital. El ejercicio trasciende la esfera de Coneval, pues amplía el catálogo de estas a la vez que concreta cómo ha de conducirse, con relación a estos, el presupuesto público. Es decir, desde una óptica científica, si bien no vinculante, este organismo contribuye a determinar los alcances de la actividad recaudadora de Jalisco en función de los derechos humanos, en otras palabras, su valía consiste en establecer con mayor precisión los umbrales de la riqueza y pobreza.

²³⁰Las letras en negritas son propias y se emplean para resaltar el concepto del mínimo vital.

Del concepto anterior se desprende que una persona no puede ser limitada en su patrimonio, el cual incluye derechos y obligaciones, en la medida que no se afecte este mínimo vital. Cabe resaltar que, si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya había emitido criterios en este sentido, la diferencia estriba en el objeto por el cual se pronunció en su momento al fijar el concepto del mínimo vital, el impuesto sobre la renta, y lo que se entendió como el umbral que se fijó con relación a ello, que se calculó en su momento en la sentencia ejecutoriada correspondiente al amparo en revisión 2237/2009 (2014).

Con este precedente el operador jurisdiccional llegó a la conclusión de que no era suficiente que se considerara el salario mínimo como mecanismo único para determinar hasta qué punto se podría afectar la dignidad de la persona a través de la facultad de recabar tributos por parte del Estado; pues, al trascender la órbita tributaria, debía establecerse el conjunto integral del diseño de políticas públicas. En su momento, jamás se analizó en concreto cuáles eran esas acciones de la administración ni sus alcances. Por otro lado, al limitar el análisis del mínimo vital desde el impuesto de la renta, solo se configura el aspecto tributario desde una visión acotada de la modificación positiva patrimonial, y se descuidan los activos y demás bienes y derechos del contribuyente.

De la normatividad constitucional de Jalisco se desprende que necesariamente el mínimo vital establece un coto vedado ante la actividad del Estado sin importar el tributo, y el cual trasciende a toda la demás normatividad nacional, según el principio de irradiación. Esto se debe a que no se puede configurar la legislación de este estado como un derecho aislado con una jerarquía normativa inferior, sino que, al otorgar un derecho fundamental, este debe ser reconocido por el resto de los estados y de la federación, bajo pena de incurrir en una inconsistencia en cuanto a los derechos, al generar una situación de desigualdad y desequilibrio en cuanto al goce de prerrogativas entre ciudadanos.

Por lo tanto, el derecho al mínimo vital, como umbral que define el límite entre pobreza y riqueza, y al atender el principio pro persona, irradia jurídicamente de nivel local al resto del territorio nacional, con lo cual se genera un deber de la administración pública para que todas las personas cuenten con las condiciones para desarrollarse a plenitud. Con ello se cuenta con las bases jurídicas para disponer de un concepto de riqueza jurídica acorde al paradigma de derechos humanos y que sea obligatorio. Este último se podría definir como el umbral mínimo acorde al mínimo vital de derechos y bienes que permiten a una persona vivir en dignidad en el corto, mediano y largo plazo y que no son susceptibles de expropiación o tributación por parte del Estado.

Desde un ámbito tributario, cuenta con la pertinencia de ser un concepto que puede englobar otros términos, como es el caso del Estado español de la renta neta no disponible, que incluye bienes que no pueden ser considerados antes de configurar la tasa en este impuesto sobre la renta, así como el patrimonio neto que implique activos y demás bienes. A su vez, trasciende dicha materia al ser un referente que puede emplearse para determinar si una persona goza a cabalidad sus derechos humanos mediante el diseño de políticas públicas y demás programas presupuestarios que establezca el gobierno.

VII. Lineamientos jurídicos para conformar impuesto a la riqueza en el Estado mexicano acorde al paradigma de derechos humanos en la post pandemia

El concepto de riqueza que se ha propuesto da pauta para establecer los lineamientos jurídicos de un impuesto en esta materia acordes al paradigma de derechos humanos en un contexto post pandemia. Los aspectos a considerar en este apartado son los siguientes:

- a) Necesidad de eliminar el impuesto sobre la renta.
- b) Criterios para fijar tasas mínimas y máximas en el impuesto a la riqueza.
- c) La reconfiguración del presupuesto anual en términos de derechos humanos.

7.1. La eliminación del impuesto sobre la renta

Tal como se señaló al inicio de este capítulo, no tiene mucho sentido mantener un impuesto sobre la renta, si se cuenta con un impuesto a la riqueza, porque con ello se trataría un mismo fenómeno como si fuesen dos. En tanto se mantenga esta óptica, se corre el riesgo que el tributo sea confiscatorio y que solo se utilice en tiempos de emergencia sin que se logre un cambio de fondo para hacer frente a los altos márgenes de desigualdad que hay en México.

En la medida que la riqueza se pueda conceptualizar de manera dinámica, entonces se logrará eliminar la limitación de la falsa disyuntiva que existe entre esta y la modificación positiva en el patrimonio. Resulta absurdo que un patrimonio no pueda ser gravado porque no creció, pues esto implica que las personas pueden ejercer distintas maniobras para mantenerse en una posición estática o de crecimiento pausado, con tal de no contribuir a favor de la comunidad. Esto se traduce en que las personas se mantengan en situaciones económicas que contribuyen a mayor desigualdad de los demás a pesar de contar con mayores bienes.

Ya sea aprovechándose de las deducciones estructurales o de otra índole que le permita ejercer a quienes cuentan con un alto nivel de riqueza, la persona física *X* puede mantenerse en un estatus patrimonial, *Y* sin contribuir al Estado, *A* o de hacerlo de manera raquítica en perjuicio del contribuyente, *Z* el cual a su vez tampoco le conviene crecer dentro de sus relaciones tributarias con el gobierno, porque esto implicaría afectar su mínimo vital, de mantenerse la situación contextual jurídica en donde este puede gravarse a partir del primer centavo que se empieza a ingresar en el patrimonio.

Es decir, al depender de manera predominante del impuesto que grava la modificación positiva del patrimonio se incurre en el riesgo de que las personas adopten medidas para que este se incremente lo menos posible o, en caso de buscar alguna utilidad, que esta pueda diluirse lo más posible para evitar el pago de impuesto. Tal es el caso de varios empresarios que buscan invertir en territorios con una tasa impositiva sobre la renta que sea más competitiva o invertir en territorios que se puedan catalogar como regímenes especiales preferentes, a pesar de las sanciones que estas puedan implicar.

Además, de mantener el impuesto sobre la renta, a la vez que se adiciona el impuesto sobre la riqueza, se corre el riesgo de la confiscatoriedad con la judicialización. Se reitera que la mayor parte de los estudios concuerdan en que, al ser un tributo que se establece sobre las principales riquezas de manera progresiva, tiende a ser poco popular e inhibe la inversión en el país que se regula. Para sus destinatarios, esta contribución es otra razón para diluir su patrimonio. Es decir, si en el primer supuesto del impuesto sobre la renta la persona buscará no crecer, en el segundo buscará disminuir sus bienes o ver la forma en que estos no se encuentren en el supuesto impositivo, inhibiendo que se cuenten con el patrimonio público que sea necesario para hacer frente a la desigualdad, pues se limitan las razones para generar oportunidades para los menos desfavorecidos.

Al eliminar el impuesto de referencia e implementar un solo impuesto sobre la riqueza, que engloba este concepto de una forma dinámica, se evita incurrir en los factores que inhiben, según las siguientes razones:

- a. Todas las personas saben que existe un coto vedado sobre su patrimonio neto, el cual no tiene como referencia desde el primer peso que ingresa en su haber, sino que este se libera solo cuando tienen suficientes bienes que se traducen en capacidades y oportunidades reales para que tengan una vida digna en el corto y largo plazo.

- b. Se evita el tema de la confiscatoriedad, pues no se graba dos veces la riqueza, sino que se atiende a este de una forma integral, donde todas las personas contribuyen atendiendo a una capacidad económica real y no ficticia en la que la persona realiza su aportación en una sola exhibición.
- c. Se configura un impuesto atendiendo a su naturaleza extrafiscal y económica de manera adecuada, es decir, al lograr una justicia distributiva eficaz y eficiente que se pueda traducir a prevenir y eliminar la pobreza desde un enfoque pleno de derechos humanos. Hasta la fecha, el impuesto sobre la renta no se ha establecido desde esta óptica; sin embargo, esto no significa que no la tenga. Simplemente se ha otorgado una libertad configurativa, a pesar que, implícitamente, todo impuesto tendrá un fin en beneficio de la población.

7.2. Criterios para fijar tasas mínimas y máximas en el impuesto sobre la riqueza

El impuesto sobre la riqueza, como tal, se ha configurado, se desprende que necesariamente debe descansar sobre porcentajes mínimos y máximos. Estos responderán siempre al contexto, por lo que no se puede determinar de antemano cuál es un porcentaje adecuado. No obstante, se proponen los siguientes principios como umbrales mínimos y máximos:

- a. Mínimo vital.
- b. Estándar de producción de riqueza social.

Se establece el mínimo vital como umbral mínimo para aplicar un porcentaje a la riqueza de las personas. Se considera que esto sería bastante benéfico, y más en un contexto de post pandemia, donde varias personas han tenido que sacrificar bastante para mantenerse económicamente a flote. Se contribuye a que las personas puedan empezar a contribuir solo en la medida que, en el corto, mediano y largo plazo cuenten con los recursos para tener una vida digna y no un momento antes. Esto no implica que las personas no paguen impuestos, pues el impuesto al valor agregado siempre está presente como tributo indirecto del consumo.

Si al finalizar el año, y de la propia autodeterminación que realice el contribuyente, se desprende que esta persona cuenta con el acervo patrimonial que trasciende el umbral del mínimo vital, entonces podrá empezar a pagar el impuesto en cuestión. De lo contrario, se corre el riesgo que la persona pague un impuesto que solo mermará su situación económica, así como la de su familia, ello contribuye a generar un círculo vicioso de pobreza generacional.

En el caso del estándar de producción de riqueza social, este se propone como un concepto el cual consiste en que la tasa máxima no puede afectar la posibilidad de generar oportunidades reales económicas de producción o sociales que genere un contribuyente específico. Esto implica que, dentro del rango de porcentajes que se fijen, el sujeto pasivo no puede sufragar un gasto que repercuta en la generación de la riqueza para terceros.

A manera de ejemplo, en el supuesto de que una persona *X* cuente en el corto, mediano y largo plazo con suficientes bienes para trascender el umbral del mínimo vital. Si bien, a partir de este momento, se le podría establecer una tasa de un determinado porcentaje, en tanto este genere riqueza, trabajos, la cuota máxima podrá variar en la medida que coadyuve a generar riqueza.

En el caso que *X* genere *N* empleos o contribuya inclusive a mejorar las condiciones económicas generales del país, entonces la tasa puede variar en su máximo, pues de nada sirve contemplar de manera aleatoria ciertos porcentajes, si esto se traducirá en recortes de empleos o en generar externalidades económicas de diversa índole que pueden traducirse en mayor informalidad o pobreza.

La pertinencia de este principio consiste en que, en la medida que la persona genere más riqueza y contribuya más al desarrollo de la economía, se genera un círculo virtuoso de efecto cascada de mínimo vital a favor de toda una comunidad. El Estado no puede gravar si sabe que al hacerlo el contribuyente afectará el mínimo vital de sus empleados o tendrá una repercusión negativa en la economía de la sociedad, lo cual se podría realizar mediante ejercicios de ponderación.

Por otro lado, acorde con este principio, los contribuyentes requieren generar riqueza, pues, de lo contrario, podrían pagar una tasa más alta hasta llegar a la máxima. Es decir, la única forma de acrecentar el patrimonio y pagar cuotas más bajas del impuesto es teniendo un impacto positivo en el desarrollo económico a favor de la sociedad en el corto, mediano y largo plazo. Con ello se evitan circunstancias donde hay muchos bienes sin producir. Cabe resaltar que, desde un aspecto de derechos humanos, no basta con hacer más con menos, es decir, que la productividad se vea sólo desde términos de utilidad, sino que esto implica generar situaciones de mayor calidad de vida en general de las personas o de la sociedad.

A manera de ejemplo, si el contribuyente X tiene una empresa sin empleados, que solo genera un producto Y que no se traduzca en mejorar de manera integral circunstancias a favor de su comunidad, entonces su tasa del impuesto podrá ser la más alta. Lo mismo ocurriría tratándose de una persona que hereda una fortuna. En la medida que la deje sin invertir o generar más oportunidades y capacidades a favor de la sociedad, su situación socioeconómica se verá mermada con los impuestos. En cambio, si este mismo contribuyente empieza a usar sus bienes a favor de la educación; a invertir en empleos, entonces, el porcentaje de la tasa a pagar en impuestos disminuirá significativamente.

De este principio surge la cuestión a dilucidar sobre qué se considera como una aportación al desarrollo económica y social, ya que se trata de una cuestión ambigua. Podría señalarse que, bajo esta óptica, contribuir con un empleo o implementar medidas para que la empresa no genere emisiones de dióxido de carbono o ciertos contaminantes, podría encuadrar y evitar con ello que, con acciones nimias, las grandes personas puedan pagar de manera proporcional y de manera equitativa lo que les corresponda.

Esta circunstancia se podría evitar si se emplean indicadores para el contribuyente que se enlacen directamente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Es decir, no cualquier hecho será pertinente, sino solo aquellos que contribuyan de manera palpable según las circunstancias propias de cada persona. En este aspecto, se propone que se generen lo que se consideran los indicadores de producción de riqueza social, donde, si se acredita que el contribuyente X cumple con ellos, entonces, la tasa disminuye. A manera de ejemplo, dicha persona es un investigador prestigioso que genera la patente Y que cura la enfermedad Z. Dicha actividad podría catalogarse fácilmente dentro de salud y bienestar, con lo cual mediante indicadores de resultado podría aminorar la tasa máxima.

En la medida que la riqueza se entienda desde la perspectiva de los derechos humanos, los umbrales mínimos y máximos cuentan con la pertinencia de incentivar actividades que son realmente útiles para la sociedad y evitar que los bienes se acumulen de manera innecesaria sin por ello reducir a las personas a lo más mínimo para sobrevivir. A la vez permite que negocios de diversa índole se mantengan sin coartar la libertad de comercio. Tal sería el caso de una tabacalera o de una cervecera.

En este supuesto, se tiene certeza que el empresario produce un bien que es nocivo a la salud, con lo cual, probablemente, es que su producto pague una tasa mayor frente a otros bienes que contribuyen a estados de vida saludable. Sin embargo, según los empleos que genere, entre otras cuestiones, podría aminorar su tasa. Este sistema es mucho más justo, pues no reduce la economía a una circulación sin sentido de bienes, sino que pretende que el consumo sea inteligente y se exprese en la producción de insumos y servicios que impliquen que las personas puedan vivir mejor en el corto, mediano y largo plazo.

7.3. La reconfiguración del presupuesto anual en términos de derechos humanos

El principio del gasto público no se puede entender como una libertad absoluta, en términos de la libertad configurativa del poder Legislativo. A medida que los derechos humanos conforman la dimensión valorativa que, de servir de referente para el quehacer del Estado, también los impuestos deben ir orientados a cumplir esas finalidades, tal como lo muestra William Guillermo Jiménez Benítez (2007, págs. 31-46).

La tendencia latinoamericana ha captado que, sin presupuesto público, los derechos humanos sirven como garantías primarias que se quedan truncas; por lo que el diseño del gasto público debe obedecer a la dimensión axiológica que se traduzca en que las personas vivan con dignidad para realizar sus proyectos de vida tanto en lo individual como en lo colectivo. Hasta la fecha, pese a que estas prerrogativas son el referente del quehacer público, los presupuestos siguen sin lograr un enfoque en esta materia.

Ninguna legislación a nivel federal establece una metodología para aterrizar el diseño del gasto público, lo que es grave, pues con ello se genera inseguridad jurídica frente al principio de progresividad y no regresividad de los derechos humanos según el cual los Estados deben emplear hasta el máximo de los recursos para lograr que estos sean efectivos entre la población.

Que el gasto público se pueda emplear en programas y políticas públicas con alguna conexión a los derechos humanos. Como ejemplos mencionaría ámbitos como la seguridad social o educación donde no se utilizan recursos con un enfoque en esta materia. Para que esto ocurra, se requiere que efectivamente se muestre que se utilizan según los criterios que implican cada uno de los compromisos asumidos con la comunidad internacional.

En cuestión de informes e indicadores, la mayor parte de los organismos internacionales no gubernamentales, como World Justice Project, han mostrado constantemente que el Estado mexicano va a en declive, en cuanto a garantizar derechos humanos. La ausencia de legislación en la materia contribuye a que no se cuente con herramientas de rendición de cuentas, ello se traduce a un nulo control, que afecta que se tengan regulaciones jurisdiccionales para que las prerrogativas se concreten en la vida de las personas.

Si se retoma que existe un principio de mínimo vital regulado, a raíz de lo que establece el ordenamiento constitucional en Jalisco, el cual actúa como derecho e irradia de nivel local a nivel nacional como prerrogativa fundamental, y que define cómo ha de ser el gasto público, simplemente no existe excusa para contar con nula normativa en la materia. Es decir, es imperativo el que se cuente con la legislación necesaria, que implique una homologación para que los derechos humanos sean el enfoque sobre cómo se han de gastar los recursos públicos.

De seguir con la inercia presupuestaria poco clara, en cuanto a que no ofrece una perspectiva de derechos, implica costos sociales, económicos demasiado altos para el país, sobre todo en un mundo tan interdependiente como el actual. Se requiere que entre el ingreso y el gasto exista un enlace que se configure a través de la óptica de la dimensión valorativa suprema de la sociedad para ser congruentes con los compromisos asumidos ante la comunidad internacional por el Estado mexicano, y también para contar a nivel interno con un mayor control sobre la adecuada administración de los recursos.

Según Stephen Holmes y Cass R. Sunstein (2012), la libertad depende de los impuestos, ya que, por más que un ciudadano tenga una prerrogativa, esta será poco efectiva si estos no se transforman en programas presupuestarios, políticas públicas que cuenten con un adecuado diseño. Por lo tanto, y a efecto de que el impuesto a la riqueza sea congruente, es también importante que la óptica del gasto del Estado esté acorde con los derechos humanos.

VIII. Conclusiones

A través de este capítulo se han establecido los lineamientos y pautas desde un marco teórico post positivista para configurar un impuesto a la riqueza que sea conforme con los derechos humanos en el contexto post-COVID-19. Lejos de incurrir en modelos desfasados y poco populares, la pertinencia de la propuesta que se realiza aquí consiste en que amplía la base de contribuyentes, al respetar el mínimo vital, a la vez que el gasto público se aplique desde la óptica de estas prerrogativas como dimensión valorativa suprema de la sociedad.

Los autores de este artículo tenemos consciencia que esta propuesta no es perfecta, y tiene limitaciones, pues aún hace falta hacer frente a diversos retos, como sería el caso de establecer los lineamientos de ponderaciones a realizar cuando se diseñe el impuesto o el ejercicio del gasto público, ya que será muy difícil que los derechos humanos que se puedan ver implicados, según el contexto, no entren en conflicto. Sin embargo, se espera que con estas reflexiones se abra el debate para hacer frente a un mundo que, a raíz de esta pandemia, está más conectado que nunca, donde el diálogo académico entre juristas será indispensable para sortear los obstáculos que se avecinan.

IX. Referencias bibliográficas

- Benítez, W. G. (2007). El Enfoque de los Derechos Humanos y las Políticas Públicas. *Civilizar. Ciencias sociales y humanas*, 31-46.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2018). *Pobreza en México*. Obtenido de CONEVAL:
<https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>
- Cuenca, E. C. (2006). Los derechos sociales de prestación y el derecho al mínimo vital, en Revista Nuevas Políticas Públicas. *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. Instituto Andaluz de Administración Pública*, n. 2, pp.174-197.
- Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano, Amparo en revisión 1780/2006 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 31 de enero de 2007).
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. London: Belknap Press.
- E. C. (2014). *Repositorio institucional del ITESO*. Obtenido de ITESO:
<https://rei.iteso.mx/bitstream/handle/11117/3093/Tesis%20German%20Cardona.pdf?sequence=2&isAllowed=ysu>
- Financiero, E. (2 de julio de 2021). *Suman 233,425 muertes por COVID-19 en México*. Obtenido de El Financiero:

- <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2021/07/02/suman-233425-muertes-por-covid-19-en-mexico/>
- Jalisco, C. P. (2021). *Biblioteca Virtual del Poder Legislativo del Estado de Jalisco*. Obtenido de LXII Legislatura. Congreso del Estado de Jalisco: <https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/BibliotecaVirtual/busqueda/sleyes/Listado.cfm#Constitucion>
- Manero, R., & Atienza, M. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, 115-129.
- México, C. P. (2017). Obtenido de Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública, Protección de Datos Personales y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México: http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf
<https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/laocdepresentaunanalisisquemuestraelgranimpactodelasreformasfiscalesinternacionalespropuestas.htm>
- Organisation for Economic Co-operation and Development (2021). *Tax Policy Reform 2021: Special Edition on Tax Policy during the COVID-19 Pandemic*. Obtenido de Tax Policy Reform 2021: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/tax-policy-reforms-2021_427d2616-en#page1
- Pineda, E., Pessino, C., Rasteletti, A., Nicaretta, R. (2021). *¿Puede un impuesto a la riqueza reducir la desigualdad en América Latina y el Caribe?* Obtenido de BID. Mejorando Vidas: <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/puede-un-impuesto-a-la-riqueza-reducir-la-desigualdad-en-america-latina-y-el-caribe/>
- Recomendación Principio del Mínimo Vital en Jalisco, i. e. (2018). *Recomendaciones*. Obtenido de CESJAL. Consejo Económico y Social del Estado de Jalisco para el Desarrollo y la Competitividad: <http://www.cesjal.org/recomendaciones/recomendacion-principio-del-minimo-vital-en-jalisco--implicaciones-en-los-procesos-para-la-planeacion-y-presupuestacion>
- Ruiz, S. (2020). Obtenido de Oxfam International: <https://www.oxfam.org/es/informes/quien-paga-la-cuenta-gravar-la-riqueza-para-enfrentar-la-crisis-de-la-covid-19-en-america>
- Sunstein, S., Holmes, S. (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- Velayos, J. C. (2018). Impuesto a la riqueza o patrimonio de las personas físicas con especial mención a América Latina y el Caribe. *Centro Interamericano de Administraciones Tributarias*, 5-75.

Consulta sin costo diversas obras de la Colección de Estudios en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco en el siguiente enlace:

