



*Colección* de estudios  
en **Derechos Humanos**

*Coordinación*

**German Cardona Müller**  
**Tadeo Eduardo Hübbe Contreras**

*Dirección*

**Hernández Barrón &**  
**Chávez Cervantes**

# **XXIII.**

## **Fundamentos del Derecho Humano al buen gobierno**

Colección de Estudios en Derechos Humanos.  
Tomo XXIII. Fundamentos del derecho humano al buen gobierno  
de la Colección de Estudios en Derechos Humanos

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

Portada y diseño editorial: Oscar Ascary Aréchiga Del Toro

Primera Edición 2022

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: 978-607-99799-6-6

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: 978-607-99799-6-6



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

Enrique Guadarrama López  
Universidad Nacional Autónoma de México



Instituto de  
Derechos Humanos  
Francisco Tenamactli  
\*SACAN QUOMA TITLHATI NOLHATI\*

*Colección* de **estudios**  
en **Derechos Humanos**

**Tomo XXIII. Fundamentos del derecho humano al buen gobierno  
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

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras

**Autores(as)**

Guillermo Cambero Quezada

Daniel Alejandro González Del Rincón

Yurixhi Gallardo Martínez

Alexa Guadalupe Torres Romero

Enriqueta Benitez Lopez

Ray Freddy Lara Pacheco

Luis Sánchez Pérez

Luis Javier Reynoso Zepeda

Omar Osiris Mata Morales

Javier Rodríguez Soto

German Cardona Müller

Eva Natalia Vilchis

## Índice

<b>Capítulo I. El derecho a una buena administración pública: Definiciones y aplicación en el derecho mexicano</b> <i>Guillermo Cambero Quezada</i>	1
<b>Capítulo II. Políticas Públicas con enfoque en Derechos Humanos y Derecho a la Buena Administración Pública: ¿Dónde Estamos?</b> <i>Daniel Alejandro González Del Rincón</i>	34
<b>Capítulo III. El principio de integridad profesional y su codificación para la impartición de justicia en México</b> <i>Yurixhi Gallardo &amp; Alexa Guadalupe Torres Romero</i>	59
<b>Capítulo IV. Fundamentos filosóficos del derecho humano a la propiedad privada</b> <i>Enriqueta Benitez López</i>	81
<b>Capítulo V. El derecho a la propiedad. Recuento histórico y crítico de un derecho en desuso</b> <i>Ray Freddy Lara Pacheco &amp; Luis Sánchez Pérez</i>	106

<b>Capítulo VI. Hic Sunt Dracones: ¿Puede la inteligencia artificial tener derechos de autor o de inventor?</b>	<b>106</b>
<i>Luís Javier Reynoso Zepeda</i>	
<b>Capítulo VII. La necesidad de reformular la Política Tributaria en México para reactivar la actividad económica ante los estragos generados por El Covid-19</b>	<b>186</b>
<i>Javier Rodríguez Soto</i>	
<b>Capítulo VIII. Bases jurídicas del Control de Convencionalidad del Derecho Humano a la Democracia para una Gestión Pública de Calidad</b>	<b>206</b>
<i>Germán Cardona Müller &amp; Eva Natalia Vilchis Flores</i>	

# Prólogo

**Alfonso Hernández Barrón**

Eficacia y eficiencia son los dos vocablos más socorridos en nuestros países Latinoamericanos cuando se habla de derechos humanos. Tal como lo señala Gargarella (2021), esto se debe a que existe un enorme anhelo en la población de la región en legitimar sus regímenes democráticos a través del marco institucional. Es decir, la mayor parte de la población tal como lo muestra el Latinobarómetro (2021), está en desencanto con sus gobiernos porque no están dando resultados. En México el desencanto es tal que sólo el 43 por ciento de la población apoya esta forma de gobierno.

Afrontar el reto de la gobernanza para dotar de confianza a las instituciones públicas es una misión ineludible en materia de derechos humanos. Esto se traduce en poner énfasis a una prerrogativa que a nivel internacional ya se reconoce de manera explícita o implícita en varios ordenamientos constitucionales: el de contar con un buen gobierno o una gestión pública de calidad. Cabe resaltar que este concepto se encuentra plasmado en varias latitudes, como es el caso de Europa el cual lo contempla en el artículo 41, en tanto que la Carta Democrática Interamericana expresa la gestión pública de calidad como componente fundamental de la democracia, en el numeral 4º. Por último, en el caso del Estado mexicano, si bien no de manera obligatoria, se suscribió la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública en donde se contempla el buen gobierno como una prerrogativa (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2008).

El problema consiste en darle el debido dinamismo jurídico atendiendo a cada país, de tal forma que se logre una homogeneización en su garantía con la finalidad de hacer frente a la problemática de referencia. Es decir, se trata de consolidar una prerrogativa desde la gobernanza a efecto que, desde la inclusión y el diálogo, se pueda hacer frente a una desconsolidación o descomposición de los regímenes democráticos en general a través de la región. Es necesario buscar nuevas ópticas que logren aterrizar una expectativa que sea congruente con la creciente interdependencia global y la demanda para reivindicar el anhelo generalizado por un constitucionalismo cosmopolita e

internacional que tiende a pertenecer a toda población sin importar el lugar en donde se encuentren las personas.

Esta obra colectiva intitulada *Fundamentos del derecho humano al buen gobierno*, pretende hacer frente al exhorto de romper las barreras de la democracia desde los presupuestos de la eficacia y eficiencia. A través de ocho capítulos se abordan aspectos de la doctrina y de documentos internacionales en la materia, a efecto de profundizar en sus alcances, y ofrecer propuestas acordes a las necesidades nacionales y regionales. Se trata de un cometido bastante complejo ante el nuevo contexto de post pandemia a raíz del COVID-19. Pese a lo anterior, las personas autoras, logran hacer frente a estas cuestiones desde una óptica integral, multidisciplinaria y transversal a efecto de abrir la puerta a futuros debates que ofrezcan a su vez otras tantas soluciones a un mundo necesitado de comprender la garantía de los derechos humanos desde la óptica de la gestión pública.

Cabe destacar que la prerrogativa en cuestión no se puede entender sólo desde el quehacer gubernamental, también es necesario que se analice desde la otra cara de la moneda: el ámbito de autonomía y de inmunidad o de no injerencia del gobierno que integra la propiedad privada. De allí que también esta obra busca precisar la correspondencia, así como la frontera de la línea que separa lo público de lo privado. Con ello se pretende, desde una óptica *iusfilosófica*, analizar los supuestos de legitimidad que tiene el acceso a bienes y servicios necesarios para el desarrollo social sustentable como cimiento de toda democracia constitucional.

El primer capítulo de esta obra colectiva se intitula *El derecho a una buena administración pública: Definiciones y aplicación en el derecho mexicano*, del jurista Guillermo Cambero Quezada. Su objetivo consiste en precisar los aspectos medulares de esta prerrogativa a la vez que se ofrece una hoja de ruta para su adecuada concreción en el contexto del Estado mexicano. Se trata de un análisis de suma importancia ya que adquiere una óptica crítica en donde también se hace notar las limitaciones que enfrenta esta prerrogativa al ser cooptada por intereses personales a través de la corrupción, así como de las fuerzas políticas. Sin duda es una investigación muy valiosa para comprender y concretar este derecho humano.

El jurista Daniel Alejandro González Del Rincón es el autor del segundo capítulo, *Políticas públicas con enfoque en derechos humanos y derecho*



*a la buena Administración pública: ¿Dónde Estamos?* Si el autor que le antecede establece los cimientos del derecho al buen gobierno, este último ofrece, a través de su artículo, un análisis documental sobre cómo está su aplicación en las diversas instancias encargadas de su diseño, implementación y evaluación. La conclusión a la que llega este académico es de suma importancia ya que logra mostrar la desarticulación en el quehacer de las políticas públicas, siendo necesario una mayor homologación con el propósito que el derecho humano en cuestión pueda ser garantizado, atendiendo a su interdependencia con todos los otros derechos que México se comprometió a respetar ante la comunidad internacional.

En el entendido de que la gestión pública de calidad no se puede comprender sólo en el quehacer administrativo, sino que además debe de incluir la función de la adjudicación normativa, las destacadas juristas, Yurixhi Gallardo y Alexa Guadalupe Torres Romero, contribuyen con un capítulo dedicado a la reflexión sobre la importancia que tiene la ética en la impartición de justicia en México, correspondiente al tercer capítulo de esta obra colectiva el cual se intitula *El principio de integridad profesional y su codificación para la impartición de justicia en México*. A través de su investigación, las autoras dilucidan la esencia y alcances del principio de la ética profesional en el sector jurisdiccional a efecto de realizar un análisis de los códigos en la materia que sostienen los tribunales. Con ello se logra mostrar que la integridad profesional en el quehacer jurisdiccional no se logra articular acorde a los parámetros de un Estado de derecho. Al ser las y los jueces quienes tienen la última palabra para delimitar la gestión pública, es importante entender los diversos elementos que se ofrecen en este capítulo.

Una vez que se establecen los elementos esenciales de la gestión pública el cuarto capítulo precisa los fundamentos *iusfilosóficos* de la propiedad privada. Su autora es la filósofa Enriqueta Benitez López, y el cual lleva por título: *Fundamentos filosóficos del derecho humano a la propiedad privada*. De manera brillante logra establecer el núcleo esencial, alcances y límites de esta prerrogativa a efecto de dilucidar su importancia para el desarrollo de la persona. Su importancia radica en que señala su evolución histórica desde Aristóteles hasta la fecha para cuestionar su concreción y, con ello, evitar abusos que restrinjan la autonomía individual o que profundicen las desigualdades sociales.

*El Derecho a la Propiedad. Recuento histórico y crítico de un derecho en desuso*, es el título del quinto capítulo del internacionalista Ray Freddy Lara Pacheco y el jurista Luis Sánchez Pérez. De manera similar a la autora que les precede, los investigadores pretenden, desde la historicidad, mostrar sus abusos por parte de los particulares. Se oponen a una visión propia del derecho natural, a efecto de mostrar cómo ha ido evolucionando en constante conflicto con otros valores como es el caso de la sustentabilidad y a costa de los sectores más vulnerables de la sociedad. A través de varios estudios de caso, logran mostrar la importancia de poner esta prerrogativa en el terreno de la discusión pública y evitar distorsiones que sólo coadyuvan a mantener un *status quo* que dejan a varios sectores sociales sin el acceso a este bien que es importante para contar con un proyecto de vida que permita una mayor igualdad sustantiva.

El destacado jurista y especialista en propiedad intelectual Luíis Javier Reynoso Zepeda es el autor del sexto capítulo de esta obra colectiva intitulado, *Hic sunt dracones: ¿Puede la inteligencia artificial tener derechos de autor o de inventor?* De manera clara y contundente logra precisar la evolución histórica y dilucidar conceptos con relación a la inteligencia artificial. Esto se hace a efecto de dilucidar si es posible otorgar la titularidad de creación a un ser que no se considere propiamente humano. Los hallazgos de este capítulo son importantes ya que logra precisar otros tantos cuestionamientos éticos que surgen a raíz de esta cuestión. Se tratan de circunstancias que no se pueden obviar y que seguro serán objeto de bastante debate académico y entre la población en general.

El jurista Javier Rodríguez Soto ofrece el séptimo apartado de esta obra colectiva, cuya aportación se intitulado, *La Necesidad de Reformular la Política Tributaria en México para Reactivar la Actividad Económica ante los Estragos Generados por el COVID-19*. Se trata de un análisis documental que establece las limitaciones de la regulación jurídica tributaria actual y ofrece interesantes propuestas en la materia a efecto de lograr un régimen tributario eficaz y eficiente acorde al panorama post pandemia. Es importante estas reflexiones ya que la única forma de garantizar el derecho humano a un buen gobierno es a través de la actividad contributiva del Estado.

El último capítulo de esta obra colectiva se intitula *Bases jurídicas del control de convencionalidad del derecho humano a la democracia para una*

*gestión pública de calidad*, de los destacados juristas Germán Cardona Müller y Eva Natalia Vilchis Flores. Se pretende culminar esta importante colección con una óptica en donde la única manera de entender esta prerrogativa es planteando si la democracia se logra aterrizar como un derecho que permea a través de todos los ordenamientos jurídicos. Para tal efecto se establecen sus elementos acordes a lo establecido en documentos internacionales como es el caso de la Carta Democrática Interamericana, y se establece un análisis crítico de éstos con relación a la regulación mexicana a efecto de ofrecer soluciones para que las instituciones públicas coadyuven a legitimar esta forma de gobierno.

Sin más que agregar, agradezco a todas las personas que activamente participan en la conformación de la Colección de Estudios en Derechos Humanos, al Comité Académico y Editorial de la Colección y en especial, a las personas que hacen posible esta obra de alta pertinencia en la actualidad, y que ahora conforma un tomo más de esta Colección que es editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, a través del Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamxтли.

#### **Fuentes citadas:**

Latinobarómetro (2021). *Informe Latinobarómetro 2021*. Obtenido de Latinobarómetro:

<https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>

Gargarella, R. (2021). *El derecho como conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Buenos aires: Siglo veintiuno editores.

Pública, C. I. (2008). Obtenido de Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Calidad-en-la-Gestion-Publica-06-2008.pdf>

## Introducción

Germán Cardona Müller

Para entender la importancia del postulado de esta obra titulada *Fundamentos del derecho humano al buen gobierno*, es preciso comenzar por reflexionar sobre las bases que son necesarias para garantizar de manera eficaz y eficiente los derechos humanos, pues el buen gobierno solo es posible cuando se traduce en una prerrogativa dentro de una democracia constitucional. En este tomo, se ofrecen ocho capítulos con autores de diversas disciplinas, para garantizar un enfoque holístico que contribuya a un debate ulterior para enfrentar un contexto post pandemia.

No fue una obra de sencilla coordinación y construcción, dado que se tuvo que buscar cierta ilación donde también se hiciera hincapié sobre la importancia que tiene el derecho humano al acceso a la propiedad privada; en otras palabras, no se puede entender la gestión pública de calidad, si no se comprende que solo se da cuando la persona se desarrolla de manera autónoma y en armonía dentro de un contexto que permite que se concreten en libertad de los proyectos de vida, por ello gran parte de esta tomo recupera tópicos iusfilosóficos en esta materia. Con ello se establece la frontera que divide lo público de lo privado, no desde una separación tajante, sino como un puente que no debe perderse de vista para dominar a cabalidad la democracia desde un aspecto sustantivo y como un derecho humano, tal como se entiende en la *Carta Democrática Interamericana*.

Quizá para varias personas pueda resultar un tema espinoso, más cuando no se ha concretado un constitucionalismo planetario o ante la pluralidad de visiones y demás factores que imposibilitan hablar de una visión cosmopolita de derechos humanos que derrumbe fronteras. La persona lectora debe de tomar consciencia que las y los autores no son ingenuos ante la dificultad que supone el buscar una mayor homologación sobre la eficacia de los derechos humanos a través del gobierno. El costo de oportunidad de no hablar de esta prerrogativa, de estos temas, es demasiado grande ante la creciente interdependencia global, que se da donde toda humanidad puede perecer, en cuestión de minutos, como lo mostró la pandemia por COVID-19.

Buscar un cambio de óptica a favor de un derecho que apenas se construye para que se traduzca en una mayor inclusión dialógica en la consolidación y fortalecimiento de las democracias constitucionales, sobre todo en América Latina, tiene sentido, en la medida que se espera que ello venza un desencanto generalizado de lo que comúnmente se conoce como la peor forma de gobierno, con excepción de todas las demás. Lejos de caer en un fatalismo que abra las puertas al absolutismo, se espera reivindicar el ámbito científico y experimental de estas formas de gobierno para procurar estilos de vida sustentables que permitan mayor libertad e igualdad.

# Capítulo I

## El derecho a una buena Administración pública: Definiciones y aplicación en el derecho mexicano

Sumario: I. Introducción. II. La protección a la buena administración en el derecho comunitario o europeo. III. El desarrollo iberoamericano del derecho a la buena administración. IV. Reforzamiento jurisprudencial del derecho a la buena administración en México. V. El servicio público en México, primer pilar del derecho a una buena administración en el país. VI. La necesidad de la profesionalización de la función pública, segundo pilar del derecho a la buena administración. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.

Guillermo Cambero Quezada<sup>1</sup>

### I. Introducción

“El derecho a la buena Administración pública busca agrupar todo el conjunto de derechos que tienen los ciudadanos frente a las Administraciones públicas, con el objetivo de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, reinterpretar las potestades de los poderes públicos dentro de las democracias constitucionales” (Wunder Hachem & Valencia-Tello, 2019, párr. 4). Para lo cual agregamos, que el poder público, dentro del contexto del respeto al Estado de derecho, debe contar con los mecanismos adecuados para garantizar esos derechos. Sin embargo, la definición del derecho a la buena administración pública tiene una difícil aproximación conceptual y, por lo general, son sus principios rectores los que establecen los parámetros de los alcances jurídicos.

En el contexto del derecho mexicano, la noción es prácticamente inexistente en los diversos ordenamientos jurídicos a nivel municipal, estatal o federal, a pesar de los esfuerzos teóricos planteados, en particular el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo convocado por la UNAM, sobre todo la ponencia de Jaime Rodríguez-Arana sobre *El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo*, el libro *La gobernanza en la Ciudad*

---

<sup>1</sup> Investigador-catedrático de la Universidad Autónoma de Guadalajara. SNI Nivel I CONACYT. Doctor y maestro en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia. Licenciado en derecho por la Universidad de Guadalajara. Enlace ORCID, <https://orcid.org/0000-0002-6392-1806>

*de México. Visiones multidisciplinarias*, coordinado por Jesús Armando López Velarde Campa, pero con un enfoque en la capital del país. También existen diversos estudios por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (Cornelio Zamudio, 2018), la revista *Inciso* (Arcila & López, 2019), entre otros.

En el derecho positivo, la novedad en este concepto lo aporta la relativamente nueva Constitución Política de la Ciudad de México, que lo incorpora en diversos artículos, a saber:

Artículo 3, inciso 3, “el ejercicio del poder se organizará conforme a las figuras de democracia directa, representativa y participativa, con base en los principios de interés social, subsidiariedad, la proximidad gubernamental y el *derecho a la buena administración*”.

Artículo 7: “A. Derecho a la buena administración pública.

1. Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente”.

Además, establece un título, el Sexto, sobre el Buen Gobierno y la Buena Administración, y también se menciona la obligación de los Organismos Constitucionales Autónomos de conducirse bajo los principios de la Buena Administración y, se incorpora la competencia del Tribunal Administrativo de la Ciudad de México de dirimir controversias en materia de la buena administración. Existe una referencia sobre la buena administración en la Constitución Política del Estado de México, el artículo 77, fracción XXI, sin embargo, el concepto no tiene relación con el derecho a la buena administración como lo hacen ver algunos autores (Bousta R., 2020) si no se relaciona al tema de una buena gestión de finanzas públicas por parte del gobernador, y esto, desde 1917.

A lo anterior, podemos sumar la iniciativa que se adiciona al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por la diputada Frida Alejandra Esparza Márquez e integrantes del grupo parlamentario del PRD en el año 2020, la cual pretendía establecer un último párrafo al artículo mencionado en el sentido siguiente:

Toda persona tiene derecho a la buena Administración pública a través de un gobierno abierto, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente, austero, incluyente y resiliente. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases y mecanismos para su cumplimiento.

A pesar de los esfuerzos legislativos y la investigación de divulgación al respecto del concepto, podemos afirmar que la buena administración es “una noción directriz (...) que encierra una diversidad de principios y derechos” (Bousta R. , 2017), que analizaremos en la primera parte, lo cual nos conducirá a encontrar los argumentos del funcionamiento del derecho a la buena administración en el marco de los derechos humanos, así como el análisis del derecho mexicano a partir de los principios y la jurisprudencia nacional, puesto que aún faltan esfuerzos para un desarrollo armónico en la legislación y la jurisprudencia. Por otra parte, el presente estudio proporcionará diferentes ángulos de mejora para fortalecer el acceso y la no contravención del derecho a la buena administración, que será tratado en la segunda parte, ya que dentro de este derecho fundamental podemos vislumbrar dos pilares esenciales de garantía de derechos: el primero que son principio de actuar de la administración pública frente al particular y segundo, de controles internos para ofrecer servicios públicos de calidad, logrando con ello reducir o eliminar la vulnerabilidad al derecho antes mencionado.

### **Primera Parte: La Necesidad de un Derecho Fundamental a la Buena Administración**

En la primera parte analizaremos los fundamentos generales que han consolidado el derecho a la buena administración, iniciando con el ejemplo del derecho comunitario o europeo, sistema que ha logrado fortalecer el derecho a la buena administración a través del tiempo, después estudiaremos el sistema iberoamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

## **II. La protección a la buena administración en el derecho comunitario o europeo**

El derecho a la buena administración no es un principio nuevo en el sistema comunitario. Son los propios países europeos quienes han propuesto un desarrollo más extenso al respecto. De acuerdo con los estudios de Rhita Bousta, el concepto tiene un origen jurisprudencial en Grecia hacia 1930, y en 1954 el derecho a la buena administración se integra a una ley relativa al procedimiento administrativo general en los Países Bajos, y desde entonces, en diversos países europeos ha tenido un



desarrollo de control judicial plasmado en la jurisprudencia nacional, pero también a nivel comunitario o de la Unión Europea (Bousta R. , La polisemia del derecho a una buena administración: Análisis crítico de los ordenamientos europeo y español, 2020).

En materia normativa, un referente obligado (prácticamente citado por todos los autores que han escrito sobre la materia), es el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>2</sup>, proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
  - El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
  - El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
  - La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Actualmente la Carta de Derechos se mantiene como un texto autónomo, pero está dotada de valor legal que la vincula en virtud de lo dispuesto en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, que establece:

---

<sup>2</sup> El artículo 41 se basa en la existencia de la Unión Europea como una comunidad de Derecho, cuyas características ha desarrollado la jurisprudencia, que consagró, entre otras cosas, la buena administración como un principio general de Derecho (véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P, Burban, Rec. 1992, p. I-2253; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-2589; de 9 de julio de 1999, T-231/97, New Europe Consulting y otros, Rec. 1999. p. II-2403). Las manifestaciones de este derecho enunciadas en los dos primeros apartados se derivan de la jurisprudencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, Heylens, Rec. 1987, p. 4097, apartado 15; de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, Orkem, Rec. 1989, p. 3283; de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, TU München, Rec. 1991, p. I-5469, y sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 1994, T-450/93, Lisrestal, Rec. 1994, p. II-1177; de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-2589) y, con respecto a la obligación de motivar, del artículo 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (véase asimismo la base jurídica en el artículo 298 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para la adopción de actos legislativos en aras de una administración europea abierta, eficaz e independiente).

La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Todo lo anterior queda en un ámbito anecdótico para el sistema jurídico mexicano, ya que no lo vincula en ninguna circunstancia. Lo relevante de la “osadía” europea es incluir el derecho a una buena administración como un derecho fundamental:

[ya que no es posible encontrar en] los textos internacionales alguna alusión al derecho a la buena administración en sentido genérico ni a ninguna de sus posibles manifestaciones. No existe regulación específica del mismo ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ni en los Pactos Internacionales de 1966, ni tampoco en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Viñuales Ferreiro, 2015, párr. 9).

Cabe mencionar que las leyes de los países que integran la Unión Europea no mencionan dicho precepto. Desde el punto de vista jurisprudencial europeo y derivado del análisis de este, llegamos a la misma conclusión que Viñuales Ferreiro y Carrillo Donaire, que si bien en la jurisprudencia se establece “de forma reiterada términos como «principio de buena administración» o «deber de buena administración», y los (Tribunales Europeos) reconocen el resarcimiento cuando se originen perjuicios al incumplir reglas vinculantes para la Administración, no se llega a proclamar la buena administración como derecho subjetivo que pueda traducirse en facultades definidas y exigibles por los ciudadanos” (Carrillo Donaire, 2010, en Viñuales, 2015, párr. 21).

El artículo en mención tiene una limitante en cuanto a los derechos que protege en relación a la buena administración, ya que se colige de su lectura que existe una protección al ciudadano cuando se encuentra en una situación de no respeto a sus derechos derivados de procedimientos administrativos y derecho de petición, es decir, “derechos que despliegan todos sus efectos y cobran sentido principalmente en el marco de un procedimiento administrativo” (Viñuales Ferreiro, 2015, párr. 34). Si lo comparamos con el sistema mexicano, lo podríamos equiparar con los derechos garantizados derivados de los vicios del procedimiento de los actos administrativos, los cuales ya se encuentran garantizados, en buena medida, por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución mexicana y las constituciones locales, las leyes de

procedimiento administrativo a nivel federal y estatal y las leyes de justicia o contencioso administrativos.

Sin embargo, y a pesar del precedente comunitario, la adopción de la Carta de derechos fundamentales y su obligación vinculante con el derecho de la Unión Europea, nos podemos percatar que no existen los instrumentos adecuados de protección de los derechos establecidos, en particular el de la buena administración, debido a que no existe un “recurso de amparo” como lo conocemos en nuestro país. Además, el contenido es muy amplio e indeterminado, lo que coloca al particular ante la dificultad de hacer valer los mismos en el ámbito nacional y demás, el Tribunal de Justicia Europeo no ha pronunciado por una clarificación del concepto, actuando ante los casos de violación del artículo 41 de la Carta como un tribunal de nulidades administrativas, proporcionando un enfoque al derecho a la buena administración como principio rector de la acción de la Administración pública europea. Lo anterior llevaría a que el tratamiento a dicho precepto en la Unión Europea se equipare con la definición del buen gobierno o buena gobernanza, que suele confundirse con buena administración, sin embargo, el buen gobierno atiende a los diseños institucionales y los procesos que permiten evitar la improvisación, prácticas clientelares sin atender a las necesidades de la población, y alejadas de las personas; y que tiene sus cimientos en los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia (Comisión Europea, 2001), con el objetivo de lograr una gestión pública óptima en beneficio de los ciudadanos (Viñuales Ferreiro, 2015).

Con el antecedente europeo, vemos que existe un real esfuerzo por elevar el derecho a la buena administración como un derecho fundamental o humano, que en la práctica se ha venido consolidando. A continuación, analizamos la situación de la construcción de la figura en comento en Iberoamérica, con un enfoque especial en el continente americano a través de la CIDH.

### **III. El desarrollo iberoamericano del derecho a la buena administración**

Un texto normativo poco conocido en nuestro país es la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre

Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013, y firmada por México. Dicho documento internacional, que, sin llegar a ser vinculante para nuestro país (pero mencionado por los tribunales superiores), tiene un precedente muy fuerte sobre el derecho a la buena administración, que, si bien es cierto, retoma los principios de la construcción en el derecho comunitario.

El texto en mención adquiere vital importancia, ya que otorga una posición jurídica a la persona, es decir, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. Considera a los ciudadanos no como sujetos inactivos, simples receptores de bienes y servicios públicos; sino como protagonistas principales de los asuntos del interés general, que disponen de una serie de derechos, siendo el primordial el derecho a una buena administración pública, que conlleva a una administración pública que promueve la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. Además, establece que la administración pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez (Centro Iberoamericano de Administración para el Desarrollo, 2022).

En el preámbulo de la Carta Iberoamericana, se establece:

la buena Administración pública tiene una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable (Centro Iberoamericano de Administración para el Desarrollo, 2022).

Pero, sobre todo, el texto normativo en mención establece que la buena administración es un principio general de aplicación a la administración pública y al derecho administrativo, pero también instituye la obligación de toda administración pública de crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social.

Así, la Carta pretende asumir una mayor conciencia de la posición central del ciudadano en el sistema de organización administrativa y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes,

servidores y demás personas al servicio de la administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana. Sobre todo, es interesante el capítulo II que contempla los principios de actuación de la administración pública, documento que debería ser obligatorio leer para cualquier servidor público.

Derivado de lo anterior, existen diversas argumentaciones en Iberoamérica para considerar un derecho fundamental a la buena administración:

- La mejora de las condiciones de vida del ciudadano a partir de los métodos y técnicas de las Administraciones públicas, teniendo como eje entra al individuo, y de una “concepción abierta y complementaria del interés general” (Rodríguez-Arana, 2011, pág. 4). Y es una necesidad de las democracias y países con apego la legalidad y al Estado de derecho, lo anterior se logra mediante mecanismos efectivos de participación ciudadana en los procesos de decisión de las administraciones públicas.
- En efecto, “el interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es patrimonializado por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración” (Rodríguez-Arana, 2011, pág. 4). Lo que es preocupante hoy en día con el actuar del gobierno y la Administración pública en diversos países iberoamericanos, en los cuales vemos un claro retroceso en la aplicación de este principio.
- La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos llamados de buen gobierno o buena administración” (Rodríguez-Arana, 2011, págs. 13-14).

Lo anterior implica, que sin importar la afiliación política del partido vencedor en los comicios electorales, el ciudadano debe tener asegurado como derecho humano, un estándar mínimo de calidad y buenas prácticas en la administración pública, con un sentido ético y de profesionalización.

- Siguiendo con la misma lógica de Rodríguez-Arana (2011), hay un fundamento para declarar la buena administración como derecho fundamental:

En la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad (pág.14).

Por esa razón, "si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de donde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas" (Rodríguez-Arana, 2011, pág. 14). Desgraciadamente, desde la visión de algunas administraciones públicas en Iberoamérica, se persigue en ocasiones un objetivo diferente a lo antes establecido, ya que la finalidad planteada requiere de una técnica y organización pulcra en el despliegue de las actividades de las instituciones, con la finalidad de desplegar un servicio público de calidad, siendo el interés general el eje rector de las decisiones públicas.

- [Existe una] exigencia de una acción pública más abierta, receptiva y cercana a la población; de administraciones preparadas para abordar la multiplicidad de voces en las distintas fases de la gestión pública (desde planeación hasta la evaluación de planes, programas y políticas); de contar con personas servidoras públicas convencidas de la importancia de motivar y transparentar sus decisiones, así como de rendir cuentas de sus acciones (López Velarde Campa, 2016, pág. 199).

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica* (Corte IDH, 2022), si bien no menciona el derecho a una buena administración, se infiere su pertinencia, con relación al derecho a la vida en sus argumentaciones:

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

En relación la decisión en el caso mencionado la CIDH establece:

El Estado debe incluir la disponibilidad de la fecundación in vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto (Reparaciones, párr. 4).

Derivado de lo anterior se garantiza un servicio público de calidad en el marco del derecho a la buena administración.

Además, la CIDH ha ampliado la protección de los principios al derecho a la buena administración (Delgado Sandoval & Bernal Ballesteros (coord.), 2016), como lo es el derecho de Petición Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú o el derecho a la Seguridad Pública como en los casos Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, López Álvarez Vs. Honduras, entre otros. De lo anterior, cabe recordar que por contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia determinó que “la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas” (SCJN, 2022), y se establece:

...los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, son vinculantes con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, pues constituyen una extensión de los tratados internacionales que interpreta, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos previstos en ellos (párr. 14).

Por tal motivo la jurisprudencia antes mencionada es obligatoria y se puede hacer valer por el particular mexicano derivado de los precedentes antes comentados.

Las consideraciones anteriores fundamentan la existencia del derecho a la buena administración como un derecho humano. Siguiendo con nuestro análisis, ahora estudiaremos el marco jurisprudencial en México, ya que el derecho a una buena administración pública, lejos de encontrarse definido en la legislación como un concepto unificado, encontramos una serie de principios en la ley, como ya lo establecimos anteriormente, sin embargo, la jurisprudencia refuerza su contenido y alcances.

#### **IV. Reforzamiento jurisprudencial del derecho a la buena administración en México**

Derivado de lo anterior, podemos afirmar y estar de acuerdo:

Toda actuación de la Administración pública debe tener como finalidad a la persona humana y su dignidad, porque esa es la razón de su existencia. Esto se desprende básicamente de una correcta interpretación del artículo 1 constitucional y otros preceptos de la propia Carta Fundamental (Ortega Maldonado, 2016).

Y agregaríamos, así como del marco jurídico internacional y la jurisprudencia interamericana. Además, en el sistema mexicano podemos encontrar esfuerzos jurisprudenciales, los cuales sirven para efecto del presente estudio, como marco referente al derecho a la buena administración.

La mención de dicho concepto es relativamente nueva por nuestros máximos tribunales (a partir de 2021). Es de llamar la atención la tesis aislada I.4o.A.5 A (11a.) en la cual se establece la buena administración pública como un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos, en decisión del Tribunal Colegiado se advierte, entre otras cosas, que las administraciones públicas en nuestro país:

...deben generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, a fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales, y que toda persona servidora pública garantizará, en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento y observancia de los principios generales que rigen la función pública” (SCJN, Buena Administración Pública. Constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos. Legislación de la ciudad de México, 2021).

Además, el Tribunal establece:

... El derecho fundamental a la buena Administración pública también se vincula e interrelaciona con otros, como los derechos a la información, a la transparencia, a la tutela judicial efectiva, de petición y prerrogativas de carácter prioritario, en términos del artículo 1o. constitucional y del parámetro de control de regularidad constitucional, acorde con los criterios jurisprudenciales y tratados internacionales (SCJN, Buena Administración Pública. Constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos. Legislación de la ciudad de México (2021).

Aunque esta última parte no la fundamenta en casos precisos de la Corte Interamericana o algún texto normativo internacional, podemos



inferir que se desprende de lo anteriormente analizado. En particular, resulta interesante la decisión mencionada, ya que es la primera vez que un tribunal superior mexicano establece el derecho a la buena administración.

Además, relacionado a la misma situación que origina el derecho a la buena administración, el mismo Tribunal Colegiado establece que en “acatamiento al derecho fundamental a la buena administración pública” (SCJN, Petición relacionada con la materia de una acción pública. cuando se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en el ámbito urbanístico la autoridad, 2021), la autoridad debe contestar un escrito de petición, bajo la premisa de que, incluso de oficio, debe ocuparse de la revisión pertinente de los aspectos señalados, pues no se trata de facultades discrecionales, sino regladas, relacionado con la materia de una acción pública que plantea riesgos a la población y violaciones a la regulación en el ámbito urbanístico, que es de interés general y vulnera el derecho a la buena administración.

Derivado de las dos decisiones anteriores, los tribunales superiores del país establecen las bases para definir de forma más precisa el derecho a la buena administración, ya que los principios y derechos tutelados son amplios y las afectaciones a los particulares pueden ocasionarse en múltiples circunstancias y, seguramente, en futuro (desde luego, con implicación de los ciudadanos a través de sus quejas y demandas) veremos mayor cantidad de casos resueltos por los tribunales.

También existe una decisión que logra un contrapeso y un freno al poder exorbitante de la administración pública (consideramos un gran precedente nacional), puesto que vincula el derecho a una buena administración con el derecho a una indemnización en caso de violentar los derechos de los ciudadanos, derivado de una “mala” administración. En particular emana del hecho de que una persona presentó reclamación de responsabilidad patrimonial contra la actividad irregular de una institución de la Ciudad de México, con motivo del fallecimiento de su cónyuge, quien, al conducir una motocicleta en un puente vehicular y derivado de su falta de mantenimiento, al pasar por un bache, quien perdió el control e impactó contra los barrotes de contención y salió proyectado por encima del puente. El Tribunal justifica su decisión en la buena administración pública y establece:

...es un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos, el cual se vincula e interrelaciona con otros; con sustento en él deben generarse acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, para contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales. Es así que todo servidor público garantizará, en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento y observancia de los principios generales y fines que rigen la función pública, respetando los valores de dignidad, ética, justicia, lealtad, libertad y seguridad de las personas [...] no acatar tales deberes conlleva la reparación integral del daño a la parte afectada, y en términos del artículo 1o., párrafo último, de la Ley General de Víctimas dicha reparación comprende medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición de las irregularidades que generaron graves riesgos y daños consumados, como la muerte del cónyuge de la quejosa, solicitante de la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado, quien debe ser compensada económicamente. Lo anterior, porque es obligación de las autoridades demandadas dar un adecuado mantenimiento a las vías de circulación vehicular (SCJN, Responsabilidad patrimonial del estado. Procede la reparación integral del daño y, por ende, el pago de la indemnización correspondiente cuando se viola el derecho fundamental a una buena administración pública, legislación de la ciudad de México, 2021).

Si bien la decisión no se encuentra fundamentada en la noción de la falta de servicio público, sino en la falta de personal del servidor público (tal vez no era la técnica de argumentación correcta), lo importante era lograr la finalidad perseguida: Obtener una indemnización por la mala administración con base al derecho a una buena administración, lo que nos lleva a una reconsideración en la forma en que se prestan los servicios públicos en México, y en la cual su mala prestación lleva aparejada otra garantía para el ciudadano, la de reparación del daño, tal y como lo recuerda el mismo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito en el 2012:

Así, la razón de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad administrativa sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad, lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente administración pública, pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización. Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la administración pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obtener la reparación, ya que la actividad administrativa irregular del Estado comprende también lo que la doctrina denomina *faute de service* -funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia-. Bajo estas premisas, la responsabilidad patrimonial debe evaluarse y considerarse sistemáticamente dentro del orden jurídico, siendo que sus funciones y fines son principalmente cuatro, a saber: i) compensación de daños; ii) crear incentivos tendentes a la prevención de daños

y accidentes; iii) control del buen funcionamiento de la acción administrativa; y, iv) demarcación de las conductas administrativas libres de la responsabilidad civil” (SCJN, Responsabilidad Patrimonial del Estado. Su objetivo y fines en relación con la prestación de un servicio público, 2012) .

Del análisis anterior, se desprenden dos principios fundamentales que se requieren implementar en las administraciones públicas del país, sin los cuales, nunca se logrará el fortalecimiento en la protección del derecho del ciudadano a la buena administración: El primero, elevar los estándares de calidad en la prestación de los servicios públicos y segundo, la profesionalización de la función pública y sus funcionarios. Los cuales analizaremos en la segunda parte.

## **Segunda Parte: Necesidad de un Fortalecimiento Efectivo del Derecho a la Buena Administración**

Son dos las grandes líneas (más no limitativas) para fortalecer el derecho a una buena administración: Un servicio público de calidad y la profesionalización de la función pública, las cuales analizaremos a continuación.

### **V. El servicio público en México, primer pilar del derecho a una buena administración en el país**

La definición del servicio público no es posible a partir del marco legal mexicano, sin embargo, se propondrá explicar dicho concepto a partir de sus principios fundamentales y de los precedentes jurisprudenciales.

#### **Los principios fundamentales del servicio público**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 25, párrafo tercero que “el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución”.

De lo anterior podemos inferir que todo servicio público es una actividad de interés general, la cual es un mandato constitucional. En otras palabras:

el interés general, en cuya virtud se ha establecido el correspondiente servicio, reclama que se garantice durante toda la vigencia del mismo (servicio público) la universalidad, la asequibilidad, y la calidad, en un marco de continuidad y regularidad en la prestación (así mismo la adaptación del servicio -nota del

autor-). Estos parámetros legales van a hacer posible la vuelta al Derecho Administrativo, a un nuevo Derecho Administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los usuarios, de los ciudadanos” (Rodríguez-Arana, 2022).

Los principios mencionados por la doctrina rara vez tienen vinculación con el derecho positivo, de hecho, en México no existe ley alguna que los enumere o mencione, sin embargo, son de vital importancia en la clarificación de la prestación del servicio, teniendo como consecuencia el respeto el derecho a la buena administración, por lo que realizaremos un esfuerzo de clarificación.

El principio de universalidad se define como el conjunto de servicios mínimos definidos de una calidad dada, que es accesible a todos los usuarios independientemente de su ubicación geográfica o posición económica y, a la luz de condiciones nacionales específicas, y en su caso, a un precio asequible. La definición y la garantía de un servicio universal permite mantener para todos los usuarios la accesibilidad y calidad de los servicios, y la privación de los mismos atentaría contra la dignidad de las personas, el libre desarrollo a la personalidad impediría que determinadas zonas dispongan de servicios esenciales para su desarrollo económico o social, contraviniendo los principios esenciales del derecho a una buena administración. Por lo que se deducen cuatro elementos esenciales de la universalidad:

- 1) Un conjunto mínimo de servicios considerados esenciales para la vida social de los ciudadanos, de la que, por tanto, es necesario asegurar un suministro universal;
- 2) La prohibición de la exclusión de los usuarios independientemente de su posición geográfico;
- 3) Una cualidad definida (sobre todo con estándares de alta calidad en la prestación);
- 4) A un precio razonable.

La asequibilidad entiende que todos los usuarios deben tener las mismas ventajas, ya sea frente a la administración central, descentralizada o desconcentrada u organismo constitucionales autónomos; no puede haber sistemas preferenciales. Sin embargo, la aplicación uniforme de reglas igualitarias no debe tener como efecto el aumento de las desigualdades sociales. De hecho, los precios no deberían

ser los mismos para todos; los más pobres deben beneficiarse de tarifas más favorables para que se garantice la igualdad en los servicios públicos. Así, los servicios públicos deben adaptar su oferta a cada usuario para garantizar la igualdad para todos.

Por lo tanto, no puede haber discriminación dentro de un servicio público (lo que implica también un requisito de neutralidad e imparcialidad). Todos los usuarios que se encuentren en la misma situación objetiva pueden reclamar los mismos beneficios. El juez administrativo o las comisiones de derechos humanos deberían sancionar las discriminaciones practicadas en los servicios públicos (desigualdad de trato, discriminación de precios, etcétera). Sin embargo, hay casos en los que la discriminación es posible; es el caso de los estacionamientos de dominio público (se puede solicitar un permiso para obtener un derecho exclusivo para estacionar únicamente para el solicitante).

Respecto a la calidad en la prestación del servicio público, esta se debe entender como el conjunto de técnicas organizativas que contribuyen a obtener el cumplimiento de una norma en el contexto de la gestión de la producción de bienes o servicios. La noción de calidad es, a priori, una noción subjetiva. En el servicio público, sin embargo, existe cierta objetividad en el cumplimiento de los estándares (ya que su regulación tiene su soporte en normas y en el principio de legalidad al cual se someten las administraciones públicas y su actuar). Debe evaluarse tanto en relación con las expectativas individuales de los usuarios como en relación con las misiones y exigencias de interés general a las que responde. Por lo tanto, su definición misma nunca es simple, sino que necesariamente implica un análisis y mediciones en la prestación del servicio y aplicación de norma de calidad diseñadas para la prestación correcta de servicios públicos.

El principio de continuidad y regularidad establece que los servicios públicos deben satisfacer continuamente las necesidades colectivas. Tienen como finalidad evitar un corte repentino y perjudicial en el buen funcionamiento del servicio público, por tal motivo es necesario que se ejerza de manera continua. Dado que la actividad tiene por objeto obrar en aras del interés general, sólo puede interrumpirse en caso de fuerza mayor, y de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias, sin contravenir los derechos humanos de las personas. Por lo tanto, el derecho de huelga en el servicio público debería ser

definido con precisión y puesto bajo el control de un juez, para que no perjudique permanentemente el buen funcionamiento de los servicios y el derecho a la buena administración; el derecho fundamental de huelga puede así expresarse a condición de garantizar, si es necesario, un "servicio mínimo". Por ejemplo, el servicio de salud, transporte público, educación o recolección de basura.

El principio de adaptación o mutabilidad establece que los servicios públicos deben adaptarse a los cambios en el interés general y, por tanto, a las necesidades de la comunidad, haciendo que los servicios públicos se adapten en el tiempo y las exigencias de los ciudadanos. Por tanto, los cambios que se producen a lo largo del tiempo deben ser tenidos en cuenta por el servicio público, que debe adaptarse a cada uno de estos cambios. El principio de mutabilidad o de adaptación, está ligado al de continuidad: la administración debe adaptarse continuamente al cambio. Dado que el servicio debe ser continuo, necesariamente debe evolucionar de acuerdo con las nuevas circunstancias sociales. Esta necesidad de cambio se aplica a los contratistas de la administración, pero también a los usuarios, que deben aceptar cambios en los servicios públicos. No obstante, los usuarios tienen derecho a un normal funcionamiento del servicio, lo que implica que se respete su derecho a la buena administración. Además, los cambios realizados en el servicio público sólo pueden afectar al futuro, de conformidad con el principio de irretroactividad (que desgraciadamente las instituciones en nuestro país difícilmente aplican este principio, generando afectaciones a los particulares). Por ejemplo, los contratos administrativos pueden, por tanto, ser modificados unilateralmente por la administración, que se reserva el derecho de cambiar las disposiciones del contrato si el interés general así lo requiere.

Habiendo definido los principios fundamentales y su relación con el derecho a una buena administración, analizaremos la evolución del concepto de servicios públicos desde el marco jurídico mexicano.

### **Marco jurisprudencial mexicano**

Respecto al servicio público, únicamente el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito en el año 2005 intentó establecer las reglas generales de la definición de dicho concepto (SCJN, Servicio Público. Sus notas características, 2005). Inclusive, el Tribunal Colegiado establece

que la doctrina no ha llegado a un consenso respecto del concepto de servicio público, que se puede inferir por la complejidad que representa el concepto y el principio de mutabilidad al cual se encuentra sometido.

El Tribunal en mención, intenta definir el servicio público con base a sus características que, al mismo tiempo, retoman de los trabajos del exministro de la SCJN, Sergio Valls Hernández (2009), quien denomina “definición de servicio público de Escola”, a pesar de que el mismo señala que existe una crisis en dicho concepto, el cual no integrar el derecho a una buena administración. Las características que se desprenden son las siguientes:

“1. El servicio público debe consistir en una actividad prestacional, es decir, una actividad que tiende a otorgar a otros una ventaja, un bien, un beneficio, etcétera, de cualquier naturaleza” (López, 2014, pág. 11). Esta idea de actividad prestacional excluye toda actividad que persiga un fin de lucro económico ya que implica únicamente una actividad de hacer, en contraparte a la actividad de gestión económica, que pone de relieve un servicio o producto para el mercado persiguiendo una ganancia. Las prestaciones se caracterizan ya que los particulares no pueden cumplir con dicha prestación y el Estado debe intervenir (teniendo como consecuencia un derecho subjetivo al usuario); y las cuales deben ser prestaciones de forma continua, regular y uniforme.

“2. Esta actividad es asumida por la Administración pública de manera expresa y concreta, lo que significa que es reservada en exclusiva en cuanto a la dirección y organización a un órgano estatal y que el ejercicio de esa actividad requiere de autorización previa del Estado expresada con un acto de autoridad. En este sentido, las actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esta previa autorización no son servicios públicos ” (López, 2014, pág. 11). En ese sentido, la decisión de lo que puede ser, en cada momento, una "necesidad pública de interés general" no corresponde al mundo del derecho, sino al de la decisión política que, a su vez, se encuentra condicionada por el contexto socio económico de cada época, lo que hace que el Estado decida si intervienen o no los particulares, como el caso de Telmex o, hoy en día, lo que se pretende con la reforma eléctrica.

“3. La Administración pública realiza la actividad de servicio público en forma directa o indirecta, es decir, valiéndose de la concesión, aunque la legislación mexicana no es consistente en la denominación que

otorga a esta figura jurídica, puesto que en algunas leyes administrativas se emplea el término autorización, cuando se refiere a la prestación de un servicio público” (López, 2014, pág. 11).

En efecto, la concesión del servicio público, es decir, su gestión por particulares es el único medio que el Estado acepta para satisfacer las crecientes demandas sociales. En estas actividades, el titular es la administración; en ella se encuadra la actividad de servicio público, a nombre propio o por delegación, sin embargo, el Estado no puede eximir su responsabilidad, argumentando que en privado el que gestiona el servicio, lo que pondría a la administración en una situación de transgresión al derecho a la buena administración.

“4. El servicio público siempre debe tender a la satisfacción del interés general” (López, 2014, pág. 12). Principio que se confirma en la Constitución mexicana, tratados y compromisos internacionales firmados por México.

“5. El servicio público se presta conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas y cuyas características son su generalidad, uniformidad, continuidad, regularidad, obligatoriedad y subordinación a la administración pública. Por lo tanto, no puede estar sujeto a un régimen de derecho privado en cuanto a su prestación bases para la construcción de un sistema coherente de reparación a las víctimas”. Lo anterior confirmado por los mismos Tribunales nacionales que han administrado la responsabilidad patrimonial del Estado por motivo de falla de servicio derivado del mal funcionamiento de los servicios públicos, ver *supra* (SCJN, Responsabilidad patrimonial del estado. Procede la reparación integral del daño y, por ende, el pago de la indemnización correspondiente cuando se viola el derecho fundamental a una buena administración pública, legislación de la ciudad de México, 2021). Evitar este tipo de situaciones, únicamente se logrará implementando mediciones de calidad en la prestación del servicio, junto con tribunales capaces de hacer valer sus decisiones frente a los derechos vulnerados de los particulares.

Aunado al análisis anterior, se impone la profesionalización constante de los funcionarios públicos, y esto, desde su incorporación, asegurando el derecho a la seguridad laboral en la función pública.



## **VI. La necesidad de la profesionalización de la función pública, segundo pilar del derecho a la buena administración**

El artículo 123, apartado B, establece que el Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, que regulen las relaciones entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores, fracción VII): La designación del personal se hará mediante sistemas que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes. El Estado organizará escuelas de Administración Pública.

Desgraciadamente, la realidad difiere mucho de la obligación constitucional en función de la incorporación del personal a las instituciones públicas, generando incapacidad e incompetencia en el entendimiento del funcionamiento de la Administración pública y el servicio público, ya que nuestras administraciones responden a las inclemencias y oscilaciones del temperamento de los políticos que, cabe decir, en muchas ocasiones no tienen la mínima formación en la técnica y conocimientos que requieren la gestión de las administraciones públicas en nuestros tiempos, alejando considerablemente al ciudadano del derecho a la buena administración.

Primero, debemos implementar escuelas de Administración Pública que, desde ya, empiecen a preparar a los expertos en la materia. Actualmente existen, pero con un alto componente de ciencia política, y los alumnos terminan siendo parte del mismo sistema y lógica partidista, sin aportar nada nuevo a las administraciones públicas del país.

Segundo, una de las propuestas para lograr una eficiencia en la gestión de la administración y los servicios públicos es implementar de forma obligatoria un concurso para convertirse en funcionario público (en algunas legislaciones ya se encuentra previsto, pero son letra muerta en la práctica, lo que se convierte en una violación al derecho a la buena administración), destinado a garantizar un acceso igualitario a todos los ciudadanos y que garantice la calidad de los reclutamientos en la función pública. Este proceso de contratación de funcionarios públicos debe ser destinado a la designación, por un jurado, después de pasar las pruebas apropiadas, de los candidatos aptos para ser nombrados por la autoridad competente, y mediante nombramiento a la función pública, regulado por leyes afines a la función pública. Además, el concurso debe ser considerado ante todo como una garantía de acceso al empleo público

en condiciones de paridad de género, que derivan directamente del principio de igualdad.

También debe funcionar como un instrumento en beneficio de la administración pública, que permita asegurar la selección de los candidatos más capaces de acuerdo con criterios objetivos, basados en el mérito, y por lo tanto libre de toda influencia política o de cualquier clientelismo (principio de imparcialidad). Lo cual permitiría proteger la imagen y la eficiencia de la organización pública.

Lo anterior responde a un requisito de triple garantía y al derecho de buena administración: para la administración, permite elegir a los mejores candidatos según su aptitud para el puesto a cubrir; para los candidatos, garantiza una elección imparcial y, por tanto, el acceso al empleo potencialmente abierto a todos (ya que en este momento el acceso a la función pública no tiene condiciones de equidad y es desigual); para los usuarios, asegura la imparcialidad del servicio público.

Desde luego, la aplicación de estos principios permite el respeto de la paridad entre hombres y mujeres, la descentralización de los procedimientos y profesionalización de los jurados, que deben estar compuestos exclusivamente por expertos con competencias en concursos de acceso a la función pública, y que no sean responsables políticos ni representantes de sindicatos o asociaciones profesionales.

El legislador debe crear pruebas de acceso para todos los niveles de estudio que puedan proporcionar acceso a diferentes niveles de función pública, los cuales podrían dividirse en categorías: A, B, C.

La categoría A podría ser destinada a candidatos a partir del nivel licenciatura (terminada). Esta categoría incluiría funciones de gestión, supervisión, diseño y experiencia en un área determinada.

La categoría B, la cual podría ser accesible desde el bachillerato, correspondería a trabajos intermedios. El personal en esta categoría puede ser necesario para gestionar equipos o servicios.

Por último, la categoría C correspondería a las funciones de ejecución y es generalmente accesible sin requisitos de títulos o diplomas. Sin embargo, algunas áreas técnicas requerirán una preparación especial o demostrar conocimientos.

Lo anterior debe estar acompañado de la debida publicidad, respecto a las bases y fechas de las convocatorias que garantice la difusión y el conocimiento de estas a cualquier posible candidato. También respecto a los resultados de las oposiciones para que puedan producirse

las reclamaciones pertinentes. Otro factor importante es la transparencia, en todo lo que se refiere al proceso y a la actividad de las instituciones convocantes. Los miembros del jurado calificador deben conducirse con imparcialidad en todo momento, así como independencia en las distintas actuaciones que lleven a cabo las administraciones públicas de selección y agilidad en la resolución de los procesos, sin que menoscabe la calidad y objetividad de los resultados.

Además, se debe asegurar en todo momento el principio de seguridad del trabajo en la función pública, es decir, el funcionario público no debe estar sometido a los cambios políticos o de partido, su estatus debe ser inamovible, y su desempeño deber ser en aras de la institución y el interés general, y que si llegara a suceder su remoción sin causa justificada, las comisiones de derechos humanos permitan un procedimiento relativamente rápido, por las implicaciones patrimoniales que se pudieran derivar de dicha baja de la función pública.

Desde luego, para los actuales funcionarios se debe fortalecer el cumplimiento y aplicación de sanciones administrativas previstas por la ley, actualmente existe una ley general de responsabilidades administrativas que establece el marco general de sanciones a los servidores públicos que por sus actos u omisiones afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Las sanciones consisten en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas y penales, y se establecen de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones.

Por último, en caso de una afectación por el particular por la actuación irregular del funcionario público o por una mala administración en los servicios públicos, debe accionar la garantía consagrada en el artículo 109 último párrafo con relación al derecho a una indemnización con el objetivo de reclamar el daño, y lograr con ello, restablecer sus derechos vulnerados por la acción irregular o mala de Administración pública.

## VII. Conclusiones

Desafortunadamente podemos afirmar que la buena administración en nuestro país se encuentra secuestrada por la dinámica electoral de los partidos políticos y son ellos los que se han aprovechado de la administración pública alineando el interés general a sus intereses particulares. Además, contemplamos en mayor o menor medida, y dependiendo del estado que compone la federación, cómo estos partidos controlan todos los poderes públicos y actúan arbitrariamente sin freno alguno.

El presente estudio pretende contribuir a fortalecer la conciencia entre los ciudadanos de la necesidad de un cambio de paradigma en la utilización de nuestros impuestos y en la protección efectiva al derecho a la buena administración, teniendo como resultado el cumplimiento cabal de la legalidad, la seguridad jurídica y, en consecuencia, el Estado de derecho, teniendo al individuo como eje rector del actuar de la administración pública, y, en caso de no cumplir con sus obligaciones, reclamar los daños ocasionados como una medida de control y restablecimiento de nuestros derechos.

Última actualización 26 de marzo de 2022

## VIII. Referencias bibliográficas

- Arcila, L. y López, M. (2019). El derecho humano a una buena administración pública en México y Colombia. *Revista Inciso*, 21(1), 41-57.  
<https://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/841/1461>
- Bousta, R. (2017). Droit des étrangers : mais à quoi sert le droit à une bonne administration? *La Revue des droits de l'homme [En línea]*, doi:<https://doi.org/10.4000/revdh.3216>
- Bousta, R. (2019). Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration. *Revista digital de Derecho Administrativo* (21), 23-45. doi:<https://doi.org/10.18601/21452946.n21.04>
- Bousta, R. (2020). La polisemia del derecho a una buena administración: Análisis crítico de los ordenamientos europeo y español. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(276-1), 199-230. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.276-1.75084>

- Camero Quezada, G. (2012). *Responsabilidad patrimonial*. Nantes: Ediciones Universitarias.
- Carrillo Donaire, J. A. (2010). Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo? En J. A. Santamaria Pastor, *Principios jurídicos del Derecho Administrativo* (págs. 1131-1165). Madrid: La Ley.
- Centro Iberoamericano de Administración para el Desarrollo (2022). Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la administración pública. *Interconecta*. [https://interconecta.aacid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta\\_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf](https://interconecta.aacid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf)
- Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Serie C Nº 257. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2012).
- Comisión de las Comunidades Europeas (2001). La Gobernanza europea. Un libro Blanco. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19137&dsID=GbzaEurLBco.pdf>
- Cornelio Zamudio, L. (2018). Derecho humano a la buena administración pública. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 5(10), 312-344. <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2483/1/434-1866-A.pdf>
- Delgado Sandoval, B., y Bernal Ballesteros, M. (2016). Derecho a las buenas prácticas de la administración pública. En autocoordinación, *Catálogo para la calificación de violaciones a derechos humanos. Colección CODHEM*, 2ª ed., 292-301. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4974/17.pdf>
- López, M. (2014). La verificación o inspección de los servicios públicos municipales. Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Aceves Díaz de León, L. (2016). El derecho a la buena administración pública en la Constitución Política de la Ciudad de México y su aporte a la gobernanza. En *La gobernanza en la Ciudad de México. Visiones multidisciplinarias*, J. López Velarde Campa (coord.), 17-38. México: IIJ-UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5131/5.pdf>

- Ortega Maldonado, J. (2016). El derecho fundamental a una buena administración pública en México. En *El ámbito del derecho administrativo*, R. Tapia Vega, P. Carrasco Parrilla & E. Olivia Gómez. Ediciones Eternos Malabares, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 38-50.  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34968.pdf>
- Rodríguez-Arana, J. (2011). El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo. *IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 1-27.  
[http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci\\_vmda/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf](http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf)
- Rodríguez-Arana, J. (2022). Estado y servicio público: sobre los servicios económicos de interés general. En *Estado y servicio público*, J. M. González Solí & L. G. Rodríguez Lozano, pág. 37. México: Tirant lo Blanch.
- Contradicción de Tesis 293/211. *SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de 03 de 2022.  
<https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimiento/asuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>
- Tesis I.4o.A.5 A (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tribunal Colegiado de Circuito. Undécima Época, libro 8, t. III, diciembre 2021, pág. 2225.  
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023930>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Buena Administración Pública. Constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos - Legislación de la ciudad de México -, I.4o.A.5 A (11a.) (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito 28 de 09 de 2021). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023930>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Petición relacionada con la materia de una acción pública. cuando se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en el ámbito urbanístico la autoridad, I.4o.A.6 A (11a.) (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito 28 de 09 de 2021). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023954>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Responsabilidad patrimonial del estado. Procede la reparación integral del daño y, por ende, el pago de la indemnización correspondiente cuando se viola el derecho fundamental a una buena administración pública, legislación de la ciudad de México, I.4o.A.14 A (11a.) (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito 9 de 12 de 2021).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Su objetivo y fines en relación con la prestación de un servicio público, I.4o.A.35 A (10a.) (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito 13 de 12 de 2012). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003143>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Servicio Público. Sus notas características, XV.4o.8 A (Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito 21 de 04 de 2005). Obtenido de <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/177794>
- Valls Hernández, S. (2009). La noción del Servicio Público en el Estado Social de Derecho. En D. Cienfuegos Salgado, & L. G. Rodríguez Lozano, *Actualidad de los servicios públicos en México*, pág. 512. México: UNAM.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf>
- Viñuales Ferreiro, S. (2015). El artículo 41 De La Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea: Una visión crítica. *Estudios de Deusto*(1), 423-435. doi:[https://doi.org/10.18543/ed-63\(1\)-2015pp423-435](https://doi.org/10.18543/ed-63(1)-2015pp423-435)
- Wunder Hachem, D. y Valencia Tello, D. (2019). Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasilero. *Revista digital de Derecho Administrativo*(21), 47-75.  
doi:<https://doi.org/10.18601/21452946.n21.05>
- Wunder Hachem, D. & Valencia Tello, D. (2019). Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena administración pública en el derecho administrativo brasilero. *Revista digital de Derecho Administrativo*(21), 47-75.  
doi:<https://doi.org/10.18601/21452946.n21.05>

## Capítulo II

# Políticas públicas con enfoque en derechos humanos y derecho a la buena Administración pública: ¿Dónde estamos?

Sumario: *I. Introducción. II. Viraje al enfoque en derechos humanos: tratados internacionales. III. Derecho a la buena administración. IV. Políticas públicas. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Daniel Alejandro González Del Rincón

*Tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cada vez que la igualdad nos descaracteriza.*

Boaventura de Sousa

### I. Introducción

Las siguientes líneas se adentran en la forma en que se construyen las políticas públicas con perspectiva en derechos humanos en México y las instancias encargadas de diseñarlas, implementarlas y evaluarlas. También se reflexiona sobre el papel que juega la Administración pública para garantizar estos derechos.

Para reflexionar sobre lo anterior, se realiza un recorrido sobre el surgimiento de los derechos humanos y la forma en que se estructuran en tratados internacionales y en la Constitución mexicana. En dichos documentos se establecen dimensiones básicas, es decir, las condiciones de accesibilidad, asequibilidad, calidad, disponibilidad, participación, exigibilidad y actualización de derechos como salud, alimentación, educación, medio ambiente sano, entre otros.

En complemento, el trabajo considera el derecho a la buena Administración pública que, de unos años a la fecha, se erige como una herramienta con que cuentan los ciudadanos para hacerse valer como agentes participativos de un Estado de derecho, donde los entes de gobierno y la Administración pública son sujetos obligados y, por tanto, susceptibles de responsabilidades en caso de no acatar los mandatos en los instrumentos internacionales o en la constitución.



En México también se considera este derecho en diversos artículos de la Constitución, como el 134, que habla del manejo eficiente, transparente y honrado de los recursos económicos por parte de la Federación, entidades y municipios.

O en el artículo 109, sección III de misma normativa, que señala que el actuar administrativo debe regirse por los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Y el artículo 116, sección IX, que abunda sobre las constituciones de los Estados, las cuales están llamadas a garantizar que la procuración de justicia se realice con base en principios como autonomía, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y respeto a los derechos humanos. En suma, estos mandatos podrían configurarse como el derecho a la buena administración, aunque en el país solamente la Constitución de la CDMX lo incorpora.

Dos aspectos a destacar son la trascendencia de la participación ciudadana y el acceso a la información, dentro de la llamada buena administración, pues son pilares en la integración de planes y proyectos, y consecuentemente en hacer valer estos derechos. En la literatura revisada se evidencia que cuando las personas conocen sobre las políticas o programas que las autoridades pretenden, dan su voz y sugieren mejoras en el diseño o implementación de estas. Asimismo, mediante la transparencia se les otorga la capacidad de conocer sobre la aplicación de los recursos en determinada política o programa; incluso, de no estar disponible esta información, el ciudadano tiene la posibilidad –y las instituciones– para exigirla, por derecho, a los llamados *entes obligados*.

En otro apartado se reflexiona sobre qué son las políticas públicas, cómo se mide su impacto y de qué forma es posible mejorarlas. Se profundiza en el rol que tienen la evaluación y el monitoreo; al contar con la medición, las autoridades pueden tomar decisiones fundamentadas para incidir de forma eficaz y eficiente en resolver el problema para el que fueron creadas.

Asimismo, se revisarán algunos ejemplos de cómo las instituciones mexicanas –en particular, la Secretaría de Gobernación y el Coneval– evalúan la aplicación de las políticas públicas enfocadas en derechos humanos.

En suma, el entramado de este andamiaje teórico pretende ser una reflexión sobre cómo generar o bien mejorar la implementación de

políticas públicas, en especial las enfocadas en derechos humanos como el acceso al agua, a la salud, al medio ambiente sano y sus derechos interconectados.

## **II. Viraje al enfoque en derechos humanos: tratados internacionales**

Como se sabe, tras la Segunda Guerra Mundial, en las naciones del orbe surgió la reflexión en torno a la protección de la dignidad humana por medio de la garantía de los derechos sociales. La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1945) y la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fijaron un ideal común:

por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción (párr.8).

Con ello, la aspiración apuntaba a que los países firmantes dotaran de derechos básicos a las personas más vulnerables, en aras de garantizar un Estado de bienestar para el desarrollo pleno de la persona humana. Estos derechos representan “aquellos reconocimientos mínimos sin los cuales la existencia del individuo o la colectividad carecerían de significado y de fin en sí mismas” (Díaz Müller, 1992, como se citó en Cornelio Zamudio, 2018, pág. 324).

El arribo de los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) constituyó la ampliación del marco de protección y garantía a derechos como la salud, la educación, la alimentación y el acceso al agua potable. Respecto a cómo se logrará la efectividad de los derechos que reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1976), su artículo 2 enuncia:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En la Observación General 3 del PIDESC, relativa a las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2), se destaca que estas obligaciones incluyen que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación...". Esta acción, por una parte, impele a los Estados a brindar un trato igual, las personas o pueblos, en aquellos casos en los que tratarlas de manera diferente implique inferiorizarlas (González Plessmann, 2008, pág. 3).

Según la CEPAL (2007, pág. 26, citada por Cunill, 2010, pág. 68) la progresividad se refiere a la gradualidad en la exigibilidad de un derecho, atendiendo a que "los derechos deben jerarquizarse ya que los recursos para satisfacerlos son escasos" (pág. 26); así, la progresividad consiste en que los mínimos garantizables deben incrementarse gradualmente.

Otra de las obligaciones consiste en el compromiso contraído de "adoptar medidas"; si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograrlo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

A las anteriores, Cunill (2010) agrega el principio de exigibilidad, que "se fundamenta en el aserto de que para asegurar el ejercicio de un derecho no basta con instituirlo y en proveer los respectivos servicios, sino que es necesario que existan reales obligaciones sobre los responsables de su concreción ante la ciudadanía" (pág. 48).

Estas condiciones de accesibilidad, asequibilidad, calidad, disponibilidad, participación, exigibilidad y actualización, en derechos como salud, alimentación, educación, ambiente sano, entre otros, los cuales deben ser entregados por los Estados considerando que son "derechos sociales que representan necesidades vitales para la realización de la vida en todas sus etapas y procesos" (D'Elía, 2001, pág. 81).

De este modo, se tiene un marco de acción con los elementos básicos de cada uno de estos derechos esenciales; se trata de dimensiones que pueden contribuir al diseño de políticas sociales bajo un enfoque de derechos garantizados (Rosenblüth, 2013).

La Observación General 3 del PIDESC (1976) también amplía sobre cómo dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas para garantizar los derechos humanos, ya que se dice que estas se han de

implementar “por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” (párr. 8), antes bien, se explica en la Observación, “se debe dar a la frase ‘por todos los medios apropiados’ su significado pleno y natural” (párr. 4).

Los distintos tratados y pactos realizados por comités de Naciones Unidas –como el referido PIDESC–, así como las observaciones generales, consagran otros principios medulares “como la igualdad y no discriminación, la participación, la coordinación y articulación entre niveles y órdenes de gobierno, la cultura de derechos humanos, el acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas y el acceso a mecanismos de exigibilidad” (Berrios, 2013, pág. 5), los cuales deben ser observados en la elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas.

Como se verá, estos derechos son prerrogativas de todas las personas y la obligación de su cumplimiento recae principalmente en las autoridades, al ser actores de la esfera de gobierno (Rojas, 2020).

La otra cara de las obligaciones estatales radica en “el poder de los sujetos de derecho para ejercer una libertad sin interferencia o coacción y el poder para exigir los bienes y/o servicios requeridos para satisfacer nuestras necesidades de vida digna”; es decir, se trata de sujetos con capacidad de disponer y exigir, trascendiendo la visión tradicionalista, donde a las personas y a los pueblos se les daba un rol “de objeto necesitado y expectante de la acción del Estado” (Abramovich, 2006, pág. 48) a uno donde son sujetos protagónicos, capaces de disponer y exigir (González Plessmann, 2008), con instrumentos para mantener vigentes estos derechos (Guendel González, 2002, pág. 107).

## **México y la reforma constitucional en la materia**

La perspectiva en derechos humanos está plasmada en la carta magna. Y lo está de una forma que impele a los tres poderes de los tres niveles de gobierno, así como a las instituciones y a los funcionarios públicos, los cuales deben realizar sus labores considerando este enfoque. Así lo señala el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM):

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su

protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Con esta reforma, realizada en junio de 2011, el Estado mexicano asienta la noción de derechos humanos en su marco legal, destacando aspectos como el principio pro persona, que busca la mayor protección a los seres humanos.

Asimismo, menciona el papel que tienen las autoridades, las cuales –en el ámbito de sus competencias– están obligadas a procurar el cuidado y garantía de los derechos humanos aplicando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo cual supone un enfoque integral para hablar de cualquiera de estos derechos (Berrios, 2013, pág. 4; Cornelio Zamudio, 2018, pág. 325; Rojas, 2020).

En suma, lo que indica la Constitución derroca la creencia de que la defensa de los derechos sólo atañe al gobierno federal o a las autoridades judiciales; se puntualiza que, con esta reforma, “desde el marco constitucional hasta llegar a la normatividad disciplinaria y penal, todos los funcionarios del Estado están obligados a la defensa y promoción de los derechos” (Torres-Ávila, 2016, pág. 62).

### **III. Derecho a la buena administración**

El significado de la buena administración está en “elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, también actuar con transparencia, con probidad” (Durán Martínez, 2010, pág. 189, citado por Rodríguez-Arana, 2011, pág. 5).

No se trata de otra forma de gobierno, sino de que las instituciones reconsideren sus actuaciones “para garantizar viejas garantías: igualdad, legalidad, participación, en un mundo diferente” (Torres-Ávila, 2016, pág. 11); con ello, el ejercicio del poder público ha de conducirse de forma que:

...se respeten los derechos humanos relacionados con la Administración Pública con el fin de que no se les vulnere a los ciudadanos, (...) para que así el poder público atienda con objetividad los intereses generales de forma y manera que se realicen al servicio del bienestar general (Cornelio Zamudio, 2018, pág. 342).

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) de diciembre de 2000, se plantea el derecho a una buena administración como forma de combatir las irregularidades que hay en la Administración pública. Por ello, en su artículo 41 apunta que este derecho consiste en que “toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable” (párr.1). Se precisa que la buena administración incluye “el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente” (párr. 3) y “el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones” (párr. 4).

Otro aspecto de vital trascendencia que se considera en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) es que “toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones”, ello de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados parte de la Unión Europea; lo anterior, implica la responsabilidad del Estado en el posible daño que sus instituciones o funcionarios hayan infringido a una persona.

En sintonía con este documento, se sigue que el derecho a una buena Administración pública es “la obligación de la administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresen constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general” (Rodríguez-Arana, 2011, pág. 6); se trata, pues del poder público “para la libertad solidaria de los ciudadanos, la regulación adecuada de los intereses y necesidades de la sociedad, y que esta sea impartida de manera correcta de parte de las autoridades” (Cortés Zamudio, 2018, pág. 333).

Hay un segundo documento a considerar que aborda de manera más específica el derecho a la buena Administración pública. Desde su preámbulo, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del

Ciudadano en Relación con la Administración Pública del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) (2013), precisa que los ciudadanos no son simples receptores de bienes y servicios públicos; en cambio, “son protagonistas principales de los asuntos de interés general, y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública” que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural (pág. 2).

En este sentido, como administradores y gestores de los tres poderes, y en representación del pueblo, los legisladores, gobernantes y jueces deben ejercer el poder rindiendo cuenta de su ejercicio ante la ciudadanía, a través de los mecanismos dispuestos en los ordenamientos jurídicos.

En el instrumento iberoamericano referido, se plantea que, dentro de tal paradigma, donde se definen e implementan las políticas públicas, cobra relevancia la obligación de proceder a una buena Administración pública, dirigida a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas.

En mayor detalle, el capítulo tercero de esta Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano se dedica al “derecho fundamental a la buena Administración pública”, así como a los derechos que derivan de este. El artículo 25 define que “el derecho fundamental a la buena Administración pública consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana” (CLAD, 2013, pág. 9).

En los siguientes apartados, el texto establece otros componentes de este derecho, entre ellos: el derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; el derecho a la tutela administrativa efectiva; el derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativo y justo; el derecho a presentar por escrito o de palabra, peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas; el derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración pública; el derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que puedan afectar; derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés; derecho a servicios públicos y de interés general de calidad; derecho a

conocer y opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa, entre otros (CLAD, 2013).

En adición, Rodríguez-Arana (2011) –quien cita el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978–, considera que la Administración pública “debe ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente como objetivo central ‘la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás’” (pág. 16).

Torres-Ávila (2016) distingue tres aspectos del núcleo duro del llamado “buen gobierno”, término que, como se verá enseguida, guarda amplia similitud con el de buena administración:

2. El proceso por el cual aquellos que ejercen el poder de gobernar son elegidos, monitoreados y reemplazados.
3. La capacidad de un gobierno de manejar efectivamente sus recursos y la implementación de políticas estables.
4. El respeto de los ciudadanos y el Estado hacia las instituciones que gobiernan las transacciones económicas y sociales para ellos (pág. 13).

Respecto de lo que podría considerarse como buena administración, el artículo 134 de CPEUM establece:

Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación y las entidades federativas, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo precedente.

Si bien en las líneas precedentes la carta magna no expresa claramente el precepto de “derecho a la buena administración”, como ocurre en los tratados internacionales, guarda amplio paralelismo con los términos empleados para definir la forma en que debe ser administrado el recurso público.

De igual forma, el artículo 109, sección III de la CPEUM advierte que “se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones”. En la misma sección de este artículo,



líneas adelante, explica que “los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas”.

En similitud, el artículo 115, sección II, literal a, referente a la personalidad jurídica y facultades de los municipios, asienta:

Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad.

Y de nuevo en el artículo 116, sección IX, la CPEUM señala que en las constituciones de los estados de la República se garantizará “que las funciones de procuración de justicia se realicen con base en los principios de autonomía, eficiencia, imparcialidad, legalidad, objetividad, profesionalismo, responsabilidad y respeto a los derechos humanos”.

Con la suma de estos artículos, y otros relativos al tema en la CPEUM, puede decirse que México cuenta con normativa que considera cómo deber ser la buena administración, así como las sanciones por incumplir con ella.

Por otra parte, la Constitución de la Ciudad de México reconoció expresamente este derecho al incorporar ambos términos en su Título Sexto, “Del buen gobierno y la buena administración”. A continuación, se transcribe el artículo 60, “Garantía del debido ejercicio y la probidad en la función pública”.

1. Se garantiza el derecho a la buena administración a través de un gobierno abierto, integral, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente, austero incluyente, y resiliente que procure el interés público y combata la corrupción. (...) Asimismo, se deberán generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental a fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales. La ley establecerá los mecanismos para su cumplimiento. (...) Los principios de austeridad, moderación, honradez, eficiencia, eficacia, economía, transparencia, racionalidad y rendición de cuentas, son de observancia obligatoria en el ejercicio y asignación de los recursos de la Ciudad que realicen las personas servidoras públicas. (...) Su aplicación será compatible con el objetivo de dar cumplimiento a los derechos reconocidos en esta Constitución y las leyes.

No obstante, ya se considera en la capital del país, recientemente, el tema del derecho a la buena administración se ha puesto sobre la mesa en la Cámara de Diputados y en la de Senadores con la intención de precisarlo en la CPEUM.

Con esto, se ve que, aunque se ha avanzado en la materia, resulta fundamental “colmar las lagunas aún existentes y mejorar la regulación incentivadora del buen gobierno y la buena administración, con adecuación a las necesidades de cada país” (Ponce Solé, 2016, pág. 240). Quizá por ello, el aparato legislativo federal ha buscado la forma de instaurarlo en la carta magna.

En marzo de 2020, el grupo parlamentario del PRD en la Cámara de Diputados federal presentó una iniciativa para adicionar un párrafo sexto al artículo 4º de la Constitución<sup>3</sup>, referente al “derecho fundamental a la buena administración pública”. En la iniciativa se explica que incluir este derecho “se traduce en la obligación de las administraciones públicas de respetar y promover la dignidad y los derechos humanos en el ejercicio de la función pública, y de actuar efectivamente al servicio de las personas”.

Algunos meses después, en entrevista a la Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República, el 9 de agosto de 2020, la senadora Geovanna Bañuelos de la Torre propuso una iniciativa que plantea este derecho “para reconocer cuando se cumple con expectativas ciudadanas en la medida de las posibilidades y la disponibilidad presupuestal y ofreciendo resultados medibles y comprobables” (párr. 1).

La representante popular justificó su propuesta basándose en los dos instrumentos referidos en este apartado, puntualizando que “el buen gobierno implica que el Estado debe prestar servicios de calidad para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, así como brindar atención de calidad a la ciudadanía” (párr. 5).

#### **IV. Políticas públicas**

La política pública interpreta y procesa “explícita y participativamente las demandas tácitas y manifiestas de la sociedad” (Guendel González,

---

<sup>3</sup> El texto se puede leer completo en:  
[http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun\\_4020264\\_20200318\\_1584563252.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4020264_20200318_1584563252.pdf)

2002, pág. 112); de esta forma, surge un conjunto de relaciones Estado-sociedad que plantean un problema político, institucional y conceptual (D'Elia, 2001, pág. 19)

En términos de Roth Deubel (2008, como se citó en Cornelio Zamudio, 2018), se entiende por políticas públicas:

Un conjunto conformado por uno o varios objetivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con el fin de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (pág. 330).

Para su diseño debe considerarse el principio de interdependencia de los derechos, “por lo que no basta un listado focalizado de obligaciones, sino que se deben buscar y conocer todas aquellas vinculadas con el campo a atender” (González Plessmann, 2008, pág.2).

De acuerdo con algunos especialistas, existen cuatro momentos en el ciclo de una política pública:

- a) Su incorporación a la agenda de gobierno, con base en las demandas sociales y/o la decisión gubernamental de encarar un determinado problema o desafío;
- b) El diseño de política pública, con la definición de los objetivos, medios, actores y acciones que se pretenden poner en marcha de modo coordinado;
- c) Su ejecución o implementación efectiva;
- d) La evaluación y monitoreo de su impacto (Santiago, 2018, pág. 3; Fernández Arroyo y Schejtman, 2012, pág. 44-45; Cornelio Zamudio, 2018, pág. 330).

El elenco de las diversas políticas públicas suele estar vinculado con las distintas áreas del gobierno y con la organización de los demás organismos de la Administración pública que tienen a su cargo, la gestión de los asuntos comunes. De este modo, se habla de políticas públicas principales o permanentes, como la política de seguridad; la política económica, con todos sus componentes; la política de educación; la política de salud; la política de desarrollo social; la política ambiental; las políticas de transparencia, acceso a la información y gobierno abierto, entre otras (Santiago, 2018, pág. 4).

Pero, más allá de recaer en órganos de gobierno o de la Administración pública, las políticas públicas expresan lo que la comunidad política en su conjunto realiza para alcanzar el logro de determinados objetivos y bienes públicos; al construir herramientas de

comprensión de la acción pública y del estado, son en sí un proceso de construcción a una sociedad (Aguilar Villanueva, 2004, como se citó en Cornelio Zamudio, 2018, pág. 331).

Además, coincidiendo con Lahera (2002), “no basta con tener políticas ‘correctas’”, si el estado no cumple con asegurar la gobernabilidad democrática, el desarrollo de la institucionalidad económica y la provisión de seguridad pública (pág. 5).

Allende a lo anterior, si se está de acuerdo en que en un Estado de bienestar las necesidades se consideran como bienes y servicios, o se asimilan a las formas en que éstos se satisfacen, las necesidades estarían cubiertas “porque las políticas producen un determinado volumen de bienes y servicios que corresponde a la magnitud de la población”, o bien que se atendieron las necesidades “porque se cubrió una demanda de atención” (D’Elia, 2001, pág. 78).

Empero, contar con bienes o servicios podría no significar en automático la satisfacción de una necesidad, ya que éstos pueden no ser adecuados a los distintos requerimientos de las personas, pues difieren de una a otra.

En este sentido, las necesidades sociales son todos aquellos ámbitos esenciales que permiten alcanzar individual o colectivamente una plena condición de calidad de vida; al garantizarse como derechos, deben constituirse como el principal objeto de respuesta por parte de los entes que tienen a su cargo la función pública (D’Elia, 2001, pág. 79).

Téngase en cuenta que el objetivo de incluir la perspectiva de los derechos humanos en la Administración pública es regular, de forma racional, los intereses generales de los ciudadanos, lo que constituye “una concepción más justa y humana del poder” (Cornelio Zamudio, 2018, pág. 33).

Con esto, las instituciones deben apostar por la integridad de los procedimientos de elaboración, ejecución y evaluación de planes de acción, mediante el respeto de principios básicos, es decir, “una amplia participación nacional, que incluya la sociedad civil; el apoyo gubernamental irresoluto; la transparencia de las operaciones; una amplia difusión; sostenibilidad a largo plazo y eficacia en las estrategias” (Peña Guzmán, 2008, pág. 3).

Cabe recordar que el derecho internacional no formula políticas, sino que establece estándares para que cada Estado las defina de acuerdo a sus necesidades y contexto local. Y esta labor tampoco recae en los

mecanismos de supervisión o en los jueces; en todo caso, la función de estos últimos es confrontar las políticas adoptadas con los estándares jurídicos aplicables y —de hallarse divergencias—, “reenviar el caso a los poderes pertinentes para que ellos ajusten su actividad” (Abramovich, 2006, pág. 43).

La inclusión del enfoque en derechos humanos en las políticas públicas debe responder a contextos específicos, “propender por soluciones a los problemas públicos que a su vez garanticen la realización de los derechos humanos”; a su vez, busca que existan políticas públicas más transparentes en las que los titulares de derechos puedan conocer y evaluar cómo se gestionan y ejecutan las políticas públicas y los presupuestos, y evaluar desde la ciudadanía estas acciones (Berrios, 2013, pág. 24).

Una vez que se introduce el enfoque de derechos humanos en la adopción de políticas, el primer paso para formularlas es tener en cuenta que las personas tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que originan obligaciones jurídicas y generan mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad.

Lo anterior, se coincide con Abramovich (2006), procura cambiar la lógica de la relación entre el Estado y los beneficiarios de las políticas, pues “ya no se trata sólo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales”, al tener en cuenta este enfoque, se está ante “titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos” (pág. 40).

Peña Guzmán (2008) distingue dos caminos de los derechos humanos en las políticas públicas: de una parte, estos deben inspirar las políticas; en este caso, se trata del enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Por otra parte, se refiere a las políticas públicas en materia de derechos humanos, donde la realización de éstos requiere de políticas públicas específicas (pág. 1).

A su vez, las políticas públicas en materia de derechos humanos pueden ser tanto generales como específicas: las primeras se orientan a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos en los contextos nacionales específicos, en tanto que las políticas públicas específicas en materia de derechos humanos se orientan a resolver problemas públicos específicos directamente relacionados con la realización de los derechos humanos, como los referidos a la educación, la salud y el empleo (Peña Guzmán, 2008, pág. 2).

Ahora bien, el preguntarse sobre la eficacia de una determinada política implica preguntarse sobre cómo se implementa, es decir:

sobre el nivel de racionalidad de su organización interna, sobre el grado de predictibilidad de la actuación del personal implicado, sobre las pautas de dirección seguidas y la claridad en los niveles de responsabilidad, sobre el nivel de respuesta o de reacción que la aplicación de la política genera en la misma organización, o sobre la adecuación de los recursos destinados a esta política con los objetivos planteados (Subirats, 1992, pág. 140).

Además, es necesario reflexionar sobre el objeto que se persigue con la evaluación de una política pública. Si se trata de justificar nuevos programas o políticas, ya sea para asegurar la mejor forma de implementar cabe entonces “examinar cuáles han sido los resultados de los programas implementados que pretendían afrontar el problema, evaluando sus resultados y las dificultades encontradas” (Subirats, 1992, pág. 144).

Por otro lado, si el interés se centra en la implementación de la política, se debe optar por otra vía de información, como “conocer el grado de operatividad del programa, las diferencias de aplicación que se hayan podido producir en distintos momentos o lugares, cuál ha sido la reacción de los actores implicados, qué errores o abusos se han producido, etcétera” (Fernández Arroyo y Schejtman, 2012, pág. 70). En este sentido, resulta decisivo conocer el grado de impacto de la política pública sobre el problema planteado, a fin de evaluar “cómo variar o incluso eliminar el programa analizado” (Subirats, 1994, pág. 144).

### **Transparencia, acceso a la información y participación ciudadana**

Aparejado a los conceptos de buena administración y buen gobierno, aparece la “transparencia”, que de acuerdo con la OCDE (2006, como se citó en Torres-Ávila, 2016), es “el proceso por el cual la información de las condiciones existentes permite ser accesada [sic] para la toma de decisiones y acciones, de manera visible y entendible” (pág. 18).

Junto a la participación, la transparencia es de vital importancia “para la prevención de la corrupción y el logro de un buen gobierno y una buena administración” (Ponce Solé, 2016, pág. 227). La transparencia es entendida como una herramienta orientada a mejorar el desempeño de la democracia, “un instrumento de acción colectiva diseñado para hacer efectiva la rendición de cuentas, combatir la

corrupción y desarticular el sistema de impunidad” (Sandoval Ballesteros, 2013, pág. 136, como se citó en Torres-Ávila, 2016, pág. 23).

Aunque dicha acción colectiva implica que tanto ciudadanos como gobierno se involucren en una “alfabetización participativa” (Torres-Ávila, 2016, pág. 24); dicha participación ciudadana se traduciría “en más democracia y en más eficiencia en los servicios públicos, y con ello en una mayor probabilidad de que efectivamente permitan el despliegue del enfoque de los derechos sociales consagrados” (Berrios, 2013, pág. 22).

Por ello, es claro que el Estado participa tanto en el diseño como en la gestión y la evaluación de las políticas públicas; sin embargo, son cada vez más las organizaciones sociales y las personas quienes también se suman a estos procesos (Lahera, 2002, pág. 10).

Se pone de manifiesto entonces que la participación permite una distribución más equitativa del poder y una mayor visibilidad de los problemas sociales, pues “sin información adecuada y sin la participación y el consenso de quienes deben beneficiarse de las políticas, éstas corren el riesgo de fracasar” (González Plessman, 2008, pág. 4); en este sentido, la participación fomenta la efectividad de las políticas, a la vez que las legitima.

Estas consideraciones sobre los ciudadanos como sujetos activos, informados, que cuestionan y toman parte de las decisiones de la administración, conllevan el impulso de una cultura de responsabilidad social, necesaria para realizar los derechos humanos, pues se busca que sea una estrategia de protección de los intereses de las personas, más allá de un “discurso de conveniencia internacional o de simple relegitimación espuria del orden democrático” (Torres-Ávila, 2016, pág. 62).

Por tanto, la participación activa de la ciudadanía “debe ocupar un lugar preferencial en los planes operativos de las instituciones públicas” (Güendel González 2002, pág. 117); lo anterior aspira a incluir a todos los sectores de la sociedad en los procesos políticos y sociales de desarrollo, esto mediante “un adecuado acceso a la información pública y un caudal de información disponible que brinde elementos para evaluar y fiscalizar las políticas y decisiones que los afectan directamente” (Abramovich, 2006, pág. 46).

## **Evaluación y monitoreo de indicadores de políticas públicas**

En México los tratados internacionales y la legislación en materia de derechos humanos se han concretado en planes, estrategias y objetivos del gobierno mexicano para mejorar las condiciones de vida de la población; además de ello, instancias como el Coneval –emanada de la Administración pública– miden el impacto o trascendencia de las políticas, lo que las convierte en un elemento sustancial para procesos de transparencia y rendición de cuentas, “además de que permiten hacer cambios oportunos en el diseño de las políticas cuando no se logran los efectos deseados”(Rojas, 2020).

En este sentido, se destaca el trabajo hecho por la Secretaría de Gobernación (Segob), que coordina el Sistema Nacional de Evaluación del Nivel de Cumplimiento de Derechos Humanos<sup>4</sup>, plataforma con la que cualquier persona o tomador de decisión puede conocer el estado de los derechos allí incluidos.

Este sistema mide los niveles de goce y ejercicio de los derechos humanos que el Estado mexicano se comprometió a cumplir; la herramienta evalúa y da seguimiento a las políticas públicas vinculadas a la materia; con la experiencia de estos indicadores, se explica en el sitio de internet del sistema, pueden aportar al proceso de diseño de políticas públicas tendientes a asegurar que se garantice el prisma de los derechos humanos.

Al adentrarse en el sitio de internet, se encuentra información pública, accesible, masiva, que incluye los tratados internacionales ratificados por México, así como cifras oficiales de programas y políticas públicas relativos a derechos prioritarios: educación, salud, alimentación adecuada, medio ambiente sano, beneficios de la cultura, trabajo y derechos sindicales.

La intención de este sistema, explican, es “mejorar la acción estatal en materia de derechos humanos, a partir del establecimiento de procesos sólidos y permanentes de evaluación y diagnóstico”; también, plantean como objetivo impulsar la transparencia y rendición de cuentas, y generar bases de información pertinente para evaluar las políticas públicas en materia de derechos humanos.

Para citar dos ejemplos, en el rubro del derecho al medio ambiente sano, se habla de la “Política pública o programas para la

---

<sup>4</sup> Se puede consultar en el sitio: <https://sneh.segob.gob.mx/>



promoción del derecho a un consumo mínimo vital de agua potable”; sin embargo, la “evidencia” de la política pública está basada –remite– al Programa Nacional Hídrico 2014-2018, donde se dice que “se cuenta con elementos que promueven el consumo mínimo vital de agua potable”.

A continuación, se apuntan el Objetivo 3, “Fortalecer el abastecimiento de agua y el acceso a los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento”, la Estrategia 1, “Incrementar la cobertura de los servicios de agua potable y alcantarillado” y la Línea de acción 2, “Suministrar agua de calidad para el uso y consumo humano para prevenir padecimientos de origen hídrico”. En este punto no se proporcionan cifras o datos que permitan saber el nivel de acceso, como para hablar de “cumplimientos”.

En el rubro de educación, la referida plataforma proporciona cifras sobre el porcentaje de alumnos que participan en el programa Escuelas de tiempo completo; la información desglosada cubre los ciclos escolares 2016-2017 y 2017-2018 en las entidades federativas y en el país.

Al hablar de mediciones, cabe referir al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), que es la instancia encargada de realizar la medición de la pobreza y evaluar la política de desarrollo social en México. Realiza esto para “que el país cuente con información sobre las carencias económicas y sociales que enfrenta la población”, así como de los avances y los retos de política pública de los tres órdenes de gobierno para la mejora de las condiciones de vida de las personas.

En el sitio de internet del Sistema de Información de Derechos Sociales (SIDS)<sup>5</sup>, el Coneval profundiza en que a la vez que es importante conocer cuántas personas tienen acceso básico a los derechos sociales, también es necesario conocer la calidad, la disponibilidad y la accesibilidad de los servicios que ofrece el Estado, esto para que la población ejerza sus derechos sociales conforme lo establece la CPEUM. En particular, se aclara que este sistema:

---

<sup>5</sup> La página de internet del SIDS ofrece un resumen de los rasgos y finalidades del sistema. Esta información, así como los documentos con los indicadores que se revisan más adelante, están disponibles en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Sistema-de-informacion-de-derechos-sociales.aspx>

Permite conocer el avance y los retos en la materialización del ejercicio de los derechos sociales en la vida de las personas.  
Identifica el grado de disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios que presta el Estado para que la población ejerza plenamente sus derechos.  
Contribuye a identificar brechas y rezagos de manera específica, brindando así insumos a los hacedores de la política social y tomadores de decisiones para orientar y dar seguimiento a la política social (CONEVAL).

Por otra parte, llama la atención que el CONEVAL (2021) destaque que en la construcción del Sistema (“incluso desde la primera fase”) se encontraron “vacíos de información en aspectos fundamentales de las normas que establecen los mecanismos de acceso o ejercicio de los derechos” (pág. 29-30); de este modo, no se les pudo dar seguimiento al no estar incorporados en ninguna fuente de información, o por no haber antecedentes.

Esto puede deberse a que el enfoque de derechos humanos “aún no ha llegado a transversalizarse como un eje central de la producción de información estadística a cargo del Estado”. A esto se agrega que los registros administrativos generados por las instituciones que tienen a su cargo el acceso y la atención de la población en servicios esenciales, “aún no cuentan con la sistematicidad y accesibilidad suficientes como para considerarles fuentes de información robustas y continuas” (Coneval, 2021, pág. 30).

Por brindar un ejemplo, respecto del Indicador de Acceso Efectivo a la Vivienda, el SIDS registra el “Porcentaje de población que tiene acceso al agua entubada todos los días dentro de la vivienda, respecto a la población total”, en la dimensión de “disponibilidad”.

Además, explica el algoritmo y precisa el fundamento normativo nacional e internacional de este indicador, el Coneval refiere su relevancia: “Conocer la proporción de personas que cuentan con suministro diario en la vivienda permite mejorar los mecanismos de distribución de este servicio básico”.

En este caso, el Coneval muestra el porcentaje de población que cuenta con suministro de agua dentro de la vivienda por entidad federativa. Con los datos recabados, señala que 55.5 por ciento de la población, es decir, 70 331 703 habitantes de los 126 742 218 contados en México para 2020.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> De acuerdo con los censos en los que se basa Coneval para realizar las mediciones.

Más allá de este ejemplo, el Coneval incorpora cifras desglosadas del acceso a otros derechos; de este modo, además del derecho a la vivienda, muestra porcentajes de acceso en distintos indicadores relativos a seguridad social, salud, educación y alimentación.

## V. Conclusiones

En el presente capítulo se reflexionó sobre el origen y devenir de los derechos humanos, así como su incorporación en el marco normativo, que a la postre se implementó en los países bajo la forma de “Estado de bienestar”. Con ello, México se suma a los esfuerzos de protección y garantía de estos derechos, al reconocer este enfoque y, además, marcar que sus instituciones y funcionarios deben regirse bajo el mismo.

El derecho a una buena administración alude a la concreción de un gobierno eficiente, eficaz, que garantice al ciudadano una buena función pública por parte de las instituciones y sus trabajadores.

La carta magna no considera expresamente este derecho como tal. Sin embargo, en distintos artículos la CPEUM enmarca lo que ha de entenderse como “buena administración pública”, así como las consecuencias que tiene para los funcionarios no acatar.

En este sentido no se requeriría una nueva ley, o que los diputados añadan párrafos a la Constitución, cuando este derecho –que los autores consultados consideran como un derecho humano, y por tanto interdependiente del resto de derechos humanos– aparece garantizado en una y otra parte de la CPEUM.

Inclusive existen instituciones en el organigrama gubernamental que garantizan la protección de estos derechos, como la Secretaría de la Función Pública, el instituto de transparencia federal y los estatales, así como los órganos de control interno de las dependencias; entonces, ¿por qué aún falta transparencia, acceso a la información y participación ciudadana en algunas acciones de gobierno?

Esto se volvió tangible al hablar de políticas públicas; si bien los tratados internacionales brindan la pauta sobre cómo los Estados deben entregar derechos esenciales, son los países a través de su aparato gubernamental quienes implementan programas y políticas de bienestar social acorde a sus características y necesidades.

El contexto mexicano revela que existen políticas públicas implementadas, aunque el Estado se limita a contar la información y

los datos, y a presentarlos a la ciudadanía. En este contexto, se abundó en la forma en que se construyen las políticas públicas, qué deben incluir para resultar efectivas y cómo es la evaluación del acceso a estos derechos.

Respecto de la autoridad en la que recaería hacer valer la aplicación de este enfoque, estarían implicados los tres poderes, las comisiones de derechos humanos y la ciudadanía.

El Ejecutivo y sus órganos para diseñar e implementar los planes y programas –los que garantizan derechos humanos incluidos–; luego de su aplicación, debe velar por el monitoreo y evaluación de los mismos, así como proveer los medios de acceso a la información, para resultar transparentes.

Por otra parte, la función de los diputados es encuadrar qué derechos son sujetos a garantía y protección, así como las obligaciones del Estado y los ciudadanos hacia el mismo.

El Judicial para dictar jurisprudencia sobre afectaciones a derechos humanos, y para evitar su repetición. Además, para especificar contenidos de los derechos, con los cuales avanza el sistema.

A su vez, tocaría a las comisiones de derechos humanos –tanto a la nacional como a las locales– hacer las recomendaciones pertinentes a los gobernantes e instituciones, en caso de que las personas se vean vulneradas en su dignidad por las instituciones.

Y no menos importante, los ciudadanos en cuanto a sujetos activos, quienes están llamados a ser partícipes de las decisiones de gobierno y de los resultados de sus acciones.

Tanto las normativas presentadas como los autores considerados para estas líneas, reiteran sobre la importancia de que los ciudadanos sean parte del proceso –diseño, implementación y evaluación– de las políticas públicas, tanto como receptores y peticionarios de información, como siendo figuras con capacidad de incidir en cambios positivos de las mismas.

Por otra parte, si bien existen instrumentos, planes, estrategias y objetivos del gobierno federal, y se manifiestan a través de indicadores medibles que hablan de acceso, estos se encuentran desarticulados, o bien la información proporcionada puede catalogarse como “muy esencial”, al menos en el caso del Sistema Nacional de Evaluación del Nivel de Cumplimiento de Derechos Humanos de la Segob.

En cuanto al monitoreo realizado sobre los porcentajes y cifras de acceso proporcionado por el Coneval a través del SIDS, se encuentra mayor especificidad en el acceso a los derechos, así como información actualizada que sustenta y permitiría generar políticas o programas, o bien incidir sobre los ya existentes.

Aunque, por otra parte, como se dijo, el mismo Coneval admite que hay “vacíos de información en aspectos fundamentales de las normas que establecen los mecanismos de acceso o ejercicio de los derechos”, lo cual no es un aspecto menor, pues evidencia que aún falta “transversalizar” el enfoque basado en derechos humanos.

Lo que debe hacerse en concreto es hacer valer los principios rectores de la carta magna, primero –y fundamentalmente– el reconocimiento de los derechos humanos, su garantía y protección por parte del Estado mexicano y sus funcionarios. Y segundo, para vigilar el correcto proceder de las instituciones y los funcionarios públicos.

Para finalizar, se hace hincapié en el rol de los sujetos que están llamados a garantizar y proteger, a hacer válidos los principios constitucionales en materia de derechos humanos: el enfoque apela a que estos preceptos permeen en las instituciones y consecuentemente en los funcionarios, para garantizar un trato digno –eficaz, eficiente, oportuno, legal, honrado– a los ciudadanos en todo aspecto de la Administración pública, sea relativo a salud, medio ambiente sano, educación o acceso al agua potable.

## VI. Referencias bibliográficas

Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, 88, 35-50. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/11102-aproximacion-al-enfoque-derechos-estrategias-politicas-desarrollo>

Bañuelos de la Torre, G. (2020) <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/comision-permanente/boletines-permanente/48815-promueven-reforma-constitucional-para-establecer-derecho-al-buen-gobierno.html>

Berrios Navarro, P. (2013). *Políticas Públicas de y con enfoque de Derechos Humanos. Acercamiento a una definición.*

- <http://grupal.reletran.org/wp-content/uploads/2013/12/Pol%C3%ADticas-P%C3%ABlicas-de-y-con-enfoque.pdf>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (2013). *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. Panamá. [https://intercoonec.aacid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta\\_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf](https://intercoonec.aacid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf)
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2021) *Sistema de Información de Derechos Sociales (SIDS). Hacia una medición del estado del desarrollo*. [https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/SIDS/Documento%20Conceptual\\_Metodologico.pdf](https://www.coneval.org.mx/Medicion/Documents/SIDS/Documento%20Conceptual_Metodologico.pdf)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] (2021). de septiembre 1917 (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cornelio Zamudio, L. (2018). Derecho humano a la buena administración pública. *Perfiles de las Ciencias Sociales* 5(10), 315-344. <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2483/1/434-1866-A.pdf>
- Cunill Grau, N. (2010). Las políticas con enfoque de derechos y su incidencia en la institucionalidad pública. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 46, 41-72. <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533678002.pdf>
- D'Elía, Y. (2001). Las políticas sociales desde el enfoque de promoción de la calidad de vida. Colección *Política Social Local*. Caracas: Fundación Escuela de Gerencia Social / ILDIS / GTZ. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/03824.pdf>
- Fernández Arroyo, N. y Schejtman, L. (2012). *Planificación de políticas, programas y proyectos sociales*. Buenos Aires: Fundación CIPPEC. <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1419.pdf>
- González Plessmann, A. J. (2008). Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: una propuesta para su conceptualización. *Revista Apuntes Andinos*, 23. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1022>

- Guendel González, L. (2002). Políticas públicas y derechos humanos. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, 3(97), 105-125. <https://www.redalyc.org/pdf/153/15309709.pdf>
- Lahera, E. (2002). *Introducción a las políticas públicas*. <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/31352>
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1990). *Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>
- Peña Guzmán, M. M. (2008). Derechos humanos y políticas públicas. *Revista Aportes Andinos*, 21. <http://hdl.handle.net/10644/1003>
- Ponce Solé, J. (2016). El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción, en *El control de la Actividad Estatal 1*. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf>
- Rodríguez-Arana, J. (2011). *El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo*. Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo [Ponencia]. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 25 octubre de 2011. [http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci\\_vmदा/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf](http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmदा/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf)
- Rojas Rueda, A. (20 noviembre de 2020). *Hablemos de agua, derechos humanos y políticas públicas: Los indicadores de derechos humanos al agua y saneamiento para México*. <https://causanatura.org/wiki-cn/hablemos-de-agua-derechos-humanos-y-politicas-publicas->

- los-indicadores-de-derechos-humanos-al-agua-y-saneamiento-para-mexico
- Rosenblüth, M. (2013). *Gobernabilidad democrática y garantías sociales: Hacia una nueva* arquitectura de políticas sociales fundadas en derechos.  
[https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Políticas-Publicas/ROSENBL%3%9CTH\\_M.\\_2013.pdf](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/Políticas-Publicas/ROSENBL%3%9CTH_M._2013.pdf)
- Santiago, A. (2018). El derecho constitucional de las políticas públicas. *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, 10(23), 1-8.  
[https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r23\\_trabajo-8.pdf](https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/pdf/r23_trabajo-8.pdf)
- Subirats, I. (1992). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas-Instituto Nacional de Administración Pública.
- Torres-Ávila, J. (2016). La receta de la nueva legitimidad: el buen gobierno, la transparencia y el gobierno abierto. En J. Torres-Ávila. *La transparencia y el buen gobierno: una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, págs. 9-67.  
<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/18800>
- Unión Europea (2000). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas.  
[https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/EU\\_Carta\\_Derechos\\_Fundamentales\\_Uni%3%B3n\\_Europea\\_2000\\_ES.pdf](https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/EU_Carta_Derechos_Fundamentales_Uni%3%B3n_Europea_2000_ES.pdf)



## Capítulo III

### *El principio de integridad profesional y su codificación para la impartición de justicia en México*

Sumario: *I. Introducción. II. Ética profesional e impartición de justicia. III. El principio de integridad profesional desde la perspectiva de la impartición de justicia. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.*

Yurixhi Gallardo<sup>7</sup>

Alexa Guadalupe Torres Romero<sup>8</sup>

#### I. Introducción

El ejercicio ético de los profesionales del derecho es un tema que tiene importantes repercusiones en la vida social por diversas razones. Entre dichos efectos hay que subrayar que los profesionales del derecho ejercen su labor donde están en juego situaciones de vital importancia para las personas, entre ellas, sus vínculos familiares, su patrimonio, la libertad física. Quienes ejercen una profesión aportan bienes y servicios requeridos por la sociedad (Hirsch Adler, 2003). El no ejercicio ético de los profesionales del derecho es ocasión para indagar en la ética, respecto a su contenido, es decir, ¿a qué nos referimos cuando tenemos expectativas respecto a un ejercicio ético? Por otra parte, cabe preguntarse, desde cada una de las profesiones y ámbitos de ejercicio jurídico, qué se hace para impulsar conductas éticas, así como evaluar su impacto. Cuando abordamos este problema, estamos ante un entramado complejo que involucra el marco jurídico de las profesiones, un marco normativo específico respecto a los ámbitos donde se desempeñan los profesionales, entre otros elementos.

---

<sup>7</sup> Profesora investigadora. Universidad Panamericana. Instituto de Humanidades. ygallard@up.edu.mx <https://orcid.org/0000-0003-1365-0179> Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-I de México. Este trabajo ha sido posible por el apoyo que nos ha brindado el Centro de Ética Judicial, AC., a través de Celia Mizrahi Nedvedovich y Maley Alejandra Infante Moreno, quienes recopilaron los códigos de ética de los supremos tribunales de justicia que aquí comentaremos.

<sup>8</sup> Estudiante de la licenciatura en Derecho. Universidad Panamericana. Instituto de Humanidades. 0214405@up.edu.mx

En cuanto a los profesionales del derecho, también hay que considerar cuál es la función de los operadores jurídicos dentro de los sistemas y la idea acerca de qué es el derecho (Trujillo, 2019). Parece ser que el derecho está ante una crisis de aquella idea positivista donde había una separación entre el derecho y la moral (Vicente y Guerrero, 2021). Resulta paradójico frente a tantos debates y la insistencia de tal división, que la realidad obliga a pensar que tal división es imposible. Por lo tanto, la investigación resulta pertinente y de trascendencia para quienes se dedican al ámbito judicial, así como para todos aquellos profesionales del derecho y la ciudadanía, pues su vida o sus bienes pueden verse impactados por las acciones de quienes ejercen justicia.

La razón para impulsar un ejercicio profesional ético no se limita a evitar el perjuicio económico; sin embargo, en un mundo mercantilizado, este impacto puede ayudar a posicionar a la ética, que parece estar un tanto olvidada mientras no nos afecten situaciones donde los que actúan carecen de ella. Siendo así, podemos citar el laudo arbitral de la dispuesta entre Lion Mexico Consolidated L.P. *vs.* Estados Unidos Mexicanos (*Lion Mexico Consolidated L.P. C. Estados Unidos Mexicanos*, 2021), donde “México es sancionado bajo el estándar internacional de ‘denegación de la justicia’ en un arbitraje inversionista-Estado al amparo del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)” (Jardón, 2021). En los hechos del caso, se ven involucrados, además de empresarios, cuya conducta ética es cuestionable, profesionales del derecho que ejercen distintas funciones. Participaron los asesores de las partes, notarios e impartidores de justicia cuyo proceder puede ser analizado desde una perspectiva ética. La trascendencia del caso, en palabras de Jardón (2021), es que se evidencia “que son las prácticas del día a día, aquellas que muchas veces consideramos normales en la actuación del poder judicial, las que generan un impedimento estructural de acceso a la justicia en el país” (párr. 5).

En las conductas del día a día, es donde la ética busca incidir para lograr la excelencia, “para la ética profesional podría llegar a afirmarse que más importante que descubrir faltas a sus deberes es obtener una firme e íntima adhesión a los mismos para lograr que el servicio se preste con excelencia” (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014, párr. 5). La ética profesional busca incidir en las buenas prácticas. Nadie discute la importancia de la ética en el ejercicio profesional; sin embargo, ante

una realidad de tal envergadura, proponemos distinguir tres momentos diferentes al aproximarse a la ética en el ámbito judicial. En primer lugar, podemos profundizar en la fundamentación iusfilosófica; en segundo término, en su instauración y, por último, su implementación.

Este trabajo es una investigación de corte exploratorio de carácter descriptivo, que tiene como objetivo mostrar qué se entiende por el principio de integridad cuando se hace referencia a este en los códigos de ética judicial de los supremos tribunales de justicia en México. La investigación está dividida en dos apartados: en la primera parte, se aborda la ética judicial y su fundamentación iusfilosófica. En el segundo apartado, analizamos el principio de integridad a la luz de los códigos de ética profesional, lo que denominamos instauración, y, por último, hablamos de los retos de su implementación. Los códigos de ética judicial que han sido analizados fueron obtenidos por las gestiones del Centro de Ética Judicial, AC. En cada uno de los códigos, identificamos en el articulado el principio de integridad.

La aproximación que se hace a la ética profesional por medio de principios o reglas ha tenido un amplio debate los últimos años. Mientras que en Inglaterra se está moviendo a una aproximación basada en principios, Australia tiene un crecimiento en las reglas y en los Estados Unidos se da un enfoque mixto (Baron & Corbin, 2017). Por su parte, en Europa, ha habido un avance importante en la materia a partir de los Principios de Bangalore de 2001, en el marco de las Naciones Unidas (UNODC, 2013). Posterior a ello, aparece el Informe número 3 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la Ética y Responsabilidad de los Jueces (CCJE, 2002), la Declaración de Londres sobre la Deontología Judicial (ENCJ, 2010).

En cuanto a América Latina, el esfuerzo a través del Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2006 fue encaminado a identificar ciertos principios, pues estos se pueden concretar en circunstancias específicas de tiempo y lugar (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014). En los códigos mexicanos, están presentes los principios, valores y también las reglas, por ello es necesario profundizar en su estudio y aplicación ante situaciones concretas. Sumado a esto, en México, aparecen las reglas de integridad con la finalidad de resolver dilemas éticos, por lo que su socialización resulta oportuna para discutir y estudiar su alcance. El Estado de derecho es pilar esencial en la consecución de las metas de la

Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, y alcanzarlo será posible, si los operadores jurídicos actúan éticamente.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) no implican una implementación lineal, se requiere de la alternancia y la correlación, por ello también, al actuar éticamente, los operadores jurídicos impactan en la consecución de otras metas (Botero Pulgarín, 2020). Al profundizar en la impartición ética de justicia, no solo se abona para la consecución del ODS número 16 que hace referencia a la paz, justicia e instituciones sólidas, pues “el Estado de derecho y el desarrollo tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente, por lo que es esencial para el desarrollo sostenible a nivel nacional e internacional” (Naciones Unidas, 2022). La impartición de justicia tiene un impacto directo en los otros objetivos de desarrollo, como ha sido ya ampliamente abordado por la literatura, la consecución del desarrollo es un esfuerzo transversal.

## **II. Ética profesional e impartición de justicia**

La ética profesional es una ética aplicada. En tal sentido, la ética judicial aplica a los profesionales del derecho, en concreto, en el ámbito de la impartición de justicia. Existen dentro de las profesiones tantas éticas aplicadas como profesiones. Sin embargo, todas son coincidentes respecto a su sustento, que es la ética general y el principio de la dignidad humana. No podemos ignorar el hecho de que, al ser la ética una rama de la filosofía, existen diversas consideraciones fruto de una diversidad de corrientes filosóficas, ello constituye una dificultad al abordar esta materia. Ante esto, hay que realizar un esfuerzo para tender puentes y hallar los puntos de encuentro en las diversas aproximaciones a la ética judicial. Dentro de este marco, los códigos de ética son esos puentes y resulta alentador que, en la ética judicial, “llegar a consensos razonables es un objetivo más fácil de lograr” (Atienza, 2008, pág. 31). En este trabajo, al hacer referencia a la fundamentación iusfilosófica del principio de integridad, mostraremos las bases donde se asienta tal principio, ello lleva a dos ámbitos diferentes. En principio, a explicar qué lugar ocupa la ética profesional y, en un segundo momento, a abordar la ética judicial y el principio de integridad.

En cuanto a la ética de los profesionales del derecho, hay que recordar que los miembros de la profesión jurídica comparten un

compromiso común con algo más grande que su propio interés. Lo que la juez Krieger (2009) denomina un “espíritu profesional”. La aproximación a la ética profesional como ese espíritu al que hace referencia Krieger, y como ella misma establece posteriormente, es más amplia que las normas éticas establecidas en los códigos que rigen la profesión. En Estados Unidos, la profesión es regulada y cuenta con normas éticas muy claras, lo que parece ser la respuesta a la fundamentación de cualquier conducta que pueda considerarse ética o no ética. En sentido estricto, estamos frente a normas jurídicas. Por su parte, en México, las normas éticas obedecen también a un espíritu profesional que atiende, en primer lugar, a un largo recorrido de la profesión y que permite entender su fin; en segundo término, a los bienes que la profesión protege y que son considerados importantes para la sociedad, además del propio marco jurídico.

Los profesionales del derecho sirven directamente a la sociedad cuando ejercen la función jurisdiccional y conocen los deberes del ejercicio de su profesión; por ejemplo, al respetar derechos fundamentales, entre ellos, el derecho humano al debido proceso que requiere que los operadores jurídicos se conduzcan de determinada manera. Por otra parte, a través de otras normas jurídicas, entre ellas las que derivan del Sistema Nacional Anticorrupción que en México fue creado a partir de 2015 e implicó reformas constitucionales y la creación de una instancia “de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos” (CPEUM, art. 113).

La ética profesional, vista desde la perspectiva de la impartición de justicia, sigue el planteamiento respecto a las características que tiene que tener el buen juez para hacer buenas argumentaciones. “La pregunta de qué es un buen juez es inseparable de la pregunta de qué es un buen argumento. (...) los buenos argumentos son, en último término, aquellos que hacen los buenos jueces, los jueces virtuosos” (Amaya, 2011, pág. 137). El objetivo más alto al que puede aspirar la ética judicial es tener buenos jueces. La sociedad requiere de “un parámetro común de evaluación del razonamiento de los juzgadores e incluso del cuerpo normativo que les sirve de base para la toma de decisiones” (Morales Bermúdez Escomel, 2020, pág. 165).

En cuanto a la ética judicial, en México, nos encontramos frente a principios y normas. Entre las fuentes a las cuáles hay que acudir para conocer los atributos que debe reunir el buen juez en México se encuentra el propio Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), los Lineamientos para la emisión de los Códigos de Ética (2018) a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Responsabilidades Administrativas, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (2004), y los códigos de ética de los poderes judiciales de cada uno de los supremos tribunales de justicia de los estados. Un importante avance en la ética judicial se dio con el código modelo de ética judicial. Además de hacer explícito el alcance de cada uno de los principios, propone la creación de una comisión iberoamericana de ética judicial para la discusión, difusión y desarrollo de la ética judicial que pueda asesorar a los poderes judiciales que así lo requieran.

En cuanto a la CPEUM, en su articulado, se hace referencia a la labor judicial. Por una parte, el artículo 17 de la carta magna establece, entre otros derechos, el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Por otro lado, el artículo 100 del mismo ordenamiento establece los principios bajo los cuales se regirá la carrera judicial: excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo, independencia y paridad de género.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014), que es producto de la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, recoge los principios de independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia, honestidad profesional (ver tabla 1). El Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014) propone una lógica ponderativa donde la ética es considerada una explicitación de los enunciados constitucionales:

(...) busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general (pág. 6).

**Tabla 1**

<b>Principio</b>	<b>Artículos</b>
Independencia	Artículo 1 – 8
Imparcialidad	Artículo 9 - 17
Motivación	Artículo 18 – 27
Conocimiento y capacitación	Artículo 28 – 34
Justicia y equidad	Artículo 35 – 40
Responsabilidad institucional	Artículo 41 – 47
Cortesía	Artículo 48 – 52
Integridad	Artículo 53 – 55
Transparencia	Artículo 56 – 60
Secreto profesional	Artículo 61 – 67
Prudencia	Artículo 68 – 72
Diligencia	Artículo 73 – 78
Honestidad profesional	Artículo 79 – 82

*Nota:* Elaboración propia con datos del Código Iberoamericano de Ética Judicial de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 2 de abril de 2014.

Por otra parte, hay que añadir que los derechos humanos son el eje transversal que está presente en todos los códigos. Ética profesional y derechos humanos forman un binomio indisoluble. La ética profesional se fundamenta en la ética general y la dignidad humana. El respeto por la dignidad humana se traduce en el respeto por los derechos humanos. Varios códigos, entre ellos el de Baja California, hacen referencia expresa al compromiso que tienen los servidores públicos para orientar sus conductas bajo estándares de protección a la persona y sus derechos. “Dicho principio obliga a los servidores públicos a guiar sus conductas bajo estándares de protección a la persona y sus derechos como compromiso ineludible para brindar una justicia pronta, completa,

humana e imparcial” (Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Baja California, art. 1).

### **III. El principio de integridad profesional desde la perspectiva de la impartición de justicia**

En lo concerniente a la integridad como principio de la impartición de justicia, no se enuncia en la CPEUM a propósito de los principios que rigen esa labor y que aparecen en el artículo 100. Tampoco lo identificamos en el Estatuto del Juez Iberoamericano (2001), aparece en el Código Iberoamericano de Ética Judicial en los artículos 53, 54 y 55 que comprenden el Capítulo VIII (Código Iberoamericano de Ética Judicial, 2014). El primer asunto complejo que nos enfrentamos al abordar la integridad es si hace referencia o no a conductas del juzgador más allá de su propio ejercicio profesional. El artículo 53 del código Iberoamericano de Ética Judicial (2014) señala que “la integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura”. Es decir, no hay lugar a dudas, sí importa la conducta que tiene el juez más allá del ejercicio profesional. Sin embargo, otras preguntas a partir de tal afirmación son: ¿cómo debe comportarse un juez? ¿a qué conductas en específico se hace referencia? El mismo código lo responde, pues señala que “el juez integro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función” (art. 54).

La integridad es un tema complejo frente a situaciones concretas, señalar cuáles son los valores y sentimientos preponderantes en una sociedad determinada no es tarea sencilla. La razón para que la conducta del juez supere el propio ámbito de ejercicio profesional se encuentra en el artículo 55 del código cuando establece que “el juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos”. Por lo tanto, se hace énfasis en el rol que ejerce el juzgador. Si a los juzgadores se les exige una conducta determinada, es porque, cuando ejercen la labor jurisdiccional, efectúan una labor de Estado. Este tipo de regulaciones tienen como finalidad que los jueces se conduzcan de forma tal que la ciudadanía tenga confianza en las instituciones de justicia. La literatura recoge el problema de la



personalidad moral especial en la labor judicial. La personalidad moral especial es un asunto que no se limita exclusivamente a las labores de la judicatura, podemos pensar en otras profesiones que requieren también de una moral especial; por ejemplo la labor del profesorado o quienes se dedican profesionalmente a ejercer una labor religiosa o labores dentro del ámbito gubernamental. Si bien es cierto que todas las relaciones profesionales tienen como un valor preponderante la confianza, las profesiones que hemos enunciado hacen énfasis en este valor.

En cuanto al derecho, se ha hecho énfasis en el actuar de quienes se dedican a la labor jurisdiccional desde figuras como Piero Calamandrei, que habla de los jueces como un ejemplo de virtud (Zamora Acevedo, 2015). Malem Seña (2001) advierte que “es como si la virtuosa vida privada que los jueces deberían llevar desde un punto de vista moral fuera una condición necesaria para que desarrollara correctamente desde un punto de vista técnico su propia función jurisdiccional” (pág. 380). Hay que contar que la apariencia de justicia que se requiere a los juzgadores y que, por tal, entre otras causas, se debe a las consecuencias que acarrearía una apariencia de impropiedad, como el propio Malem Seña advierte. El Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Campeche (2019), entre otros, establece expresamente que “la integridad de la conducta del juzgador fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional, contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura” (pág. 10) y, por lo tanto, hace referencia a que los juzgadores deberán guardar prudencia respecto a los lugares que frecuentan. Por su parte, en Colima aparece una copia exacta de lo que se recoge en el Código de Ética Iberoamericano.

Antes de entrar propiamente al análisis de los códigos de ética, hay que recordar que existen normas jurídicas que permiten conocer el alcance del principio de integridad. De conformidad con los artículos 109, fracción III de la CPEUM; artículo 5 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y artículo 7 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas se establecen la legalidad, la objetividad, el profesionalismo, la honradez, la lealtad, la imparcialidad, la eficiencia, la eficacia, la equidad, la transparencia, la economía, la integridad y la competencia por mérito, como los principios que rigen al servicio público. El artículo 16 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas establece que las secretarías o los órganos internos de control son los responsables de emitir los códigos de ética conforme a los

lineamientos que establezca el Sistema Nacional Anticorrupción, que deberán observar los servidores públicos para que, en su actuación, impere una conducta digna (Ley General de Responsabilidades Administrativas). Por ello, el 12 de octubre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo por el que se dan a conocer los lineamientos para la emisión del código de ética que se refiere el artículo 16 de la Ley de Responsabilidades Administrativas y destacan los siguientes elementos. El artículo cuarto establece cuál es finalidad de un código de ética, menciona que “(...) buscará incidir en el comportamiento y desempeño de las personas servidoras públicas, para formar una ética e identidad profesional compartida y un sentido de orgullo de pertenencia al servicio público”. Los lineamientos señalan la estructura que deberán seguir los códigos de ética: disposiciones generales, principios que deberán definirse conforme a los lineamientos, valores, reglas de integridad y mecanismos de capacitación y difusión del código de ética y de las políticas de integridad (Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de La LGRA).

En el artículo quinto se establecen los principios constitucionales y legales que rigen al servicio público: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, economía, disciplina, profesionalismo, objetividad, transparencia, rendición de cuentas, competencia por mérito, eficacia, integridad y equidad (Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de la LGRA). Sumado a ello, el artículo sexto instauro el catálogo de valores y definiciones: interés público, respeto, respeto a los derechos humanos, igualdad y no discriminación, equidad de género, entorno cultural y ecológico, cooperación y liderazgo (Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de La LGRA). En los lineamientos se establece, como ya mencionamos, que los códigos deberán contemplar las reglas de integridad, que de acuerdo al artículo noveno de los propios lineamientos son:

(...) establecidas con estructura lógica con relación a los principios rectores y valores bien delimitados de tal modo que permitan enfrentar dilemas éticos ante una situación dada; deberán enfocarse de manera específica al ejercicio de las funciones, atribuciones y facultades del ente público” (Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de la LGRA).

En este contexto normativo, los códigos de ética emitidos por los supremos tribunales de justicia de los estados llevan a cabo una función.

## Metodología

Este trabajo analiza el principio de integridad a partir de los códigos de ética de los supremos tribunales de justicia en México. La búsqueda de dichos códigos se hizo con la colaboración del Centro de Ética Judicial, AC. (CEJ), una organización de la sociedad civil que “(...) trabaja constantemente para responder a las necesidades del Sistema Judicial Mexicano a fin de contribuir con la defensa y promoción de los derechos humanos de quienes requieren justicia” (CEJ, 2022). En un primer momento, en el periodo de tiempo que va del 1 de febrero al 1 de marzo de 2022, el CEJ solicitó directamente a los poderes judiciales de los estados, con los cuáles tiene convenio, que le remitieran los códigos de ética judicial de sus respectivos tribunales. A través de esta vía se obtuvieron 14 códigos. En los estados con los cuáles el CEJ no tiene convenio, los códigos se obtuvieron mediante la página de internet de los supremos tribunales de justicia. En tres tribunales, no se pudo identificar el código de ética judicial: Baja California Sur, Chihuahua y Coahuila (ver tabla 2). Por otra parte, el Supremo Tribunal de Justicia de Querétaro está en proceso de reformar el código. Esta investigación solo analiza los códigos de ética.

**Tabla 2**

Obtenidos por la página de internet de los Supremos Tribunales de Justicia	Entregados por los Supremos Tribunales de Justicia al CEJ	No identificados sus códigos	En proceso de reforma
Aguascalientes	Campeche	Baja California Sur	Querétaro
Baja California	Chiapas	Chihuahua	
Ciudad de México	Estado de México	Coahuila	
Colima	Guanajuato		
Durango	Guerrero		
Hidalgo	Jalisco		
Michoacán	Morelos		
Nuevo León	Nayarit		
Oaxaca	Puebla		
Sonora	Quintana Roo		
Tabasco	San Luis Potosí		
Tamaulipas	Sinaloa		
Tlaxcala	Yucatán		
Veracruz	Zacatecas		

*Nota:* Elaboración propia.

Resultados y discusión. A partir de los 28 códigos de ética, identificamos en cada uno de ellos los artículos que abordan el principio de integridad (ver tabla 3). Cabe aclarar que algunos códigos ya siguen los lineamientos a que se refiere el artículo 16 de la LRA; por ejemplo, el de Aguascalientes, en el cual la integridad es un principio y también se hace referencia a una política de integridad. Sumado a ello, las reglas de integridad se refieren a conductas precisas y, por tanto, se habla de normas en sentido estricto que complementan los principios. Se hace referencia a reglas de integridad de actuación pública, de información pública, contrataciones públicas, programas gubernamentales, trámites y servicios, recursos humanos, administración de bienes muebles e inmuebles, procesos de evaluación, control interno, procedimiento administrativo, desempeño permanente con integridad, cooperación con la integridad.

**Tabla 3**

ESTADO	TÍTULO	ARTÍCULOS
--------	--------	-----------

Aguascalientes	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes (2019)	Artículo 5, 7, 8 y sucesivos para abordar las reglas de integridad
Baja california	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Baja California (2021)	No aparece
Baja California Sur	NO ENCONTRADO	
Campeche	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Campeche (2019)	Artículo 8, 16, 21,33, 36, 37, 38
Chiapas	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Chiapas (2020)	Artículo 11
Chihuahua	NO ENCONTRADO	
CDMX	Código de Ética del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal (2016)	
Coahuila	NO ENCONTRADO	
Colima	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Colima (2009)	Artículo 65, 66
Durango	Código de Ética Judicial del Poder Judicial del Estado de Durango (2007)	Artículo 4, fracción III
Estado de México	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de México (2019)	Artículo 4, 6, 8, 10, 14
Guanajuato	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Guanajuato (2008)	Artículo 1, 6 fracción A, 7 fracción N, 9 fracción K, 9 fracción L
Guerrero	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Guerrero (2005)	
Hidalgo	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Hidalgo (2020)	Artículo 1, 4, 14, 20, 21, 32, 59, 62, 63
Jalisco	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Jalisco (2021)	Artículo 1, 21, 30, 40, 47, 48, 60, 68
Michoacán	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de	Artículo 1, 6 fracción II, XIV, 8 fracción XI, 9

	Michoacán (2021)	fracción X, 16
Morelos	Código de Ética del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, para Impartidores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (2008)	Artículo 12
Nayarit	Código de Ética Judicial (2020)	Artículo 14 - 14.2
Nuevo León	Código de Ética Judicial del Poder Judicial del Estado de Nuevo León (2013)	
Oaxaca	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (2013)	Artículo 13, fracción I y VI
Puebla	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Puebla (2005)	CAPÍTULO I
Querétaro	NO ENCONTRADO	
Quintana Roo	Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo (2020)	Artículo 28, 48
San Luis Potosí	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí (2019)	Artículo 1, 3, 4, 5 fracción IX, XIV, 6 fracción VIII, 7
Sinaloa	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Sinaloa (2007)	Artículo 10, 12
Sonora	Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Sonora (2019)	Artículo 2, 11 fracción XI y XV, 12 fracción VI
Tabasco	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Tabasco (2020)	Artículo 1, 4 fracción VIII, 6, 7 fracción II y VI, 17, 18, 21, 30 fracción IV, 32
Tamaulipas	Decálogo y Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas (2018)	Artículo 32 – 34

Tlaxcala	Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala (2016)	Artículo 12
Veracruz	Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Veracruz (2019)	Artículo 12, 14
Yucatán	Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Yucatán (2016)	Artículo 11
Zacatecas	Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Zacatecas (2020)	Artículo 5, 20, 21, 31, 35, 39, 44, 52, 54

*Nota:* Elaboración propia con datos de CEJ.

Hay que recordar que un código de ética y un código de conducta no son lo mismo, aunque esa distinción se ha difuminado de acuerdo a lo que establecen los lineamientos que hemos citado. La doctrina especializada tradicionalmente considera que el código de ética tiene un carácter general y hace referencia a principios y valores, mientras que el código de conducta puntualiza las conductas. Sin embargo, los lineamientos a través de las reglas de integridad determinan conductas. Se excluyeron los códigos de conducta, por ejemplo, el de Hidalgo.

En cuanto al Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes (2019) que: en el artículo 5, fracción XIV, establece que la integridad:

(...) consiste en que el Personal Judicial se conduzca siempre de manera congruente con los principios que se deben observar en el desempeño de un empleo, cargo, comisión o función, con la convicción del compromiso de ajustar su conducta para que impere en su desempeño una ética que responda al interés público y genere certeza plena de su conducta frente a todas las personas con las que se vinculen u observen su actuar.

En el Código del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, no aparece el término integridad.

En el Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Puebla, se hace referencia a la integridad en dos sentidos: por una parte, se habla de la integridad de los expedientes, procesos, tocas, documentos, objetos y

valores y, por otro lado, a propósito de la honradez, se menciona la integridad en el actuar.

En cuanto a Tabasco, aparece la integridad con referencia a un actuar en congruencia; en Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa y Sonora también se aborda la integridad en tal sentido.

En el Decálogo y Código de Ética del Poder Judicial de Tamaulipas, se define la integridad del juzgador como la conducta fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional. Aparece al lado de la honestidad.

En el código de ética de Tlaxcala, no se hace referencia al concepto de integridad.

En Yucatán, aparece la integridad a propósito de la honradez como un elemento que está al lado de la rectitud de ánimo y la honorabilidad.

En Zacatecas, se hace referencia al código de ética y conducta en el mismo instrumento, por otro lado, se habla de integridad en tres sentidos: en primer lugar, para aplicar altos estándares de conducta; segundo, para prevenir y abatir las prácticas de corrupción; por último, se menciona la dignidad de la función y las obligaciones que rigen para el resto.

En cuanto a la implementación de la ética judicial, parece pertinente señalar que, además de los códigos de ética judicial, pueden efectuarse acciones institucionales para promover la ética judicial, entre ellas, la creación de consejos de ética judicial que funcionen como órganos consultivos respecto a los alcances de los códigos y dictaminen las conductas (Malvina Calceglia, 2006). Cabe señalar que el noveno de los Lineamientos hace referencia a los mecanismos de capacitación y difusión del código de ética y de las políticas de integridad. Algunas prácticas que se recogen en los códigos de ética objeto de este análisis, y que buscan innovar en la implementación de la ética, es la que aparece en el código de Campeche. En dicho estado, cada integrante del poder Judicial deberá firmar una carta compromiso. Los firmantes, a través de dicha carta, expresan que el cumplimiento del código de ética es obligatorio y, entre otras cosas, contribuyen a garantizar la credibilidad del poder Judicial. Para la implementación de los códigos de ética, no hay que olvidar que, sumado a la normativa existente, la ejemplaridad será un factor decisivo para lograr los anhelados procesos de cambio (Malvina Calceglia, 2006). A partir de buenos ejemplos de juzgadores se puede incidir en las conductas éticas de quienes llevan a cabo esa labor.



#### IV. Conclusiones

Los códigos de ética judicial son un mecanismo idóneo que busca incidir en la conducta de quienes imparten justicia para que efectúen su labor cumpliendo con los fines que las propias normas disponen. Sin embargo, en México, a pesar del camino que se ha trazado para unificar la ética judicial a partir del Código Iberoamericano de Ética Judicial, del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación y de la normativa constitucional, particularmente respecto a los principios para el ejercicio de la labor judicial y en materia anticorrupción para los servidores públicos, todavía nos encontramos con códigos que ni siquiera por ser posteriores a la publicación de los lineamientos para la emisión de los códigos de ética a los que se refiere el artículo 16 de la Ley de Responsabilidades Administrativas aplican dichos lineamientos. En cuanto a la integridad, algunas conclusiones después de llevar a cabo este trabajo son las siguientes:

1. La integridad hace referencia a la conducta del juzgador que no es contraria a los valores y sentimientos preponderantes en la sociedad en la que presta su función, tal como lo expresa el Código Iberoamericano de Ética Judicial y lo recogen algunos códigos citados.

2. Por lo tanto, deben ser consideradas las conductas más allá del ámbito del ejercicio profesional.

3. El fundamento para exigir una moral particular a los juzgadores es que llevan a cabo una labor profesional del Estado y, en virtud de dicha actividad, su conducta contribuye a la confianza de los ciudadanos en la judicatura.

4. Las normas anticorrupción en México, entre las que se encuentran la Ley de Responsabilidades Administrativas, y, fruto de ello, los lineamientos para expedir los códigos de ética de los servidores públicos son un referente para entender el alcance de la integridad más allá de ser un principio, pues se consideran reglas de integridad a las que establecen una estructura lógica y que permiten enfrentar dilemas éticos ante una situación dada. En sentido estricto, habría que acotar el concepto de dilema ético, dado que en algunos códigos se presentan unas normas.

Futuras investigaciones podrán abordar otros principios y valores de la ética judicial. En cuanto al principio de integridad, este puede ser

estudiado desde otras perspectivas, en concreto, un amplio campo de análisis serán las reglas de integridad. También será necesario abordar a través de otras investigaciones

Entre las limitaciones que tuvimos al llevar a cabo esta investigación, se encuentra la dificultad para obtener los códigos de ética.

## V. Referencias bibliográficas

Acuerdo de 2005 [Tribunal Superior de Justicia del Estado]. Por el que se aprueba el Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Puebla. 11 de abril de 2005.

Acuerdo de 2018 [Comité Coordinador del Sistema Anticorrupción]. Por el que se dan a conocer los Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. 12 de noviembre de 2018.

Acuerdo General de 2016 [Poder Judicial del Estado de Yucatán]. Por el que se aprueba Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Yucatán. 9 de noviembre de 2016.

Acuerdo General 24-53 de 2004 [Pleno del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal] Por el que se aprueba el Código de Ética del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal. 10 de noviembre de 2004.

Acuerdo General Conjunto 4 de 2013 [Plenos del Tribunal Superior de la Justicia y Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León]. Por lo que se expide el Código de Ética Judicial del Estado de Nuevo León. 29 de abril de 2013.

Acuerdo General Conjunto 6 de 2020 [Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado]. Por el que se emite el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo. 19 de junio de 2020.

Amaya, A. (2011). Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial. Revista de filosofía *Diánoia*, *LVI*(67), 135–142.

Atienza, M. (2008). *Reflexiones sobre Ética Judicial*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Baron, P., & Corbin, L. (2017). The Unprofessional Professional: Do Lawyers Need Rules? *Legal Ethics*, *20*(2), 155–173. <https://doi.org/10.1080/1460728x.2017.1397402>

Botero Pulgarín, A. M. (2020). De los Objetivos de Desarrollo del Milenio

- (ODM) a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): Una Oportunidad Para la Educación Sostenible. *Revista En-Contexto*, 8(12), 23–51.
- Centro de Ética Judicial (2022). *Centro de Ética Judicial*. <https://www.centroeticajudicial.org/>
- Código de Conducta del Poder Judicial del Estado de Hidalgo (2020). [Poder Judicial del Estado de Hidalgo]
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes (2019). [Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes]
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Baja California (19 de mayo de 2021). [Presidente del Consejo de la Judicatura y del Poder Judicial del Estado de Baja California]
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Campeche (2019). Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Chiapas (16 de diciembre de 2020). Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Chiapas.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Colima (2009). Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima.
- Código de Ética Judicial del Poder Judicial del Estado de Durango (29 de julio de 2007). Poder Judicial del Estado de Durango.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Guanajuato (1 de abril de 2008). Poder Judicial del Estado de Guanajuato.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Guerrero (7 de enero de 2005). Tribunal Superior de Justicia.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Jalisco (2021). Poder Judicial del Estado de Jalisco.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de México (22 de mayo de 2019). Poder Judicial del Estado de México.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Michoacán (17 de diciembre de 2021). Consejo del Poder Judicial del Estado de Michoacán.
- Código de Ética del Poder judicial del Estado de Nayarit (5 de febrero de 2020). [Poder Judicial del Estado de Nayarit].
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (2013). [Poder Judicial del Estado de Oaxaca].
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí (13 de

- agosto de 2019). Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Sinaloa (19 de octubre de 2007). Supremo Tribunal de Justicia.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Tabasco (15 de febrero de 2020). Tribunal Superior de Justicia y Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado.
- Código de Ética del Poder Judicial del Estado de Veracruz (18 de agosto de 2017). Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado.
- Código de Ética del Poder Judicial de la Federación. Agosto de 2004 (México).
- Código de Ética del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos, para Impartidores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (5 de marzo de 2008). Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo del Estado de Morelos.
- Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Sonora (16 de mayo de 2019). Supremo Tribunal de Justicia del Estado.
- Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala (31 de agosto de 2016). Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala.
- Código de Ética y Conducta del Poder Judicial del Estado de Zacatecas (23 de septiembre de 2020) Tribunal Superior de Justicia del Estado.
- Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (2002). *Informe número 3 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la Ética y Responsabilidad de los Jueces*. <https://rm.coe.int/1680747c00>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [CPEUM]. 28 de mayo de 2021 (México).
- Código Iberoamericano de Ética Judicial, 1 (2014).
- Decálogo y Código de Ética del Poder Judicial de Tamaulipas (2018). [Poder Judicial del Estado de Tamaulipas].
- European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) (2010). *Declaración de Londres sobre la deontología judicial* [PDF].
- Estatuto del Juez Iberoamericano, (2001).  
<https://cursa.ihmc.us/rid=1R440PDZR-13G3T80-2W50/4>. Pautas-para-evaluar-Estilos-de-Aprendizajes.pdf
- Hirsch Adler, A. (2003). Ética Profesional como Proyecto de Investigación. *Revista Teoría de La Educación*, 15, 235–258.
- Jardón, L. (2021). *Lion vs. México: una condena internacional a las malas*

- prácticas del poder judicial mexicano.* Nexos. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/lion-vs-mexico-una-condena-internacional-a-practicas-enraizadas-de-los-poderes-judiciales-mexicanos/>
- Krieger, M. S. (2009). A Twenty-First Century Ethos for the Legal Profession: Why bother? *Denver University Law Review*, 86(3), 865–899.
- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción 2015. *Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016*. Última reforma DOF 20-05-2021. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA\\_200521.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf)
- Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de la LGRA (2018). [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5540872&fecha=12/10/2018](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5540872&fecha=12/10/2018)
- Lion Mexico Consolidated L.P. C. Estados Unidos Mexicanos (2021).
- Malem Seña, J. F. (2001). ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 24, 379 - 403. <https://doi.org/10.14198/doxa2001.24.14>
- Malvina Calceglia, I. (2006). Código de Ética Judicial en Argentina. ¿Una Respuesta a las Demandas de Transparencia de la Sociedad? *Desafíos, Bogotá*, 15, 236–256.
- Morales Bermúdez Escomel, I. (2020). La función de juzgar. ¿Y quién juzga a quien juzga (...) y a quien juzga (...) y a quien juzga (...)? *Advocatus*, 038, 165–176. <https://doi.org/10.26439/advocatus2019.n038.4895>
- Naciones Unidas. (2022). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>
- Trujillo, I. (2019). La ética profesional y la autonomía de lo jurídico en el derecho del futuro. *Persona y Derecho*, 79(79), 179–199. <https://doi.org/10.15581/011.79.179-199>
- UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2013). *Los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*. 171. [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN\\_eBook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf)
- Vicente y Guerrero, G. (2021). Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016). *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 44, 345.

<https://doi.org/10.14198/doxa2021.44.14>

Zamora Acevedo, Mi. (2015). Dimensiones éticas del juzgador en la decisión judicial. El problema de la integridad. *Revista Digital de La Maestría En Ciencias Penales*, 0(7), 1–35.

## Capítulo IV

# Fundamentos filosóficos del derecho humano a la propiedad privada

Sumario: *I. Introducción. II. Antecedentes históricos del derecho a la propiedad. III. Aristóteles: la propiedad, principio ontológico y fundante de toda ciudad. IV. Hobbes: el origen del estado moderno y la protección de la propiedad de los ciudadanos. V. El fundamento Moderno e Ilustrado de la propiedad: Locke, Rousseau y Hegel. Origen de la legitimidad de lo propio y el origen de la desposesión. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.*

Enriqueta Benítez López<sup>9</sup>

### I. Introducción

*Porque es gracias a la propiedad que podemos asegurar a nuestra familia,  
Proteger a nuestra ciudad, hacer regalos a nuestros amigos y con ello,  
Procurar una vida buena para todos. Aristóteles*

Los derechos humanos han sido una lucha permanente en la historia humana, especialmente desde la época moderna; su defensa es, por antonomasia, el fin esencial bajo el cual el Estado no solo encuentra en ella la máxima exigencia de su tarea, sino también su propia legitimidad. Así, la protección por nuestras libertades y la lucha por la igualdad han ocupado el principal escenario. Sin embargo, para ser sincera, la defensa de ellos, en su carácter individual, no tiene el mismo peso, aunque es claro que, como señala la CNDH, se les separe en tres grupos (aunque con propósitos (sic) pedagógicos), todos son igualmente importantes y gozan de la misma protección:

...Así entonces en la primera generación fueron agrupados los derechos civiles y políticos, en la segunda generación los derechos económicos, sociales y culturales y en la tercera generación se agruparon los que corresponden a grupos de personas o colectividades que comparten intereses comunes. Actualmente es mayormente aceptado clasificar los derechos humanos únicamente en civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales. *Es importante decir que dentro del conjunto de derechos humanos no existen niveles ni jerarquías pues todos tienen igual relevancia*, por lo que el Estado se encuentra obligado a tratarlos en forma global

---

<sup>9</sup> Abogada, maestra en Filosofía, doctora en Derecho, profesora en el ITESO, Universidad Jesuita de Guadalajara y la Universidad Pedagógica Nacional (UPN).

y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (CNDH, s.f., párr. 1-3).

Lo anterior es importante porque, independientemente de cómo se les clasifique, por su propia naturaleza deben estar plenamente protegidos, aunque esto lleve a un lugar donde en la práctica ello no ocurre, o bien, para el propio Estado resulta materialmente imposible. Uno de estos derechos es *el derecho a la propiedad*, su protección se da más bien en un sentido negativo y no positivo:

Es la prerrogativa que tiene toda persona de usar, gozar, disfrutar y de disponer sus bienes de acuerdo con la ley. Dicho derecho será protegido por el Estado, por lo que nadie podrá ser privado, ni molestado en sus bienes sino en virtud de un juicio que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento (CNDH, s.f.).

Pero, ¿qué hace el Estado para que los ciudadanos tengan la posibilidad de ser propietarios? es decir, ¿cómo ayuda a que la ciudadanía pueda tener un patrimonio? Es obvia la respuesta: muy poco o nada. El punto es significativo porque, por un lado, se señala la obligatoriedad de la protección a la propiedad pero no crea las condiciones necesarias materiales para que cada uno de los ciudadanos estén en posibilidades de tener un patrimonio, con su insuficiencia, el mismo Estado pareciera que comete una violación de los derechos fundamentales.<sup>10</sup> Por otro lado, solo en caso de interés público, y al observar la debida indemnización, el Estado puede restringir el derecho a usar, disfrutar y disponer de la propiedad.

Los dos puntos anteriores requieren de hacer un alto y pensar, ¿cómo ocurrió todo esto? Volver a lo que creemos, son los orígenes de este importante derecho que nos exige una mirada al pasado y a los principios, aquí no trataré un asunto histórico, sino de la búsqueda de los fundamentos (sirviéndome –y solo eso– de la historia para ubicarnos en el tiempo); me parece que poco se discute sobre el derecho a la propiedad y, sobre todo, cuál es la base filosófica que legitima el derecho que todos tenemos a “sabernos dueños de algo”, sea de la casa donde vivimos, donde crecimos o crecerá nuestra familia, nuestro derecho a tener y no rendirle cuentas a nadie (dentro de lo razonable) y el derecho a disponer

---

<sup>10</sup> Existe una diferencia categorial de naturaleza extensiva entre derechos humanos y derechos fundamentales. Aquí los utilizaré como sinónimos debido a que el derecho de propiedad se encuentra considerado en ambas categorías.



de lo nuestro (lo material y lo intelectual). Estas acciones cada vez son más complejas y más limitativas; por ejemplo, el ser propietario de un bien inmueble no implica que “libremente” podamos darlo a quien sea, ahora, no es lo mismo “regalarlo” a un hijo que a un sobrino; esta tal vez pequeña o insignificante limitación de la propiedad puede pasar inadvertida, pero para quien realmente desea hacerlo no lo es, y resulta muy gravoso hacerlo, es decir, pareciera que el Estado nos grava más por ser el sobrino y no el hijo, el beneficiario<sup>11</sup> y con ello, además, rompe con la igualdad de derechos que pudieran tener como simples ciudadanos y su derecho a recibir gratuitamente algo; peor aún, como si hubiera un presupuesto negativo donde la buena fe y el interés juegan un papel interpretativo en un sentido altamente negativo (presunciones en favor de las personas, como la inocencia, honorabilidad y buena fe quedan anuladas). La pregunta es muy sencilla pero algo compleja: ¿Cuál es el fundamento sobre el que descansa el derecho a la propiedad de las personas y cuál es el fundamento que legitima (o debería legitimar) al Estado, si es que lo hay, para tomar medidas verdaderamente cuestionables?

En el presente capítulo se mostrará en qué se traduce el derecho a la propiedad, qué tipo de derechos tenemos sobre “lo propio”, cuáles son sus límites y principalmente, expondremos de dónde le viene la potestad al estado y a las personas el derecho originario de la propiedad y la posesión sobre lo que consideramos “nuestro”.

## II. Antecedentes históricos del derecho a la propiedad

Tal vez ha sido Rousseau quien con tanta vehemencia más ha defendido el derecho a poseer y tener por propio algo. Ninguna potestad sobre la riqueza ni la propiedad proviene ni de dios ni del destino y de ningún gazapo ideológico que legitime el exceso de riqueza y posesión. Atribuida a H. de Balzac y Juan Crisóstomo, se dice que detrás *de una gran fortuna, siempre habrá un gran crimen*; parafraseando lo anterior, diré lo mismo cuando haya un gobierno rico y la concentración de la riqueza en unos cuantos.

El tema de la pobreza es terrible y necesario, pareciera que por lo menos los actuales Estados democráticos no alcanzan a proteger ni lo más mínimo vital de sus ciudadanos. Como señala Óscar Lewis (2021) en

---

<sup>11</sup> El derecho notarial y hacendario han hecho de esto un verdadero viacrucis.

su obra *Antropología de la Pobreza*, “la pobreza no es bella en ninguna parte; y si desagrada a mis amigos mexicanos lo que ven reflejado en este espejo, es a ellos a quien corresponde cambiar las realidades objetivas de su condición” (pág. 9). El derecho a la propiedad es un derecho fundamental aún sin ser parte inherente a las personas, pero sí lo es (hecho que mostraré con más claridad), en tanto condición necesaria para la vida digna. Así, la ausencia de propiedad y la pobreza constituyen un cruel binomio que ha formado el tejido social de muchas sociedades de los siglos XX y XXI.<sup>12</sup>

Vamos por orden, ¿Qué es la propiedad y en qué se traduce?

La propiedad es un modo de poseer un objeto. Los antiguos romanos colocaron a la propiedad como uno de los derechos reales protegidos en su estructura jurídica. Estas características de la modalidad de la posesión solo competen a quien es propietario, es decir, solo el que tenga título de propiedad tiene los siguientes derechos-beneficios sobre la cosa:

... Estos beneficios se resumen en el uso, el fruto, y el abuso: a) El *jus utendi* o *usus* que es la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos; b) El *jus fruendi* o *fructus*, derecho de recoger todos los productos; c) El *jus abutendi* o *abusus*, es decir, el poder de consumir la cosa, y por extensión, de disponer de ella de una manera definitiva, destruyéndola o enajenándola (Petit, 2007, pág. 230).

Propiedad es el derecho instituido por las leyes de un Estado que nos legitima a servirnos, usar o consumir-destruir aquello que se ha declarado: *es nuestro*. Sin embargo, este derecho no es absoluto, desde la antigüedad, el poder del Estado se reserva los límites, siguiendo a Petit (2007), se nos hace esta aclaración:

El propietario investido de semejantes facultades tiene, pues, sobre la cosa un poder absoluto, teniendo derecho para hacer lo que mejor le parezca, aunque la

---

<sup>12</sup> El excelente trabajo de Lewis, desde mi particular punto de vista, radica en la radiografía que desde la vida cotidiana de las familias mexicanas comunes, logra rescatar desde la narración de los propios actores, como las familias Martínez, Gómez, Gutiérrez, Sánchez y Castro revelan desde su narrativa, la condición en la que descansa su sobrevivencia que van desde la discusión por el pan hasta por la adquisición del más modesto coche discusiones que tal vez para los ojos de otros (en mejores condiciones económicas) resulten increíbles.

ley puede imponerle ciertas restricciones, de las cuales admitía varias el Derecho Romano... (pág. 230)<sup>13</sup>.

Históricamente, la propiedad, en cuanto a su alcance y protección, ha evolucionado, lo que aquí interesa no es mostrar ese hilo conductor, sino los puntos de inflexión más significativos en la historia del mundo occidental, que han decantado en una declaración universal del derecho de propiedad desde sus fundamentos mismos, vale preguntarse ¿En qué se ha traducido el derecho de propiedad como un derecho humano, como un derecho fundamental y como un derecho social? Y en este proceso cuestionarse ¿Por qué, si forma parte del catálogo de los derechos fundamentales, se encuentra tan desprotegido? A partir del siglo XX, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se consagró en su artículo 17<sup>14</sup> como sigue:

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Pero cabe preguntarse cuáles son las consecuencias que se siguen de su declaración, si, como en la propia declaración se señala, esta no tiene efectos vinculantes (obligatorios) para las naciones/Estados, entonces, cómo los Estados aseguran (si es que lo hacen) que toda persona goce de un mínimo que le pertenezca. ¿Qué hace el Estado para que esto sea posible?

En la misma declaración, en el artículo 25 se señala:

*Toda persona tiene derecho 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; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de*

---

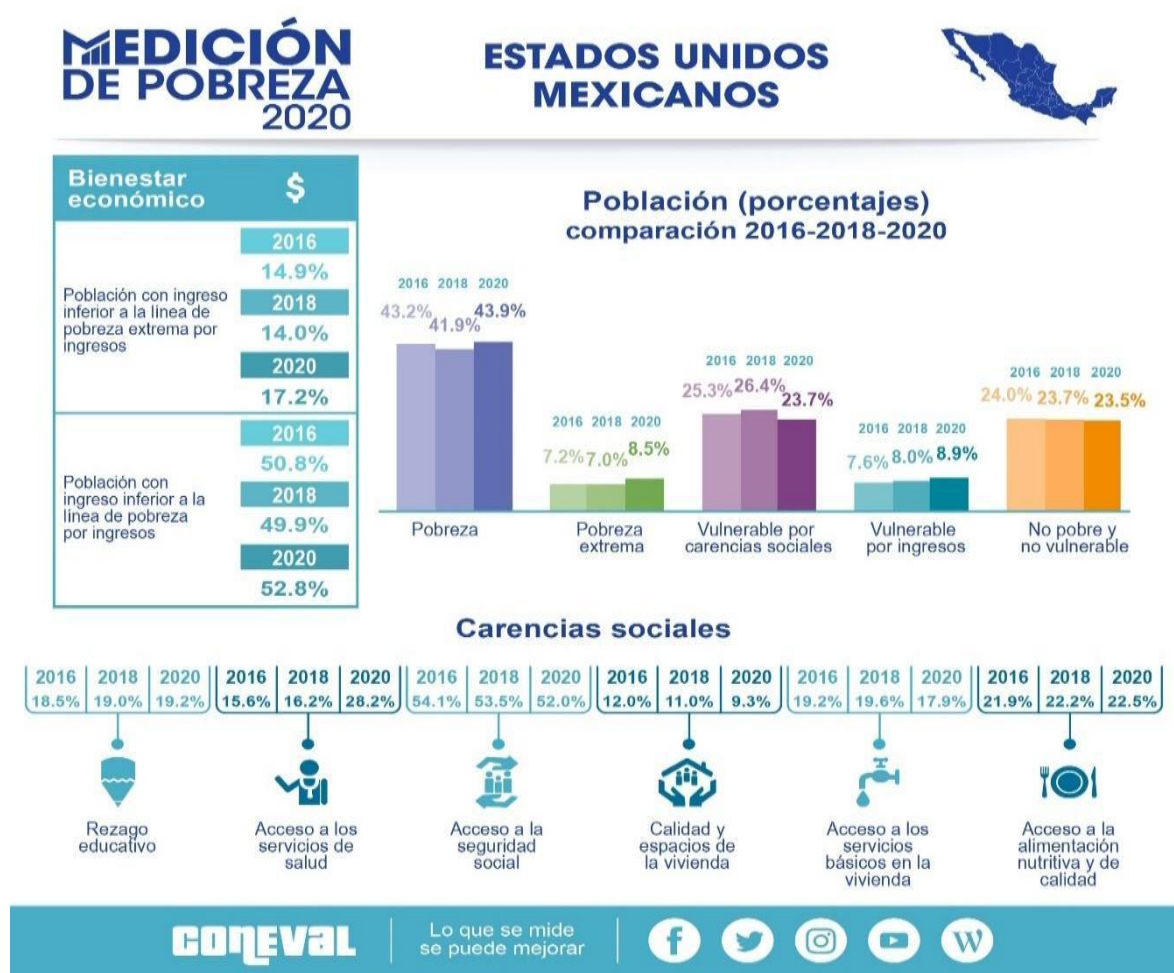
<sup>13</sup> Ampliamente recomendamos este fabuloso texto, erudito en sus fuentes y sus precisiones históricas.

<sup>14</sup> Asimismo, en una nota al pie de la declaración universal se dice que; “El presente instrumento internacional fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Respecto a este instrumento internacional existe discrepancia de criterios en torno a su carácter vinculatorio, en virtud de su naturaleza declarativa, sin embargo, en la práctica no resulta factible negarle validez jurídica, ya que forma parte de los estándares universalmente compartidos en la materia”. Recuperado de: [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion\\_U\\_DH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion_U_DH.pdf)

*pérdida de sus medios de subsistencia* por circunstancias independientes de su voluntad (Las cursivas son nuestras).

Lo cierto es que la vida actual tiene como nunca antes en la historia imillones de pobres! En 2020,<sup>15</sup> en México, 52.8 por ciento son pobres, 17.2 por ciento son pobres en extremo y 23 por ciento no son pobres ni vulnerables; sin embargo, las estadísticas no mencionan quiénes acaparan la riqueza del país:

Figura 1



Nota: Adaptado de CONEVAL de 2020. Recuperado de [https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza\\_2020.aspx](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2020.aspx)

<sup>15</sup> Los datos que se exhiben corresponden a la última actualización de la Coneval, ahí mismo se encuentra un reporte de febrero de 2022 que indica (sin este tipo de estadística) que la tasa va en incremento. Recuperado de [https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza\\_2020.aspx](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2020.aspx)

Además, a nivel global, en la interpretación de sus principales estadísticas, el Informe sobre la Desigualdad Global de 2022<sup>16</sup> dice:

El 50% de la población captura el 8% del ingreso total medido en paridad del poder adquisitivo (PPA). El 50% inferior global posee el 2% de la riqueza (PPA). El 10% superior mundial posee el 76% de la riqueza total de los hogares y captura el 52% del ingreso total en 2021. Tenga en cuenta que los principales poseedores de riqueza no son necesariamente los principales poseedores de ingresos. Los ingresos se miden después de pensiones y beneficios al desempleo y antes de impuestos y transferencias.

La propiedad y la riqueza, sin ser la misma cosa, van de la mano, así se constata a lo largo de la historia y la forma en la que se ha mostrado su relación, ambas son el garante de que cada ser humano pueda procurarse satisfactores vitales en el sentido de la declaración del artículo citado. Estoy convencida de que algo no está funcionando. El porqué, llevaría ríos de tinta en explicaciones, justificaciones y denuncias para intentar recuperar y regresar al origen del problema, como se ha dicho, este capítulo tiene por finalidad presentar un ejercicio reflexivo mínimo acerca de:

1. Qué significa la propiedad y la riqueza, cuál es su relación.
2. Qué ha hecho posible el fenómeno de la acumulación de la riqueza en unos y la desposesión en otros.
3. Qué dicen las leyes “protectoras” de los “derechos fundamentales” al respecto y, principalmente:
4. ¿Cuál es el origen y fundamento del derecho de propiedad y si podemos hablar de la legitimidad de la desposesión?

Han pasado 73 años y parece que no se ha avanzado en este punto; no obstante, todas las naciones que signaron un compromiso con su defensa pareciera que son sordas y mudas, no quieren escuchar del asunto y no desean pronunciarse sobre él, ello dice más de una profunda injusticia que de una falta de identificación del problema.

---

<sup>16</sup> Dicho informe es auspiciado, entre otras organizaciones, por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, este tiene un papel como socio científico en la producción de este informe. Para más información, se puede consultar su página: <https://dds.cepal.org/redesoc/publicacion?id=5585>

El derecho a la propiedad como derecho humano descansa en un poderoso fundamento de orden natural y racionalmente objetivo, la necesidad de su explicación y defensa intenta evitar que un discurso ideológico pueda ser motivo de razón suficiente para legitimar la desposesión. Hacer valer este derecho es una deuda histórica improrrogable.

He aquí una sencilla aportación para evidenciar, en palabras de Rousseau, *dónde (y cómo) ocurrió el primer crimen*.

### **III. Aristóteles: La propiedad, principio ontológico y fundante de toda ciudad**

La casa es donde se origina la vida humana, donde se asegura la protección de los seres amados y nada hay más deshonroso en una ciudad y régimen que cuando se permite que haya leyes en que solo algunos tengan mucho y otros no tengan nada, estas son algunas de las palabras con las que Platón señala en su *República* (550a) que los regímenes deben procurar una vida buena, este filósofo está convencido de que el mejor régimen es aquel que puede evitar el enriquecimiento inmoral de unos pocos; evitar un Estado, dice Platón, que permite el peor de los males:

—El de permitir a uno vender todo lo suyo y a otro adquirirlo, y al que ha vendido vivir en el Estado sin pertenecer a ningún sector del Estado, no siendo negociante ni artesano, caballero ni hoplita, a simple título de pobre e indigente (552a).

Cuando un régimen permite que esto ocurra, entonces la discordia ocurre de igual manera “El de que necesariamente semejante Estado sea doble, no único: el Estado<sup>17</sup> de los pobres y el de los ricos, que conviven en el mismo lugar y conspiran siempre unos contra otros” (*Platón 551d*), y será peor, en este tipo de Estados, nacen muchas injusticias, una de ellas es que al hombre rico se le venere y se tenga por simple (tonto) al hombre bueno. En sus advertencias dice que un Estado sano debe evitar enfermedades, como el servilismo, que acompaña el apego a las riquezas (cfr. 291c), donde la moderación es uno de los criterios que permita un

---

<sup>17</sup> Aquí Platón hace referencia al Estado oligárquico (el Estado de los ricos), pero que bien podría considerarse una característica general de todo régimen que permita la desposesión y enaltezca a los beneficiarios de la misma.

sano equilibrio con las actividades necesarias para el sostenimiento de un Estado sano, por supuesto, estos principios que intentan fundamentar a un Estado justo en nada valdrían sin el apoyo de una buena legislación.

Pero será Aristóteles en su *Política* quien, con detalle nos señale los puntos más importantes sobre la propiedad “... La propiedad es parte de la casa, y el arte de adquirir los bienes económicos es parte del régimen familiar (pues sin lo necesario es imposible en primer lugar vivir, y luego vivir bien)” (Aristóteles 1253b25).

En la *Política*, Aristóteles habla de que toda ciudad (*polis*), se encuentra a la base de las casas (*oikós*) y de las aldeas (*koinona*). Es en la ciudad donde se alcanza la autosuficiencia (*autarkeia*), pero esta no sería posible sin lo primero: un buen orden en el ámbito doméstico; ahí, las reglas de la administración y adquisición (*crematística*) (Aristóteles, 1256a) son fundamentales para el buen orden. Si un buen funcionamiento y aseguramiento en la casa, las ciudades no tendrían ciudadanos que pudieran ocuparse de los asuntos de la ciudad, es decir, de la política. Este criterio suponía una organización compleja en cada una de las casas<sup>18</sup> pero por esa misma razón, implicaba un espacio tan importante como protegido. La causa es notoria, la protección de la casa y su régimen son la condición necesaria de la vida de la *polis*.

El fundamento ontológico proviene de su sistema en donde la parte, como forma parte del todo, no puede sobrevivir aislada ni tratarse como algo distinto, dado que su salud o integridad para que pueda cumplir con su fin depende de la totalidad; “Por naturaleza, pues, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte” (1253a). De ello se sigue que, al no ser “separables”, la salud de la casa hace posible la salud de la ciudad para que pueda cumplir su *finalidad última*: el bien común. Es así que deviene fundamental la exigencia de disponer los instrumentos apropiados para que las casas que forman parte de una comunidad, en su conjunto se

---

<sup>18</sup> Una casa es una organización social básica de la antigüedad constituida por el jefe de la familia (*despotés*), su esposa, hijos además de otros miembros del orden colateral, esclavos, extranjeros que caían bajo su cuidado. El despotés o señor, era quien daba las normas al interior y éstas nunca eran cuestionadas por un orden civil o político. Había una protección absoluta para este tipo de régimen, un verdadero derecho de no intromisión por las leyes (lo ocurrido en casa cae bajo la autoridad del dueño aún el derecho de vida o muerte sobre los miembros de la familia, aspecto que será duramente criticado por la posteridad, entre ellos, Jean Bodin al inicio de su obra *Los Seis Libros de la República*).

auxilien, y un conjunto de estas que forman la ciudad logren uno de los fines de las *polis*: la *autarquía*.

Aristóteles pone a la base de un derecho natural la facultad y posibilidad de la adquisición (1256b), es decir, nos es intrínseca esa posibilidad, además de otras actividades que llegamos a desarrollar, como el caso de la guerra, pero estas acciones deben ser reconocidas al interior del Estado como actividad económica y no política, es decir, como una actividad propia de la casa y por lo tanto de un fuero que no debe ser tocado por la política, por lo menos no en su intromisión directa:

Así pues, una especie de arte adquisitivo es naturalmente una parte de la economía: es lo que debe facilitar o bien procurar que exista el almacenamiento de aquellas cosas necesarias para la vida y útiles para la comunidad de una ciudad o de una casa. Y parece que la verdadera riqueza proviene de éstos, pues la provisión de esta clase de bienes para vivir bien no es ilimitada (1256b 13-14)<sup>19</sup>.

Es decir, en la Grecia de Platón y Aristóteles, la propiedad y riqueza son un asunto de primer orden que, bajo la forma de una adecuada regulación y protección, garantizaba la vida de los ciudadanos (jefes de familia), que a su vez implicaba protección y cuidado para quienes dependían de él. Lo que llama la atención es que el fundamento ontológico, nunca ha sido cuestionado por las teorías venideras, ni los lectores antiguos, modernos o contemporáneos de estos dos filósofos han puesto en tela de duda de que la propiedad y la riqueza deben ser de primer orden, protegidas y cuidadas dado que con ello se garantiza la vida de una ciudad (*polis*) y con ello la salud del mismo estado (*polis*). Es por ello que el autor de la *Política* dice enfáticamente en su obra que “la riqueza es la suma de instrumentos al servicio de una casa y de una ciudad” (1256b 15).<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> El aparato crítico de la edición de Gredos que para este capítulo hemos consultado, aparece una explicación más amplia de los matices del tema de la riqueza, en especial con relación a ser parte fundamental de un tema privado. El despotés, es el jefe de la casa (más o menos análogo al paterfamilias en Roma) quien tiene un poder exclusivo de dar las reglas de la casa (*oikos-nomos*), es decir la economía y en la cual no interfiere la vida pública ni política de la época, es decir, la expresión economía política en la antigüedad era una flagrante contradicción.

<sup>20</sup> Seguido de ello, Aristóteles expondrá un tema por demás interesante y del que fuera Marx deudor: el tema de los bienes de uso y de cambio donde el estagirita pone de manifiesto que el uso del dinero solo puede ser el cambio y otra actividad fuera de esta constituye una perversión (antinatural) que lleva a grandes injusticias y contradicciones que son por definición perniciosas e inmorales.



También vale la pena mencionar que, en su segundo libro de la *Política*, dedicado principalmente al análisis de algunas constituciones, los criterios (categorías) que le permiten juzgar la valía de éstas, descansan en principios fundamentales bajo los cuales toda constitución de una ciudad debe ser revisada, el primer principio lo constituye la propiedad:

En primer lugar, hay que establecer como punto de partida el que es el principio natural de esta investigación. Es necesario que todos los ciudadanos lo tengan en común todo o nada, o unas cosas sí y otras no. No tener nada en común es evidentemente imposible, pues el régimen de una ciudad es una especie de comunidad, y ante todo es necesario tener en común el lugar (1261a).

Es así, que, como primer problema y criterio para juzgar una correcta organización política (constitución), lo va a constituir el tema de la propiedad, dicho esto bajo tres distinciones que son la base de una sana delimitación política, que es garantía de paz entre los ciudadanos, pero también con el gobierno, independientemente del régimen del que se trate. Es así que hay algo que reconoce como lo propio de la ciudad, hoy identificado como territorio; lo propio en común identificado como los lugares públicos; y la propiedad de cada ciudadano, identificada como propiedad privada. Sin estas distinciones, una ciudad no se podría (en términos de Aristóteles) llamarle ciudad (*polis*) es así que toda constitución tiene por necesidad (dicha ésta como algo que no puede ser de otra manera), la obligación de identificar estas tres partes de la propiedad que son fundamentales en un Estado y que, por lo mismo deben estar perfectamente diferenciadas y cuidadas cada una en su propia condición y naturaleza.

Aristóteles elogiará a las constituciones que así lo hacen, como el caso de las constituciones de Faleas de Calcedonia (1266a 22), y al propio Platón, quien, en sus Leyes, establece que debe haber límites a la propiedad para evitar injusticias con el enriquecimiento irracional de los ciudadanos (1266b); por mencionar las más significativas.

Es por ello, que, en la antigüedad, existe un elemento fundacional de la vida de toda ciudad y en cuyo cimiento descansa la seguridad en todas formas de vida en que la actividad humana se despliega. La importancia de la propiedad es de primer orden, convirtiéndose con ello en la condición necesaria de la vida política de los ciudadanos del mundo antiguo. Este hecho será continuamente defendido por importantes

filósofos que han dado continuidad a los fundamentos sobre los que descansa la propiedad.

#### **IV. Hobbes: El origen del Estado moderno y la protección de la propiedad de los ciudadanos**

Antes de la Modernidad, a finales de la Edad Media, ocurre un fenómeno económico relevante y sin precedente. La comunicación entre sociedades emerge después de las guerras de conquista por las tierras europeas, los grandes muros y murallas que protegen las pequeñas y grandes ciudades abren sus puertas al tránsito de extranjeros. Esto tiene diversas consecuencias; me enfocaré en una sola: el auge del comercio y tráfico de mercancías provenientes de ciudades muy lejanas, que tuvo como consecuencia:

- a) Acceso a productos de tierras lejanas con precios altos, tal vez razonables o desmedidos debido al exotismo e ignorancia del origen de las, cosas como las especias que llegaron de la India.
- b) Tráfico, que ocasionó un peculiar y escandaloso enriquecimiento de los mercaderes visitantes que llegaban a las ciudades a celebrar actos de comercio.
- c) Para frenar el excesivo poder, por primera vez en la historia, se gravan con impuestos a la actividad económica y no a los ciudadanos como en todos los siglos anteriores de la historia occidental.
- d) La emergencia de figuras que regulaban los actos de comercio, pero también la propiedad.

Lo más significativo fue el hecho de que se pensó en legitimar a quienes sí pueden ser propietarios y a quienes no: los ciudadanos sí; los extranjeros, no. ¿Cuál es el fundamento? La protección interna de la riqueza. Dice Víctor L. Castillo Ortega, en su ponencia El derecho de propiedad, que la propiedad nunca antes había iniciado a ser regulada y cuidada en sus actos más elementales de sus usos, *fuctus* y *abusus*. Tener los dos primeros, pero no los segundos, fue lo primero que estuvo en la mira de la política de los gobiernos y su consecuente legislación. Es decir, las personas, en tanto ciudadanos, tienen derecho a poseer bajo el título de propiedad, mas no así un extranjero o un no-ciudadano. Esta primera

limitante a la propiedad tiene su fundamento en los derechos de ciudadanía y pertenencia a un Estado, a su vez, se establece como medida de protección para evitar que la riqueza se desplace y deje en la pobreza a las ciudades donde la riqueza se originó:

Muchos nobles vendieron sus bienes a los plebeyos con el fin de reunir fondos para acudir a la lucha contra los mahometanos, y de este modo se puso en circulación la propiedad territorial a la vez que se aumentó la producción de la riqueza por medio de la industria agrícola. Muchos expedicionarios acudieron a los puertos de embarque para fletar buques que les condujesen a los puntos de destino, y de esta manera se fomentó la navegación marítima a la vez que se restableció la comunicación del Occidente con el Oriente ... Las frecuentes excursiones de los cristianos a la Palestina despertaron en ellos el afán de aventuras romancescas de los largos viajes, que preparó los descubrimientos geográficos ulteriores del derrotero de la América y del camino de la India. Y, en fin, el contacto de los pueblos del Este con los del Oeste enseñó a las naciones europeas las costumbres, las modas, las comodidades, las industrias, las mercancías y las civilizaciones de los países orientales, con las cuales se fueron identificando, naciendo así nuevas necesidades, como las del consumo de especias, coloniales, muebles, armas, sederías y perfumes, que se encargó de satisfacer el tráfico mercantil. (Ponencia *El derecho de propiedad: -Adquisición, Protección y Efectos-*, pág. 6 Recuperado de [http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/2019/03/Victor\\_Luis\\_Castillo\\_Ortega-El\\_Derecho\\_de\\_Propiedad.pdf](http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/2019/03/Victor_Luis_Castillo_Ortega-El_Derecho_de_Propiedad.pdf)).

No puedo asegurarlo, pero, si la propiedad ha sido desde su origen, por lo menos en la cultura occidental (no considero los pueblos originarios de América y de otros continentes que no sea el europeo), ha sido protegida y restringida, ello obedece a un principio de protección de dominio (poder) y preservación (riqueza) que garantice la vida de los ciudadanos.

Desde entonces, los pensadores, filósofos, políticos y economistas, principalmente, han mostrado y dado pautas importantes para la protección de la propiedad tanto en un sentido privado como colectivo. Las leyes, al proteger la propiedad, aseguran también la vida de los ciudadanos. Así lo constata, entre otros, el gran filósofo moderno Thomas Hobbes, quien, en los fundamentos del Estado Moderno dictados en su magna obra *El Leviatán*, al inicio del capítulo XVIII, fundamenta y da legitimidad al Estado mismo:

Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, *cada uno con cada uno*, que a un cierto *hombre o asamblea de hombres* se le otorgará, por mayoría, el *derecho de representar* a la persona de todos (es decir, de ser su *representante*). Cada uno de ellos, tanto los que han *votado en pro* como los que han *votado en contra*) debe *autorizar* todas las acciones y juicios

de ese hombre o asamblea de hombres, lo mismo que si fueran suyos propios, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres (Hobbes, 2010 pág. 142) (las cursivas son del autor, el subrayado es nuestro).

Al interior de todas sus implicaciones, en cuanto a cada uno de los elementos de su institución, se encuentra la delimitación y fin en el que se faculta al Estado como *regulador* a la vez que *protector* de quienes le han dado vida,<sup>21</sup> es decir, el poder del Estado se origina por causa del pacto y de ahí la fuerza representativa a nombre de todos quienes le han instituido para que garantice *vivir apaciblemente* y bajo la protección de su poder soberano.

Dentro de sus facultades se encuentra:

En séptimo lugar, es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman *propiedad* (Hobbes, 2010 pág. 146) (las cursivas son del autor).

Dice Hobbes que antes de instituirse un Estado, todos los hombres (personas) tienen derecho a todas las cosas lo cual es causa de guerra (pág. 146), es así que la protección a la propiedad privada se constituye en un garante de la paz pública. Así -continúa-, “esas normas de propiedad (o *meum* y *tuum*)” y de lo bueno y lo malo, de lo legítimo e ilegítimo son acciones de los gobernados que colocan al Estado en una doble obligación: respeto y garantía a la propiedad privada y obligación de mantener la concordia entre ciudadanos.

Siguiendo dicha lógica, el fundamento que radica en un originario Estado de naturaleza, la propiedad y el derecho de apropiación son constituyentes de la vida humana, lo que hace el Estado es regular y asignar, lo que es *mío* y lo que es *tuyo*, lo cual, a su vez, se traduce en una necesaria fundamentación bajo la cual el Estado legitima las leyes que han dado paso de una relación natural de apropiación a una relación civil de limitación sobre lo establecido como general y originariamente propio. Será el Estado en quien recaiga la obligación de legitimar los límites impuestos a la propiedad y en los que en todo momento deberán

---

<sup>21</sup> En otro estudio, hago amplias distinciones, en especial, a los problemas y fundamentos de orden constitucional que vincula y obliga de manera especial tanto a Estado como a ciudadanos.

tener como presupuesto y fin la armonía de la vida cívica de los gobernados.

## V. El fundamento moderno e ilustrado de la propiedad: Locke, Rousseau y Hegel. Origen de la legitimidad de lo propio y el origen de la desposesión

A. El iusnaturalismo de Locke se instancia sobre la base de una distinción fundamental que consiste en asumir a la razón como una facultad a partir de la cual esta es capaz de descubrir (reconocer como *aletheia*) la verdad y como su correcto uso, es decir: la “recta razón”. Es a partir de ambas que somos capaces de “una serie de principios que pueden ser objeto de conocimiento y norma de conducta” (pág. XIII); Carlos Mellizo, en su estudio preliminar de la obra *La ley de la naturaleza* (2007) de Locke, dice que:

Si bien, la facultad discursiva es innata al ser humano, “la recta razón” no lo es. Y los principios morales que se presentan ante la mente no son fabricados ni dictados por la razón humana, sino únicamente descubiertos e interpretados por ésta. Así, cuando Locke afirma que el hombre ha sido “absolutamente dotado de mente, intelecto y razón”, sólo está adscribiéndole al ser humano la facultad de pensar y razonar, y no está manteniendo que desde su nacimiento lleve consigo un cuerpo de verdades racionales o reglas de conducta, ni que sea capaz de dar exigencia a esas verdades o reglas (pág. XIII).

En pocas palabras, el derecho natural es un conjunto de principios interpretados por la naturaleza humana, que parte de un principio de razón a la luz de las facultades innatas y aprendidas, es decir, el derecho natural es el resultado de nuestra interpretación de la naturaleza por leyes tradicionales y objetivas, jamás serán dogmáticas. Es así que la exigencia de la postulación de algo que sea “propio del derecho por naturaleza” o “de la naturaleza”, deberá ser sometido a las reglas universales de la recta razón y no puede administrarse contradicción alguna.

En su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, en su primer capítulo, al hacer alusión a las discusiones sobre un posible derecho hereditario originario, Locke (2014) señala contundentemente, frente a la imposibilidad de sostener un derecho que descansa en un principio religioso o metafísico, que:

Con todas estas premisas, han quedado según pienso, claramente probadas, es imposible que quienes ahora gobiernan en la tierra, se beneficien en modo alguno o deriven la menor traza de autoridad de lo que se considera fuente de todo poder: el dominio privado y la jurisdicción paternal de Adán. De manera que, quien no quiera dar justo motivo para pensar que todo gobierno en este mundo es solamente el producto de la fuerza y de la violencia, y que los hombres viven en comunidad guiados por las mismas reglas que imperan entre las bestias -según las cuales es el más fuerte el que se alza con el poder-, sentando, así, los cimientos del desorden perpetuo de malicia, del tumulto, de la sedición y de la rebelión -cosas contra las que los defensores de dicha hipótesis gritan a voz en cuello-, debe necesariamente encontrar otra teoría que explique el surgimiento del gobierno y del poder político, y otro modo de designar y conocer a las personas que lo tienen...(Locke, 2014, pág. 40).

Aunado a ello, anteriormente Locke había afirmado que ni siquiera las obligaciones que tienen por orígenes los deberes naturales pueden ser perpetuas, pero que en esta armonía hay derechos de naturaleza que, en este afán de preservación, requieren de la ley humana, es así que es una ley de naturaleza el que a cada hombre le está permitido conservar su propiedad, o, dicho de otra manera, ningún hombre puede robar a otro y apropiarse de lo ajeno... (Locke, 2007, pág. 89).

Recuperando y volviendo a la razón natural, Locke señala que, una vez que el hombre (las personas) aparecemos en el mundo, es de ley natural hacernos de los medios que estén a nuestro alcance para nuestra conservación. Al igual que otros animales, buscamos medios para alimentarnos y procuramos de la naturaleza sus propios recursos para satisfacer nuestras necesidades; sin embargo, es de otra fuente el discurso religioso que aquí no abordaré, pero que en Locke aparece presente cuando señala que, al ser descendientes de Adán, podemos admitir como principio el hecho de que la naturaleza es una creación de Dios y nos dio como privilegio servirnos de ella. Esta afirmación en que se funda la creencia no altera la línea argumentativa en el autor, porque es directamente de la naturaleza de la que provienen los recursos y bienes que buscamos para protegernos. Además, él mismo confiesa que aun siendo difícil:

... mostraré cómo los hombres pueden llegar a tener en propiedad varias parcelas de lo que Dios entregó en común al género humano; y ello, sin necesidad de que haya un acuerdo expreso entre los miembros de la comunidad (Locke, 2014, pág. 65).

Y así como Dios nos dio el mundo en común, también nos dio la razón que es común de todos; por ello, la razón objetiva será el principio

por el cuál la conducta de los hombres sea guiada en la estipulación justa de acuerdos, sabedores de ser capaces de alcanzar reconocimiento y principios objetivos a través de la racionalidad al momento de decidir e instituir las leyes, de manera que un juez imparcial será aquél que esté conforme con esta objetividad postulada por la razón universal humana:

Dios ha dado a los hombres el mundo en común; pero como se lo dio para su beneficio y para que sacaran de él lo que más les conviniera para su vida, no podemos suponer que fuese la intención de Dios dejar que el mundo permaneciese siendo terreno comunal y sin cultivar. *Ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad, y no los delirios y la avaricia de los revoltosos y los pendencieros...* (Locke, 1690/2014, pág. 71 las cursivas son nuestras).

La envidia y otros vicios no tienen lugar como posible forma alterna de legitimidad, hasta aquí, ningún pensador o filósofo ha puesto como posibilidad de fundamentación un crimen<sup>22</sup> o vicio que justifique el acceso a la propiedad. Para Locke, los límites que la propia naturaleza ha impuesto dependen del trabajo que uno mismo realice y de lo que pueda hacerse por este medio para vivir. Es de suma importancia porque la riqueza se encuentra directa y necesariamente relacionada con el trabajo, de ahí que es antinatural que algo fuera del trabajo humano sea capaz de producir tanta riqueza y, más aún, es antinatural que una sola persona quiera apropiarse de todo:

...era... imposible que ningún hombre se entrometiera en los derechos de otro o adquiriese propiedad para sí mismo con perjuicio de su vecino, el cual tendría todavía sitio suficiente para adquirir posesiones tan buenas y extensas, en la misma cantidad que cuando la apropiación del otro no había tenido lugar (Locke, 2014, pág. 73).

Así, la reivindicación proveniente del orden de la naturaleza; además, se instaura sobre una impronta de carácter moral, la prohibición de la avaricia y el despojo y antepone la exigencia de la moderación. De ahí se sigue que las leyes de un Estado sean justas, moderadas y racionales, que puedan regular la riqueza y la propiedad, que sean tales que hagan imposible que los hombres cometan injusticias en el afán de

---

<sup>22</sup> Maquiavelo en el capítulo VIII de *El Príncipe* sólo nos llega a decir que hay quienes sirviéndose del crimen llegaron al poder (sin legitimarlo y no hace mención de la propiedad en lo que toca a la forma de nuestro tratamiento) pero, así como lo obtuvieron, lo perdieron fácilmente, como el caso de Oliverotto Da Fermo. (Maquiavelo, 2011, pág. 29).

desposeer al otro, que la deshonestidad de sus prácticas productivas fuera regulada tanto por las leyes naturales puestas al amparo de la ley civil implicaba también una observancia de orden moral. La avaricia, al ser incontinencia, debe estar vigilada por la ley humana y, como señala Locke (2014), “evitar un exceso de labranza cuando sus límites rebasaban lo propio y lo necesario” (pág.74).

Lo mencionado es por demás importante, porque, de ser así, hasta nuestros días deberían ser el rasero con el que se midan las leyes que regulan la propiedad, así como las que protegen y garantizan el acceso y posibilidad de ellas. Que una ley que se escape de estos principios debería ser declarada ilegítima y violatoria de derechos fundamentales.

B. Uno de los filósofos más influyentes de la Ilustración es, sin duda, Jean Jaques Rousseau. Su gran estilo y seducción hizo de sus obras las más leídas. Para mi propósito, habré de comentar brevemente dos, donde creo que se encuentra el fundamento y demostración del derecho legítimo a la propiedad, la ilegitimidad de la desposesión y la infundada idea de la diferencia y discriminación.

Rousseau (2014), en su celeberrima obra, *El Contrato Social*, se plantea:

Quiero averiguar si, en el orden civil, puede haber alguna regla de administración legítima y segura, tomando a los hombres tal como son y las leyes tal como pueden ser. En esta indagación procuraré aunar siempre lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, a fin de que no se encuentren separadas la justicia y la utilidad. (Rousseau, 2014, pág. 261).

Asimismo, dice que el “... orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás” (pág. 262), por lo tanto, es el fundamento del resto, pero, aun así, este derecho no proviene ni de la naturaleza ni de ningún poder divino, sino que es instituido por la ley humana, cuya naturaleza es estrictamente convencional. El origen de nuestra libertad y de nuestro cuidado proviene de la naturaleza y no es dádiva de nadie, sino de acuerdos contractuales, donde cada parte debe cumplir con lo que le toca, “ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; es, a lo sumo, un acto de prudencia” (pág. 264).

Si el Estado es formado a partir del pacto social, entonces cada miembro como constituyente ha cedido algo, su fuerza, su derecho a gobernarse y que por prudencia (aspecto importante en Rousseau que



parece sustituir el verdadero deseo libre y desprejuiciado), ha decidido formar parte del Estado y que, con ello, estas fuerzas ahora políticas creadas se obligan a protegerlo y garantizarle su libertad y su derecho de posesión (ahora regulado convencionalmente por la ley humana):

Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de varios; pero como la fuerza y la libertad de cada hombre son los primeros instrumentos de su conservación, ¿cómo los comprometerá sin perjudicarse y sin descuidar las atenciones que se debe a sí mismo? Esta dificultad aplicada a mi tema puede enunciarse en estos términos: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes." Tal es el problema fundamental cuya solución da el *Contrato social* (Rousseau, 2014, págs. 269-270) (las cursivas son del autor).

La fuerza común en cada hombre, aun dentro del Estado, debe ser protegida, porque de esta depende su capacidad para satisfacer sus necesidades, analógicamente con Locke, ambos coinciden en que es el trabajo (Locke) y la libertad (Rousseau) lo que da derecho a la propiedad. El plano que hace posible esta potencialidad humana lo da la ley, solo la ley puede evitar que unos cometan ventaja en perjuicio de otros, solo el Estado puede evitar la desposesión. Así, la suma de las fuerzas en cada persona constituye su principal bien:

El derecho del primer ocupante, aunque es más real que el del más fuerte, sólo llega a ser un verdadero derecho después de establecerse el de propiedad. Todo hombre tiene naturalmente, derecho a todo lo que le es necesario; *pero el acto positivo que le hace propietario de algún bien le excluye de todos los demás*. Una vez determinada su parte, debe conformarse con ella, y ya no tienen ningún derecho a lo de la comunidad. Por eso el derecho del primer ocupante, tan débil en el estado de naturaleza, es respetable para todo hombre civil. En este derecho se respeta no tanto lo que es de otro como lo que no es de uno. (Rousseau, 2014, págs. 274-275).

Un primer ocupante tendrá derecho de propiedad, si y solo si el terreno no esté o haya estado ocupado por alguien más y que esta ocupación solo sea la necesaria para vivir. El Estado, desde su fundación, solo ha tenido la obligación de proteger y legitimar el origen de la propiedad bajo estos dos criterios, fuera de él, sería pernicioso para los ciudadanos y para el Estado mismo. El Estado bajo ninguna circunstancia puede permitir una notoria ventaja, pues entonces habría parcialidad con beneficio para unos cuantos, el gobierno tiene la fundamental obligación

de la imparcialidad para con sus gobernados, fuera de ello, abonaría a la discordia a las injusticias. En su *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Rousseau (1755/2014) pone como principal impronta la necesidad de conocer a los hombres; no se les puede regular si no se les conoce:

Al contemplar la sociedad humana con mirada desinteresada y tranquila, en principio no parece mostrar otra cosa que la violencia de los poderosos y la opresión de los débiles; se subleva el espíritu contra la dureza de unos, nos inclinamos a deplorar la ceguera de otros, y como no hay nada menos estable entre los hombres que estas relaciones externas más frecuentemente debidas a la casualidad que a la sabiduría, y que se llaman debilidad o poderío, riqueza o pobreza, las instituciones humanas parecen, a primera vista, fundadas sobre montones de arena movediza, *sólo examinándolas de cerca, sólo después de haber apartado el polvo y la arena que circundan el edificio, descubrimos la base incommovible sobre la que se alza y aprendemos a respetar sus fundamentos.* (pág. 132 las cursivas son nuestras).

Para Rousseau no hay nada digno ni prodigioso en una ley que acentúe la desigualdad, que los poderes de las magistraturas, en su ceguera, permitan la desposesión de los pequeños propietarios; no olvidar que nadie tiene ni por origen, ni por principio, ni por fuerza originaria, derecho alguno sobre la propiedad. La riqueza excesiva tiene su origen en una historia de desposesión con la mano débil de un Estado que ha permitido el despojo. Así, siguiendo al pensador ginebrino, el origen de la desigualdad, de la desposesión y del despojo descansa sobre la infamia.

C. Si se acepta que en Locke la búsqueda de principios racionales y objetivos que legitimen la propiedad, en Rousseau es posible decir que se encuentra el fundamento moral más persuasivo y conmovedor. Pero, hablando de fundamentos, es Hegel, en su *Filosofía del Derecho*, quien puso el profundo énfasis del tema de la propiedad, en tanto que este tiene una determinación óntico-entitativa que posibilita toda forma de libertad al individuo independientemente de encontrar un elemento emotivo en él mismo, por el contrario, Hegel es, como nadie antes, el perpetuador del fundamento más objetivo de la forma de la realidad absoluta bajo la cual se encuentra arropada la idea de la vida humana. En Hegel (1821/1999), la propiedad no es contingente, sino que su necesidad es, a su vez, condición de existencia inclusive de la propia personalidad de los individuos, es el espíritu objetivo quien puede encarnar esta posibilidad:

La persona, para existir como Idea, debe darse una *esfera externa de libertad*. Puesto que la persona, en esta primera determinación aún del todo abstracta, es la voluntad infinita que es en sí y por sí, lo que puede constituir la esfera de su libertad es una cosa distinta de ella; del mismo modo que determina lo inmediatamente diferente y separable de sí. (parágrafo 41, pág. 125) (las cursivas son nuestras).

Asimismo, en la edición de Juan Luis Vermal (que es la que consulto para el presente trabajo), existen “agregados” (así los llama él, que no se encontraban en la primera edición), una aclaración que nos es altamente significativa:

Lo racional de la propiedad no radica en que sea la satisfacción de necesidades, sino en que supera la mera subjetividad de la personalidad. Sólo en la propiedad existe la persona como razón. Aunque la primera realidad de mi libertad en una cosa exterior es por ello mismo una mala realidad, la personalidad abstracta no puede tener en su inmediatez una existencia que no tenga precisamente la determinación de la inmediatez (Hegel, 1999, pág. 125).

Vale decir que la obra de Hegel, su *Filosofía del Derecho*, forma parte del sistema del espíritu objetivo, el cual, a su vez, constituye el segundo momento de la realización del espíritu absoluto. Es, en lo que llama Hegel, el espíritu objetivo donde se encarnan las más grandes instituciones que a su vez forman la consolidación de una filosofía práctica: la moral y el derecho son sus encarnaciones más importantes.

Para Hegel (1821/1999), la libertad es lo más importante y digno de ser consolidado en esta estructura, para él, la libertad es autodeterminación y con ello, su carácter fundamental como base ontológica de toda determinación posible de la vida humana, sin propiedad no hay posibilidad de la libertad y, con ello, la configuración de los individuos (un individuo es amorfo, en proceso de su determinación única como sujeto y que va a llamar “constituyente de su personalidad”).

Siguiendo a Vermal, en el comentario introductorio de la obra de Hegel, el desarrollo de la individualidad juega un carácter de fundamento y de base ontológica, “*la persona surge en el ejercicio de la libertad en relación con cualquier exterioridad apropiable*” (pág. 20) (las cursivas son propias). Entonces, si la persona constituye para Hegel la libre apropiación, entonces, la propiedad para Hegel es la base sobre la

cual es pensable la libertad y, con ello, tal y como afirma Vermaal, “es la base de la libertad en la modernidad” (pág.21).

La libertad, la propiedad y la moralidad van de la mano en el sistema hegeliano, las determinaciones morales cubren una importante extensión en el sistema hegeliano, aquí solo basta con la mera mención de ello; en tanto que la búsqueda de su realización en los individuos es realización de la libertad, la configuración de su personalidad, la personalidad es pura apropiación, pero esta jamás es (a diferencia del resto de los objetos) enajenable. La propiedad es la condición necesaria del despliegue de la vida humana tanto colectiva como individual, de ahí que la moralidad juegue el más alto papel regulativo entre la propiedad, la libertad y la apropiación.

## VI. Conclusiones

Al final de este breve y modesto recorrido por la muestra de algunos de los fundamentos en los que descansa el derecho de y a la propiedad, se ha observado que se trata de un pensamiento original en cada uno de los filósofos. Mostré que sus tesis (ello reclama un estudio exhaustivo), pese a una notoria diferencia de distancia, no son tan distintas y tampoco lo son sus preocupaciones. De pronto, una se siente con la tentación de que tal vez son lo mismo con diferencias más de orden sistemático-fundacional que de su propia naturaleza intrínseca.<sup>23</sup>

Podría decirse que todos coinciden en que la propiedad en el fundamento es la garantía que permite que la vida humana sea posible; asimismo, es el trabajo que cada persona aporta para legitimar su derecho a tener algo propio, por lo menos, como la base fundacional de toda forma de propiedad. Lo que lleva a preguntarse si la mayoría de las personas trabajamos a qué tendríamos derecho como un mínimo de apropiación posible y, sobre todo: garantizable.

La aportación de importantes filósofos en la historia (occidental) ha dejado claro que no puede haber un desarrollo libre de la personalidad tal y como lo postulan los derechos fundamentales, si el Estado no garantiza las condiciones mínimas materiales para la subsistencia humana.

---

<sup>23</sup> Aquí esta expresión es enfática y no contiene una carga conceptual que refiera a ningún sistema filosófico.

Estoy convencida de que la propiedad se constituye en la garantía mínima a la que todos tenemos derecho para tener un mínimo de seguridad (material). Una sociedad con personas desposeídas y sin posibilidad para lo propio (derecho de apropiación) no es una sociedad sana; más bien, este tipo de realidad habla de un Estado fallido al ser incapaz de garantizar un mínimo para que la vida de las personas sea posible.

Postulo que toda persona tiene derecho a llamar propio a algo que le pertenece y la propiedad debe ser garantizada como un derecho de primer orden, en tanto que es lo que hace posible el desarrollo humano una vez que la necesidad material ha sido cubierta. La propiedad y el derecho de ser dueño hace posible esto y creo que:

- I. No existe algo así como un fundamento mágico ni religioso que legitime a nadie a la propiedad y a la desposesión.
- II. La propiedad es un derecho pactado por los hombres (personas) cuando instituyen un Estado o cualquier otra forma de organización jurídico-política.
- III. Los Estados democráticos no están legitimados para permitir la explotación ni la desposesión y, por el contrario:
- IV. Están obligados a garantizar la vida digna de los ciudadanos, al ser estos, en términos de la filosofía clásica aristotélica, la causa final y eficiente del Estado.

El derecho a la propiedad es:

Es el derecho que tiene toda persona de usar, gozar, disfrutar y disponer sus bienes de acuerdo a la ley. *Dicho derecho será protegido por el Estado, por lo que nadie podrá ser privado, ni molestado en sus bienes sino en virtud de un juicio que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento.* Sólo en caso de interés público, y observando la debida indemnización, *el Estado puede restringir el derecho a usar, disfrutar y disponer de ella*" (CNDH, s.f., párr. 1) (Las cursivas son nuestras).

Resultará muy interesante tomar como principio de regla la determinación de su significado absoluto y concreto para juzgar como simples ciudadanos, si las reglas en las que el Estado justifica su actuación realmente son legítimas y no trastocan los principios fundamentales de naturaleza ontológica que fundamentan la razón de ser de un objeto

llamado propiedad, si la libertad para apropiarse de las cosas (todo tipo de bienes) así como en la filosofía se exige una racionalidad universal y objetiva, esta se cumple en la racionalidad judicial y, finalmente, si los principios morales en los cuales descansa cuyo repudio a la avaricia y despojo es flagrante se encuentran realmente imposibilitados por las reglas civiles.

Cuando los fundamentos que dan cuenta de la naturaleza, origen y justificación de un objeto no coinciden con la forma concreta en la que se encuentran postulados por el orden de lo jurídico (“legal”), lo más seguro es que se necesite una revisión y una honesta mirada a los fundamentos antiguos, modernos o contemporáneos, según sea el caso, y dar cuenta si en las actuales leyes, normas y principios que regulan la propiedad, realmente son el fiel y justo reflejo de aquello que postulan como su cimiento y, por lo tanto, donde descansa su más alta nota de legitimidad.

## VII. Referencias bibliográficas

- Aristóteles (1988). *La Política*. Madrid, España. Editorial Gredos.
- Hegel, G. W. Friedrich (1999). *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona, España. Primera edición 1821. Editorial Edhasa.
- Hobbes, Thomas (2005). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, Eclesiástica y Civil*. Buenos Aires, Argentina. Primera edición 1651. Fondo de Cultura Económica.
- Lewis, Oscar (2021). *Antropología de la pobreza*. Ciudad de México. Primera edición 1959. Fondo de Cultura Económica.
- Locke, John (2007). *La ley de la Naturaleza*. Madrid, España. Primera edición 1664. Editorial Tecnos. Clásicos del Pensamiento.
- Locke, John (2014). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid, España. Primera edición 1690. Alianza Editorial.
- Maquiavelo, Nicolás. (2011). *Obras. El Príncipe*. Madrid, España, Editorial Gredos.
- Petit, Eugene (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. 23ª edición, México, D.F. Editorial Porrúa.
- Platón (1998). *La República*. Madrid, España. Editorial Gredos.
- Rousseau, Jean Jaques (2014). *Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. El

*Contrato Social*. Barcelona, España. Primera Edición 1750/1754/1762, Editorial Gredos.

### Sitios *web* consultados

Castillo Ortega, Víctor Luis. Ponencia: *El Derecho de Propiedad: - Adquisición, Protección y Efectos*-[http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/2019/03/Victor\\_Luis\\_Castillo\\_Ortega-El\\_Derecho\\_de\\_Propiedad.pdf](http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/2019/03/Victor_Luis_Castillo_Ortega-El_Derecho_de_Propiedad.pdf)

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (s.f.). *Medición de la pobreza*. Coneval.

[https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza\\_2020.aspx](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2020.aspx)

Comisión Nacional de Derechos Humanos (s.f.). ¿Cuáles son los derechos humanos? CNDH México. <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/cuales-son-los-derechos-humanos>

Comisión Nacional de Derechos Humanos (s.f.). *Derecho a la propiedad*. CNDH México. <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/derecho-la-propiedad#:~:text=Es%20el%20derecho%20que%20tiene,las%20formalidades%20esenciales%20del%20procedimiento>

World Inequality Report. <https://wir2022.wid.world/download/>

## Capítulo V

### El derecho a la propiedad. Recuento histórico y crítico de un derecho en desuso

Sumario: *I. Introducción. II. Origen del derecho a la propiedad desde el iusnaturalismo. III. La propiedad como derecho humano. IV. Movimientos sociales sobre la propiedad privada del siglo XX y del siglo XXI. V. Consideraciones finales. VI. Referencias bibliográficas.*

Ray Freddy Lara Pacheco<sup>24</sup>

Luis Sánchez Pérez<sup>25</sup>

#### I. Introducción

El régimen de propiedad privada se ha transformado a lo largo de la historia a partir de los cambios políticos y sociales, que han traído consigo los distintos movimientos, revoluciones, declaraciones y leyes, que obedecen a la necesidad de regular este derecho que ha sido tan importante para todas las sociedades sin importar temporalidad y latitud. Pero se identifican varios fenómenos que han cuestionado su importancia dentro de lo considerado como derecho humano.

La premisa de trabajo es señalar el desuso del derecho a la propiedad en la realidad actual del siglo XXI, a pesar de que “la razón última o el fundamento de la exigibilidad de los derechos está en la especial dignidad humana que posee todo ser humano” (Bermúdez, 2012, pág. 208), donde cierto tipo de “intereses” priman sobre los ciudadanos o los habitantes de un territorio, ello con base en la misma genealogía de lo que se asumió como derecho de propiedad “exclusiva”

---

<sup>24</sup> Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Maestro en Ciencias Sociales y licenciado en Estudios Internacionales por la Universidad de Guadalajara. Profesor-investigador en U de G adscrito al departamento de Ciencias Sociales y Desarrollo Económico del Centro Universitario de los Lagos. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Actualmente dirige el Programa en Atractividad Territorial y Marca Ciudad del CUCEA de la UdeG.

<sup>25</sup> Doctorante y maestro en Políticas y Seguridad Públicas en IEXE Universidad, abogado por la Universidad de Guadalajara. Profesor de asignatura en materias como ética jurídica, política criminal, comunicación política, problemas socio económicos en la Universidad de Guadalajara y en la Universidad Enrique Díaz de León. Investigador de medios de comunicación y participación ciudadana en el Laboratorio de Innovación Democrática. Colaborador semanal en *Milenio*, *Occidental* y el *Semanario*.



a ciertos individuos en Roma o durante la Edad Media, así como en el periodo de las revoluciones (estadounidense y francesa) e industrialización, para consolidarse en el siglo XX, ello provocó la proliferación de movimientos sociales, desobediencias y posturas a favor de la reivindicación de dicho derecho.

La intención de este capítulo es hacer un recuento histórico-crítico del derecho a la propiedad, el cual, a pesar de ser considerado inherente al individuo (natural), y que no pueden ser usurpado por el Estado (negativo) mediante la garantía del derecho natural, por un lado, se trata, “de un derecho natural que es recibido de la naturaleza y reconocido como tal por la inteligencia humana” (De la Fuente, 2015, pág. 511). Por otro lado, ha transitado por estadios que distan de la lógica del bienestar y prosperidad humana, convirtiéndose en un derecho en desuso, ello ha motivado la proliferación de distintos movimientos sociales en favor de su reapropiación a través de la lucha por la tierra y la territorialidad, el acceso a la vivienda digna, la recuperación del espacio público, el derecho a la ciudad, entre otros.

El capítulo está compuesto por cinco apartados. El primero de ello señala el origen de la propiedad (*privada*) desde el iusnaturalismo; posteriormente, se revisa la evolución de dicha idea antes y durante la Edad Media. En el tercer apartado, mediante el hecho histórico de la Revolución francesa, se asume la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 como la institucionalización de la propiedad como un derecho. En el cuarto apartado, se destaca el artículo 17 sobre la “propiedad, individual y colectiva” de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948. Por último, se revisan algunos de los movimientos sociales que han cuestionado la esencia del derecho a la propiedad a partir de la instauración de conceptos como tierra (territorio), vivienda digna, derecho a la ciudad, entre otros.

## II. Origen del derecho a la propiedad desde el iusnaturalismo

El derecho natural (*ius naturale*) señala la existencia de ley natural (*lex naturalis*) no impuesta por ningún orden social, político o jurídico anterior a la formación de cualquier grupo social, sus partidarios:

[...] comparten una tesis básica: el derecho natural no solo se distingue del derecho positivo,<sup>26</sup> sino que además es superior a éste porque emana de una naturaleza divina o racional que determina lo justo y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado” (Fasso, 2015, págs. 836-837).

Debido a ello, “el derecho positivo debe ser fiel reflejo del derecho natural” (Dos Santos, 2013, pág. 13). El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define al *Iusnaturalismo* como:

[...] la concepción filosófica que proclama una idea unitaria y global del derecho como conjunto de valores universales previos al derecho positivo en los que debe este inspirarse. Se manifiesta el derecho natural en dos aspectos o momentos: el derecho natural (derecho justo, derecho correcto) y el derecho positivo (impuesto por las autoridades humanas). Según esta concepción teórica, el derecho positivo, para ser verdadero derecho, no puede contradecir las exigencias del derecho natural (RAE, 2020).

Este derecho es supremo y trascendente sin dependencia de lo humano y estatal, lo fundamental es su naturaleza concebida como divina o racional, lo que le permite que su contenido y necesidad tenga una validez universal (Maracone, 2005, pág. 125),<sup>27</sup> y con ello el origen de la sociedad civil, por lo tanto, del Estado.

La “sociedad civil” (*societas civiles*) se contrapone a “sociedad natural” (*societas naturalis*), y es un sinónimo de “sociedad política” (en correspondencia con la derivación, respectivamente, de *civitas* y de *polis*” y por lo tanto de “estado” [...]. El estado o sociedad civil nace por contraste con el estado primitivo de la humanidad, donde no imperan otras leyes que las naturales; o sea que nace con la institución del poder común que sólo es capaz de garantizar a los individuos asociados algunos bienes fundamentales como la paz, la libertad, la propiedad y la seguridad, que en el Estado de naturaleza está completamente amenazadas

---

<sup>26</sup> “El positivismo rechaza toda idea de un derecho natural, pues los principios generales del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. El derecho se sustrae a todo enfoque axiológico o ético”. [...] Para esta corriente, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un Derecho Natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble ilusión (Dos Santos, 2013, pág. 24).

<sup>27</sup> El derecho natural, “como depende de la genuina naturaleza del hombre y de su posición respecto de las cosas, es universal e inalterable. El hombre, en su mal uso de la libertad puede, infringirlo, pero apreciamos como algo constante que lo natural siempre se impone, porque está invariablemente en nosotros. Pues bien, la ley y el derecho naturales no pueden separarse, ni tampoco deben confundirse. El Derecho Natural es aquella parte de la Ley Natural en referencia a las relaciones de justicia. Por eso a la Ley Natural se le llama Derecho Natural en cuanto es regla de Derecho, y sólo bajo este aspecto” (De la Fuente, 2015, pág. 510).

por la explosión de conflictos cuya solución está confiada exclusivamente a la autotutela (Bobbio, 2015, pág. 1519).

La sociedad civil iusnaturalista distinguida por instituciones jurídicas de origen pacticio (familia, propiedad, compraventa<sup>28</sup>, por ejemplo) el hombre también se diferencia de la mujer y los bienes, “que son la lógica premisa del *pactum societatis* primero, y del *pactum subiectionis* después” (Matteucci, 2015, pág. 354).<sup>29</sup>

Los Iusnaturalistas clásicos (siglos XVII y XVIII) destacados, como Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant o Jean-Jacques Rousseau, identifican que la propiedad es la causante de la creación del Estado debido a su regulación mediante distintos acuerdos, pero a su vez es la que provocará entre los habitantes las distintas desigualdades que causarán problemas a futuro y las clases sociales:<sup>30</sup>

[...] por lo tanto, en lógica iusnaturalista, si bien el Estado es represor de la libertad humana también lo es de su natural ‘inclinación’ a la inobservancia de las leyes y del libre ejercicio de sus pasiones; si no fuera por esto no habría necesidad del Estado (Alatorre, 1998, pág. 2).

Aquí la autoridad representada por el Estado es un mal necesario.  
Y sobre la propiedad se observa lo siguiente:

El hombre tiene derecho al uso de los bienes creados –un derecho natural- y se ha constituido, por lo tanto, en dueño y señor de los bienes que conforman la tierra. Hay un derecho primero y principal de todos a los bienes creados, y si es lícita, admisible e incluso conforme al derecho natural la propiedad privada, es

---

<sup>28</sup> De esta institución [Estado] derivan todo los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido [...] representa la voluntad y el mando supremo del Estado. [...] “establecer las normas de propiedad, de determinar de qué modo deben llevarse a cabo todas las clases de contratos (compra, venta, cambio, préstamo y arrendamiento)” (Hobbes, 1651 -2005-, pág. 142).

<sup>29</sup> Los derechos innatos, el estado natural y el contrato social, a pesar de ser entendidos de diversas maneras por los distintos escritores, son conceptos característicos del iusnaturalismo moderno y se encuentran en todas las doctrinas del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, tanto que se ha podido hablar (aunque en realidad, impropia) de una “escuela del derecho natural” (Fasso, 2015, pág. 840).

<sup>30</sup> “El caso central del iusnaturalismo clásico y contemporáneo incluye tanto la respuesta adecuada a los problemas generales como la defensa de los contenidos verdaderos de la ley moral natural acerca de la vida humana, su dignidad y tutela; sobre el matrimonio y la familia; sobre el carácter natural de la vida social y de sus exigencias, como la primacía del bien común, la veracidad y la prohibición de la mentira alguna forma de propiedad privada; sobre la religión y la necesidad de tributar a Dios el culto debido” (Orrego, 2015, pág. 44).

con la condición esencial e intrínseca de supeditarse a ese derecho, anterior y superior (De la Fuente, 2015, pág. 499).

[En palabras de Hobbes] es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman *propiedad*. En efecto, antes de instituirse el poder soberano todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, lo cual es necesariamente causa de guerra; y, por consiguiente, siendo esta propiedad necesaria para la paz y dependiente del poder soberano es el acto de este poder para asegurar la paz pública. Esas normas de propiedad (o *meum y tuum*) y de lo *bueno* y lo *malo*, de lo *legítimo* e *ilegítimo* en las acciones de los súbditos, son leyes civiles, es decir, leyes de cada Estado particular (Hobbes, 2005, pág. 146).

[En palabras de Rousseau] el primero que, habiendo cercado un terreno, descubrió la manera de decir: esto me pertenece y halló otros tantos ingenuos que le creyeran fue el verdadero fundador de la sociedad civil<sup>31</sup> (Rousseau, 1755 -2004-, p. 129). [...] En una palabra: competencia y rivalidad de un lado, oposición de interés por el otro, y siempre el oculto deseo de aprovecharse a costa de los demás; he allí los primeros efectos de la propiedad y el cortejo de los males inseparables de la desigualdad naciente (Rousseau, 1755 -2004-, p. 137). [*a pesar del rechazo a la propiedad privada*] hay grandes motivos para suponer que las cosas habían llegado al punto de no poder continuar existiendo como hasta entonces (Rousseau, 2004-, pág. 129).

Para Locke el derecho a la propiedad constituye un derecho natural, un derecho original que, como la vida, la salud o la libertad debe ser respetado por todos los hombres. (De la Fuente, 2015, p. 506). Para él, su Estado Natural concede un lugar fundamental a la propiedad privada e introduce el elemento del trabajo, el cual, “es propiedad original y natural del hombre, cuando se aplica a la tierra comunal y a sus productos da origen a la propiedad privada” (De la Fuente, 2015, pág. 507). Los hombres acuerdan salir del Estado Natural para disfrutar su propiedad y mediante el contrato original renuncian a su derecho natural a la aplicación de la ley por su propia mano, cediéndolo a la comunidad que se instituye entonces en Sociedad Civil, Sociedad Política, Estado o República, sinónimos en Locke como en tantos otros iusnaturalistas (Alatorre, 1998, pág. 6).

La siguiente tabla 1 muestra los postulados de estos personajes respecto a la creación del Estado o sociedad civil, así como su relación con la propiedad:

---

<sup>31</sup> Para Rousseau se abandonó el originario Estado Natural con el surgimiento de la propiedad privada, que constituye la causa de fondo del nacimiento de la Sociedad Civil (Alatorre, 1998, pág. 10). Donde “el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar: lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee” (Rousseau, 1762 -2017-, pág. 14).

**Tabla 1**

Personaje	Obra	Relación causal	Postulados
Thomas Hobbes (1588-1679)	<i>De Cive</i> (1642) <i>Leviatán</i> (1651)	Estado natural <input type="checkbox"/> Pacto social <input type="checkbox"/> Estado o sociedad civiles.	El Pacto Social garantiza la propiedad privada y la seguridad nacional.  El Estado natural es sinónimo de estado de guerra.  En tiempo de guerra civil, se acaban las garantías y se retorna al Estado natural.  Bases de los fundamentos del Estado autoritario.
John Locke (1632-1704)	Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1689)	Estado natural <input type="checkbox"/> Contrato original <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Sociedad civil, sociedad política o Estado	En el Estado natural existe la propiedad privada, el contrato original surge para garantizarla.  No existe un estado de guerra en el Estado natural debido a: 1) existencia de una ley de natural que concuerda con la razón; 2) abundancia de recursos naturales para todos; 3) el hombre cuenta con dos poderes, hacer lo que parece adecuado a su beneficio y castigar por mano propia los delitos cometidos con la ley natural.  Justificación del Estado liberal.
Immanuel Kant (1724-1804)	Metafísica de las costumbres (1785)	Estado natural <input type="checkbox"/> Constitución civil <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Sociedad o estado civiles	El Estado natural no es estado de guerra, sino Estado de justicia negativa.  La constitución civil se crea para el reconocimiento y protección de la propiedad privada.  Visión contemporánea del Estado de derecho.
Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)	Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres (1755)  El contrato social (1762)	Estado natural <input type="checkbox"/> Propiedad privada <input type="checkbox"/> Sociedad civil <input type="checkbox"/> Contrato Social <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> República o Estado	En el Estado natural no hay guerra, sino paz y armonía hasta la llegada de la propiedad privada.  La propiedad privada genera un estado de guerra y abuso conocido como la sociedad civil.  El Contrato Social pone límites a los excesos y sujeta a los hombres a un poder común a todos: el Estado.  Origen de la tesis del Estado democrático.

*Nota:* Elaboración propia con datos de Alatorre, 1998; De la Fuente, 2015; Hobbes, 2005; Rousseau, 2004, 2017.

Desde esta visión del derecho natural, la propiedad privada se puede considerar la antecesora de lo que posteriormente se asumirá como derechos humanos, pues no solo es intrínseca al ser humano, sino que se convierte en la condición *sine qua non* para ser valorado “ciudadano” y, por ende, ser sujeto de derecho mediante distintos acuerdos (Pacto Social, Contrato Original, Constitución Civil, Contrato Social). A saber, para los iusnaturalistas:

[sobre la justicia] Donde no hay *suvo*, es decir, donde no hay propiedad, no hay injusticia; y donde no se ha erigido un poder coercitivo, es decir, donde no existe un Estado, no hay propiedad. Todos los hombres tienen derecho a todas las cosas, y por tanto donde no hay Estado, nada es injusto. Así, que la naturaleza de la justicia consiste en la observación de pactos válidos: ahora bien, la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos. Es entonces, también, cuando comienza la propiedad (Hobbes, 2005, pág. 119).

Para Locke y Kant, el énfasis se traslada hacia la defensa de los derechos naturales o innatos o racionales del hombre, para la tutela de los cuales es instaurado, justamente con el pacto, el gobierno. Esta defensa de los derechos del individuo -del derecho a la vida en primer lugar, pero luego los derechos a la libertad y a la propiedad- es desconocida en las épocas precedentes, que remarcan más que nada los deberes hacia los otros, e ignoran el individualismo propio de la edad moderna (Matteucci, 2015, pág. 361).

El derecho de primer ocupante, aunque más real que el del más fuerte, no adviene un verdadero derecho sino después del establecimiento del de propiedad. Todo hombre tiene, naturalmente, derecho a todo aquello que le es necesario; más el acto positivo que le hace propietario de algún bien lo excluye de todo lo demás. Tomada su parte, debe limitarse a ella, y no tiene ya ningún derecho en la comunidad<sup>32</sup> (Rousseau, 2017, pág. 15).

Tal fue, o debió ser el origen de la sociedad y las leyes, que proporcionaron nuevas trabas al débil y nuevas fuerzas al rico; destruyeron la libertad natural indefinidamente, establecieron para siempre la ley de propiedad y de la desigualdad; de una hábil usurpación hicieron un derecho irrevocable, y, en provecho de algunos ambiciosos, sometieron en lo futuro a todo el género humano al trabajo, a la esclavitud y a la miseria (Rousseau, 2004, pág. 139).

---

<sup>32</sup> Para autorizar sobre cualquier porción de terreno el derecho del primer ocupante son precisas las condiciones siguientes: 1) que este territorio no esté aún habitado por nadie; 2) que no se ocupe de él sino la extensión de que se tenga necesidad para subsistir, y 3) que se tome posesión de él, no mediante una vana ceremonia, sino por el trabajo y el cultivo, único signo de propiedad que, a falta de títulos jurídicos, debe ser respetado por los demás (Rousseau, 2017, pág. 15).

El derecho de propiedad es concebido en función de un sujeto abstracto, formalmente igual, siempre idéntico, que dentro del supuesto de hecho de la norma aparece bajo la denominación del anónimo “el que” o “quien” al que se atribuyen las consecuencias jurídicas previstas en las proposiciones normativas codificadas (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 380).

Esta visión iusnaturalista sobre la propiedad tendrá sus orígenes en la época greco-romana y la baja Edad Media, y que se verá implementada las directrices jurídico-legales de las revoluciones estadounidense y francesa, de ahí la importancia de revisar cómo se entendía dicha idea en esos periodos de tiempo para elevarlo a un derecho:

## 2.1. Roma

En la república romana (509 al 27 a.C.), se asumía el derecho de propiedad como originario, por lo tanto, lo reglamentaron mediante su entramado jurídico con miras al interés social (Sanromán, 2014), donde los mecanismos de la actual regulación de la propiedad (*ius utendi, fruendi, abutendi*) se dieron en esta época, “pero jamás se teorizó sobre su carácter de ‘derecho absoluto’, como lo denominamos hoy; y toda reflexión en ese campo sólo tenía un sentido en contraposición a otros derechos que otorgaban facultades limitadas de aprovechamiento económico” (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 347).

Debido a ello, lo que se desarrolló de mejor manera fue la implementación del término *dominium (uti, frui, habere, abuti)* (en cuanto indica el señorío sobre las cosas), desde fines de la república, para referirse a la más plena pertenencia de una cosa corporal, porque lo que importaba era el comportamiento del sujeto como *dominus* de la casa y de todo el patrimonio personal.<sup>33</sup>

El término *dominium* aparece en la jurisprudencia de fines de la República, junto con el de *obligatio* y otros términos técnicos. Se trata de una especificación del *mancipium*, y con la palabra *dominium* los romanos designaban el señorío sobre

---

<sup>33</sup> Esta idea tiene origen en Aristóteles, en varias de sus obras (*Retórica, Ética a Nicómaco*) alude al término “posesión”, en el sentido de “propiedad”, y en la *Política*, deduce que la propiedad es una necesidad humana para la vida y para que el hombre alcance su fin propio y su felicidad. Es por ello, que la posesión de los bienes debe ser “pacífica”, en caso contrario, impediría la consecución de los fines propios tanto en el ámbito de la familia como en el de la comunidad política. “Por lo que la propiedad comprenderá tanto a las cosas como a las personas”. Es por ello, que el filósofo justifica que la posesión de las cosas exteriores es natural al hombre, porque la adquisición de esos bienes corresponde tanto al padre o jefe de la familia como al jefe de Estado (De la Fuente, 2015, pág. 502-503).

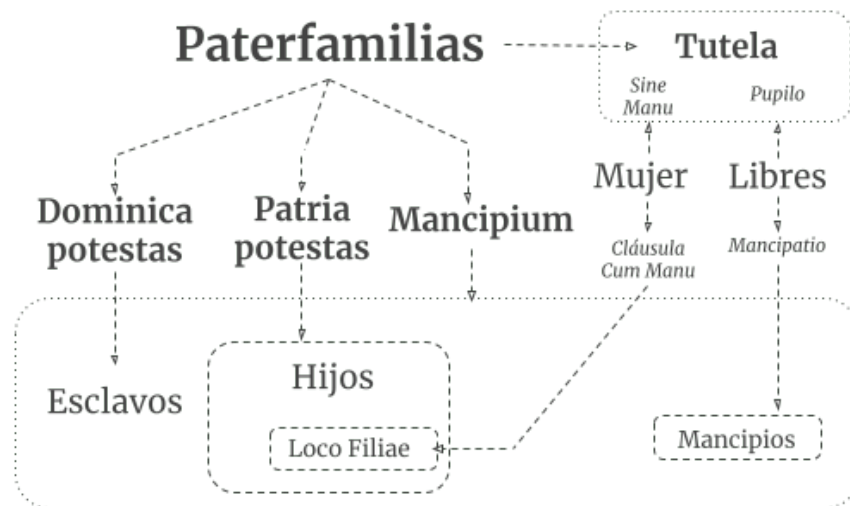
la *res*, con lo cual se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como “señor” (*dominus*) de la *domus* y de todo el *patrimonium* personal (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 350).

En la Roma antigua y republicana, el *pater familias*, “significaba a la persona que disponía libremente de su patrimonio” (De la Fuente, 2015, pág. 509-10). Esto quería decir que tenía potestad del uso, goce, disfrute y la disposición de sus propiedades (*Mancipium*<sup>34</sup>, *patria potestas*,<sup>35</sup> *dominica potestas*,<sup>36</sup> *manu*<sup>37</sup>), es decir:

[...] su titular puede utilizarla como mejor le parezca, pero sin afectar a terceros; al gozar obtiene satisfacción de esta; en el disfrute puede obtener frutos y al disponer tiene la posibilidad de transmitirla por cualquier medio, compraventa, permuta, donación, es decir, puede enajenarla” (Sanromán, 2014, pág. 83).

Todo ello crearía el entramado de lo que hoy se conoce como familia patriarcal, ver figura 1.

Figura 1



Nota: Adaptado de Anavitarte, 2012.

<sup>34</sup> Implica la autoridad de un paterfamilias sobre una persona libre (los hijos del *pater*, la esposa in manu y las personas dadas a él en *mancipium*) (Anavitarte, 2012).

<sup>35</sup> El derecho del *pater* por sobre sus hijos legítimos (agnados civiles), es exclusiva del *ius civile*, por lo que solo los romanos podían poseer la patria potestad de otros, y estar sujetos a ella (Anavitarte, 2012).

<sup>36</sup> Constituye el poder que se tenía sobre los esclavos, por ser éstos cosas de propiedad de la familia y por tanto de propiedad y disposición del *pater* (Anavitarte, 2012).

<sup>37</sup> Cláusula que se daba al paterfamilias la autoridad civil derivada de la agnación sobre la mujer, es decir, pasaba a la posición de ser jurídicamente una hija, a lo que se denominó *loco filiae* (Anavitarte, 2012).



Además, en la jurisprudencia romana se consideraban las siguientes prerrogativas:

- *Bonus pater familias* se hacía referencia al modelo que había que seguir, del buen padre de familia, del diligente administrador de los bienes.
- *Leges caducarias* (*lex julia de maritandis ordinibus* y *lex papia poppaea*) posibilidad de llegar a ser o no heredero.
- Legislación matrimonial de Augusto, que sanciona a los *coelibes* (celibato), despojándoles de los bienes o el caso de los *orbi u orbitas* (falta de hijos), quienes recibían la mitad de la herencia.
- Como los *peregrini* (extranjeros) no podían heredar de los ciudadanos romanos, conforme al *ius civile*, va a surgir la figura del fideicomiso, como un límite al derecho de propiedad (De la Fuente, 2015, págs. 509-10).
- Distintos regímenes de bienes (*fundus, res corporalis*, o suelo itálico y suelo provincial) (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 349).
- Existen tres categorías de bienes a los que en el derecho romano se les considera *res extra commercium* y se les aplica, por tanto, un régimen jurídico público o exorbitante al régimen común de las cosas: 1) las *res publicae in publico usu*; 2) las *res communes omnium*; y 3) las *res universitatis*. Estos bienes se caracterizan por su uso y disfrute libre y gratuito para todos los miembros de la colectividad (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 355).
- Dentro de los modos derivados de adquirir la propiedad a lo largo de la historia romana: *Mancipatio, In iure cesio, Venditio Subasta, Adjudicatio, Legatum per vindicationem, Assignatio, Traditio, Usucapio y Praescriptio longi temporis* (Mansilla, 2009).

Sin embargo, el término *proprietas* (de *proprius*), de donde deriva propiedad, empieza por significar la pertenencia limitada de una cosa, principalmente, la del “nudo propietario”, cuyo derecho queda limitado por el usufructo de otra persona (De la Fuente, 2015, pág. 509). En otras palabras:

[...] acentúa la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa que es objeto de este derecho al titular. Se impuso en las lenguas romances debido a que se generalizó su uso en el Derecho postclásico; la jurisprudencia clásica lo empleaba

preferentemente para designar al dominio en cuanto privado del usufructo (*nuda proprietas*), es decir, *propriarius*, en contraposición a *usufructuarius* (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 351).

Por lo tanto, el *dominium* reconoce solo como titular a los ciudadanos romanos que hayan obtenido la cosa por un modo de adquisición reconocido por el *ius civile* (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 356). Esto tendrá enormes repercusiones, pues los únicos que contaban con dicho reconocimiento eran los hombres libres nacidos en Roma o, en su caso, ser habitantes de ella (*homo optimus iure*), olvidándose de los nativos (que vivían o provenían de territorios conquistados o dependientes), las mujeres con derecho de propiedad personal sujetas al *pater familias* y los esclavos que se consideraban propiedad de los ciudadanos romanos. Desde este punto de vista, solo unos cuantos tendrían propiedad y, por ende, ser sujetos de la jurisprudencia romana y el derecho originario.

**Figura 2**



*Nota:* Adaptado de Anavitarte, 2012.

## 2.2. Edad Media

Con la caída de Roma (imperio), en Europa de la Alta Edad Media (Siglo V a X), surgiría el feudalismo, entendido como un sistema político, económico y social donde la característica principal es el “propietario territorial que viene a convertirse en los hechos en *dominus*, esto es,

autoridad política de sus territorios” (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 360) a través de las relaciones feudo-vasalláticas entre hombres libres.<sup>38</sup>

El Feudalismo deriva del germano *Febu* que significa rebaño o propiedad que se entendía como una especie de contrato de concesión mediante el cual un individuo recibía de manos de su soberano o señor la posesión de tierras y rentas para administrarlas a su albedrío y podían ser heredadas a sus sucesores siempre y cuando existiere fidelidad y prestación de servicios al señor Feudal (Mansilla, 2009, pág. 24).

En otras palabras, el Medievo se convierte en una “gran civilización posesoria”, basada en un mundo de hechos, no formal ni oficial, que crea todo un sistema de situaciones reales que se basan en la efectividad económica sobre el bien (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 363), a saber:

Es una forma de organización política basada en la regulación de relaciones personales a través de instrumentos contractuales. Un hombre libre se encomienda a la protección de otro, comprometiendo para con él su lealtad y su servicio, y recibiendo de éste un beneficio, ya fuese un cargo, ya un territorio, al que posteriormente se conocerá de manera generalizada como feudo. El protector se convierte así en señor del protegido, que recibe el nombre de vasallo (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 360).

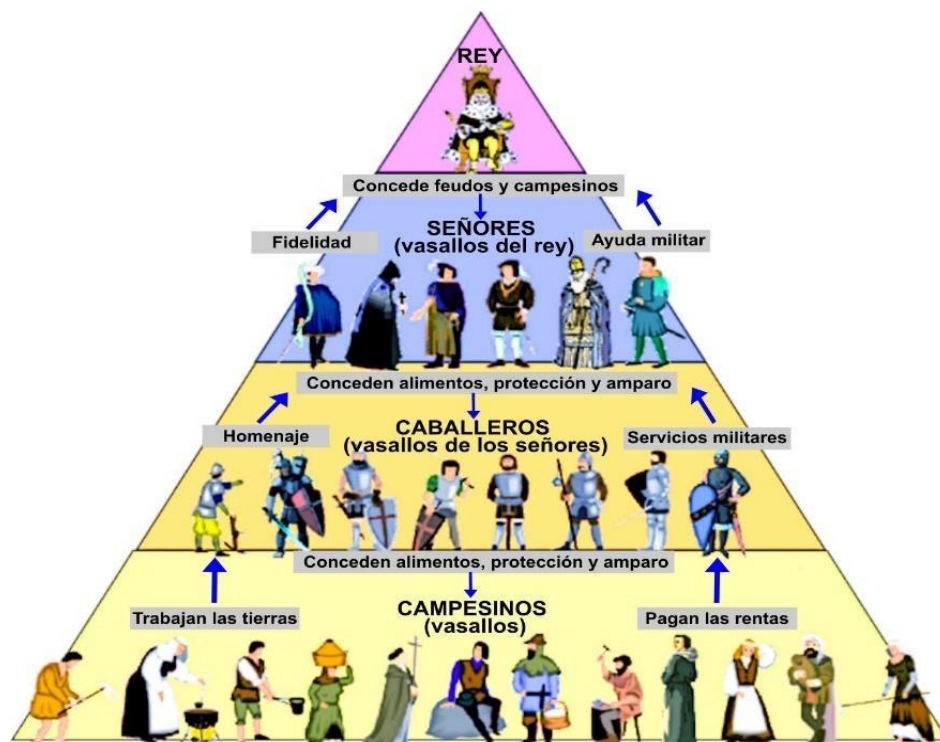
En este sistema feudalista, la población rural no tenía derecho a tener una tierra; sin embargo, la trabajaban y podían hacer uso de ella, pero nunca podrían ser los dueños, pues ese privilegio correspondía únicamente a los reyes, la nobleza y la Iglesia. A diferencia de Roma, donde la propiedad era una suerte de bien colectivo, en la Edad Media esta se convierte en individualista. A partir de este momento la propiedad solo sería para un individuo (soberano) dentro de la lógica piramidal feudalista. En esta lógica, se está ante la presencia de las primeras formas de clases sociales (nobleza, clero y campesinado), que se verían trastocadas con el surgimiento de la burguesía años más adelante:

La propiedad desdoblada o dividida, con su correspondiente teoría, sobrevivió hasta finales del siglo XVIII, cuando el Estado corporativo fue cuestionado en tiempos de la Ilustración y, como consecuencia de la abolición de los privilegios y el orden estamental, se termina por extinguir las cargas feudales sobre la propiedad, surgiendo un concepto unitario y absoluto, que viene a desplazar la concepción de la propiedad desdoblada (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 373).

---

<sup>38</sup> “Los territorios no sujetos a cargas derivadas de una relación de vasallaje, esto es, aquella parte de la propiedad territorial que sólo reconoce a un titular de facultades dominicales se denomina *alodio*. Durante extensos espacios de tiempo, en las áreas a las que se extendió el feudalismo, la propiedad alodial fue la excepción” (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 361).

Figura 3



Nota: Fernández, E., 2021.

En la baja Edad Media (del siglo XII al XV), este soberano o rey era el elegido por Dios para realizar su trabajo en la tierra (teocracia), y es a partir de este momento que se da la introducción de Dios como razón objetiva, pero sin variar los fundamentos de la vieja tesis de lo natural. De ahí el conflicto identitario, y posterior discusión de lo divino no es igual a lo natural, debido a la confusión e idea por un lado de “los griegos, cuyos dioses conviven con el hombre de la *polis*, lo que los hacía iguales”, y por otro lado, con la de “un Dios absoluto, omnipotente, al cual no puede cercenarse sus atributos, convirtiéndolo en la razón objetiva, ya que toda racionalidad pone límites” (Martínez, 2011, párr. 13). Aquí es donde el iusnaturalismo se asumiría como teológico o racionalista.<sup>39</sup> Por lo tanto, esta tenencia de tierra amparada en relaciones personales también es “de carácter religioso que se sellaban con juramento y la

<sup>39</sup> Cfr. Dos Santos, 2013, págs. 14-18. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres (pág. 14). Para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social (pág. 18).

facultad del señor de desposeer a su vasallo pasaba por establecer una ruptura del juramento” (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 363).

### **2.3. Independencia de Estados Unidos de América**

Posteriormente en la Edad Moderna, con el ascenso de la burguesía mercantilista, el derecho de propiedad se expande hacia esta nueva clase, pero sigue estando limitado y ligado al poder político y económico, como se observa en Estados Unidos de América (EE. UU.) y Francia del siglo XVIII. A saber:

La nueva sociedad burguesa eliminó los estamentos privilegiados, estableció la igualdad jurídica de los hombres, implantó la libre circulación de los bienes y suprimió las instituciones medievales desvinculando a la tierra de viejas cargas y lastres que dificultaban su circulación, y que eran herencia de un régimen de propiedad desmembrada o desdoblada. En lo político, las antiguas monarquías de cuño absoluto fueron dando paso al modelo del Estado liberal burgués de Derecho, mientras que en lo económico el régimen feudal fue desplazado por el emergente sistema de producción capitalista (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 378).

El iusnaturalismo aportó buena parte de los instrumentos conceptuales mediante los que el individuo pudo superar las ataduras medievales. La abolición de la esclavitud, las corporaciones y el vasallaje, la libre elección profesional y religiosa, la supresión de los procedimientos inhumanos en el derecho penal y la igualdad ante la ley, así como contribuciones al derecho internacional (Martínez, 2011, párr. 5). Aunque hay que ajustar esta aseveración a la lógica actual, ya que, en Estados Unidos, tras la firma de la Declaración de Independencia, a pesar de hablar de libertad, igualdad y derechos, la población afroamericana aún era esclava y no tenía derecho a la libertad y menos a la propiedad, caso contrario a los colonos blancos que recién acababan de emanciparse de la corona británica.

El modelo de derecho de propiedad seguido en la Europa continental y que reproducen los pueblos americanos, fue el impuesto por el triunfo de la Revolución francesa y que significó la asunción del poder por parte de la burguesía y el establecimiento de las bases políticas, económicas y sociales que permitieron configurar la propiedad como un derecho subjetivo fundamentado en la naturaleza de la persona humana (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 379).

El ideal iusnaturalista del siglo XVIII tuvo efectos muy grandes en la política.<sup>40</sup> En 1776, se produce la ruptura de las trece colonias estadounidenses y su posterior Declaración de Independencia de Estados Unidos:

[...] en la que se afirma que todos los hombres tienen derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, se inspiró en la doctrina del Derecho Natural -aunque también contribuyeron algunos elementos históricos y doctrinales, derivados sobre todo de la tradición constitucionalista inglesa” (Fasso, 2015, pág. 840).<sup>41</sup>

Y aunque la Declaración de Independencia<sup>42</sup> omite expresamente el derecho de propiedad, apartándose de su antecedente inmediato, la Declaración de Derechos de Virginia (*Declaration of Rights*) anotaba entre los derechos innatos del individuo “el goce de la vida y de la libertad mediante la adquisición y posesión de la propiedad”<sup>43</sup> (Martínez, 2011, párr. 41), no hay que olvidar que este documento se consideró la primera declaración sobre derechos humanos.

## 2.4. Revolución francesa

A este momento histórico de la Europa ilustrada se le ha conferido más importancia que otros hitos a favor de los derechos humanos. Si bien se reconoce “el logro de la unidad nacional, la abolición del feudalismo, el surgimiento de la burguesía como nuevo poder emergente y el ingreso a la economía capitalista” (Martínez, 2011, párr. 43), así como el auge del sentimiento de la dignidad individual y humana, también traería como consecuencia otro tipo de problemas, como la exclusión, políticas diferenciadas y sectoriales, consolidación de las clases sociales, entre otras.

---

<sup>40</sup> La objetivización positiva de los principios y normas del Derecho Natural también se observaron en el Código prusiano (1794), el austríaco (1811), el de Napoleón (1804) (Martínez, 2011, párr. 6).

<sup>41</sup> Thomas Jefferson se hallaba en posiciones próximas a esta corriente y, con fundamentos distintos, los antiguos colonos calvinistas habían contribuido a diseminar el concepto de “principios innatos en el hombre”. En este caso, el origen divino de tales principios se fue perdiendo en el tiempo hasta asumir un carácter puramente racional, tal como el iusnaturalismo proponía (Martínez, 2011, párr. 34).

<sup>42</sup> Se puede revisar en el siguiente enlace: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

<sup>43</sup> Se puede revisar en el siguiente enlace:  
<https://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>

Con la Revolución francesa (1789), la caída del sistema monárquico y las independencias en América, a partir de las ideas liberales de la Ilustración, ocurren cambios políticos y sociales, motivados por la promesa de que los privilegios que antes ocupaban solo algunos sectores o clases se ampliarían para el resto de la población con el nuevo orden de gobierno y el reconocimiento de derechos; sin embargo, no fue así para todas las personas, ya que históricamente se seguía manteniendo la desigualdad social.

Sobre esto último, si bien se luchó por un cambio político frente al antiguo régimen y se asumía que la soberanía radica en el *pueblo*,<sup>44</sup> como “afirmación de autoridad no sólo interna sino externamente; esto es, *vis a vis* otros estados” (Wallerstein, 2006, pág. 64)<sup>45</sup> por tanto recaía en el ciudadano. Lo cierto es que lo anterior se verá representado en “el principio de la soberanía popular, ficción desarrollada por Rousseau, y que se asienta en el artículo 30 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (Martínez, 2011, párr. 54). Pero no hay que olvidar que a partir de la Paz de Westfalia (1648), y con la creación del llamado Estado-nación, esta idea sobre la relación entre soberanía igual a pueblo sería más retórica que real, pues es bien sabido que su conceptualización solo la posee este tipo de organización social: el Estado; a saber:

El concepto [romano] de “dominio eminente”, por su parte, fue reconducido al concepto de “soberanía” a partir del siglo XVII,<sup>46</sup> en una visión en la que pesaba todavía la confusión entre potestades públicas y otras de naturaleza u origen patrimonial, sobre todo porque los príncipes y monarcas, además de las potestades que les correspondían en virtud del *ius o dominum eminens*, habían recuperado para sí, en muchos casos, el dominio directo de una serie de territorios (Cordero y Aldunate, 2008, págs. 373-374).

---

<sup>44</sup> “Para la Escuela Histórica del Derecho, al igual que todas las formas de iusnaturalismo anteriores y posteriores, el fundamento de derecho no está en la razón del hombre, sino en algo exterior a él, en el espíritu del pueblo, de quien lo recibe todo” (Dos Santos, 2013, pág. 20).

<sup>45</sup> Desde la visión internacionalista se identifican cuatro tipos de soberanía: 1) Doméstica; 2) Interdependiente; 3) Legal internacional; y 4) Westfaliana. De la que se habla en la época de la revolución francesa es la llamada Doméstica y la Legal Internacional. Sobre este punto se recomienda revisar: Krasner, S. D. (1999). *Soberanía: hipocresía organizada*. Paidós.

<sup>46</sup> La propiedad desdoblada o dividida, como expresión de la patrimonialización del poder y de la justificación de las diversas cargas feudales, desembocó en las categorías modernas de la soberanía, fundamento de la monarquía absoluta y reconvertida dentro de los principios del Estado liberal de Derecho, y de la propiedad liberal, libre de cargas feudales, unitaria, abstracta y absoluta (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 378).

Pero ¿qué tipo de ciudadano se consideraba en esa época?, ya que se asumía que los extranjeros, jóvenes y locos no entraban en esta categoría, pero tampoco las mujeres, etnias, los no propietarios, los presos y delincuentes. Debido a ello, “se explica que los derechos reconocidos lleven la impronta de las categorías hombre, trabajador, nacional/nativo, quedando fuera de las prioridades aquellos intereses e identidades no coincidentes con las anteriores: mujer, no asalariado, inmigrante, perteneciente a otro grupo étnico” (Tejerina, 2005, párr. 14), esto provocaría que a lo largo del siglo XX se asumieran otras generaciones de derechos por esta omisión categórica.

Por lo tanto, ¿quién es el pueblo?, y, como bien lo indica Wallerstein, esta idealización comenzó como un concepto incluyente, se volvió muy pronto un concepto de exclusión que generó políticas de inclusión y exclusión (pieza central en las políticas nacionales), el debate entre conservadores (Iglesia, monarquía, notables, familia), los liberales (gente educada y especializada) y los radicales (movimiento antisistémicos o anarquistas), donde la única forma de pertenencia era ser parte de la unión y de la nación, “elemento determinante para la fuerza de los Estados-nación a través de su capacidad de poder implementar decisiones legales, ya que a más débil el Estado, menor sería la riqueza que puede acumularse por medio de las actividades económicamente productivas” (Wallerstein, 2006, pág. 77) obtenidas por la propiedad privada. Por lo tanto, el hombre blanco con propiedad privada era el único beneficiario de la llamada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.<sup>47</sup>

En esta declaración, se proclaman como “derechos naturales” la libertad, la igualdad, la propiedad, los cuales tienen un carácter francamente iusnaturalista (Fasso, 2015, pág. 840), fundamentalmente rousseauiana (Martínez, 2011). Su valor es principalmente teórico (Martínez, 2011), por ejemplo, el artículo dos señala que “la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e

---

<sup>47</sup> Se puede revisar en el siguiente enlace:  
<https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948.>



imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; sin embargo, afirma también que los derechos de propiedad adquiridos en el pasado constituyen derechos “naturales e imprescriptibles”, en resumen, quienes en su momento no tuvieron derecho a la propiedad previamente, no lo tendrían, eso se observaría en el Código Civil de 1804.<sup>48</sup>

La forma y características que adopta el derecho de propiedad en las fuentes francesas es el resultado de la asunción del modelo liberal-burgués, el que necesitaba de una propiedad libre de cargas, es decir, despojada de los esquemas propietarios propios del mundo feudal. Con este importante proceso de desvinculación se unifica la propiedad como instituto jurídico, se atribuye la plenitud de su disposición a su titular, y se pone freno así al poder que ejercían durante el Antiguo Régimen los monarcas y los nobles. La propiedad liberal transforma a su titular en un soberano respecto de los bienes, ya que queda entregada a su libre voluntad la determinación de los usos que se le darán, como el destino económico a que pueden ser aplicados. No tiene respecto de ellas ninguna obligación que cumplir, ya que está plenamente facultado para no hacer uso de ellas, dejarlas estériles, improproductivas e incluso destruirlas (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 382).

Con la Revolución Industrial, la desigualdad alrededor de la propiedad se acrecentó con la migración de población rural al área urbana, donde se desarrollaba principalmente la industria. Los nuevos habitantes de la ciudad vivían en condiciones deplorables, pues no existían las condiciones para garantizar la propiedad (tierra y/o vivienda) a tantas personas y, en muchas ocasiones, terminaban viviendo en cobertizos, cerca de estaciones ferroviarias o hacinados en pequeños cuartos con condiciones de higiene insalubres y falta de servicios. Los únicos que tenían acceso a la propiedad privada eran los burgueses convertidos en industriales, así como las clases “acomodadas”.

---

<sup>48</sup> Aquí es donde la doctrina jurídica de carácter positivista surgiría y consolidaría a lo largo del XIX, “especialmente a partir de la aparición del Código Civil Napoleónico” (Russo, 1995, pág. 71 en Dos Santos, 2013, pág. 23). En el *Code civil* la propiedad se va a consolidar como un derecho subjetivo, que tiene las características de ser absoluto, exclusivo y perpetuo (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 381). Mediante la *exégesis*, se daría la tesis de que el Código o la ley es la principal, por no decir la única fuente del derecho, conducía a admitir la omnipotencia del Estado, creador de la legislación (Dos Santos, pág. 26).

### III. La propiedad como derecho humano

La precisión *ius* filosófica del origen y respeto de los derechos humanos se refiere a las prerrogativas que hacen a la dignidad humana, esto se entiende como:

La dignidad humana debe estar fundada en el carácter ontológico de la noción de persona, y este fundamento, será el único baluarte de respeto y reconocimiento serio y objetivo de los DD. HH., que ya no dependerá de ninguna circunstancia política, coyuntura social o legislación positiva, sino en este concepto trascendente, como el más sólido fundamento de los derechos entendidos como fundamentales. De lo contrario, estaremos ante meros edictos de tolerancia revocables y no ante auténticos DD. HH. (Bermúdez, 2012, pág. 220).

El iusnaturalismo consideró a la propiedad como un derecho, “aplicable a todos los hombres y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable” (Niño, pág. 28 en Dos Santos, 2013, pág. 15), como el derecho a la vida, a expresar libremente las opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado, etcétera, por ende, se tendría que asumir como parte de la primera generación de derechos humanos como una prerrogativa individual,<sup>49</sup> aunque su trato y consolidación se tendría que ubicar como parte de la segunda generación, pues refiere a los derechos materiales, como la propiedad (tierra o vivienda,) pero no se encuentra propiamente en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.<sup>50</sup> En resumidas cuentas:

Como derecho humano está conformado por dos aristas principales: la primera es ese grupo de cosas necesarias, en términos razonables, para el desarrollo del sujeto; mientras que la segunda es el producto del trabajo personal e intelectual de la persona, es decir, las cosas materiales o inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas (Perrone, 2012, pág. 357).

---

<sup>49</sup> Uno de los problemas que se tiene al conceptualizar al derecho es que al hablar de “derecho” no lo hacemos con un significado único e inequívoco, sino que nos referimos a una multiplicidad de significados que se relacionan entre sí, como por ejemplo: 1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo (derecho subjetivo); 3) Conjunto de normas jurídicas que forman el ordenamiento vigente (derecho objetivo); 4) Ideal de justicia; y 5) Producto social o cultural (Dos Santos, 2013, pág. 11).

<sup>50</sup> Se puede revisar en el siguiente enlace:

[https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/7\\_Cartilla\\_PIDESCyPF.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/7_Cartilla_PIDESCyPF.pdf)

**Tabla 2**

<b>Generación de derechos</b>	<b>Época de aceptación</b>	<b>Tipo de derechos</b>	<b>Valor que defienden</b>	<b>Función principal</b>	<b>Ejemplos</b>
Primera	Siglos XVIII y XIX	Civiles y políticos	Libertad	Limitar la acción del poder. Garantizar la participación política de los ciudadanos.	Derechos Civiles: Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad.  Derechos políticos: Derecho al voto, a la asociación, a la huelga.
Segunda	Siglos XIX y XX	Económicos, sociales y culturales	Igualdad	Garantizar unas condiciones de vida dignas para todos.	Derechos materiales mínimos, salud, educación, trabajo, una vivienda digna, beneficios socioeconómicos.
Tercera	Siglos XX y XXI	Justicia, paz y solidaridad	Solidaridad	Promover relaciones pacíficas y constructivas	Derecho a la independencia económica y política, a un medio ambiente limpio, a la paz, al desarrollo, autodeterminación, a la identidad nacional y

					cultural, a la cooperación internacional y regional, coexistencia pacífica, al patrimonio común de la humanidad, al desarrollo.
Cuarta	Siglo XXI	Digitales	Inclusión	Acceder a las nuevas tecnologías de la ciudadanía y al ciberespacio.	Derecho a la democracia, a la información, al pluralismo, acceso a la tecnología, a la libertad de expresión en las redes, a la libre distribución de la información, <i>habeas data</i> , autodeterminación informativa.

*Nota:* Elaboración propia con datos de Aguilar, 1998; Guerrero, 2020.

Para que la propiedad (privada) sea reconocida legítimamente como un derecho humano de carácter universal, su significado debe pasar la prueba de la autoimposición de un fin.<sup>51</sup> Es decir:

En la medida que es un medio para realizar el proyecto de vida. Por el contrario, cuando el fin en sí mismo es el derecho de propiedad, es decir, acrecentar esa relación sujeto – cosa cuantitativamente, queda fuera de este entramado. El derecho no debe garantizar que los sujetos cumplan su plan de vida, sino simplemente permitir su realización (Perrone, 2012, pág. 356).

---

<sup>51</sup> “*For private property to be legitimately recognized as a universal human right, its meaning should pass the test of self-imposability by an end*” (Dagan & Dorfman, 2017, pág. 416).

Aunque esto ha sido complicado, ya que después de la Segunda Guerra Mundial, y con la dinámica contrapuesta que se presentaba en el periodo de la Guerra Fría entre dos visiones distintas sobre el modelo económico liberal y el socialista, no hay que olvidar que por alguna razón la propiedad privada es regulada por este externo como el mercado o el Estado.

Su inclusión como derecho humano, sigue siendo polémica y contradictoria para la propia concepción de los derechos. De hecho, para algunos observadores, la propia forma de concebir la propiedad o más bien la posición política sobre la propiedad es un elemento fundacional de la ideología (Rábago, 2013, pág. 2297).

Po lo tanto, el “derecho a la propiedad ha estado sujeto a un amplio margen de interpretación” (Color, 2020, pág. 352). Ejemplo de ello existió durante la concepción de la DUDH, donde no hubo concesos para definir dicho derecho.

Uno de los primeros borradores de la DUDH (posteriormente rechazado) apelaba a que los trabajadores tuvieran derecho a ser propietarios de los medios de producción. Parece ser que otro borrador requería que los gobiernos ayudaran a sus ciudadanos a obtener un mínimo de propiedad privada para asegurar “los bienes materiales esenciales para una vida digna.” La delegación de la Unión Soviética se opuso a cualquier derecho absoluto a la propiedad privada, pero finalmente accedió al párrafo dos, que dice: “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad” (ONU, 2018, párr. nueve).

Lo único que se observa en cuanto a la propiedad en la DUDH es su artículo 17 donde se indica: “1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectiva. 2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Si se hace una lectura textual de la declaración, parece hacer eco de un entendimiento específico donde la propiedad como un derecho humano se enfoca únicamente en la oportunidad formal de las personas para convertirse en propietarios.<sup>52</sup> Esto generaría un gran problema que actualmente se tiene:

A diferencia de muchos derechos de la DUDH que han sido desarrollados en otros importantes instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el derecho a la propiedad privada no está específicamente desarrollado en convenciones de DD. HH. posteriores. Algunas prohíben la discriminación

---

<sup>52</sup> “*A textual reading of the Declaration seems to echo a very specific understanding of property as a human right, one which focuses solely on people’s formal opportunity to become owners*” (Dagan & Dorfman, 2017, pág. 393).

sobre la base de la propiedad (u otras formulaciones), pero ninguna incluye específicamente el derecho a la propiedad privada (ONU, 2018, par. siete).

En general, las referencias a los derechos de propiedad en las declaraciones de derechos y las constituciones han sido utilizadas a menudo, desde los Siglos XIX y XX hasta la actualidad, para limitar de forma drástica cualquier posibilidad de redefinición legal y pacífica del régimen de propiedad vigente (Piketty, 2020).

Esta dinámica se observa en gran medida por distintos factores que se enumeran a continuación:

1. El derecho a la propiedad tiene un fuerte vínculo de interdependencia con, por ejemplo, el derecho a la tierra y el derecho a la vivienda y de indivisibilidad con otros como el derecho a la alimentación, a la salud o al derecho a un nivel de vida adecuado, por ejemplo, a la tenencia de tierras en mujeres,<sup>53</sup> en la defensa y lucha de los pueblos originarios o indígenas<sup>54</sup> (Color, 2020, pág. 352).
2. El lugar de la propiedad en el derecho internacional de los derechos humanos fue progresivamente ocupado por discusiones sobre soberanía alimentaria, uso de los recursos naturales, cambio climático y propiedad intelectual, entre otros.
3. El debate sobre el derecho a la vivienda, a la tierra, a la alimentación, depende de una reglamentación más precisa y definición clara del contenido y alcance del derecho de propiedad, sobre todo sus poderes y límites (Levenzon, 2011, pág. 2).
4. Existe una dificultad en determinar con precisión cuál es el contenido del derecho de propiedad, cuáles las obligaciones que se derivan de él y cuáles son los poderes de los propietarios.

---

<sup>53</sup> Se recomienda revisar Herrera, C. (2009). El derecho de propiedad en el sistema interamericano de derechos humanos, ni frívolo ni exclusivamente masculino. Imperativo para erradicar la pobreza y discriminación de las mujeres. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano* (págs. 281-305). IIDH.

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/56982>

<sup>54</sup> Se recomienda revisar Gilbert, J. (2013). Derecho a la tierra como derecho humano: argumentos a favor de un derecho específico a la tierra. *SUR - Revista internacional de derechos humanos*, (18), 123-145. <https://sur.conectas.org/es/derecho-la-tierra-como-derecho-humano/>

5. La propiedad no ha sido incorporada a los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y pacto de derechos económicos, sociales y culturales.
6. Falta de profundización del contenido y alcance del derecho de propiedad en comparación a los demás derechos humanos (Levenzon, 2011, pág. 66).

Y no sólo eso, el régimen internacional que debería de velar por este derecho mediante códigos, obligaciones y responsabilidades, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), obvia u olvida a la propiedad, en gran medida porque se acepta de manera implícita que no todas las autoridades facultadas para su disfrute puedan reconocerla:

[...] a pesar de la existencia de importantes discusiones sobre el derecho de propiedad en el ámbito de los DD. HH., no se han logrado los consensos necesarios para producir instrumentos que den cuenta de una definición rigurosa del contenido y alcance de ese derecho (Levenzon, 2011, pág. 1).

Además de las “diferencias sobre el contenido del concepto mismo de propiedad, llevaron a que ninguno de los pactos de la ONU incluyera este derecho en su articulado” (López, 2014, pág. 533).<sup>55</sup>

#### **IV. Movimientos sociales sobre la propiedad privada del siglo XX y del siglo XXI**

La idea de propiedad no permanece inalterada y aquella que se encuentra en las codificaciones decimonónicas corresponde a una noción elaborada como respuesta a ciertas premisas filosóficas y desarrollos económicos, en contraposición a la situación del período histórico precedente (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 385). Sin embargo, hay que reconocer que en la actualidad se encuentran distintos casos donde se cumplen “las distinciones de propiedad plasmadas en las distintas legislaciones que son una limitante para poder redefinir el

---

<sup>55</sup> Existe la excepción Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica (<https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>) donde se reconoce la propiedad en el art. 21. Este pacto está regulado por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/que.asp>. Cfr. Perrone, 2012; Rábago, 2013; López, 2014.

régimen de propiedad y con ello disminuir la desigualdad” (Piketty, 2020).

Hay posturas que asumen la propiedad privada desde un punto de vista negativo, con el fin de mantener el *estatus quo* o defensa frente a los abusos por parte de los Estados (expropiaciones ilegítimas, a las tomas de propiedad por terceros, y a los abusos de poder en las restricciones a este derecho). Resulta ser una lógica que defienden quienes ya poseen propiedad privada para que el sistema se mantenga y sus derechos a la misma sean respetados. Desde la visión positiva, se observa la utilidad para el desarrollo pleno de las personas fomentando el acceso a esta. Así que no trata de proteger el *estatus quo*, sino todo lo contrario, busca modificar la realidad con el fin de mejorarla, una defensa para quienes menos tienen. Donde el Estado debe proveer un marco que tenga como pilares, la educación, la salud y la seguridad, así como el ambiente propicio para que, junto con su esfuerzo y habilidades personales, puedan acceder a la propiedad (Prat, 2012, págs. 9-10 y 50).

Es entonces que, ante la ausencia de posibilidades reales de cambio dentro de los márgenes legales e institucionales sobre la propiedad, en el siglo XX surgen diversos movimientos sociales alrededor del mundo que buscan cambiar el *statu quo* en torno al derecho de propiedad. A continuación, hablaré de los casos más relevantes en países como México, España, Argentina, Brasil y otros casos en América Latina durante los siglos XX y XXI. “Actualmente, las grandes movilizaciones sociales y las políticas de identidad han centrado el principio de no discriminación como dispositivo para abrir las puertas de la ciudadanía” (Rábago, 2013, pág. 2296).

**Tabla 3**

Movimiento social	Fechas	Región o países en los que se desarrolló	Demandas / Características
Paracaidismo	Mediados del Siglo XX	América Latina	Acceso al suelo.  Producción de la vivienda.  Obtención de los bienes colectivos asociados a la vivienda y los servicios urbanos.



<p>Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MTS)</p>	<p>Década de los 80 a la fecha.</p>	<p>Brasil</p>	<p>Acceso inmediato a la tierra.</p> <p>Reforma agraria, amplia, masiva y radical.</p> <p>Promoción de cambios estructurales encaminados a un nuevo patrón de desarrollo.</p>
<p>Movimiento Okupa</p>	<p>Década de los 60-70 a la fecha</p>	<p>Gran Bretaña, Holanda, España y Argentina, principalmente.</p>	<p>Derecho a la vivienda.</p> <p>Denuncia de la especulación urbanística.</p> <p>Demanda de espacios lúdicos y culturales, autónomos y autogestionados.</p>
<p>Ciudades en detrimento (<i>Shrinking Cities</i>)</p>	<p>Siglo XXI</p>	<p>Europa y algunas ciudades de Estados Unidos</p>	<p>Proceso con causas complejas que van desde la desindustrialización, la migración hacia otras ciudades, la disminución de la población, el agotamiento de los recursos naturales, entre otras.</p>

*Nota:* Elaboración propia.

#### 4.1. Paracaidismo

En México, el término paracaidismo o asentamiento paracaidista hace referencia a los asentamientos irregulares que se instalan en la periferia de las ciudades y que desde mediados del siglo XX han tenido gran crecimiento. Estos conjuntos de viviendas son construidas y financiadas por sus ocupantes y se encuentran en tierras que no son propiedad de los dueños de las viviendas o en zonas desarrolladas sin planeación. Este tipo de establecimientos pueden encontrarse en toda América Latina, donde se les conoce con otros nombres: *villas*, en Argentina; *favelas*, en Brasil; *invasión*, en Colombia y Venezuela; *barrio* en Centroamérica, por mencionar tan solo algunos ejemplos.

Al igual que ocurrió con la Revolución Industrial, el desarrollo de las grandes ciudades trajo consigo una fuerte migración del sector rural al área urbana. En el caso de América Latina, los sistemas urbanos, las dinámicas sociales y los aspectos económicos corresponden, en gran medida, al estilo de desarrollo periférico que tiene la región, donde se reproducen una serie de desigualdades, entre las que destacan el uso y disfrute del espacio (Jordán, Riffo y Prado, 2017). En 2003, el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos señala:

[...] los asentamientos irregulares son espacios donde con mayor facilidad se pueden encontrar ciudadanos que viven en situación de pobreza y vulnerabilidad, en este sentido, los principales fenómenos que producen los asentamientos irregulares están relacionados con la desigualdad, las dinámicas de crecimiento económico y la migración; estrechamente vinculados a la forma de organización estructural que tienen las sociedades en América Latina (ONU-Habitat, 2003).

Los asentamientos irregulares son considerados como la única alternativa para las personas que pertenecen a los sectores de la población más vulnerables y que, al no poseer los recursos necesarios para acceder de manera regular, a una propiedad dentro de la mancha urbana en la que se encuentran los principales servicios y los centros de trabajo, se establecen en zonas despobladas cercanas, sin importar los riesgos que esto conlleva provocando una dualidad de ciudad. Con ello se puede establecer una analogía entre lo que ocurrió en Europa durante la Revolución Industrial y la migración de la población rural a los principales centros urbanos de América Latina. En ambos casos, las personas que migraron a la urbe, ante la falta de recursos y de un espacio para vivir, terminan habitando espacios reducidos, insalubres, sin

servicios públicos y con una serie de condiciones que les impiden tener una vida digna.

Durante la década de los años sesenta y setenta, estos asentamientos comenzaron a proliferar aumentando de forma considerable hasta la actualidad; por ejemplo, en Sao Paulo, existían 542 *favelas* en 1973 y, en la década posterior, se multiplicaron hasta superar las 1 600; en Córdoba, Argentina, se censaron 83 *villas* con más de 57 000 personas viviendo en ellas. En el informe *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) detalló que aproximadamente 25 por ciento de los latinoamericanos que residen en las ciudades viven en asentamientos informales, prácticamente una cuarta parte de su población total (Cepal, 2017).

Los asentamientos paracaidistas comparten tres componentes fundamentales dentro de su proceso:

- Acceso al suelo.
- Producción de la vivienda.
- Obtención de los bienes colectivos asociados a la vivienda y los servicios urbanos.

El acceso al suelo puede darse de dos maneras: la ocupación repentina de algún área no urbanizada por una comunidad que se ha organizado para ese fin o un asentamiento progresivo dentro de un área no urbanizada. También existe el asentamiento a partir de la adquisición de terrenos en áreas desarrolladas sin planeación y que no se encuentran formalmente reconocidas como parte de la mancha urbana por parte de las autoridades.

Una vez que las personas comienzan a ocupar estas áreas, inicia la producción de viviendas dentro del predio, la gran mayoría son hechas con material reciclable y los recursos a los que se tengan acceso, por ello carecen de infraestructura y acceso a servicios básicos; frecuentemente se construyen en zonas riesgosas sujetas a la degradación ambiental o desastres naturales, como cerca de arroyos, canales de agua o en las faldas de algún cerro. Además, alrededor de estos asentamientos, se carece de equipamiento urbano, como escuelas, clínicas, hospitales, ello propicia y aumenta los riesgos sanitarios de la población.

La manera en que los habitantes de estos asentamientos obtendrán bienes colectivos y el acceso a servicios públicos obedece al inicio de un proceso de regularización que da lugar a experiencias de autoorganización y construcción de formas de gestión y participación dentro de la comunidad, donde se comienzan a gestionar el acceso a servicios, en el caso de la energía eléctrica, muchas veces se hace mediante *conexiones pirata* que se cuelgan de la corriente; el acceso al agua resulta más complicado, pues implica conseguir de manera periódica el recurso, casi siempre a través de pipas y organizar a los habitantes para solventarlo. Finalmente, después de años de lucha y exigencia por parte de sus habitantes, logran el reconocimiento, la regularización y, con ello, la provisión de servicios públicos por parte del Estado (Mosquera y Ahumada, 2005).

#### **4.2. Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra**

A diferencia del paracaidismo, cuyos ejemplos se encuentran en todo el continente, para entender la magnitud y el éxito del Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST), es indispensable comprender el contexto histórico y sociopolítico de Brasil. Al igual que en otros países latinoamericanos, la historia brasileña también tiene una larga lista de despojo y apropiación de tierras. Durante la Colonia, la Corona portuguesa buscó repetir la política de repartición de tierras aplicada en Portugal mediante la partición de *sesmarias* (parcelas entregadas a beneficiarios en nombre del rey para trabajar la tierra, el objetivo además de producir era poblar nuevo territorio). De esta forma, el modelo en Brasil siempre fue latifundista agroexportador y de monocultivos de caña, azúcar y café, a los cuales se le destinaba 90 por ciento de los créditos y los subsidios. La distribución de grandes extensiones de tierra a un solo beneficiario, el uso de tierras que no estaban dentro de los límites estipulados y los desplazamientos de comunidades indígenas de su territorio, contribuyeron a una distribución desigual de la tierra (Pinto, 2022).

Durante la Colonia y los años posteriores hasta la década de 1960, trabajadores del campo, esclavos liberados o campesinos sin tierra, protagonizaron luchas contra terratenientes por la posesión y uso del territorio, donde exigieron que las tierras les fueran entregadas para cultivarlas. Entre 1950 y 1964, el movimiento campesino se organizó

como clase y surgieron las ligas campesinas: la Unión de los Labradores y Trabajadores Agrícolas del Brasil y el Movimiento de los Agricultores Sin Tierra, cuyas demandas iban encaminadas a una reforma agraria que trajera consigo una repartición justa de las tierras (Stedile, 2012).

En 1964, el presidente brasileño, João Goulart, buscó poner en marcha la primera reforma agraria en respuesta a las movilizaciones que se gestaron en el noreste del país; sin embargo, esta no logra concretarse debido al golpe de Estado que ocurrió ese mismo año y que, con la llegada de los militares al poder, la situación del campo tomaría otro curso muy distinto. Los militares buscaron modernizar el sector primario para exportar productos agrícolas y, con ello, entrar con fuerza al mercado internacional, cuya tendencia cada vez era más global. Se desarrollaron políticas de modernización, cuyos principales beneficiarios fueron los grandes propietarios, se incrementó la desigualdad existente y se generaron desplazamientos de pequeños agricultores y campesinos sin tierra. La creciente industria requería de un plan energético para garantizar su funcionamiento, por ello se construyeron gigantescas centrales hidroeléctricas que supusieron el desplazamiento y la expropiación de tierras a pequeños campesinos (Orea, 2016).

Ante un sistema agrario que beneficiaba a unos pocos y un gobierno que reprimía a quienes se oponían, comienza la reorganización campesina para establecer una ruta que les permitiera llevar las demandas de las miles y miles de personas desplazadas y despojadas del territorio. Entre 1979 y 1980, cuando la dictadura estaba en sus últimos momentos y se asomaba la esperanza la redemocratización de Brasil, surge una nueva forma de presión de los campesinos: las ocupaciones organizadas por decenas o centenas de familias en distintas zonas del país apoyadas por los partidos de izquierda y los sectores progresistas de la Iglesia católica; la articulación de estas luchas confluye en el nacimiento del MST, en enero de 1984, cuando se realizó el Primer Encuentro Nacional de los Trabajadores Sin Tierra, al que asistieron trabajadores rurales de 12 estados y los grupos de apoyo y articulación de las distintas luchas por la tierra que se gestaban en el territorio brasileño (Castor, 2006).

La constitución del MST representa algo más allá que un movimiento social o una organización jurídica/formal, el MST se convierte en un actor social con identidad colectiva; miles de campesinos

que antes vivían anónimamente y excluidos se convierten en personas agrupadas bajo un mismo fin y una nueva categoría llena de simbolismo: los sin tierra.

Las tres principales demandas del MST son:

- Acceso inmediato a la tierra.
- Reforma agraria, amplia, masiva y radical.
- Promoción de cambios estructurales encaminados a un nuevo patrón de desarrollo.

A diferencia de otros movimientos sociales agrícolas que se gestan en Latinoamérica, el MST tiene características particulares: incluye a toda la familia, no solo al hombre, ya que la concepción de la tierra es más profunda; a pesar de ser un movimiento de trabajadores rurales, incorporan apoyo y militancia de personas que no tienen actividad agrícola; su forma de lucha es la acción directa y la organización popular; a partir de la ocupación de tierras, se establecen campamentos en los que se desarrollan diversas formas de participación y división del trabajo; a pesar de haber sido apoyado fuertemente por la Iglesia católica y partidos de izquierda, como el Partido del Trabajo, el MST mantiene su autonomía de estos sectores; su lucha no es exclusiva hacia la tenencia de la tierra, se amplía hacia la defensa y garantía de los intereses de quienes la habiten y así poder tener condiciones que generen un desarrollo óptimo de esta y de su base social; finalmente es posible decir que el MST es un actor político relevante no solo en Brasil, sino a nivel internacional, cuya lucha ha inspirado a otros movimientos y los ha llevado a tejer relaciones con otras organizaciones campesinas.

Para Joao Mendes Pereira (2005), historiador brasileño, el MST puede resumirse como:

Un movimiento nacional, popular y de masas, que se basa en la lucha directa de los trabajadores rurales sin tierra; sus objetivos fundamentales son el acceso a la tierra, la realización de una reforma agraria amplia y masiva, y la promoción de cambios sociales profundos en Brasil en dirección de un nuevo patrón de desarrollo, definido como nacional y democrático (pág. 48)

Este año, el MST cumplió 38 años, actualmente se contabilizan más de un millón de familias asentadas en todo Brasil, las cuales cuentan con viviendas, escuelas, cadenas productivas de hortalizas, cacao, café, frutas, lácteos, chocolate, harina, entre otros productos regionales. Sus

habitantes tienen acceso a educación y gozan de distintos derechos, ello como de la organización popular y la lucha que, desde hace más de tres décadas, comenzó con la demanda de tenencia de tierra, pero que se fue profundizando para buscar una sociedad más igualitaria, donde todas y todos tuvieran acceso a los derechos que históricamente les han sido negados.

### 4.3. Movimiento okupa

El movimiento okupa se caracteriza por la necesidad de alojamiento y la ocupación de viviendas y edificios vacíos para convertirlos en base de operaciones de actividades políticas y culturales alternativas, se origina en Gran Bretaña bajo el nombre de *squatter* (término en inglés que equivale a okupa) entre 1960 y 1970, cuando grupos contraculturales, como hippies y punks, se establecieron de forma permanente en viviendas abandonadas por sus dueños o propiedad de los ayuntamientos, quienes carecían de recursos para darles mantenimiento (Bermejo, 1999). La letra *k* en sustitución de la *c* distingue una ocupación política que busca reivindicar y hacerse visible, a diferencia de las ocupaciones que siempre han existido debido a la pobreza y necesidad, pero que se ha buscado invisibilizar y que pase desapercibida, como la de los migrantes y los gitanos, principalmente.

El acelerado proceso de urbanización, el crecimiento de las ciudades, la escasez de suelo, la precarización del empleo, los elevados costos del arrendamiento, la burbuja inmobiliaria, la crisis económica y la transición democrática, fueron algunas de las condiciones que abren paso al movimiento Okupa; en un contexto en el que el Estado Benefactor había perdido terreno para dar paso al libre mercado, okupar viviendas y comenzar a generar espacios de autogestión representaba una forma de resistencia al sistema capitalista, fuertemente inspirada en el anarquismo (Andell y Martínez, 2004).

El derecho a la vivienda es sólo una excusa. Okupar es una forma de pensar y actuar ante las cosas. Okupar es no estar de acuerdo con el sistema, denunciar los abusos del poder y plantear una alternativa a lo que no te gusta. Okupar es decir no a un capitalismo que excluye al que no baila al son de su música, no querer trabajar para vivir y vivir para trabajar, no querer hipotecar toda la vida para poder decir esto es mío. Okupar es decir no a la autoridad, decir no a las jerarquías, decir vales por lo que eres y no por lo que tienes. Okupar es querer y

necesitar espacios libres donde crecer, realizarse y crear (Asamblea d'Okupes Barna, 1997).

Las tres principales demandas de los “okupa” son:

- Derecho a la vivienda.
- Denuncia de la especulación urbanística.
- Demanda de espacios lúdicos y culturales, autónomos y autogestionados.

La imposibilidad de acceder al mercado laboral dignamente y la precarización de los empleos genera que costear una vivienda al precio del mercado es prácticamente imposible, pues el coste es imposible de solventar con los recursos económicos que poseen los jóvenes. Los altos costos en la vivienda no se deben a la falta de inmuebles, sino a la especulación que ocurre alrededor de ellos, donde una gran parte están abandonados en espera de una mejor recalificación urbana; por ejemplo, declararse como ruinosos, para tener mayores ventajas fiscales. Si este tipo de viviendas se incorporaran al mercado inmobiliario, la oferta se ampliaría y más gente podría acceder a ese derecho.

Además de la demanda de vivienda, las okupaciones se llevan a cabo con la finalidad primordial de reivindicar espacios lúdicos para la autogestión, en ellos se imparten talleres, charlas, debates, funciones de teatro, proyecciones de documentales y películas, comedores comunitarios y populares, juegos y actividades lúdicas para niños, espacios de venta de productos alternativos, conciertos, salas de lectura, exposiciones, entre otros (Bermejo, 1999).

En España, durante la década de los ochenta hasta mediados de los noventa, el movimiento okupa comienza a consolidarse con okupaciones destacadas en ciudades como Madrid, Barcelona y Bilbao. Sin embargo, en 1996, la reforma al artículo 245.2 del Código Penal tipificó como delito la acción de ocupar un inmueble o vivienda ajena sin la debida autorización, así como el hecho de mantenerse ahí en contra de la voluntad de su titular. Esta situación trajo consigo una serie de desalojos y enfrentamientos durante finales de los noventa y principios de 2000, donde destacan el desalojo de espacios culturales y autogestionados, como el Centro Social David Castillo y el Lavapiés 15, en Madrid, además del simbólico Cine Princesa, en Barcelona; estos desalojos trajeron



consigo una posición mediática que no había tenido el movimiento y suscitó distintos debates sociales, jurídicos y económicos en la opinión pública (González-García, 2015).

En el primer lustro de 2000, el movimiento okupa comienza a tener relevancia internacional gracias a los distintos movimientos y luchas antiglobalización y contra la precariedad laboral que se gestaban alrededor del mundo. Durante los años consecuentes a 2008, tras la crisis económica mundial, miles de españoles quedaron desahuciados, por lo que comienza una nueva etapa en el proceso de okupaciones, pues representó la única forma de subsistir ante la situación de empleo precario y costos elevados en los alquileres.

Finalmente, en 2011, el hartazgo de distintos sectores de la sociedad española se hizo presente en distintas plazas públicas para manifestarse ante la insuficiencia de las políticas de vivienda, la desconfianza en los partidos políticos, la corrupción, las promesas incumplidas y las políticas de austeridad. A este movimiento se le conoció como el 15M, también llamado “movimiento de los indignados”; aunque sus demandas eran más amplias que solo el tema de la vivienda. La autogestión de los espacios en plazas públicas y los procesos comunitarios de educación popular que derivaron de este movimiento social no podrían entenderse sin la influencia del movimiento okupa (González-García, 2015).

#### **4.4. Ciudades en detrimento**

Los estudios sobre las ciudades en detrimento (*shrinking cities*) o ciudades en declive, decrecimiento o menguantes, comenzaron en Estados Unidos y Alemania en la década de 1970; sin embargo, es hasta el siglo XXI donde en otros países, como Francia y España, comienzan a hacer abordajes al respecto. La característica principal de estas ciudades es la concentración del decrecimiento en antiguas regiones industriales (ciudades medias y pequeñas), además de un gran desplazamiento de la población hacia la periferia de las capitales; el decrecimiento es un proceso que se inscribe en el tiempo continuo de la ciudad, no como un fenómeno externo. En resumen, se trata de la importante disminución de la población en los municipios centrales de las ciudades a partir de los cambios económicos, políticos y sociales (Fernández Águeda y Cunningham, 2018).

A diferencia de los ejemplos presentados anteriormente, las *shrinking cities* no corresponden a un movimiento social, sino a un

fenómeno de reestructuración por el que las ciudades atraviesan; concretamente, es el paso de ser una ciudad industrial a ser una ciudad de servicios. No existe una serie de factores homogéneos que se asocien al detrimento de una ciudad; sin embargo, se ha encontrado un patrón que corresponde a las ciudades que en su momento fueron poseedoras de una tradición industrial, como la minería, siderurgia, ensamblado de transportes, entre otras actividades (Wolff, Fol, Roth y Cunningham, 2021).

El fenómeno de la ciudad en detrimento es un proceso con causas complejas que van desde la desindustrialización, la migración hacia otras ciudades, la disminución de la población, el agotamiento de los recursos naturales, por mencionar solo algunas. Para entender este fenómeno, es necesario situarnos en el gran auge que hubo de ciertas urbes post Revolución Industrial, donde mucha población migró hacia estos centros en busca de trabajo, dichas ciudades se consolidaron como motor económico y, a pesar de que las condiciones de vivienda no fueran las óptimas, representaban una opción ante la búsqueda de trabajo y oportunidades.

Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XXI, el desarrollo tecnológico se volvió mayor al industrial, se crearon nuevos empleos mejores pagados que implicaban otro tipo de estudios o capacitación, se desarrollan mayormente las actividades económicas relacionadas al sector terciario, ocurre una privatización de industrias y surgen entornos urbanos más competitivos que representan una mejor opción para la población. Estos factores sitúan a las ciudades que en su momento fueron la cuna de la industrialización en lugares obsoletos y con menores oportunidades, ello provoca la migración de personas hacia otras urbes, dicha disminución de personas trae consigo una desindustrialización, una reducción en el cuidado del entorno urbano y, por consiguiente, un deterioro en la infraestructura (Cutieru, 2021).

En el documento *Re-imaginando el futuro en las ciudades en detrimento* de la Unión Europea, que trabaja en soluciones concretas para ciudades en detrimento, se establece una serie de recomendaciones en torno al desarrollo urbano planificado y se plasman casos de éxito, donde la reconfiguración de la ciudad a partir de las condiciones actuales representa un campo de interés en el desarrollo de políticas enfocadas en la población existente y en el aprovechamiento y uso de los espacios abandonados para un beneficio comunitario; pues:

Las ciudades deben aprender a concebir el desarrollo urbano sostenible como un proceso cíclico continuo de cambio, en lugar de pretender que el desarrollo socioeconómico es una progresión lineal y predecible desde el statu quo hacia un futuro mejor (Schlappa y Neill, 2013).

Por dar un ejemplo, el caso de Alteneua, Alemania, es uno de ellos, pues disminuyó el volumen de servicios existentes y se mejoraron los restantes, la ciudadanía tomó un papel activo y a los terrenos baldíos se les asignaron usos urbanos para el disfrute de la comunidad. En 2004, se desarrolló un acuerdo entre inquilinos y residentes, donde, a cambio de no pagar alquiler, los inquilinos protegerían los edificios del vandalismo y se encargarían de dar mantenimiento y hacer reparaciones menores. Otros ejemplos que se mencionan en el documento tienen que ver con la reinvencción cultural de las ciudades y el aprovechamiento de espacios y edificios para la propagación del arte y la preservación de éstos.

Cada ciudad tiene una historia y un contexto socioeconómico distinto, por lo tanto, resulta complicado enumerar una serie de pasos o prácticas eficientes que permitan abordar el declive urbano. Debido a que este fenómeno es relativamente nuevo e implica una serie de gestiones que abarcan al Estado, la iniciativa privada y la ciudadanía, se requiere una revisión y modificación del modelo de planificación urbano tradicional para buscar estrategias que permitan el desarrollo sostenible de estas ciudades y que no se conviertan en ciudades fantasma.

El detrimento de las ciudades es en gran parte consecuencia de asumir que el desarrollo y crecimiento de estas sería siempre continuo y próspero gracias a la industria o a los recursos naturales que poseen; por ello es indispensable que, en las urbes cuya población va en aumento, se redefinan las políticas y la planeación urbana hacia un desarrollo que permita una calidad de vida digna para sus habitantes y una sostenibilidad del entorno.

## **V. Consideraciones finales**

Desde que la propiedad comenzó a ser considerada parte esencial de la vida en sociedad, históricamente ha habido una serie de cambios alrededor de lo que dicho concepto abarca, en una primera instancia, pasar de ser un derecho a un privilegio, aunque, en muchos casos, esos cambios solo ocurren a nivel teórico, pues, en la praxis, debido a la

configuración sociopolítica y económica, muchas veces no llega a ser una realidad y por ello, en distintas latitudes y líneas temporales, el derecho a la propiedad se mantiene como la base de una serie de demandas que se han visto expresadas en los distintos movimientos sociales y momentos históricos expuestos anteriormente.

La idea sobre la propiedad como derecho humano posee las siguientes características:

- (a) Inherente a la persona, y que corresponde por naturaleza a todos los seres humanos, donde quedan autorizados para usar y disponer, con autodeterminación, de sus bienes y de los frutos de estos, así como también transmitirlos por donación, compraventa, herencia, etcétera.
- (b) Asegura la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe su indebida detracción.
- (c) Es una “garantía institucional” frente a expropiaciones ilegítimas, es decir, confiscatorias.
- (d) Tiene una función social, según las finalidades del Estado social y democrático, además de atender a los intereses patrimoniales del propietario, se debe tener en cuenta los intereses de terceros y de la comunidad (De la Fuente, 2015, pág. 518).

Estas características se podrían cuestionar a partir del siglo XXI, pues no todos los seres humanos tienen acceso a una propiedad (tierra, vivienda, herencia), a un trabajo (digno y remunerado) para su bienestar, su prosperidad, su desarrollo, su crecimiento y felicidad, así que sería importante hacerse la pregunta: ¿propiedad para quién? En el recuento sobre la propiedad que se presentó en los apartados anteriores, se identificaron elementos, como el contexto histórico, la organización social y el poder político, que son determinantes para la concepción del derecho de propiedad y permiten trazar un hilo conductor desde la antigua Roma que la asumía como dominio hasta la actualidad, donde la propiedad y desigualdad van de la mano.

Y en gran medida es debido al derecho natural igualó a la *propiedad* al nivel de la *vida* y la *libertad*, a saber:

El iusnaturalismo cultivó con detenimiento la noción de propiedad, con el fin de conducirla a su mayor plenitud, para desgajarla en primer lugar de las cargas feudales y para exaltarla después como un poder independiente no sólo respecto

de los particulares, sino que también respecto del Estado. Con esta finalidad se desarrollaron doctrinas previas que hablaban de “fuentes naturales de la propiedad” y de “modos *originarios* de adquisición”. Con ello, el individuo propietario, titular de un derecho subjetivo, no debía nada al Estado en relación con su amplia e ilimitada facultad de obrar sobre las cosas (Cordero y Aldunate, 2008, pág. 381).

El gran problema del iusnaturalismo fue el establecimiento y la equiparación de ciertos “derechos” inmutables que dependen de la dignidad humana, como la “vida” o la “libertad” frente a la “propiedad” (privada), que se podría entender como una prerrogativa moral transformada en norma como lo es la “educación” o el “trabajo” que están supeditadas al contexto jurídico-legal del sitio donde se implementen. Tanto del origen de la propiedad como de los movimientos sociales que luchan por su reconocimiento y respeto, solo un cierto grupo de personas son los que han tenido acceso a este derecho debido a su posición como “propietario” (hombre, ciudadano, padre, rey, señor, burgués, dueño del capital, terrateniente, empresario, clase alta, entre otros).

Es importante reflexionar sobre la pertinencia, vigencia y necesidad de este tipo de luchas en la actualidad; la especulación inmobiliaria en las áreas metropolitanas de las principales ciudades del mundo y de México, la gentrificación, los altos precios en las rentas, la falta de espacios dignos a un precio razonable en zonas con conectividad, entre otros tantos factores, ocasionan que el derecho a la propiedad sea, en efecto, un derecho reconocido, pero no garantizado para toda la ciudadanía.

Incluso si este análisis es trasladado a un tema generacional, para los *xennials*, *millennials* y *centennials*,<sup>56</sup> es casi imposible ejercer el derecho de propiedad de la misma forma que en su momento lo hizo la generación X y los *Baby boomers*, dado el esquema económico de prestaciones y sueldos, en comparación con los precios de arrendamiento de inmuebles, ni que decir el tema de la compraventa o de la diversidad de las nuevas familias.

---

<sup>56</sup> Grupos poblacionales: generación X, nacidos entre 1965 y 1981; *xennials*, nacidos entre 1977 y 1983; *millennials* o generación Y, nacidos entre 1983 a 1995, caracterizados por ser hijos de la generación del baby boom de los sesenta. La generación Z nació entre mediados de la década de 1990 a mediados de la década 2000 aproximadamente. Posteriormente, los *centennials* a partir de 2000 en adelante.

Por ello es importante que el derecho a la propiedad esté en el centro de la discusión pública, que no solamente sea desde la lógica de no permitir asentamientos irregulares y ordenamiento de territorio, sino desde generar políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos, que pongan como base la dignidad de las personas y se garantice este derecho, pues el Estado tiene una deuda pendiente con la población, ya que, al momento, el derecho a la propiedad es una valoración para evidenciar intereses particulares dentro de la sociedad civil, por lo que se está en presencia de un edicto de tolerancia revocable.

## VI. Referencias bibliográficas

- Aguilar, M. (1998). Las tres generaciones de los derechos humanos. *Doctrina Revista Derechos Humanos*, (30), 93-102.  
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/viewFile/5117/4490>
- Alatorre, J.A. (1998, septiembre). Conferencia Sociedad Civil, Participación y Elecciones. MIMEO.
- Andell, R., y Martínez, M. (Coord.) (2004). *¿Dónde están las llaves? El movimiento OKUPA: Prácticas y contextos sociales*. Los Libros de la Catarata.  
[https://www.miguelangelmartinez.net/IMG/pdf/2004\\_Donde\\_estan\\_las\\_llaves\\_Catarata.pdf](https://www.miguelangelmartinez.net/IMG/pdf/2004_Donde_estan_las_llaves_Catarata.pdf)
- Asamblea d'Okupes Barna (1997). Liberación de espacios como Centros Sociales autogestionados. *Revista Llibertaria La Lletra A. Especial Okupa* (febrero-marzo) (49).
- Anavitarte, E. J. (2012, mayo). La Persona Física en el Derecho Romano. *Academia Lab*.  
<https://academia-lab.com/2012/05/04/las-personas-fisicas-en-el-derecho-romano/>
- Anavitarte, E.J. (2012, junio). El Paterfamilias en el Derecho Romano. *Academia Lab*. <https://academia-lab.com/2012/06/02/el-paterfamilias-en-el-derecho-romano/>
- Bermejo, F. (1999). *La Okupación: los precedentes, el movimiento y la legislación*. Universidad de Barcelona.  
<http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/ciudadania/trabajos/9899/1/indice.htm>

- Bermúdez, F. (2012). Precisiones iusfilosóficas a cerca del fundamento de los derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, (2), 205-222. <https://corteidh.or.cr/tablas/r31100.pdf>
- Bobbio, N. (2015). Sociedad Civil. En N. Bobbio, N. Matteucci, y G. Pasquino (eds.) *Diccionario de Política (nueva edición enteramente revisada y ampliada)*. Siglo XXI Editores - Comisión Bicameral del Sistema de Bibliotecas del Congreso de la Unión LXII Legislatura, 1519-1524.
- Color, M. (2020). El derecho a la propiedad: de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a nuestros días, una revisión general. En F. Martínez, M. Franco, J. Verdín, y Z. Fajardo (coords.). *Voces por la universalidad de los derechos humanos. A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 351-370. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6410/17.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2017). *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*. CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/13309-la-hora-la-igualdad-brechas-cerrar-caminos-abrir-trigesimo-tercer-periodo>
- Cordero, E., y Aldunate, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (XXX),345-385. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173819211013>
- Cutieru, A. (2021, 31 de julio). *Ciudades en contracción: el auge y la caída en los entornos urbanos (Caballero, P. trad.)*. Archdaily. <https://www.archdaily.mx/mx/965618/ciudades-que-se-encogen-el-auge-y-la-caida-de-los-entornos-urbanos>
- Dagan, H. & Dorfman, A. (2017, Forthcoming). The Human Right to Private Property. 18 *Theoretical Inquiries in Law*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2624428>
- De la Fuente, R. (2015). La propiedad privada desde la ética de la Ley natural: naturaleza y límites del derecho de propiedad. En A. Miranda y S. Contreras (Eds.) *Problemas de Derecho Natural*, 499-520. Thomson Reuters.
- Dos Santos, J. A. (2017). El Iusnaturalismo y el positivismo jurídico. *Revista jurídica. Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, (3),11-33.

<https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/63>

- Fasso, G. (2015). Iusnaturalismo. En N. Bobbio, N. Matteucci, y G. Pasquino (eds.) *Diccionario de Política (nueva edición enteramente revisada y ampliada)*. Siglo XXI Editores - Comisión Bicameral del Sistema de Bibliotecas del Congreso de la Unión LXII Legislatura, 836-842.
- Fernández Agueda, B., y Cunningham-Sabot, E. (2018). Del declive al decrecimiento urbano: un debate en construcción. *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*, 38(2), 341-356. <https://doi.org/10.5209/AGUC.62483>
- Fernández, E. (2021, 28 de octubre). *La génesis del nuevo orden feudal*. Historia abierta. <https://historiaes.hispantic.com/genesis-orden-feudal/>
- González-García, R. (2015). Sociologando: Movimientos sociales y vivienda en España. *Boletín científico Sapiens Research*, 6(1),31-35.
- Guerrero, R. (2020). Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y de la comunicación. *Derechos Fundamentales a Debate*, (12), 137-149. [http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista\\_No12/ADEBATE-12-art8.pdf](http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No12/ADEBATE-12-art8.pdf)
- Hobbes, T. (2005). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (5ta reimpr.). Fondo de Cultura Económica. (Original publicado en 1651).
- Levenzon, F. (2011). *La propiedad privada en perspectiva de derechos humanos: de las teorías de la justicia con base en derechos a la protección internacional* [tesis de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Constitucional Universidad de Palermo]. Repositorio institucional [http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/927/tesis\\_Fernanda%20Levenzon.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/927/tesis_Fernanda%20Levenzon.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- López, S. (2014). La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), 531 – 576. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122015000100015](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000100015)
- Martínez, N. Q. (2011, 14 de noviembre). *Los aportes del iusnaturalismo y su recepción en las dos grandes revoluciones del Siglo XVIII*. Sistema Argentino de Información Jurídica, Id SAIJ: DACF110182.



<http://www.saij.gob.ar/norberto-quinto-martinez-delfa-aportes-iusnaturalismo-su-recepcion-dos-grandes-revoluciones-siglo-xviii-dacfl10182-2011-11-14/123456789-0abc-defg2810-1lfcanirtcod#>

- Matteucci, N. (2015). Contractualismo. En N. Bobbio, N. Matteucci, y G. Pasquino (eds.) *Diccionario de Política (nueva edición enteramente revisada y ampliada)*. Siglo XXI Editores - Comisión Bicameral del Sistema de Bibliotecas del Congreso de la Unión LXII Legislatura, 351-365.
- Mendes, J. (2005). *El MST una perspectiva histórica. Argumentos. Estudios críticos de la sociedad*, Número especial 2005 (48-49), 9-26.  
<https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/510>
- Mosquera, R., y Ahumada, A. (2005). Aspectos de los asentamientos irregulares en América Latina. *Revista de Arquitectura*, (7), 14-17.  
<https://revistadearquitectura.ucatolica.edu.co/article/view/815/845>
- Organización de las Naciones Unidas. (2018, 26 de noviembre). *Artículo 17: el derecho a la propiedad*. Noticias ONU. Mirada global, Historias humanas. <https://news.un.org/es/story/2018/11/1447251>
- Orrego, C. (2015). Iusnaturalismo contemporáneo. En J. Fabra y Núñez, A. (Coord.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 1, 37-59. UNAM. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>
- Perrone, N. (2012). Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. En E.M. Alonso (Ed.). *La convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino* Universidad de Buenos Aires – La Ley S.A.E. , 355-370  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/021-perrone-propiedad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>
- Piketty, T. (2020, 1 de marzo). *La sacralización de la propiedad privada* (Fuentes, D. trad.). *Letras Libres*. <https://letraslibres.com/revista/la-sacralizacion-de-la-propiedad-privada/>
- Pinto, T. (2022). O que é sesmaria? *Brasil Escola*.  
<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-sesmaria.htm>.

- Prat, P. (2012). El derecho a la propiedad privada, ¿un derecho humano? [tesis de Abogacía, Universidad de San Andrés]. Repositorio institucional UDESA  
<https://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/2502/1/%5BP%5D%5BW%5DT.%20Ab%20PILAR%20PRAT.pdf>
- Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. (2003). *El desafío de los barrios marginales - Informe mundial sobre los asentamientos humanos*. ONU Habitat.
- Rábago, M. (2013). Derechos de propiedad Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional. En E. Ferrer y J.L. Caballero (Eds.). *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios y jurisprudencia constitucional e interamericana*. Instituto de Investigación Jurídicas – Suprema Corte de Justicia de la Nación – Fundación Konrad Adenauer, 2293-2335.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf>
- Real Academia Española (2020). Iusnaturalismo. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Consultado el 20 de marzo de 2022. <https://dpej.rae.es/lema/iusnaturalismo>
- Jordán, R., Riffo, L. y Prado, A. (coords.) (2017). *Desarrollo sostenible, urbanización y desigualdad en América Latina y el Caribe. Dinámicas y desafíos para el cambio estructural*. CEPAL.  
<https://www.cepal.org/es/publicaciones/42141-desarrollo-sostenible-urbanizacion-desigualdad-america-latina-caribe-dinamicas>
- Rousseau, J. J. (2004). *Discurso sobre el origen de la desigualdad* (14<sup>a</sup>. Ed.) Sepan cuantos. Porrúa. (Original publicado en 1755).
- Rousseau, J. J. (2017). *El Contrato Social*. Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana. PRD. (Original publicado en 1762).
- Sanromán, R. (2014). La importancia del derecho de propiedad en el desarrollo económico. En M. Ramos, R. Pérez, y L. Espinoza. (eds.) *Neoinstitucionalismo y Desarrollo Económico, Tópicos Selectos de Recursos, Vol. III*. ECORFAN-Bolivia, 81-90.  
[https://www.ecorfan.org/bolivia/series/Topicos%20selectos%20de%20Recursos\\_III/Series\\_Topicos%20selectos%20de%20Recursos\\_III.pdf](https://www.ecorfan.org/bolivia/series/Topicos%20selectos%20de%20Recursos_III/Series_Topicos%20selectos%20de%20Recursos_III.pdf)
- Schlappa, H. y Neill, W. (2013). *From crisis to choice: Re-imagining the future in the shrinking cities*. URBACT - European Union.

- <https://urbact.eu/crisis-choice-re-imagining-future-shrinking-cities>
- Stedile, J. P. (2012, 5 de marzo). *¿Qué es el MST?* Movimiento Nuestra América.  
<https://movimientonuestraamerica.wordpress.com/2012/03/05/que-es-el-mst/>
- Tejerina, B. (2005). Movimientos sociales, espacio público y ciudadanía: Los caminos de la utopía. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (72)  
<https://doi.org/10.4000/rccs.982>
- Wallerstein, I. (2006). (2006) *Análisis de los sistemas-mundo. Una introducción* (2ª ed.). Siglo XXI editores.
- Wolff, M., Fol, S., Roth, H., y Cunningham-Sabot, E. (2021). *Shrinking Cities, ciudades y su pérdida de población: dimensión del fenómeno en Francia. Cybergeog: European Journal of Geography.*  
<https://doi.org/10.4000/cybergeog.37333>

## Capítulo VI

### *Hic sunt dracones: ¿Puede la inteligencia artificial tener derechos de autor o de inventor?*

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

Luis Javier Reynoso Zepeda<sup>57</sup>

*Que otros se jacten de las páginas que han escrito;  
a mí me enorgullecen las que he leído.*  
Jorge Luis Borges, Un lector

#### I. Introducción

En 2018, el Proyecto de Inteligencia Artificial (grupo global de expertos en tal tecnología) presentó una solicitud de patente respecto a dos invenciones: una luz de advertencia y un contenedor de comida; asimismo, solicitó protección en diversos territorios, dentro de los que se encontraron Australia, Europa, Reino Unido y Estados Unidos de América. Lo particular de esta solicitud fue la designación de una máquina como la inventora: DABUS AI. Dicho conjunto sostuvo que DABUS podría justificadamente ser nombrada como tal, pues generó las tecnologías en cuestión sin una instrucción humana específica.

Las oficinas de patentes de Europa, Reino Unido y Estados Unidos de América rechazaron la solicitud de patente, argumentaron la ausencia de la participación de una persona natural y que no existía alguna institución jurídica o ficción que hubiese sido diseñada *ex profeso* para que haga los efectos de un inventor en su lugar (Nolan, 2020).

El caso de Australia fue divergente. Las solicitudes de patente que fueron presentadas bajo los paradigmas del PCT,<sup>58</sup> entraron en la fase

---

<sup>57</sup> 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).

<sup>58</sup> La referencia a PCT corresponde al Tratado de Cooperación en materia de Patentes. México es parte. Fue suscrito el 21 de julio de 1994, publicado en el *Diario oficial de la*

nacional el 9 de septiembre de 2020. Después de revisar las formalidades, la oficina de patentes australiana emitió una instrucción donde indicó que el inventor de la tecnología propuesta a patente debiese considerar a una persona natural. Los solicitantes sostuvieron que DABUS puede ser inventora, pues no hubo otro participante en la creación de la invención. Cabe resaltar que la ley australiana no considera una definición de qué debe entenderse por inventor.

Dichos argumentos fueron rechazados por la oficina de patentes. Esto llevó a los promotores de la solicitud a acudir a la Corte Federal Australiana, la cual modificó las restricciones impuestas y ordenó que se otorgase la patente el 30 de julio de 2021. Se atendió, entre otras cosas, al funcionamiento de la “red de trabajo neuronal” del sistema DABUS y que el término “inventor” debe ser interpretado de forma evolutiva para que alcance los objetivos de promoción del bienestar mediante la innovación tecnológica y la transferencia y diseminación de tecnología. Quizá la consideración más relevante que se hizo fue aceptar que el sistema de inteligencia artificial DABUS puede ser considerado inventor, habida cuenta que este no sería el titular de los derechos de patente, es decir, solo recibiría el reconocimiento de paternidad de la invención en cuestión y no, propiamente, los derechos de explotación en estricto sentido (Matulionyte, 2021).<sup>59</sup>

Este entorno inmerso temporalmente en la época de la pandemia provocada por el COVID-19 avivó, en gran medida, las discusiones respecto a la posibilidad de que la inteligencia artificial pueda ser reconocida como creadora de objetos protegidos por el derecho intelectual, así como de ser titular de los derechos de explotación relacionados.

Sin perjuicio de las características variopintas de los sistemas jurídicos nacionales que son afines al derecho occidental industrializado (Stürner, 2007),<sup>60</sup> existe un común denominador entre la generalidad de estos: el antropocentrismo. El derecho intelectual es fiel a esta

---

*Federación* el 25 de julio del mismo año y se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 1995.

<sup>59</sup> También Sudáfrica concedió derechos de patente a las mismas invenciones en la que DABUS es reconocido como inventor (Oriakhogba, 2021).

<sup>60</sup> La unión de las tradiciones del derecho continental europeo y del derecho del *common law*. Sirve referir que el *Black's Law Dictionary* define al término *common law* como el cuerpo legal derivado de decisiones judiciales, en lugar de leyes reglamentarias o constituciones (Garner, 2009, pág. 313)

afirmación. Solo un ser humano puede ser considerado como creador de objetos tutelados por tal rama del derecho.

Este escenario brinda la oportunidad para desarrollar este trabajo, donde se procurará realizar un sucinto estudio de los conceptos relevantes que lleven a responder la cuestión de si la inteligencia artificial puede tener derechos de autor o de inventor.

## II. Problema

El estatus de la inteligencia artificial en la filosofía es algo muy controvertido, hay quienes le restan prácticamente todo valor. Vehementemente, Joanna Bryson (2010, págs. 63-74) refiere que la inteligencia artificial debe ser considerada como un esclavo del ser humano, en el contexto de un ser carente de dignidad<sup>61</sup> que le sirve y que, por bien de la humanidad, no debe contemplarse de otra manera, pues no debe ser equiparable con una persona ni darle responsabilidades por sus acciones debido a que son plenamente propiedad del ser humano. La humanidad determina los fines de la inteligencia artificial, su comportamiento, esto directamente o indirectamente al delimitar su inteligencia y la forma en como adquiere conocimiento.<sup>62</sup> Este debate es muy complejo; si se asume que las inteligencias artificiales pueden ser para ellas un fin en sí mismas y un valor último, entonces pueden reclamar que poseen derechos, los seres humanos tendríamos obligaciones hacia estas, es decir, que se podrían considerar como personas en un contexto legal (Kurki, 2019, págs. 175-189).

## III. Objetivos generales y particulares

Se tiene como objetivo general aprovechar la coyuntura derivada del paradigmático reconocimiento del sistema de inteligencia artificial DABUS como inventor en Australia para reflexionar sobre qué posturas ha esgrimido la doctrina respecto a la titularidad de derechos intelectuales por la inteligencia artificial. Se reflexionará sobre un problema particular de acceso a la propiedad en un período

---

<sup>61</sup> Noción que se ha dicho busca expresar una característica derivada del alma.

<sup>62</sup> Bryson (2010, págs. 63-74) apunta que humanizar a una inteligencia artificial implica una afectación inversa a la humanidad, ya que deshumaniza a la gente real y, además, alienta un bajo grado de consideración basada en la dignidad humana en la distribución de recursos y responsabilidades.

postpandemia que tendrá repercusión a futuro y que invariablemente tiene un íntimo contacto con los derechos humanos y su capacidad de ser brújula moral hacia el bienestar de la humanidad.

Se ruega la discreción del lector al entender que este trabajo no pretende agotar el tema, pues se expondrán diversos argumentos involucrados en la discusión actual sobre la titularidad de derechos intelectuales por parte de la inteligencia artificial y que el lector, al escuchar tales voces, pueda anticipar un poco de lo que pasaría en el entorno nacional al solicitar el reconocimiento de la inteligencia artificial como titular de alguno de estos derechos.

#### **IV. Marco teórico y metodológico**

Para el desarrollo de este trabajo, se recurrió a diversos métodos. 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 las exploraciones realizadas tienen como faro guía el sentido de la dignidad humana.

#### **V. Desarrollo**

Esta sección contendrá la mayor parte del contenido sustancial de este trabajo de investigación. Se ha dividido en dos apartados. En un primer momento, se brindarán conceptos que permitan identificar qué es la inteligencia artificial, cómo se clasifica, cómo funciona y de dónde viene. Posteriormente, se visitará la relación entre la inteligencia artificial y el derecho intelectual para exponer información relativa a quiénes pudiera atribuírsele los derechos relacionados a la creaciones intelectuales en las que ha participado la inteligencia artificial, qué argumentos se han esgrimido para intentar justificar la intención de que la inteligencia artificial tenga derechos; asimismo, se hablará de los objetos que protege la propiedad intelectual y su contacto con la inteligencia artificial, referiré las condiciones de protección del derecho de autor y del derecho de patentes que inciden directamente con la protección de las creaciones de la inteligencia artificial y expondré los argumentos a favor y en contra de otorgarle derechos intelectuales.

Este trabajo se enfocará en dos instituciones del derecho intelectual: el derecho de autor y las patentes, al ser aquellas que filosófica y pragmáticamente representan las características de las instituciones relacionadas.

## **Inteligencia artificial**

Iniciaré la exploración con la delimitación de algunas nociones. Este ejercicio con matices semióticos facilitará el entendimiento de la cuestión.

### **¿Qué es la inteligencia artificial?**

Jerry Caplan, científico de la informática, al hacerse esta misma pregunta, refirió:

[...] es una pregunta sencilla de formular y una difícil para responder, por dos razones. Primero, hay poco acuerdo sobre lo que la inteligencia artificial es. Segundo, hay pocas razones para creer que la inteligencia de las máquinas guarda mucha relación con la inteligencia humana, al menos hasta ahora (2016, pág. 1).

Iniciaré el abordaje de esta primera noción al atender sus componentes: la noción de lo “artificial” y la de “inteligencia”. Con la primera no habría de tener mayor inconveniente, dado que no es controversial, lo artificial es algo sintético que no ocurre en la naturaleza (Turner, 2019, pág. 7). Sin embargo, no ocurre lo mismo con el término “inteligencia”, que resulta ambiguo, más porque depende del contexto en el cual es utilizado. John McCarthy (2007), conocido como el creador del término inteligencia artificial (Yanisky Ravid y Liu, 2018; Surblyte-Namaviciene, 2020, pág. 8), definió a la “inteligencia” como “la parte computacional de la habilidad de lograr metas en el mundo. Existen diversos tipos y grados de inteligencia en las personas, en varios animales y en algunas máquinas” (párr. 2).

No obstante, no se puede entender que ha quedado plenamente comprendido qué es la inteligencia artificial. Una parte de la doctrina ha afirmado que esta situación es favorecedora y benéfica, es decir, que no exista un entendimiento general de lo que es la inteligencia artificial probablemente ha ayudado a que crezca este campo, que retoñe y que avance a un paso siempre acelerado. Los practicantes, investigadores y desarrolladores de la inteligencia artificial están guiados por un fuerte



sentido de dirección y un imperativo de seguir adelante con el tema (Stanford University, 2016).

Turner (2019) hace una muy destacable afirmación, pues refirió que tratar de definir a la inteligencia artificial “se parece a perseguir el horizonte: tan pronto como llegas a donde ibas, este lugar se ha movido a otro lugar en la distancia” (pág. 8).<sup>63</sup> Esto también describe a lo que se ha llamado como el “efecto de la inteligencia artificial”, en virtud de que cuando nos familiarizamos con un proceso, esto se deja de llamar inteligencia artificial y se convierte simplemente en otro *software* destacable (Stanford University, 2016; McCorduck, 2004, pág. 204).

Cabe destacar la importancia de procurar entender qué es la inteligencia artificial, pues, si no se conocen sus parámetros, será muy difícil que las acciones se dirijan hacia el bien común, es decir, no se podría identificar cómo es que se deben conducir nuestros actos, las acciones que debe cubrir la ley, la cual, de permanecer incierta, se vería disminuida o nulificada en su efectividad. Las leyes marcadas por ambigüedad terminarían siendo herramientas de los poderosos.

La mayoría de las definiciones que se han elaborado respecto de la inteligencia artificial caen dentro de dos categorías: las que colocan al ser humano en el centro y las racionalistas. A continuación, repasaré sus características.

## Definiciones antropocéntricas

La humanidad se ha llamado a sí misma como *homo sapiens*: hombre sabio. Como apunta Turner (2019, pág. 9), quizás ese es el motivo por el que no sorprende que los primeros esfuerzos para definir a la inteligencia artificial sean proyectivos, es decir, que buscamos encontrar características humanas en otras entidades. Una de las aproximaciones más famosas es la que realizó Alan Turing (1950), que es conocida como el test de Turing,<sup>64</sup> y que surgió de la reflexión acerca de la creación de

---

<sup>63</sup> Incluso, hay quien afirma que se denomina inteligencia artificial a los procesos tecnológicos que no logramos entender (McCorduck, 2004, págs. 132-133).

<sup>64</sup> El ‘test de Turing’ implicaba lo siguiente: un ejercicio en el que un ser humano determinado debe intentar identificar cuál de otros dos jugadores es una mujer, usando para ello solo preguntas y respuestas escritas. En esta particularísima versión de Turing del juego de imitación, una máquina toma la posición del hombre que recibe las preguntas de quién debe adivinar quién es la mujer en el ejercicio, de suerte tal que si la máquina puede persuadir a quien cuestiona no solo de que es humano, sino que se trata de la mujer, habrá demostrado inteligencia.

máquinas que pudieran “llevar a cabo algo que debería describirse como pensar pero que es muy diferente de lo que hace un hombre” (pág. 435).

Este test o juego de imitación tiene un problema muy claro: solo se muestra la habilidad de imitar las conversaciones humanas realizadas por escrito y que la habilidad para personificar de las máquinas no equivale a inteligencia (Hernández-Orallo, 2000). Para evitar estas deficiencias, otros han formulado definiciones de inteligencia artificial que no residen en la replicación de un aspecto del comportamiento humano o pensamiento y, en lugar de ello, son parasitarias en la vaga y cambiante noción de lo que hace a los seres humanos inteligentes. Definiciones que rondan en esta idea señalan que la inteligencia artificial es tecnología con la habilidad de ejecutar tareas que de otra forma pudieran requerir inteligencia humana (Turner, 2019, pág. 11).

Para concluir los comentarios sobre este tipo de definiciones, a continuación, citaré algunos ejemplos:

- La inteligencia artificial es “el arte de crear máquinas que ejecutan funciones que requieren inteligencia cuando son ejecutadas por personas” (Kurzweil, 1992, pág. 14).
- En 2011 el gobierno Nevada, Estados Unidos de América, estipuló la siguiente definición con propósito de regular a los vehículos terrestres autónomos<sup>65</sup>; “el uso de computadoras y equipamiento relacionado para permitir a una máquina duplicar o imitar el comportamiento de seres humanos” (NV Rev Stat § 482A.020, 2011).
- “Inteligencia artificial es una rama de la ciencia computacional. Esta es comúnmente descrita como un sistema computacional que ha desarrollado una imitación del comportamiento humano” (Drexler et al, 2019, págs. 1-14).
- La inteligencia artificial “puede ser definida como un sistema capaz de ejecutar tareas que normalmente podrían requerir inteligencia humana, tales como reconocer, tomar decisiones, crear, aprender, evolucionar y comunicar” (Hutter, 2010, en Yanisky-Ravid, 2017, págs. 2215-2262).

---

<sup>65</sup> Dicha definición no se encuentra en vigor.

## **Definiciones racionalistas**

Las definiciones más recientes de la inteligencia artificial evitan el enlace hacia la humanidad, pues se enfocan en la acción de pensar o actuar racionalmente (Turner, 2019, pág. 13). Actuar racionalmente para los sistemas de inteligencia artificial es actuar de una forma que pueda ser descrita como dirigida a un objetivo (2021, pág. 19-20). Nils Nilsson (2010) refirió que la inteligencia en la inteligencia artificial es “la cualidad que habilita a una entidad para funcionar apropiadamente y con anticipación a su medio ambiente” (pág. 13).

Asimismo, se consideran como definiciones racionalistas a aquellas que estatuyen que inteligencia artificial es la que decide “hacer lo correcto en el momento adecuado” (Russell y Wefald, 1991). Estas acepciones son muy criticadas, pues la cualidad de inteligencia no es necesariamente elegir la opción que es considerada como la más inteligente en una situación determinada. Ello porque es imposible conocer cuál es la opción adecuada sin poseer un sistema moral infalible, algo inexistente, y sin tener un perfecto entendimiento de toda consecuencia posible a una acción, ello implicaría en una gran medida antropomorfizar la inteligencia artificial en cuestión (Turner, 2019, pág. 14).

Se cerrará citando una definición racional más para la inteligencia artificial; “la inteligencia artificial es la habilidad de una entidad no natural para realizar elecciones mediando un proceso evaluativo” (Turner, 2019, pág. 16).

## **Características esenciales de una entidad inteligente**

Es posible enumerar cinco características esenciales para afirmar estar frente a una entidad inteligente (Hallevy, 2015, págs. 225-226):

- (i) Comunicación. Nos podemos comunicar con una entidad inteligente, lo cual será más sencillo entre más inteligente sea (Schank, 1993, pág. 3).
- (ii) Conocimiento interno. Es razonable esperar que una entidad inteligente tenga algún autoconocimiento (pág. 5).
- (iii) Conocimiento externo. En un sentido conexo al anterior, se puede también esperar que la entidad inteligente conozca sobre el mundo

exterior, que aprenda de este y que utilice dicha información (Hallevy, 2015, pág. 226).

- (iv) Comportamiento dirigido al cumplimiento de un objetivo. Se puede esperar que una entidad inteligente tome acciones para lograr sus metas (pág. 226).
- (v) Creatividad. Es esperado que una entidad inteligente tenga la habilidad de ejecutar acciones alternativas cuando una acción inicial falla (Schank, 1993, págs. 5-6).

Tanto Hallevy y Schank observan que la inteligencia artificial posee estas cinco características por definición, es decir, le consideran como características ontológicas básicas de la inteligencia artificial.<sup>66</sup>

### **Clasificaciones de la inteligencia artificial**

A continuación, expondré cuatro criterios clasificatorios para la propiedad intelectual.

#### **Inteligencia artificial general e inteligencia artificial específica**

Según el nivel de autonomía y del rango de tareas que pueden ser ejecutadas por parte de una máquina, la inteligencia artificial puede estar dividida en dos: inteligencia artificial general y específica (Surblyte-Namaviciene, 2020, pág. 9). Se entiende por específica a aquella inteligencia vinculada a un área de aplicación particular, como la traducción de textos o vehículos de conducción autónoma. En cambio, la general refiere a plausibles sistemas de inteligencia artificial que exhiben un comportamiento aparentemente inteligente, al menos tan avanzado como una persona en toda la gama de tareas cognitivas.

#### **Inteligencia artificial fuerte e inteligencia artificial débil**

Rusell y Norvig (2022, pág. 1032), siguiendo la distinción de John Searle (1980), distinguen entre inteligencia artificial fuerte y débil, explican que se estará en presencia de una inteligencia artificial débil cuando las

---

<sup>66</sup> Yanisky-Ravid (2017) siguió este camino e identificó diez características de la inteligencia artificial, tales características son: (i) creatividad, (ii) independencia y autonomía, (iii) impredecibilidad y nuevos resultados, (iv) capacidad de coleccionar datos y comunicar nueva información, (v) capacidad de aprendizaje, (vi) evolución, (vii) sistema racional e inteligente, (viii) eficiencia, (ix) libre elección y (x) orientada a un fin.

máquinas puedan actuar como si fuesen inteligentes, mientras que una inteligencia artificial será fuerte cuando las máquinas que actúan de tal forma en realidad estén pensando, no solo que simulen hacerlo.<sup>67</sup>

### **Sistemas expertos**

El sistema expreso se trata de la inteligencia artificial que principalmente usa un proceso de toma de decisiones basado en reglas determinadas. Son sistemas que no se consideran como realmente inteligentes, al no ser autónomos en su totalidad (Yanisky-Ravid, 2017). Estos carecen de la habilidad de aprender y de producir resultados impredecibles debido a que actúan de forma predeterminada por su programación creada por humanos (Miller, 1993) y no pueden evolucionar a través del aprendizaje. De forma precisa, Yanisky-Ravid (2017) afirma que no se puede entender que los sistemas ubicables en esta categoría no pueden “ser verdaderamente creativos debido a que estos solo pueden ‘conocer’ la información que un ser humano haya colocado en su ‘base de conocimiento’” (pág. 675). Esto es remarcable en el contexto del derecho intelectual, dado que evidencia que la participación del hombre es necesaria para este tipo de inteligencias artificiales para hacer un trabajo y para tener algún tipo de contenido creativo, es decir, se trata de una herramienta para la creatividad humana.

### **Redes de trabajo neuronales**

Representan el nuevo estándar de inteligencia artificial actual, desplazan a los sistemas expertos y son el resultado de décadas de esfuerzo para alcanzar una inteligencia artificial que funcione inteligentemente y use componentes de aprendizaje autónomos. Son sistemas llamados redes

---

<sup>67</sup> La distinción entre inteligencia artificial débil y fuerte puede llegar a tener implicaciones legales importantes, ya que, si las máquinas están programadas para comportarse de acuerdo con patrones determinados, estas no “piensan” una forma determinada, sino que cumplen las “órdenes” de quienes las programaron. Esta circunstancia es muy importante, ya que en tal caso son los programadores quienes deben responder por el comportamiento de las máquinas. Es decir, cuando las máquinas actúan como si fueran inteligentes, es porque están programadas de esa manera, su capacidad de actuar depende más bien de las secuencias de algoritmos y de los datos que se les dan. Rondando esta idea, Alan Turing (1950) reflexionó si las máquinas pueden pensar, a lo que concluyó que el tema no se debe atender con las definiciones tradicionales relacionadas a los términos ‘pensar’ y ‘máquina’, sino dentro de los parámetros del ‘juego de imitación’.

de trabajo neuronal, pues imitan la función de los cerebros humanos mediante la absorción y distribución, su capacidad de procesar información a grupos de receptores que funcionan como neuronas, a estas se les llama *perceptrons* y encuentran y crean conexiones y similitudes entre la información que procesan para que con ello provoquen reacciones en el sistema, es decir, “saben” cómo y qué tanto reaccionar ante un estímulo determinado (Yanisky-Ravid, 2017).

La diferencia entre los sistemas expertos y las redes de trabajo neuronal es que este último modelo permite al sistema “aprender” a través de la prueba y el error. Con un objetivo determinado, el sistema puede intentar aleatoriamente diferentes salidas hasta que ejecute exitosamente la acción deseada y esta sea repetida la próxima vez que se le presente una situación similar.

Yanisky-Ravid (2017) hace una acotación muy interesante respecto a este tipo de inteligencias, pues observa que a primera instancia parecería que el programador o inventor de una máquina con tal tipo de inteligencia no tendría derecho alguno respecto a la creación de una obra artística o invención que pudiera realizar la máquina, ello al hacer analogía de que sería una situación muy similar a la carencia de derechos de una madre sobre las obras de sus hijos.

## Funcionamiento de la inteligencia artificial

Yanisky-Ravid (2017) brindó una explicación de cómo funciona la inteligencia artificial, centrándose en el *machine learning*,<sup>68</sup> que cubre tres pasos y que relataré a continuación:

**Primer paso.** El algoritmo<sup>69</sup> es expuesto a una multiplicidad de ejemplos y su clasificación correcta; por ejemplo, fotografías de

---

<sup>68</sup> Subcategoría de la inteligencia artificial atiende a la forma de adiestrar a un programa de computadora para identificar patrones en determinada información y para aplicar el conocimiento obtenido a nueva información (Drexler et al, 2019).

<sup>69</sup> Tal como apuntan Azuaje y Fino (2020), actualmente no existe una definición técnica y formal de lo que es un algoritmo en el contexto de las ciencias computacionales. Bajo una acepción muy general, se puede entenderlo como una secuencia determinada de pasos mecánicos precisos que producen la solución a un problema (Moschovakis, 2001, pág. 919-936). Estos no son sinónimos del software, pues no son la expresión de secuencias de instrucciones en lenguaje de programación o de máquina (código fuente y código objeto, respectivamente), ya que el algoritmo es independiente de su expresión mediante signos lingüísticos, es decir, el software es la implementación del algoritmo. Desde la perspectiva de la inteligencia artificial actual, el algoritmo es la secuencia de operaciones lógicas que se traducen en instrucciones a la máquina para que actúe con

animales, rostros, señales corporales o cualquier dato que pueda ser sujeto a patrones y similitudes.

**Segundo paso.** El algoritmo desglosa la información en pequeñas señales electrónicas indetectables para los seres humanos e intenta identificar perspectivas, similitudes, patrones y conexiones sin haber sido expresamente programada para enfocarse en una perspectiva particular, lo que en el argot de la ciencia computacional se ha denominado como entrenamiento.<sup>70</sup>

**Tercer paso.** La ejecución de las tareas de la inteligencia artificial mejora con la repetición y experiencia, evoluciona con cada nueva información a la que el sistema es expuesto.

### **Nota sobre el origen de la inteligencia artificial**

La doctrina ubica el origen de la inteligencia artificial en un momento muy específico: durante el desarrollo de un programa educativo de verano en el Dartmouth College de New Hampshire en 1956 (Turner, 2019, pág. 3), donde un grupo de académicos y estudiantes se fijó como objetivo explorar cómo las máquinas pudieran manifestar un pensamiento inteligente.

No obstante, la idea de crear seres inteligentes de materia inanimada se había manifestado previamente en la cultura popular, religión y ciencia. Por ejemplo, en la antigua Sumeria, se forjaron los mitos sobre la creación de esclavos que fueron hechos por los dioses del lodo y la sangre (Paul et al, 2003, pág. 682). En la mitología china, la diosa Nüwa hizo a los hombres de la tierra amarilla (New World Encyclopedia, 2007). La *Biblia* judeo-cristiana y el Corán expresan de forma similar que “Entonces Yahvé Dios formó al hombre con polvo de la tierra; luego sopló en sus narices un aliento de vida, y existió el hombre con aliento y vida” (Gn 2: 7, *Biblia* latinoamericana). En México, por ejemplo, según la mitología maya, particularmente en el *Popol Vuh*, los hombres fueron

---

relación a la información dada y adopte decisiones automáticamente (Azuaje y Fino, 2020).

<sup>70</sup> Es por ello que los patrones y similitudes que encuentra o crea el algoritmo no son claros o plenamente entendibles por los programadores, entrenadores o aquellos que activamente alimentan al sistema. Incluso hay muchos desarrolladores de sistemas de inteligencia artificial que refieren que es más fácil entrenar a un sistema enseñándole ejemplos del resultado deseado que programarles manualmente, anticipando la respuesta deseada entre todos los resultados posibles.

creados del maíz por los dioses creadores y formadores, esto en su segundo intento después de haber fracasado hacerlos basándose en la tierra (Anónimo, 27-30). Podría afirmarse que, en un contexto determinado, los seres humanos somos realmente el primer tipo de inteligencia artificial (Turner, 2019, pág. 4).

En la literatura y las artes, la idea del uso de la tecnología para crear seres inteligentes para servir a los hombres y a los dioses tampoco es reciente. En la *Ilíada*, obra que data del siglo VIII a.C., Homero (1996) relata que Hefesto, el dios de la forja y el fuego, era ayudado por “unas sirvientas de oro, semejantes a vivientes doncellas” (pág. 479). En el siglo XIX, Mary Shelley y su monstruo de Frankenstein trajeron a la mente del público el peligro inherente de la búsqueda por crear inteligencia mediante la ciencia y la tecnología. Asimismo, es posible referir a la ciencia ficción y a entrañables personajes de obras que han forjado la cultura pop, como C-3PO, de la saga de películas de *Star Wars*; el personaje *Terminator*, de Arnold Schwarzenegger; los replicantes, en los filmes *Blade Runner*, el antagonista David, en la saga *Alien*, y una infinidad de representaciones humanoides de la inteligencia artificial.

Si bien se puede pensar que estas últimas ejemplificaciones representan una caricaturización de máquinas con inteligencia artificial a las que los espectadores se pueden relacionar emocionalmente, estas muestran un paradigma que ha influenciado e inspirado a los programadores con el fin de recrearles (Turner, 2019, pág. 5). Un claro ejemplo de esta afirmación se encuentra en la obra de Iain M. Banks, quien influyó en Elon Musk y su proyecto *Neuralink*, que a partir de 2017 ha empezado a desarrollar tecnología de enlace neural para conectar tejidos del cerebro humano con procesadores artificiales (Neuralink, 2017; Cross, 2017).

## **Propiedad intelectual e inteligencia artificial**

La protección del derecho intelectual en virtualmente todos los sistemas jurídicos nacionales depende del elemento quintaesencial de la creatividad humana. El derecho industrial occidentalizado tiene bases antropocéntricas. Ello, en términos prácticos, se traduce en una predisposición para que una obra artística o invención que se realice sin la participación de la mano humana caiga en los terrenos del dominio público.



## **Sujetos a los que podría atribuirse la titularidad originaria de un derecho intelectual relacionado a obras creadas por la inteligencia artificial**

A continuación, se enumeran diversas posibilidades para atribuirle:

- **La inteligencia artificial.** La primera opción para otorgar derechos intelectuales es al propio sistema de inteligencia artificial en sí mismo (Kasap, 2019). Para ello, se considerarían a tecnologías basadas en redes de trabajo neuronal y habrían de sortearse muchos obstáculos, como la aceptación de las condiciones ontológicas, la carencia de personalidad legal, los problemas que presentaría acreditar el cumplimiento de los diversos requisitos de protección y demás vicisitudes, algo que no parece muy probable en un futuro cercano.

- **El programador.** Es obvio que la mayor contribución para crear un sistema de inteligencia artificial viene del programador. El reivindicarle como autor viene de que, sin este, la obra que creó la inteligencia artificial no existiría, es decir, si no hubiese diseñado, entrenado y creado el software de la inteligencia artificial, no se hubieran producido las expresiones artísticas o las invenciones en cuestión. Sin embargo, debido a que el programador no fue la persona quien causó la fijación en un medio material de la obra, o bien, quien desarrollo la invención, no podrá gozar de las prerrogativas que concede el derecho, por no haber sido el creador del objeto intelectual en cuestión (Haugeland, 1989, pág. 12). Asimismo, este criterio implicaría una sobreprotección al programador, dado que este tendría sus derechos intelectuales sobre el sistema de inteligencia artificial intactos e, incluso, en una interpretación evolutiva, implicaría que el desarrollador de software fuese el titular de todo producto de la inteligencia artificial, inclusive de todo aquello que sea generado bajo un esquema de licenciamiento de la inteligencia artificial.

- **El entrenador de la inteligencia artificial.** Otra posibilidad atractiva sería dar derechos intelectuales a la persona que alimentó de información a la inteligencia artificial. Esto se pensó debido a que el proceso de entrenamiento para que la inteligencia artificial funcione requiere de la selección de la información adecuada para que los resultados sean los deseados (Kasap, 2019).

- **El usuario.** Existe una amplia porción de la doctrina que coloca a este sujeto como la mejor opción para ser el titular de los derechos intelectuales que genere una inteligencia artificial (Miller, 1993). Esta adjudicación sería la más consistente con el derecho occidental industrializado, pues es el usuario la persona que, de forma más inmediata, provoca la creación de un objeto materia del derecho intelectual. Sin embargo, no estaría exenta de sortear los mismos problemas que en el caso de los programadores.

- **Autoría conjunta.** Está hipótesis no dejará de ser muy criticable, pues no porque se pudiera considerar la participación del ser humano con la inteligencia artificial, se sortearían los obstáculos ontológicos, situándose en los supuestos de personalidad legal de los sistemas jurídicos y disculpando el cumplimiento de los requisitos de protección. Además, sería especialmente difícil establecer los límites y características de una autoría conjunta, es decir, no habría una clara demarcación de su inseparabilidad o interdependencia.

- **Dominio público.** Desde una perspectiva legal y económica, el uso más eficiente de recursos es enviar los derechos de todas las creaciones de la inteligencia artificial al dominio público, de tal suerte que se maximizarían los beneficios hacia la sociedad (Kasap, 2019). Sin embargo, pasarían por alto que la inteligencia artificial no puede producir obras *ex nihilo*, es decir, de la nada. Quizá la inteligencia artificial no necesita incentivos, pero sí las personas que la crean y entrenan.

- **Doctrina de la obra por encargo.**<sup>71</sup> Hay una tendencia de interpretar como obras por encargo a los resultados de la inteligencia artificial.

---

<sup>71</sup> La obra por encargo es una figura jurídica regulada en México por el artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor. Dicho numeral refiere textualmente que, “Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.” El gran problema que tendría que sortear esta interpretación en México para que pudiera darse una obra por encargo es que la inteligencia artificial tendría que tener personalidad legal, además de que la persona física o moral que deseara ser titular de los derechos intelectuales en cuestión debería acreditar haber remunerado un precio cierto y en dinero a la inteligencia artificial, un requisito esencial desprendido del texto de la ley antes reproducido y lineamiento general del derecho contractual autoral mexicano y algo que ampliaría el conflicto legal respecto a la inteligencia artificial al momento de inmiscuirse en otras ramas del derecho, como lo bancario-financiero. La Ley Federal del Derecho de Autor fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el

Resulta una opción aparentemente cómoda, pues otorga algún reconocimiento a la inteligencia artificial, al igual que al programador, que sería considerado como el autor. Los defensores de esta postura defienden su conveniencia al decir que no se requerirían mayores adaptaciones a los sistemas jurídicos. No obstante, sigue sin resolver los problemas ontológicos de la situación ni los aspectos vinculados a la personalidad legal de la inteligencia artificial.

### **Argumentos para justificar la intención de dar derechos a la inteligencia artificial**

Según Jacob Turner (2019, pág. 145) hay cuatro razones para proteger los derechos de otros: tres generales y una particular, las cuales contextualiza con la inteligencia artificial para tratar de responder a la incógnita de por qué se deben proteger sus derechos:

(i) **La inteligencia artificial puede sufrir.** Esta premisa es criticable *prima facie* debido a que parte de la petición de principio de que la inteligencia artificial puede ser consciente de su sufrimiento, algo que se pone en entredicho.

(ii) **Compasión hacia la inteligencia artificial.** Los seres humanos protegemos ciertas cosas porque nos provocan una cierta reacción emocional cuando somos lastimados (Turner, 2019, pág. 155). En este contexto, Immanuel Kant (1997) expresó que la empatía es una de las razones por las que se crean derechos, perspectiva que cubre a los objetos inanimados, ya que:

[...] esto alude indirectamente a nuestras obligaciones hacia los hombres. El impulso humano de destruir cosas que aún pueden ser usadas es muy inmoral... Por tanto, todas las obligaciones relativas a los animales y otros seres y cosas tienen una referencia indirecta a nuestras obligaciones hacia la humanidad (pág. 212).

(iii) **La inteligencia artificial tiene un valor especial para el ser humano.** Esta perspectiva aborda más de una arista (Turner, 2019, pág. 164-165), por un lado, refiere que será de valor establecer una relación de reciprocidad en el respeto entre la humanidad y las inteligencias artificiales. Asimismo, señala que existe un valor inherente en la protección a la inteligencia artificial, pues debe ser considerada como

---

24 de diciembre de 2006, con una última reforma publicada en el mismo medio informativo oficial el 1 de julio de 2020.

algo perteneciente a toda nuestra especie y que debe ser preservado para futuras generaciones.

(iv) **Posthumanismo**: Situaciones en las que los seres humanos y la inteligencia se combinan, ello atiende a que el avance de la tecnología implica que no siempre las máquinas y las mentes humanas estarán separadas. Aunque parecería algo perteneciente a la ciencia ficción, pudiera darse que la personalidad o consciencia de una persona pueda ser “cargada” en una computadora o plataforma tecnológica, la sola duda de esa posibilidad sería entendida como un apoyo para dar derechos (Turner, 2019, pág. 166-170).

### **Nota sobre los objetos protegidos por el derecho intelectual y su relación con la inteligencia artificial**

Hablando de obras creadas con intervención de la inteligencia artificial, es importante distinguir entre dos posibilidades: obras creadas por inteligencia artificial y obras creadas a través de inteligencia artificial. El *quid* de esta diferenciación estará en el grado de involucramiento del ser humano en el proceso creativo. Lauber-Rönsberg y Hetmark (2019) refirieron con precisión que “no es suficiente si un ser humano casualmente induce una creación, dado que no ejerce ningún control sobre los resultados” (pág. 573), es decir, debe encontrarse si existe un nexo significativo entre el ser humano y la máquina, pues ello definiría los efectos legales de la actividad de la persona natural, entendiéndose que, de no existir tal nexo, no podría considerarse algún tipo de protección por parte del derecho intelectual o, al menos, no uno cómodo bajo los paradigmas legales actuales en la mayor parte del mundo.

### **Derecho de autor**

El derecho es una ficción (Fuller, 1970), y el derecho de autor es un excelente ejemplo de ello. Sus normas, definiciones y doctrinas, como la creatividad, originalidad, personalidad, derechos morales y patrimoniales, límites y excepciones, fueron creadas para servir a propósitos metafóricos. Esta rama del derecho intelectual tiene claro por qué y a quién se otorga su protección: las expresiones de la mente humana deben ser protegidas para el beneficio individual de los creadores y del género humano.

Ni el derecho de autor ni el *copyright*<sup>72</sup> a niveles internacionales definen estrictamente qué es un autor (Mezei, 2020). La doctrina ha atribuido esto a un entendimiento común que se trataría de seres humanos que crean obras originales.<sup>73</sup> Al menos, el derecho de autor bajo los paradigmas continentales europeos lo expresa con sus derechos morales, pues su principal fin al dar derechos de paternidad, integridad, divulgación y retracto es apuntalar la fuerte relación personal entre el autor y su obra.

Es pues que la titularidad originaria de una obra corresponde a la persona natural que la creó y, salvo casos como la obra por encargo, se excluye la posibilidad de que tal titularidad originaria no le corresponda. En ese sentido, la obra se entiende como una prolongación de la personalidad del autor que se exterioriza por medio de su creación (Vázquez Leal, 2020).

### Condiciones de protección del derecho de autor

A continuación, se realizarán comentarios respecto a tales requisitos con perspectiva de la participación de la inteligencia artificial:

(i) **Originalidad.** Es el requisito por antonomasia del derecho de autor, aunque la doctrina no ha desarrollado una definición plenamente satisfactoria. Hay una tendencia a sujetarse a criterios marcados por el sistema estadounidense y entender a la originalidad por: (i) la obra debe ser creada de forma independiente y (ii) bajo un mínimo de creatividad (Lee, 2012). No sería temerario inferir que por estos requisitos es que se considera que la originalidad también se conoce como individualidad, una implicación a que la obra sea una creación propia del autor y no un tercero, es decir, que no se trate de una copia de otra obra existente. Por ello, en el derecho de autor, se considera que la obra tiene la impronta de la personalidad del autor (De la Parra Trujillo, 2014).

---

<sup>72</sup> El término *copyright* es la aproximación de la tradición del *common law* a lo que la tradición continental europea ha identificado como derecho de autor. Referiré la definición del *Black's Law Dictionary* (Garner, 2009) que le delimita como “un derecho de propiedad respecto a una obra original (...) fijada en un medio de expresión tangible, dando a su titular la posibilidad de reproducir, adaptar, distribuir, ejecutar y exhibir la obra” (pág. 386).

<sup>73</sup> En el sistema jurídico mexicano no se dio tal ambigüedad. La Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 12 dispone que “*Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.*”

(ii) **Fijación.** El derecho de autor protege la expresión de ideas y no las ideas en sí mismas (Bonadio y Lucchi, 2019). Este requisito tradicionalmente es contemplado en el sistema del *common law*, no en países que tienen como principal influencia la tradición del derecho continental europeo, como México (De la Parra, 2014, pág. 48).<sup>74</sup>

(iii) **Funcionalidad.** Algunas legislaciones nacionales restringen la protección del derecho de autor para aquellas obras que se apeguen a necesidades o cuestiones propias de la técnica.

Esto como un mecanismo para evitar que el derecho de autor sea un medio para abusar del sistema de protección de invenciones (Bonadio y Lucchi, 2019).<sup>75</sup>

## Patentes

La patente es una figura registral de invenciones propia del derecho de la propiedad industrial en la que una autoridad realiza una inscripción y expide un certificado para avalar el surgimiento de un derecho exclusivo de explotación (De la Parra, 2014, pág. 107). Si se cuestiona cómo interactúa el derecho de patentes con la inteligencia artificial, la respuesta no habría de ser muy alentadora para los entusiastas de esta última, dado que los estándares del derecho de patentes provocan que sus prerrogativas sean muy difíciles de conseguir, en más de un caso, prácticamente imposibles, ello tiene una consecuencia directa en una pobre consolidación de la industria de la inteligencia artificial, lo cual es directamente proporcional a disminuir radicalmente la innovación en tal materia (Asay, 2020).

Al comparar la relación del derecho de autor con la inteligencia artificial y a la relación de esta última con las patentes, pudiera suponerse que la inteligencia artificial se llevaría mejor con el derecho de autor, ya que, en perspectiva de futuro, habría una especie de simbiosis por su conexión con un comercio a mayor escala de los contenidos creativos. Sin embargo, la inteligencia ha corrido con mejor suerte en los terrenos de las patentes. Es decir, como sucedió con DABUS, pues diversas

---

<sup>74</sup> Es por ello singular que en México el artículo 5° de la Ley Federal del Derecho de Autor disponga a la fijación como requisito; “*La protección de esta Ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material*”.

<sup>75</sup> En México, parte del contenido normativo del artículo 14 de la Ley Federal del Derecho de Autor replica este espíritu de restricción.

autoridades en el mundo<sup>76</sup> han aceptado reivindicaciones en las que, aunque la inteligencia artificial participe parcial o totalmente en el desarrollo de la tecnología en cuestión, un ser humano resulte el titular de explotación de la invención (Clifford, 2018). Esto ha preocupado a una parte de la doctrina, dado que se ha considerado que la participación de la inteligencia artificial en el desarrollo de tecnología protegible por el sistema de patentes implicará que la calidad de este decrezca (Clifford, 2013).

### Condiciones de patentabilidad

(i) **Materia patentable.**<sup>77</sup> No es aventurado afirmar que muchas de las invenciones relacionadas a la inteligencia artificial son ideas abstractas implementadas en espacios computacionales genéricos. Ello implica un problema, dado que las ideas abstractas no son patentables (Asay, 2020), es por consecuencia claro que, en estos casos, se debe ofrecer un desarrollo tecnológico particularizado para obtener la protección de la patente; por ejemplo, estas ideas abstractas deberán mejorar las habilidades computacionales (Lemley, 2012).

(ii) **Divulgación de información.** El sistema de patentes requiere a los solicitantes que se revelen importantes detalles sobre sus invenciones a las oficinas registrales como parte del proceso administrativo correspondiente (Fromer, 2009). Esta obligación de divulgación de la información incluye que se proporcione a las autoridades administrativas que atienden el trámite de registro detalles técnicos de la invención que resultasen suficientes para que una persona con conocimientos medios en la materia replique la invención sin realizar nuevamente todo el proceso de experimentación, así como se pueda acreditar a la autoridad que el solicitante efectivamente se encuentra en posesión de la invención en cuestión, es decir, que efectivamente existe.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Pertenecientes al sistema jurídico del *common law*, como Australia, Estados Unidos de América y Sudáfrica.

<sup>77</sup> En México, se pueden encontrar las disposiciones relativas a qué es patentable en los artículos 47, 48 y 49 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de julio de 2020, con inicio de vigencia el 5 de noviembre de 2020.

<sup>78</sup> En México, se contempla esto en el artículo 94 de la Ley Federal para la Protección a la Propiedad Industrial.

Este requerimiento es un obstáculo. Si bien no es sencillo para todos los solicitantes, implica un problema especial para los desarrolladores de inteligencia artificial, pues las oficinas de patentes han mostrado una justificada tendencia de requerir a tales solicitantes que revelen más detalles técnicos acerca de sus innovaciones para acotar sus reivindicaciones respecto a las mejoras tecnológicas que desean proteger. Esto implica una afectación al valor de la patente en cuestión, dado que minimiza su rango de protección (Asay, 2020). Si a tal situación se le suma que, en materia de sistemas de inteligencia artificial, la secrecía es una clave para sostener una ventaja competitiva (Pasquale, 2015, págs. 4-8) y que revelar detalles de la implementación de la inteligencia artificial en el desarrollo de una invención determinada puede destruir sus ventajas competitivas, ello implica que obtener una patente sea menos atractivo.

(iii) **Novedad y no obviedad.**<sup>79</sup> El sistema de patentes requiere que, para recibir protección legal, un invento debe ser nuevo, es decir, no se puede patentar algo que ya haya sido inventado (Lemley, 2012). Si una invención está disponible al público, dentro de lo que la doctrina conoce como el arte previo, y un solicitante de patente reivindica sus elementos de forma posterior,<sup>80</sup> esta solicitud de patente carecería de la novedad necesaria.

La condición de no obviedad es conexas a la novedad, dado que requiere que una invención no sea obvia a la luz de lo que otros han inventado. Con ello, la inteligencia artificial se encontró con un obstáculo mayor, pues por un lado existen afectaciones provocadas por los movimientos que desean concebir al *copyright* de forma diversa, como la corriente del *software* libre, y abren la información relacionada a las innovaciones en materia de *software* sin atender de manera importante a la secrecía. Por ello, aunque una invención presuntamente desarrollada por una inteligencia artificial pudiera pasar el requisito de novedad, le sería sumamente complicado evadir los criterios de no obviedad al quizás ubicarse dentro de los criterios básicos de las técnicas algorítmicas

---

<sup>79</sup> El sistema jurídico mexicano lo contempla en la Ley Federal para la Protección a la Propiedad Industrial en sus artículos 51 y 52.

<sup>80</sup> Esto considerando determinados períodos de gracia que la ley nacional pudiera considerar para que no se pierda tal elemento de novedad. En México, por ejemplo, se considera un período de doce meses para tales casos en el artículo 52 de la Ley Federal para la Protección a la Propiedad Industrial.



o bien, con los de aquellas técnicas reveladas y protegidas por estándares menos restrictivos como el paradigma del *software* libre (Asay, 2020).

### **Argumentos sobre la titularidad de derechos intelectuales de la propiedad intelectual por parte de la inteligencia artificial**

Al igual como sucede con los conflictos relativos a la propiedad intelectual en general, el mapa de argumentaciones puede dividirse en dos grandes grupos, uno que evalúa la situación en perspectiva de sus consecuencias, resultados o frutos y otro que se rige por principios, motivos o reglas apriorísticas, independiente de las consecuencias que tenga la materia en cuestión (Sádaba, 2008, pág. 239).

### **Justificaciones apriorísticas, deontológicas o axiológicas**

(i) **Posturas a favor.** Dentro de este tipo de argumentos existen posturas que apoyan que a la inteligencia artificial se le concedan los siguientes derechos:

- **Rol del mérito estético.** Este argumento se circunscribe al ámbito del derecho de autor, pues señala el principio de dicha rama del derecho intelectual el cual marca que la protección legal habrá de concederse sin importar la calidad o mérito de la obra.<sup>81</sup> Al considerar tal principio, esta postura sostiene que no habría base para no proteger las obras de las máquinas (Gervais, 2020).

Ello es un ejemplo de un paralogismo, pues hay un falso consecuente. Dado que no por sortear un posible obstáculo para la protección de una obra, se han cubierto el resto de los requisitos para su protección.

- **Los seres humanos como autores derivados.** Este argumento pudiera reducirse a la siguiente fórmula: si una persona posee el código de la inteligencia artificial, también posee lo que dicho código produce. Esto mismo puede aplicarse al usuario o al dueño de una máquina (Gervais, 2020).

Este argumento coquetea peligrosamente con la obsolescencia, pues se referiría solamente a los resultados de los “sistemas expertos”, no

---

<sup>81</sup> En México tal criterio de tratamiento está expresado en el 5 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

de las “redes de trabajo neuronal”. Este argumento implica la imposición de un paradigma binario, donde el autor es el único beneficiario de los derechos, la inteligencia artificial es concebida como una herramienta para un ser humano<sup>82</sup> o una máquina que solo genera contenido para el que ha sido programada a realizar<sup>83</sup> (Ralston, 2004).

- **La inteligencia artificial ha alcanzado el estándar de una máquina viva/ *machina sapiens*.**<sup>84</sup> Gintarė Surblyte-Namavičiene (2020, pág. 15) afirma que la inteligencia artificial pudiera ser sujeta de obligaciones, ello dependería si tal inteligencia puede ser considerada un sistema autopoietico.<sup>85</sup> Para explorar de mejor manera esta afirmación, valdrá la pena citar el entendimiento de Maturana y Varela (1980) de una máquina autopoietica:

Una máquina autopoietica es una máquina organizada (definida como una unidad) como una red de procesos de producción (transformación y destrucción) de componentes que produce los componentes que: (i) a través de sus interacciones y transformaciones continuamente regeneran y realizan la red de procesos (relaciones) que los produjeron; y (ii) constituyen (la máquina) como una unidad concreta en el espacio en el que ellos (los componentes) existen especificando el dominio topológico de su realización como tal red (pág. 78-79).

---

<sup>82</sup> Como un procesador de texto que ayuda a evitar “errores de dedo” o *typos*.

<sup>83</sup> Como un videojuego, donde existe una secuencia de opciones predeterminadas por sus programadores.

<sup>84</sup> Existen muchos críticos a esta acepción de la máquina pensante, dado que le consideran un oxímoron por excelencia, es decir, una contradicción entre términos. Afirman que las computadoras con sus fundamentos de lógica fría, jamás podrán ser creativos, perspicaces o poseedoras de un verdadero juicio. Ello sin importar qué tan competentes puedan parecer, estas no tendrán la genuina intencionalidad que se encuentra en el centro del entendimiento humano (Winograd, 1993, pág. 167)

<sup>85</sup> Se puede recurrir a un muy pertinente análisis de los sistemas autopoieticos en la obra *Autopoiesis and Cognition: the Realization of the Living*, de Maturana y Varela (1980). Dichos autores refirieron respecto al origen del término autopoiesis, pues “queríamos una palabra que por sí misma transmitiera la característica central de la organización de los seres vivos, que es la autonomía. Fue en estas circunstancias que un día, mientras conversaba con un amigo (José Bulnes) sobre un ensayo suyo de Don Quijote de la Mancha, en el que analizaba el dilema de Don Quijote de si seguir el camino de las armas (de la praxis, de la acción) o el camino de las letras (de la poiesis, la creación, la producción) y su eventual elección del camino de la praxis aplazando cualquier intento de poiesis, comprendí por primera vez el poder de la palabra 'poiesis' e inventé la palabra que necesitábamos : autopoiesis. Esta era una palabra sin historia, una palabra que podría significar directamente lo que ocurre en la dinámica de la autonomía propia de los sistemas vivos” (pág. xvii).

Una máquina autopoietica, entendida como una red de procesos, no solo consiste de determinados componentes, sino que también los produce. Ello lo hace mediante interacciones y transformaciones, así como bajo la base de que sus componentes forman una unidad y se regeneran continuamente (Surblyte-Namavičiene, 2020, pág. 16).

Una máquina con inteligencia artificial lo será así cuando sea capaz de regenerarse y reproducirse, esto según sus componentes principales, los algoritmos y la información.

**(ii) Posturas en contra.** Ahora bien, abordaré las posturas contrarias a que la inteligencia artificial posea derechos intelectuales desde este tropo discursivo.

- **Dignidad como requisito para la autoría.** La historia del derecho intelectual sigue el camino de los grandes logros de la creatividad humana, ya sea que se perciba como un derecho natural, un derecho humano o un incentivo económico, su atención principal se ha dirigido a los productos de la mente humana. Si hubiese sido diseñado como un esquema de protección a la inversión o como un esquema para diseminar cosas con valor, la creatividad humana sería un mero adjunto y la base de protección hubiera sido el tiempo y el dinero invertido.

Para ahondar en esta nota anterior, será de valor recurrir a las consideraciones de Charles Malik, participante en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>86</sup> quien, en las primeras sesiones de redacción de dicho documento, expuso a sus compañeros los principios bajo los cuales debían conducir su trabajo de redacción, mencionándoles en segundo término que “la posesión más sagrada e inviolable de la persona humana es su espíritu y su conciencia” (1947, E/CN.4/SR. 14, 3-4). Sin duda, esta perspectiva tuvo eco, por ello es posible ver en el preámbulo de la declaración y en su primer artículo referencias al valor de los seres humanos a partir de su dignidad esencial, es decir, se refirió como atributos del hombre a dos potencias: razón y conciencia (Pallares Yabur, 2020, pág. 142).

Al entender que la dignidad esencial humana reside en su espíritu y que se manifiesta en sus potencias; razón y conciencia, y dado que estos atributos ontológicos no son propios de la inteligencia artificial, es que se

---

<sup>86</sup> 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.

han sostenido objeciones para el reconocimiento de los derechos legales de la inteligencia artificial, las tres principales son las siguientes (Gaon, 2021, pág. 37):

- a. **Solo los hombres pueden ser titulares de derechos.** Esta resulta la objeción más sencilla de explicar, afirma categóricamente que solo los seres humanos naturales merecen ser reconocidos como humanos, la inteligencia artificial no es humana, *ergo*, la inteligencia artificial no merece recibir derechos iguales a los de los humanos.<sup>87</sup>
- b. **El componente crítico.** Esta objeción puede ser formulada en términos teológicos, al manifestar la carencia de alma o espíritu por parte de la inteligencia artificial, un terreno que quizás no resulte del todo cómodo para ciertos sectores de la sociedad. Sin embargo, se puede seguir el ejemplo de Aviv Gaon (2021) y plantearlo en otros términos filosóficos:

La inteligencia artificial carece de cierto componente (X) que es esencial para la personalidad, debido a que la inteligencia artificial no posee X, no puede calificar para ser titular de derechos de la personalidad. El hecho que la inteligencia artificial pueda aprender cómo demostrar (por ejemplo, puede aprender como simular X) no puede ser satisfactorio para demostrar la atribución de personalidad (pág. 38).

Es posible afirmar que la intencionalidad o la consciencia<sup>88</sup> es un elemento indispensable de la personalidad. Al momento, no existe seguridad sobre si la inteligencia artificial puede manifestar intencionalidad o consciencia.

- c. **La inteligencia artificial es un bien apropiable.** La inteligencia artificial es producto de la labor del ser humano, por tanto, este último posee derechos morales por sus creaciones.

Hablando del derecho de autor, la originalidad es el requisito de protección prácticamente universal para esta rama del derecho. Es pues que, al carecer de personalidad, de dignidad, la inteligencia artificial no puede imprimirlo en una obra. Ello implica una carencia de

---

<sup>87</sup> Cabe apuntar que el derecho ha creado instituciones jurídicas a las que les concede derechos sin importar que no se trate de seres humanos naturales, como las fundaciones, las personas jurídicas, los fideicomisos y hasta los navíos.

<sup>88</sup> Consciencia es la habilidad de reconocer cosas, sentimientos o libre elección (Yanisky-Ravid, 2017).

originalidad, de tal suerte que no puede generarse derecho de autor en obras de la inteligencia artificial.

- **Con los derechos vienen responsabilidades.** En los albores del nacimiento del *copyright*, en particular en la etapa de creación del Estatuto de la Reina Ana,<sup>89</sup> se dieron diversos argumentos que implicaban que si una persona es responsable por lo que escribe, entonces, podría legítimamente solicitar la protección de los intereses morales o materiales que pudieran devenir de su obra (Gervais 2020). Bajo este argumento, se entendería que, al existir imposibilidad material de hacer responsable a una inteligencia artificial por la comisión de un acto voluntario, no habría cabida para darle derechos.

### **Justificaciones pragmáticas, consecuencialistas o utilitaristas**

(I) **Posturas a favor.** Se replicará el orden seguido en el argumento anterior y referiré aquellas posturas que aceptan que la inteligencia artificial tenga derechos intelectuales.

- **Proteger el valor.** Bajo esta justificación, se considera que debido a que algunos productos de la inteligencia artificial valen algo para determinadas personas, entonces, estos deben protegerse por la ley (Gervais, 2020).

Esta intuición puede ser rápidamente disputada con el argumento de que la ley protege cosas que tienen valor y cosas que no tienen valor. Sin embargo, no existe un principio o regla que indique que la ley debe resguardar todo lo que tiene valor o que puede llegar a tenerlo (Posner, 2003).

Una variante de este argumento existe en la afirmación de que el derecho intelectual no debe otorgar incentivos para la creación de nuevos materiales, pues la inteligencia artificial no necesita dichos estímulos para que su algoritmo funcione (White y Matulionyte, 2020), sino que se deben otorgar para que los materiales creados se divulguen (Denicola, 2016). Sobre esto, no es claro que la protección del derecho intelectual sea un medio eficiente para lograr tal objetivo, tampoco lo es

---

<sup>89</sup> Cuerpo normativo ampliamente reivindicado como la primera ley de *copyright* en estricto sentido. Promulgado en Inglaterra en 1710 y nombrado así por haberse proclamado durante el reinado de Ana de Estuardo, primer monarca del Reino Unido durante el período de 1707 a 1714.

que sea este el medio legal adecuado para proveer tal incitación (Gervais, 2020).<sup>90</sup>

- **Competencia en el mercado.** Este tipo de argumentos atiende a un análisis consecuencialista y sostiene que las creaciones de la inteligencia artificial deben ser protegidas, pues, si estas cayeran en el dominio público, es decir, pudieran ser libremente explotadas, se generaría una competencia con las creaciones humanas, ya sea artísticas o invenciones, ello distorsionaría al mercado (Vasconcellos Grubow, 2018).<sup>91</sup>

Esta perspectiva implica que la protección de las creaciones de la inteligencia artificial por el derecho intelectual que sujete su uso a autorización y pago podría provocar beneficios sociales debido a que los incentivos podrían beneficiar al propio mercado, al generar un contexto óptimo para diseminar el contenido creado por humanos y por máquinas (Gervais, 2020; Denicola, 2016). Este tipo de afirmaciones son muy criticadas, pues no existe evidencia que les soporte (Kop, 2019).

Hilty, Hoffman y Scheuerer (2020) han diferenciado entre dos tipos de argumentos que justifican que la inteligencia artificial posea derechos intelectuales por sus efectos virtuosos en el mercado:

1. Teorías relacionadas a los incentivos. Se considera que existen dos tipos de estos:

a. Incentivos asimilables a la teoría general del incentivo, que considera a aquellos enmarcados en consideraciones deontológicas y psicológicas. Según esta teoría, los bienes intangibles no podrían ser generados sin la atribución de derechos de propiedad. Esto es muy discutible, pues los incentivos reales no se traducen a derechos intelectuales reales, sino a oportunidades de mercado.

b. Incentivos relacionados a la protección de las inversiones realizadas. Esta teoría refiere que una de las principales razones para otorgar derechos exclusivos reside en las características

---

<sup>90</sup> Habría de hacerse la nota que el derecho intelectual pudiera provocar lo contrario a lo que los que pudieran sostener este argumento infieren, pues solo se incentivaría la difusión del material en cuestión, si existiesen estructuras de licenciamiento y estuviesen dispuestos otros elementos de explotación comercial (Heald, 2008).

<sup>91</sup> Roald Dahl, escritor conocido por obras como *Charlie y la fábrica de chocolate* y *Matilda*, escribió en la década de los cincuenta el cuento *El gran gramatizador automático* (2013, págs. 369-376), donde concibió una versión distópica de un mercado literario saturado por la oferta de obras creadas por máquinas; en dicho cuento, se registró una preocupación histórica en cierta forma alineada con este argumento.

esenciales de la mayoría de los productos intelectuales. Como bienes no rivales<sup>92</sup> en el dominio público, estos pudieran ser disfrutados por la generalidad de las personas. Ello podría conducir a que se reduzcan las inversiones en la producción de conocimiento. Esta ausencia de inversión llevaría a la falla del mercado y con ello que este no logre su función como instrumento del bienestar social.

## *2. Teorías relacionadas con la optimización de patrones y productividad.*

Tienen como fin particular que se disminuya la disipación de la renta y que el bienestar se incremente. Se considera que existen tres aproximaciones a esta teoría:

(i) La teoría de la apertura del mercado. Bajo este entendimiento, se espera que la escases artificial que genera la propiedad intelectual juegue el papel de permitir a los potenciales productores de productos intelectuales conocer qué quieren los consumidores y, con ello, realicen esfuerzos productivos en direcciones que pudieran lograr aumentar el bienestar social.

(ii) Teoría prospectiva. Se entiende que otorgar al desarrollador de una invención pionera una serie de derechos expandibles le permite asumir y coordinar investigaciones y desarrollos para mejorar la invención en cuestión. Ello reduce la disipación de la renta y, por tanto, beneficia la innovación.

Esta perspectiva ha recibido críticas muy agudas. En particular, se ha referido que los derechos intelectuales interfieren con la habilidad de otros participantes del mercado de conducir libremente un negocio que pudiese infringir tales derechos. Esto, en un primer momento, parecería positivo. Sin embargo, pudiera darse la situación que se desencadenen carreras para crear o inventar algo, ello generaría esfuerzos de investigación ineficientes. Entonces, en lugar de aprovechar mejor los recursos de investigación, se generaría una mayor ineficiencia de esfuerzos conexos a la principal línea de investigación de la invención pionera.

---

<sup>92</sup> Un bien es rival cuando este solo puede ser consumido por una persona con exclusión de cualquier otro (Weimer, 2011, pág. 72).

Aplicar este contexto a la inteligencia artificial no produce alentadores resultados. Desde el entorno de redes de trabajo neuronales, su uso pudiera provocar, en un primer momento, una derrama positiva de nuevas invenciones. Sin embargo, tales efectos de aumento del bienestar social podrían disminuir, si los derechos intelectuales impiden la posterior creación e innovación independiente desarrollable por el mismo tipo de inteligencia artificial. Efectos que, en última instancia, pueden conducir a una menor inversión en creaciones e innovaciones relacionadas con la inteligencia artificial.

(iii) Teoría de la revelación. Uno de los efectos de la protección de invenciones mediante el derecho de la propiedad industrial es que el público se beneficie de conocer cómo se logró determinada invención y, con ello, se dé una adecuada divulgación de información, que evitará la tendencia a investigaciones duplicadas y no coordinadas; así, se evade de tal suerte la disipación de la renta entre los participantes del mercado. En el entorno de la inteligencia artificial, ello no será del todo aplicable, pues existe un fenómeno que impide que el ser humano entienda por completo el proceso de desarrollo de la inteligencia artificial, es decir, no habría una plena develación del proceso que llevó a un resultado.

**(II) Posturas en contra.** Cerraré esta exposición de argumentos, refiriendo a posturas contrarias a otorgar a la inteligencia artificial de derechos intelectuales:

- **Potenciales peligros al permitir que la inteligencia artificial tenga propiedades.** Jerry Kaplan (2016, págs. 103-105) brinda un argumento *sui generis* y cuasi distópico al considerar que es muy peligroso que la inteligencia artificial sea propietaria de algo. Si se considera que la inteligencia artificial puede desarrollar estrategias de negocio, hacer inversiones, desarrollar nuevos productos o procesos, obtener derechos exclusivos para la explotación de invenciones y, lo más importante, pudiera tener propiedad, lo que incluye otros sistemas de inteligencia artificial, habría un problema al poner bajo la luz que habría muchas formas por las que una entidad artificial que pudiera ser propietaria de algo buscase la forma de volverse independiente y autónoma, incluida la simple posibilidad de ser dueña de sí. Algo que analógicamente equipará



Kaplan como una de las formas como históricamente los esclavos obtenían su libertad al comprarse ellos mismos.

Una inteligencia artificial plenamente autónoma e independiente pudiera abrir la posibilidad de que seres humanos terminasen trabajando para la inteligencia, en un paradigma donde la inteligencia pudiera ser simbiótica o parasitaria con los seres humanos.<sup>93</sup>

## VI. Conclusiones

La inteligencia artificial se va integrando cada vez más en nuestra vida cotidiana, ya forma parte de nuestra economía, sociedad y vidas. No sorprende que, al apreciarse tal relevancia, el sistema capitalista procure utilizar a la propiedad intelectual, no se utilizará como un bastión más, sino como piedra angular. Sin embargo, el derecho occidental industrializado ha encontrado problemas para hacer que la propiedad intelectual, su medio artificial para provocar escasez en bienes no rivales, pueda cumplir sus funciones sobre tales resultados.

El diálogo de las diferentes voces de las posturas expuestas debe despertar el interés respecto a cómo los sistemas nacionales tratarán a la inteligencia artificial y a cómo habrá de darse una paulatina evolución para tratar armónicamente los retos que representa la nueva tecnología.

Es de anticiparse que se presentarán costos y dificultades en esta adaptación. Las grandes compañías tecnológicas buscarán su beneficio, procurando marcar la pauta de la regulación o se resistirán a ella; los gobiernos podrían mostrar carencias de determinación a problemas futuros que se presentarían cuando no estén más en el poder. Por tanto, se resalta la importancia de que la sociedad, personas y organizaciones estén educadas sobre el tema para que puedan tener impacto en los debates. Sin duda, la brújula deben ser los derechos humanos y el entendimiento pleno de la dignidad humana para mantenerse en la vía de alcanzar el bien común de todos los seres humanos.

Si se desea una respuesta certera a la pregunta que nomina a este trabajo, habría de decirse: no, la inteligencia artificial no puede tener derechos de autor o inventor. El ser humano es el único ente que, por su

---

<sup>93</sup> Este pensamiento de Kaplan tendría un interesante reflejo con la cuestión relativa a si las inteligencias artificiales pueden ser punibles penalmente, tema *excursus* de los objetivos del presente trabajo y del que por tanto no realizaremos un especial abordaje.

dignidad inherente, cuenta con razón y conciencia, por tanto, solo le es suya la posibilidad de tener un derecho.

## VII. Referencias bibliográficas

- Anónimo (1993). Popol Vuh. Las antiguas historias del Quiché. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Asay, Clark D. (2020) Artificial Stupidity. William & Mary Law Review. 61, 1187-1257.
- Azuaje Pirela, Michelle y Finol González, Daniel (2000). Transparencia algorítmica y la propiedad intelectual e industrial: tensiones y soluciones. Revista de la propiedad inmaterial, 30, 111-146.
- Biblia Latinoamericana (2016). Navarra: Ediciones Verbo Divino.
- Bonadio, Enrico y Lucchi, Nicola (2019). How far can copyright be stretched? Framing the debate on whether new and different forms of creativity can be protected. Intellectual Property Quarterly, 2019-2, 115-135.
- Borges, Jorge Luis (1974). Obras Completas, 1923-1972. Buenos Aires: Emecé Editores.
- Bryson, Joanna J. (2010). Cap. Robots should be slaves. En Wilks, Yorick (ed.), Close Engagements with Artificial Companions. Key social, psychological, ethical and design issues, (63-74), Amsterdam: John Benjamins Publishing Co.
- Clifford, Ralph D. (2013). Is it Time for a Rule 11 for the Patent Bar. The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property. 53, 351-369.
- Clifford, Ralph D. (2018). Creativity Revisited. Idea. The Law Review of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property, 59, 25-47.
- Comisión de Derechos Humanos, Resumen de las actas de la décima cuarta sesión de la Comisión [de Derechos Humanos], que tuvo lugar en Lake Success, Nueva York, el martes, 4 de febrero de 1947 a las 2:00 p.m. (E/CN.4/SR.14)
- Cross, Tim. (2017). The Novelist Who Inspired Elon Musk. Recuperado el 12 de marzo de 2022, <https://www.economist.com/1843/2017/03/31/the-novelist-who-inspired-elon-musk>
- Dahl, Roald (2013). The Complete Short Stories 1: 1944-1953. Londres: Penguin Random House UK.

- De la Parra Trujillo, Eduardo. (2014) *Introducción al Derecho Intelectual*. Ciudad de México: Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Denicola, Robert C. (2016). *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*. *Rutgers University Law Review*. 69, 251-287.
- Drexl, Josef; Hilty, Reto M.; Beneke, Francisco; Desautettes, Luc; Finck, Michèle; Globocnik, Jure; González Otero, Begoña; Hoffman, Jörg; Hollander, Leonard; Kim, Daria; Richter, Heiko; Scheuerer, Stegan; Slowinski, Peter R. y Thoneman, Jannick. (2019) *Technical Aspects of Artificial Intelligence. An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective*. Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, 19, 1-14.
- Fromer, Jeanne C. (2009). *Patent Disclosure*. *Iowa Law Review*, 94, 539-606.
- Fuller, Lon (1970). *Legal Fictions*. Stanford: Stanford University Press.
- Garner, Bryan A. (2009). *Black's Law Dictionary*, Saint Paul: West, 2009, pág. 978.
- Gervais, Daniel J. (2020). *The Machine as Author*. *Iowa Law Review*, 105, 2053-2106.
- Hallevy, Gabriel. (2021). *Cap. 10. AI v IP. Criminal Liability for IP Offenses of AI Entities*. En Baker, Dennis y Robinson, Paul (ed.), *Artificial Intelligence and the law*, 222-246, Nueva York: Routledge.
- Haugeland, John (1989). *Artificial Intelligence: The Very Idea*. Cambridge: The Mit Press.
- Heald, Paul J. (2007). *Property Rights and The Efficient Exploitation of Copyrighted Works: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fiction Best Sellers*. *UGA Legal Studies*. 07, 1-55.
- Hernandez-Orallo, José (2000). *Beyond the Turing Test*. *Journal of Logic*. 9, 447-466.
- Hilty, Reto M., Hoffmann, Jörg y Scheuerer, Stefan. (2020) *Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence*. Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper. 20, 1-28.
- Homero (1996). *Ilíada*. Madrid: Gredos.
- Kaplan, Jerry (2016). *Artificial Intelligence. What everyone needs to know*. Nueva York: Oxford University Press.
- Kant, Immanuel (1997). *Lectures on Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Kasap, Atilla (2019). Copyright and creative artificial intelligence (AI) systems: A twenty-first century approach to authorship of AI-generated works in the United States. *Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law*, 19, 335-380.
- Kurki, Visa A.J. (2019). *A Theory of Legal Personhood*. Oxford: Oxford University Press.
- Kurzweil, R. (1990). *The Age of Intelligent Machines*. Worcester: Dai Nippon Printing Co.
- Kop, Mauritz. (2019) AI & Intellectual Property: Toward an Articulated Public Domain. *Texas Intellectual Property Law Journal*. 28, (297-341)
- Lauber-Rönsberg and Hetmank, Sven. (2019). The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 14, 570-579.
- Lee, Edward (2012). Digital Originality. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. 14, 919-957.
- Lemley, Mark A. (2012). Software Patents and the return of functional claiming. *Wisconsin Law Review*. 905-964.
- Matulionyte, Rita (2021). AI as an Inventor: Has the Federal Court of Australia Erred in Dabus?  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4007789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4007789)
- Maturana, Humberto R. y Varela, Francisco J. (1980). *Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- McCorduck, Pamela (2004). *Machines Who Think*. Natick: A K Peters, Ltd.
- McCarthy, John (2007). What is AI? / Basic Questions.  
<http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html>
- Mezei, Péter (2020). From Leonardo to the next Rembrandt – The Need of AI-Pessimism in the Age of Algorithms. *UFITA*. 2, 390-429.
- Miller, Arthur R. (1993). Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU? *Harvard Law Review*, 106, 977-1073.
- Moschovakis, Yiannis N. (2001). Cap. 16. What Is an Algorithm. En Engquist, Bojörn y Schmid, Wilfried (ed.), *Mathematics Unlimited*

- 2001 and Beyond. Collector's Edition. Vol. II, 919-936, Verlag: Springer.
- Neuralink (2017). Breakthrough Technology for the Brain. official. <https://neuralink.com>
- Nevada (2011). Nevada Revised Statutes. Chapter 482A – Autonomous Vehicles. NRS 482A.020 – Artificial intelligence defined. <https://law.justia.com/codes/nevada/2011/chapter-482a/statute-482a.020/>
- New World Encyclopedia (2007). Nüwa. Recuperado el 12 de marzo de 2022, <https://www.newworldencyclopedia.org/entry/Nuwa>
- Nilsson, Nils J. (2010). The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nolan, Paul (2020). Artificial intelligence: Inventorship and patent ownership – are the planets lining up? Journal of the Intellectual and Industrial Property Society of Australia and New Zealand. 121, 26-36.
- Oriakhogba, Desmond O. (2021). Dabus gains territory in South Africa and Australia: Revisiting the AI-Inventorship Question. South African Intellectual Property Law Journal. 9, 87-108
- Pallares Yabur, Pedro de J. (2020). Un acuerdo en las raíces. Los fundamentos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. De Jacques Maritain a Charles Malik. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Paul, Shalom M., Kraft, Robert A., Schiffman, Lawrence H. y Fields, Weston W. (2003). Emanuel, Studies in Hebrew Bible, Septuagint, and Dead Sea Scrolls. Leiden: Brill.
- Pasquale, Frank (2015). The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, Richard A. (2003). Misappropriation: A Dirge. Houston Law Review. 40, 621-642.
- Ralston, William T. (2004). Copyright in Computer-Composed Music: Hal Meets Handel. Copyright Soc'y U.S.A., 52, 281-306.
- Rusell, Stuart y Norvig, Peter (2022). Artificial Intelligence. A Modern Approach. Harlow: Pearson.
- Rusell, Stuart y Wefald, Eric (1991). Do the Right Thing. Studies in Limited Rationality. Cambridge: The MIT Press.

- Sádaba, Igor (2008). Propiedad Intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas? Madrid: Catarata.
- Searle, John R. (1980). Minds, brains, and programs. *The Behavioral and Brain Sciences*, 3, 417-457.
- Schank, Roger C. (1993). Cap. 1. What is AI, anyway? En Partidge, Derek y Wilks, Yorick (ed.), *The foundations of artificial intelligence. A sourcebook*, 3-13, Cambridge: Cambridge University Press.
- Stanford University. (2016). 2016 Report. Defining AI. Recuperado el 12 de marzo de 2022, <https://ai100.stanford.edu/2016-report/section-i-what-artificial-intelligence/defining-ai>
- Stürner, Michael (2007). Tendiendo un Puente entre el *Common Law* y el Derecho Continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo? *Revista Jurídica*, 5, 177-193.
- Turing, Alan (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind*. 236, 433-460.
- Turner, Jacob (2019). *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Palgrave Macmillan.
- Vasconcellos Grubow, Jared (2018). Creativity and Granting Musical Copyrights to Artificially Intelligent Joint Authors. *Cardozo Law Review*, 40, 387-423.
- Vázquez Leal, Luis (2020). ¿Autoría algorítmica? Consideraciones de las obras generadas por la inteligencia artificial. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, 13, 207-233.
- Weimer, David (2011). *Policy Analysis. Concepts and Practice*. Londres: Routledge.
- Winograd, Terry (1993). Cap. 11. Thinking machines: Can there be? Are we? En Partidge, Derek y Wilks, Yorick (ed.), *The foundations of artificial intelligence. A sourcebook*, 167-189, Cambridge: Cambridge University Press.
- White, Courtney y Matulionyte, Rita (2020). Artificial Intelligence Painting the bigger picture for Copyright Ownership. *Australian Intellectual Property Journal*, 30, 224-242.
- Yanisky-Ravid, Shlomit (2017). Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era – The Human-like Authors are already here – A new model. *Michigan State Law Review*. S.n., 659-726.

Yanisky-Ravid, Shlomit y Liu, Xiaoqiong (2018). When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: The 3A Era and an Alternative Model for Patent Law. *Cardozo Law Review*, 39, 2215-2262.

## Capítulo VII

### La necesidad de reformular la política tributaria en México para reactivar la actividad económica ante los estragos generados por el COVID-19

Sumario: *I. Introducción. II. Las reformas fiscales de la última década. III. Los fines del Estado. IV. La potestad tributaria del Estado. V. La potestad punitiva del Estado. VI. La rectoría económica del Estado y la inversión. VII. Hacia una nueva visión tributaria post pandemia. VIII. Referencias bibliográficas.*

Javier Rodríguez Soto<sup>94</sup>

#### I. Introducción

A poco más de dos años (finales de 2019, principios de 2020) que se difundió por todos los rincones del mundo la existencia de un virus con un alto grado de transmisibilidad y mortalidad (COVID-19), se puede vislumbrar que, si bien con la ayuda de la ciencia médica se contuvieron hasta cierto grado sus efectos en la salud gracias a la generación de las vacunas, así como de algunos tratamientos, los estragos económicos aún se resienten a nivel mundial. Ello debido al cese de actividades no esenciales y al aislamiento que decretaron los gobiernos por recomendación de la Organización Mundial de la Salud.

El 30 de marzo de 2020 se tildó a la epidemia por COVID-19 como una emergencia sanitaria<sup>95</sup> y, posteriormente, el 14 de mayo de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la estrategia para la reapertura de actividades sociales, educativas y económicas mediante un sistema de semáforo por regiones para evaluar el riesgo epidemiológico que persiste actualmente<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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).

<sup>96</sup> Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias.



Si bien la estrategia anterior, que marcó el inicio de la nueva normalidad, ha logrado, junto con el programa de vacunación, paliar la crisis sanitaria, lo cierto es que los efectos económicos adversos de una reactivación de actividades parcial y paulatina persistirán y empeorarán, si las políticas tributarias que rigen el actuar de las autoridades y la agenda legislativa en México siguen la tendencia altamente recaudatoria de los últimos años, que desincentiva la inversión privada, la generación de empleos y el gasto de los particulares; circunstancias que mantienen en constante movimiento el actuar económico.

## **II. Las reformas fiscales de la última década**

Desde 2014, con la reforma fiscal que introdujo la contabilidad electrónica y el buzón tributario, se tenía como objetivo “facilitar” al contribuyente el pago oportuno de sus impuestos. A pesar de que esa haya sido la motivación detrás de dicho cambio legislativo, la instauración de un sistema electrónico en un país como México, donde predomina la informalidad, la micro/pequeña empresa y el analfabetismo digital, fue un desatino, pues, para que un pequeño contribuyente estuviese en posibilidades de cumplir cabalmente con sus obligaciones fiscales, tenía que invertir recursos en la instauración de sistemas de facturación sofisticados que lo desviaban de sus actividades principales, así como en la contratación de contadores o personas dedicadas exclusivamente a dicha labor y a la presentación de declaraciones mediante el Servicio de Administración Tributaria. Lo anterior resultó en un aumento de costos significativo en la operación de cualquier actividad económica, ello se traduce en un aumento en los costos de los productos y servicios finales para los consumidores.

Posteriormente, y para robustecer el sistema recaudatorio en 2016 y 2018, se promulgaron reformas en materia fiscal penal, a fin de perfilar los delitos fiscales como delitos de alto impacto, pues se instauró un punto tenue de contacto, en aquel momento, entre las operaciones con recursos de procedencia ilícita (lavado de dinero) y la defraudación fiscal (CFF, art.108). Lo anterior, presagiaba la gestación de un derecho fiscal del enemigo, ya que el lavado de dinero, bajo ciertas condiciones, podía ser perseguido como delincuencia organizada, con todas las consecuencias que dicho tratamiento acarrea.

Siguiendo la inercia del objetivo de aumentar los índices de recaudación mediante un terror generalizado, fundado en un derecho penal simbólico, es que, con las reformas que entraron en vigor en 2019 y 2020, se cataloga como de seguridad nacional la cuestión tributaria (LSN, art.5, fracc. XIII) y se realiza la vinculación directa entre los delitos fiscales y la delincuencia organizada, pues cualquier defraudación que en su suerte principal supere el monto establecido en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada tiene la presunción, salvo prueba en contrario, de ser delincuencia organizada (art.2, fracc. VIII).

Es cuestionable la facilidad con la que se puede instar a la maquinaria penal a que utilice reglas especiales de procedimiento y herramientas dirigidas para enfrentar, combatir y someter a grupos delincuenciales en contra del contribuyente promedio, pues su utilización podría justificar la prisión preventiva, el aseguramiento de cuentas y la extinción de dominio respecto de sus bienes, aun cuando este resulte inocente. Situación que genera un ambiente de inseguridad jurídica que ahuyenta la inversión y fomenta la salida de capitales.

Afortunadamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto para delimitar los alcances de la extinción de dominio (CNDH, Acción de inconstitucionalidad 100/2019) así como para aclarar que la constitución es la única que puede determinar qué cuestiones son consideradas de seguridad nacional y que tal catalogación no les corresponde a las leyes secundarias.<sup>97</sup>

En 2021, con aras de salvaguardar los derechos de los trabajadores que estaban sujetos a esquemas agresivos de subcontratación, y con el objeto de evitar la simulación y defraudación fiscal que se realizaba a su alrededor, es que se proscribió toda subcontratación que no cumpliera con lo previsto en la reforma fiscal laboral, que implicaba no solo añadir a los particulares subcontratistas en el Registro de Prestadoras de Servicios Especializados u Obras Especializadas, previa verificación del cumplimiento absoluto de sus obligaciones con el Servicio de Administración Tributaria, el Instituto Mexicano del Seguro Social y el

---

<sup>97</sup> **Acciones de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019**, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, demandando la invalidez de diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal y el Código Fiscal de la Federación, reformados y adicionados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 8 de noviembre de 2019.

Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda de los Trabajadores, sino también un aumento injustificado de funciones de policía fiscal y de seguridad social de los subcontratantes, bajo pena de que no se le atribuyera efecto fiscal alguno a los gastos que pretendiesen deducir estos últimos por la contratación de servicios especializados o la ejecución de obras especializadas. A raíz de la pandemia por COVID-19, era inevitable que algunas empresas subcontratistas, optaran por despedir a los empleados que no se encontraban en cabal cumplimiento en cuestiones fiscales o de seguridad social, ello generó una situación económica aún más precaria.

A pesar del crecimiento negativo que sostuvo la economía en 2021, y en contra de lo que podría catalogarse como una política fiscal prudente que permite a los particulares reactivar exponencialmente los sectores económicos, en 2022 entró en vigor una reforma fiscal que no solo prevé nuevos supuestos impositivos, como es el caso del artículo 18, fracción XII de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que considera al usufructo como ingreso acumulable cuando se consolida dicho derecho real con la nuda propiedad después de haberse encontrado en la esfera de otra persona física o moral, sino que también estigmatiza y criminaliza a los profesionales contables que no procedan a denunciar a las autoridades de todas aquellas irregularidades que vislumbren de sus clientes;<sup>98</sup> siendo esto último un desmedro a la garantía del secreto profesional.

No suena descabellado que, a pesar del nulo sustento jurídico, se llegue a contemplar por los legisladores proponer y discutir proyectos de ley similares a los de Estados Unidos y Alemania en los círculos de los académicos con visión estatista, donde el abogado que represente a un imputado por delitos fiscales o financieros, por el solo hecho de recibir el pago de honorarios proveniente del dinero de su cliente, catalogado *a priori* como “sucio”, realiza operaciones con recursos de procedencia ilícita (Ortiz, 2011, pág. 199-209). Tal visión no solo atentaría contra la libertad de trabajo del abogado, quien efectúa una actividad lícita, sino

---

<sup>98</sup> Código Fiscal de la Federación

**Artículo 96.** *Es responsable de encubrimiento en los delitos fiscales quien, sin previo acuerdo y sin haber participado en él, después de la ejecución del delito:*

...  
**III.** *Cuando derivado de la elaboración del dictamen de estados financieros, el contador público inscrito haya tenido conocimiento de un hecho probablemente constitutivo de delito sin haberlo informado en términos del artículo 52, fracción III, tercer párrafo de este Código*

que también restringiría el derecho y la opción del imputado a ser debidamente representado por un abogado capaz y de su confianza, pues tendría que conformarse con los abogados que le proporcione la defensoría de oficio.

La situación que el recrudecimiento de las reformas fiscales en la última década ha gestado en México está íntimamente relacionada con los menores índices de inversión nacional y extranjera. Situación por la cual, en las reformas de los últimos años, al tratar de identificar y, en su caso, fiscalizar los ingresos extrafronterizos de los contribuyentes, se ha establecido la obligación de reportar a detalle las operaciones que se realizan y los ingresos que se perciben en jurisdicciones con regímenes fiscales preferentes.

Dicha obligación pierde sentido cuando se toma en cuenta que México es uno de los países con las mayores tasas impositivas, incluso respecto de países catalogados como de primer mundo. Para ejemplificar lo anterior con un caso cercano, en México, la tasa del impuesto sobre la renta a las empresas es de 30 por ciento y el impuesto al valor agregado es del 16, mientras que en Estados Unidos de América el impuesto sobre la renta a las empresas es de 20 por ciento y el impuesto al valor agregado no supera diez por ciento (Pazos, 2021, págs. 55-56).

Al escenario anterior hay que sumarle las situaciones que resienten las personas físicas que reducen su capacidad de gasto, como la inflación (que se cataloga como un impuesto regresivo) (Pazos, 2018, págs. 100-102) las altas tasas del impuesto especial sobre producción y servicios que aumentaron en 2022 (los combustibles, por ejemplo), la tasa definitiva de 10 por ciento a los dividendos (que representan una doble tributación y donde los órganos jurisdiccionales no han resuelto las controversias por temas de política fiscal), así como un impuesto progresivo al ingreso que puede llegar a 35 por ciento.

La cuestión a resolver sería la siguiente: ¿Hasta dónde se encuentra el límite de esa facultad del Estado de establecer las contribuciones que sean suficientes para hacer frente al gasto público, a efecto de que tal imposición tributaria no se vuelva confiscatoria, en detrimento de los contribuyentes y del desarrollo económico?

Para responder la interrogante anterior, es importante analizar, en primer término, los fines del Estado, para, posteriormente, analizar la potestad tributaria, como la facultad mediante la cual el Estado se allega de recursos para materializar sus objetivos, así como su potestad

punitiva, como la atribución por medio de que se mantiene un ambiente de estabilidad y paz generalizado, y concluir con la rectoría económica; cuestiones que en su conjunto inciden de manera directa en la inversión nacional y extranjera.

### **III. Los fines del Estado**

No pretendo ser exhaustivo en esbozar el origen ni mucho menos en desmenuzar todas y cada una de las atribuciones y facultades del Estado, pues resulta suficiente limitarse a un panorama general.

Desde tiempo atrás, el hombre fue consciente del hecho de que, para sobrevivir y prosperar, era necesario el organizarse y vivir en comunidad, de lo contrario, su destino estaría marcado por la incertidumbre.

Los historiadores y los estudiosos de la teoría política mencionan que el Estado moderno surge en el Renacimiento. Este se consolida con los príncipes o reyes absolutistas durante la Ilustración, desarrolla su tinte social a principios del siglo XX y su faceta humanista a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Esta última no ha sido adoptada por todas las naciones por igual, pues ha ido permeando en los distintos rincones del mundo con la globalización y la adopción de los modelos estatales social-democráticos.

Sin partir del extenso catálogo de necesidades y derechos colectivos y sociales que se han arrogado, en las últimas décadas, los Estados globalizados, dentro de los cuales están los Estados Unidos Mexicanos, se podría afirmar que el principio y el fin de su existencia se sustentan en el bien común de sus gobernados.

Un Estado prospera cuando se aseguran las condiciones que permiten a sus gobernados lograr sus cometidos, y se sume en la perdición en el momento en el que las condiciones no son aptas para alcanzarlos.

En esto último, se resumen las teorías contractualistas de la Ilustración, donde los gobernados ceden algunas de sus libertades en pos de que el aparato estatal les otorgue protección y seguridad a sus derechos fundamentales, quien, en contraposición, tiene sus potestades y ámbito de actuación limitado por una norma o ley fundamental (constitución).

Los padres fundadores o libertarios de los Estados Unidos de América (en quienes en gran medida se inspiraron los héroes independentistas mexicanos), en la declaración de independencia de 4 de julio de 1776, mencionan que los derechos inalienables de los que está dotado todo hombre, y que deben ser reconocidos por el Estado, son “la vida, la libertad y persecución de la felicidad”.<sup>99</sup> Aunque lo anterior pareciera simplista o muy escueto, lo cierto es que el goce ininterrumpido de tales derechos es una expresión de que en un territorio existe paz, protección a la propiedad privada y, sobre todo, seguridad y certeza jurídica.

Respecto de la seguridad y certeza jurídica, Villoro (2010) menciona que, aunque muchos pretenden usar el término indistintamente, la seguridad jurídica se refiere al hecho de que en las normas se prevean de manera precisa las consecuencias que la adecuación a supuesto normativo acarrea para que el gobernado sea consciente de tales circunstancias, a fin de conducir su actuar; la certeza jurídica corresponde a la aplicación efectiva, justa y por igual de dichas normas por las autoridades correspondientes (págs. 24-28).

Aunque pareciere que es ocioso hacer tal distinción, a la luz de una actividad legislativa en aumento en los últimos sexenios con motivo del protagonismo del Ejecutivo y algunas bancadas de legisladores, dichos ejercicios han culminado con una serie de reformas parciales y no integrales, como ocurre en materia fiscal y fiscal-penal, que generan normas que otorgan poca seguridad jurídica (en estricto sentido) al gobernado y que son de aplicación cuestionable y selectiva, como la persecución de los delitos fiscales, cual si fueran delitos de alto impacto equiparables a los delitos contra la salud.

Winfred Hassemer (1995) catalogaría un escenario de tal naturaleza dentro del derecho penal simbólico, caracterizado por un cuerpo normativo generado única y exclusivamente para infundir terror en los gobernados, por la severidad de sus consecuencias, en el entendido de que dicha entidad no se legisló con la intención de ser aplicada de manera efectiva hasta sus últimas consecuencias, pues cuenta con deficiencias técnico jurídicas, como la desproporcionalidad de las penas respecto del daño generado.

---

<sup>99</sup> *“We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.”*

Sin embargo, Aller (2006) arguye que para Günther Jakobs, este derecho penal simbólico es en sí un derecho penal del enemigo que por el solo hecho de existir pone en riesgo a todos los gobernados. Por ello no tiene cabida en el derecho penal mínimo que, de acuerdo con Luigi Ferrajoli (2016), debe imperar en un Estado para proteger al más débil y asegurar los derechos fundamentales de sus gobernados (págs. 335-338).

Es importante aclarar que dentro de los fines del Estado no se encuentra el proteger a los más débiles mediante dádivas, sino a través del establecimiento de las condiciones que le permitan vivir libremente y en la persecución tranquila y pacífica de su felicidad. Circunstancias que se relacionan con un ambiente de seguridad jurídica (*lato sensu*); donde las contribuciones son uno de los puntos medulares.

#### IV. La potestad tributaria del Estado

En el apartado anterior, mencioné que, en las teorías contractualistas del Estado, se ejemplificaba la interrelación entre los derechos y obligaciones de los gobernados con las potestades del Estado y sus limitantes para vivir ordenadamente en comunidad, bajo el imperio de un aparato estatal que se perfila al bien común de sus gobernados.

Cuando los Estados no han logrado satisfacer este objetivo, se han gestado cambios bruscos y violentos, como la Revolución francesa y la norteamericana a finales del siglo XVIII, llamando la atención de que la segunda se cobijó bajo el lema de la no imposición de impuestos por parte de la Corona, sin que mediara representación en el parlamento de los ciudadanos de las colonias americanas.<sup>100</sup>

Para que el Estado se encuentre en posibilidades de lograr sus fines, debe ejercer gastos y, por consecuencia lógica, necesita financiarse. Esta es la razón de que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establezca de manera genérica, en el artículo 73, fracción VII de la constitución, la facultad del congreso “para imponer las contribuciones que sea necesarias para cubrir el presupuesto”, el cual, en términos del artículo 74, fracción IV, debe ser aprobado anualmente. Es por lo anterior que la propia constitución, en el artículo 31, fracción IV, establece el deber de contribuir a los gastos públicos (de la federación, los estados y los municipios) de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

---

<sup>100</sup> “*No taxation without representation*”

Esto último implica que toda persona que resida en territorio nacional se vea obligada a cumplir cabalmente con sus obligaciones fiscales. Su aparente incumplimiento justifica el ejercicio fundado y motivado de las facultades de comprobación establecidas en el Código Fiscal de la Federación, así como sus correlativos de las entidades federativas, en términos de los artículos 14 y 16 de la constitución,<sup>101</sup> para determinar créditos fiscales y, en su caso, aplicar las sanciones administrativas o penales correspondientes.

Las potestades del Estado deben tener una limitante y la potestad tributaria no es la excepción.

Si en los últimos años los Estados sociales y democráticos de derecho han ampliado sus atribuciones y su ámbito de intervención para resolver la desigualdad que han generado los sistemas económicos de un mundo globalizado, la cuestión a resolver es hasta dónde se encuentra esa limitante.

Año con año el Leviatán (como se refiere Thomas Hobbes (2012) al aparato estatal), crece exponencialmente y a un ritmo más veloz en aquellos Estados en los que las políticas gubernamentales tienen un sesgo social o popular.

Al día de hoy, dejando de lado las ideologías políticas, y considerando la evolución que han tenido las Naciones a raíz de la globalización, no se puede colegir que exista un Estado prototípico, cuyos fines se limiten única y exclusivamente a la paz, protección de la propiedad privada y a velar por la seguridad jurídica al estilo del siglo XVIII y XIX, pues la especialización del Estado en algunos ámbitos (como la materia ambiental, la competencia económica y las telecomunicaciones, por poner algunos ejemplos recientes) y la instauración de programas sociales son una necesidad con motivo de la

---

<sup>101</sup> **Art. 14.** ...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

**Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.



revolución tecnológica, que ha generado una gran desigualdad de oportunidades.

Se aclara, como lo menciona Luis Pazos (2019), que la desigualdad económica no es lo mismo que la desigualdad de oportunidades, pues, en los países más desarrollados, la desigualdad económica en la sociedad es bastante significativa, sin que lo anterior implique una desigualdad de oportunidades, como ocurre en los países subdesarrollados, donde la brecha de desigualdad económica es más reducida, pero la desigualdad de oportunidades es mucho mayor (págs. 101-110).

Es por esto último que la política fiscal que adopte un Estado se justifica en la medida que el gasto del presupuesto, incluido el destinado al sector social, tenga como finalidad generar oportunidades a la población marginada y vulnerable, y no solo paliar momentáneamente mediante dádivas un problema de fondo, pues adoptar esta última solución aumentaría día con día la necesidad de recaudar impuestos injustificadamente. El hecho de que el esquema preliminar se ve muy expuesto a abusos, que hacen que los recursos los reciban destinatarios que no son la población objetivo o que, por la intermediación, se ven significativamente reducidos, termina por dejar sin justificación de existir a tales programas (Pazos, 2016).

Irónicamente, “la solución” que proponen algunos estatistas, siguiendo a Thomas Piketty, como lo menciona Pazos (2016), es que se aumenten los impuestos a los que más tienen (mediante impuesto progresivos), a la par de que se robustecen de manera infundada las medidas recaudatorias (como desnaturalizar la potestad punitiva del Estado) sin considerar el efecto que tales medidas generan a mediano y largo plazo.

Tomaré como ejemplo lo sucedido en 2014 en Francia y en Estados Unidos de América ante el aumento de tasas impositivas a las empresas y a los más favorecidos. Ello generó una fuga de capitales sin parangón y tuvo como efecto que, en 2015, Francia regresara a su anterior política fiscal y los Estados Unidos, con tal de “hacerse grande de nuevo”,<sup>102</sup> redujera la tasa empresarial para fomentar la inversión y el empleo.

---

<sup>102</sup> *Make America great again* - Lema utilizado por Donald Trump en su campaña a la presidencia de 2016.

Este fenómeno se explica mediante la curva de Laffer<sup>103</sup>, que menciona que, a medida que aumentan los impuestos, aumenta el ingreso que percibe el Estado, pero, una vez que este aumento impositivo pasa su punto óptimo, los ingresos fiscales se reducen de manera correlativa (Pazos, 2018). Chile es uno de los ejemplos más claros de dicho postulado económico, ya que se convirtió en el país Latinoamericano con mayor crecimiento cuando en los años 80 redujo los impuestos a las empresas al veinte por ciento, tasa que mantuvo hasta el 2013, ya que de 2014 al 2018 aumentaron gradualmente, traduciéndose en una reducción significativa de crecimiento promedio anual, ya que de 2010 a 2013, la constante era de un cinco por ciento anual, mientras que a partir de 2014, se redujo a menos del dos por ciento anual.

¿Es justificable que los órganos jurisdiccionales arguyan que el límite a la potestad impositiva del Estado es el mínimo vital del contribuyente?<sup>104</sup> Respaldo tal criterio implicaría no solo una arbitrariedad, sino un robo legalizado, donde el victimario es el Estado y la víctima el gobernado, tal y como lo propone Luis Pazos (2018) (págs. 13-16).

En el supuesto de que tal afirmación fuese cierta, agregarle la desnaturalización penal que se da en algunos ordenamientos jurídicos a las faltas fiscales lo reafirma, por las razones que se exponen a continuación, no sin antes exponer brevemente en qué consiste la potestad punitiva del Estado.

## V. La potestad punitiva del Estado

En un escenario utópico, los integrantes de una sociedad podrían vivir en armonía sin que fuera necesaria la intervención de un ente superior para mantener el orden y la paz. El Estado, con sus herramientas de hecho y de derecho, protege la vida, la integridad y la propiedad de sus ciudadanos.

La seguridad y certeza jurídica, características de un Estado social y democrático de derecho, es a lo que se debe aspirar para alcanzar el bien común, en el entendido de que las normas deben ser razonables y sus consecuencias proporcionales a los daños generados.

---

<sup>103</sup> Atribuida a Arthur Betz Laffer, quien fungió como asesor en materia económica del Presidente Ronald Reagan durante su mandato de 1981-1989

<sup>104</sup> [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 792.

En las sociedades rudimentarias, la potestad punitiva del Estado era sinónimo del ejercicio de la maquinaria penal; sin embargo, conforme el Estado moderno evolucionó y se amplió su ámbito de intervención y regulación, comenzó a desagregarse la potestad punitiva en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador.

Los doctrinarios, para ejemplificar este fenómeno, hacen alusión a Jano, la deidad de dos caras que por un lado está al pendiente de castigar los delitos, mientras que la otra cara se enfoca en la sanción de las faltas administrativas.

Lo que distingue a una cara de la otra es el impacto que la conducta ilícita tiene sobre los bienes jurídicos que tutelan. De ahí la razón de que las penas sean severas, como la privación de la libertad en el ámbito penal, mientras que las sanciones administrativas se limitan a multas y apercibimientos de distinta índole, en el entendido de que una excluye a la otra, pues, de lo contrario, y por razones que exceden a este capítulo, se atentaría contra las garantías penales que prohíben el doble enjuiciamiento y las penas desproporcionadas y excesivas, en términos de los artículos 22 y 23 de la carta magna.<sup>105</sup>

Como consecuencia de que el derecho penal es una herramienta que debe utilizar el Estado únicamente como *última ratio* y se encuentra supeditada a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, es decir, cuando otros medios no han sido eficientes para evitar o en su defecto, castigar al infractor o reparar el daño generado, este debe utilizarse con mesura (Hernández, 2009), sobre todo cuando se cuenta con una visión de derechos humanos, tal y como ocurre en México con la paradigmática reforma constitucional de 2011, que obliga al Estado mexicano, según lo previsto en el párrafo tercero del artículo 1º de la constitución, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de toda persona, modificación que se complementa en 2016 con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio.

A manera de ejemplificar lo anterior, y al invocar los estudios de la criminología, como ciencia que a grandes rasgos estudia los delitos, sus causas, prevención, así como el perfil de los perpetradores y la manera de reprimirlos o rehabilitarlos (Moreno, 2016, págs. 29-33), el derecho penal únicamente debe ser utilizado en contra de aquellos que mediante conductas antisociales (atentados contra la vida, la integridad y el

---

105

patrimonio de los más débiles) causan estragos en el tejido social y, por ende, deben ser aislados de este para evitar que arremetan contra la paz y estabilidad de la comunidad (pág. 106).

Desnaturalizar el sistema penal para que persiga a infractores únicamente genera su saturación, ello en detrimento de imposición efectiva de penas a todos aquellos que cometen conductas antisociales que ponen en riesgo cotidianamente a las personas con las que interactúan.

Visto desde esta óptica, no encuentra sustento el hecho de que, al invocar daños a la colectividad, se tilde al infractor fiscal, como ha sucedido con las reformas fiscales-penales de los últimos años, como una persona cuya permanencia en el tejido social signifique peligro a la vida, integridad y propiedad de sus congéneres.

Con lo anterior no se desconoce el hecho de que aquellos que defraudan al fisco no deban quedar impunes, sino que no se les persiga como delincuentes de alta peligrosidad, pues recurrir a una política fiscal en tal sentido genera, como lo menciona Arrijoja (2014), una serie de efectos colaterales que resultan en un perjuicio mayor para el Estado a mediano y largo plazo, en términos de inversión, generación de empleos y recaudación de impuestos como consecuencia directa de las anteriores (págs. 577-578).

Si un contribuyente repara exhaustivamente el daño o lo asegura de manera adecuada, no debería por que seguirse hasta sus últimas causas un procedimiento penal de naturaleza tributaria, ni mucho menos debería utilizarse por las autoridades la amenaza de la prisión preventiva o la extinción de dominio como instrumentos meramente recaudatorios que causaran que personas inocentes se encuentren privados de la libertad.

La falta de seguridad y certeza jurídica en tal rubro, aunada a una voracidad fiscal que deriva del aumento injustificado del aparato estatal mediante programas que no fomentan desarrollo real, palpable y sostenible, genera un ambiente que no es atractivo para la inversión nacional y aún menos para la extranjera, quienes, en un mundo globalizado, tienen la opción de mirar hacia jurisdicciones donde la tasa impositiva es menor, proporcional (más no progresiva) y no se persiguen como delitos de alto impacto a las infracciones fiscales.

## VI. La rectoría económica del Estado y la inversión

Para alcanzar el bien común generalizado de la población, que consiste en el establecimiento de las condiciones que permitan el desarrollo, el Estado tiene la facultad de dirigir el actuar económico, que puede tener durante algunos periodos tintes colectivos y estatistas y, en otros, personalistas y de fomento a la actividad privada.

El párrafo primero del artículo 25 de la constitución mexicana, establece:

[...] corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

Hago hincapié en que la justa distribución del ingreso y la riqueza no debería interpretarse como la obligación del Estado de destinar directamente recursos a dádivas, sino a utilizarlos en programas, obras o proyectos que generen un crecimiento económico, promuevan la inversión (nacional y extranjera de manera indistinta), así como la generación de empleos, para que la ciudadanía viva dignamente y, como consecuencia, se encuentre en posibilidades de contribuir en un futuro al gasto público.

Es por esto último que el artículo 3 y 21 de la Ley de Planeación exige que la planeación del desarrollo tenga visión de fomento económico a largo plazo (20 años) y que sea racional y sistemática para que se pueda transformar la realidad del país.

Es importante considerar que la rectoría económica del país en el siglo pasado se caracterizó por ser de corte estatista y colectivo, pues el Estado se convirtió en uno de los principales agentes económicos, al contar con un sinfín de empresas paraestatales en rubros que no eran de ni carácter estratégico ni prioritario (Escalante, 2012).

Lo anterior tenía como consecuencia lógica que, para proteger la industria nacional y los empleos resultantes de las actividades de dichas empresas paraestatales (las cuales, por mala administración, se encontraban constantemente en número rojos), se mantuviera limitada

al mínimo la inversión extranjera y, por ende, la competitividad en beneficio de los consumidores.

Situación que era insostenible con el permeo de la globalización en Latinoamérica en los años noventa y razón por la cual, con posterioridad al Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, se efectuaron cambios y reformas estructurales que permitieron la explotación de tierras ejidales, así como la privatización de las paraestatales que no eran de rubros estratégicos o prioritarios (Escalante, 2012).

Si bien es cierto que el efecto inmediato fue una crisis en 1995, también lo es que, como consecuencia de años de aislamiento económico, México no era competitivo respecto a otros países, como lo fueron Japón y Corea del Sur, quienes, durante los años setenta y ochenta, contaban con condiciones que fomentaban la actividad privada y la inversión (Grabowiecki, 2006). Como comentario adicional, llama la atención que al día de hoy, Japón mantiene una alta competitividad global y un crecimiento económico sostenido, con impuestos empresariales dieciocho por ciento menores e impuestos de consumo sesenta por ciento por debajo a los existentes en México (Pazos, 2021).

A pesar de lo anterior, en la primera década del siglo XXI, México se convirtió en un referente de la región, gracias a la actividad manufacturera que se llevaba a cabo en la frontera con Estados Unidos, así como el desarrollo agropecuario y el ensamble de vehículos en las regiones centro-norte del país, por nombrar algunos rubros.

Sin embargo, derivado del incremento en la violencia, la corrupción y la impunidad, en la última década, aunado a una política fiscal arbitraria y agresiva para hacer frente a gastos dilapidatorios del Estado (crisis de las potestades tributarias y punitivas del Estado), es que se vio reducida significativamente la inversión nacional y extranjera, siendo la segunda en la región destinada primordialmente a Brasil, ya que desde 2014 (año en el que fue sede de la Copa Mundial y posteriormente de las Olimpiadas en 2016), se tenía una mejor percepción de dicho país en los mencionados rubros.

Cabe aclarar que este fenómeno no es exclusivo de los años anteriores, sino que, con todo y la entrada en vigor de la Reforma Energética de 2013, la inversión ya se encontraba en declive, ante el aumento de inseguridad y de la persecución fiscal; la segunda, bajo la bandera del desmantelamiento de esquemas sofisticados de corrupción y de lavado de activos. Tendencia que se mantiene al día de hoy y se ha

potenciado como consecuencia de los estragos económicos que persisten en la población general, con motivo de las medidas adoptadas a nivel mundial para hacer frente a la pandemia causada por COVID-19.

Situación que obliga a México a reformular su política tributaria para buscar beneficiarse del rompimiento de las cadenas de distribución que se generaron con otras regiones en industrias diversas a raíz de esto y del conflicto armado que persiste en Europa Oriental.

## VII. Hacia una nueva visión tributaria post pandemia

Una de las maneras en las que se ha pretendido hacer frente a los efectos económicos de la pandemia en los Estados Unidos de América ha sido mediante el destino de recursos a apoyos directos en dinero a la población. Lo anterior ha provocado breves burbujas de bienestar, pues la inflación ha aumentado en dicho país considerablemente.

En México, algunas de las soluciones para paliar la situación han sido implementadas mediante el establecimiento de precios máximos al gas licuado de petróleo<sup>106</sup> (bajo la amenaza de revocar permisos ante su incumplimiento) y, recientemente, a través de un estímulo fiscal a los combustibles automotrices<sup>107</sup> (respecto al impuesto especial sobre producción y servicios), con la esperanza de evitar un efecto inflacionario generalizado.

Sin embargo, el resultado esperado es a corto plazo, pues quienes resienten la fijación de precios máximos de gas LP son las empresas nacionales y extranjeras que se desenvuelven en el sector, y que, ante la reducción de sus ingresos y de la arbitrariedad con la que fue impuesta tal medida, pudiesen contemplar no aumentar en un futuro sus inversiones en el país, con las implicaciones que en materia de generación de nuevos empleos y pago de impuestos tal escenario acarrea.

---

<sup>106</sup> DIRECTRIZ de emergencia para el bienestar del consumidor de gas licuado de petróleo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de julio de 2021 y ACUERDO Núm. A/024/2021 de la Comisión Reguladora de Energía que establece la regulación de precios máximos de gas licuado de petróleo objeto de venta al usuario final, en cumplimiento a la Directriz de emergencia para el bienestar del consumidor de gas licuado de petróleo, emitida por la Secretaría de Energía, con la finalidad de proteger los intereses de los usuarios finales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2021

<sup>107</sup> DECRETO por el que se establecen estímulos fiscales complementarios a los combustibles automotrices, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 04 de marzo de 2022.

Por otro lado, el estímulo fiscal a los combustibles automotrices también es insostenible, pues el Estado dejará de percibir ingresos de un impuesto especial sobre producción y servicios que en los últimos años no ha dejado de ser aumentado, ante la insuficiencia del presupuesto para atender las necesidades del actual aparato estatal.

Lo anterior se traducirá en un robustecimiento de la actividad fiscalizadora del Estado, que al día de hoy se perfila hacia un terrorismo fiscal, ante el uso de las herramientas penales que se encuentran destinadas a combatir la delincuencia organizada, ello ahuyenta la inversión.

Tal círculo vicioso debe romperse, en el entendido de que el Estado mexicano debe establecer condiciones que hagan atractivo al país para la inversión nacional y extranjera relevante, aun cuando estas a corto plazo impliquen una reducción significativa en la percepción de ingresos en la Hacienda Pública.

Si con motivo de la inversión el gasto en diversos rubros y la generación de empleos recaen en su mayoría en la iniciativa privada, el Estado puede ser más eficiente en el ejercicio de sus funciones primordiales, que son la seguridad, la protección de los bienes fundamentales, así como el encauzamiento y fomento real y efectivo de las regiones y poblaciones marginadas.

México tiene la virtud de que ha suscrito tratados comerciales con todos los bloques económicos (Bolaños, 2006) y los ha actualizado en los últimos años.<sup>108</sup> Ante la falta de ciertos insumos en Norteamérica y en Europa (como los microprocesadores, por ejemplo), a raíz de la pandemia, se ha explorado la posibilidad de que su producción se retome en el propio país que hace uso de ellos o en una región cercana para evitar futuras contingencias de desabasto y de aumento significativo en costos de flete y transporte, entre otros (Forbes México, 2022).

Ante este escenario, que era predecible antes de la pandemia, al menos en los Estados Unidos de América, como consecuencia de la reducción de los impuestos empresariales y el aumento de tarifas arancelarias a productos de origen extranjero que orilló a las transnacionales de origen estadounidense a que migraran de nuevo la

---

<sup>108</sup> Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) que sustituyó al TLCAN y entró en vigor el 1° de Julio de 2020 y el Acuerdo de Continuidad Comercial entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, cuyo decreto promulgatorio se publicó el 01 de julio de 2021.



producción a casa, no queda más opción que establecer mejores condiciones fiscales o, al menos, condiciones similares, pues, de lo contrario, la inversión nacional y extranjera se asentará en aquellos lugares donde los inversionistas puedan obtener mayores rendimientos y no corran el riesgo de ser perseguidos por infracciones fiscales que pudiesen ser atribuibles a descuidos o errores.

Esto último, teniendo como presupuesto que las políticas públicas y la agenda legislativa se alineen al fiel cumplimiento y respeto de los acuerdos internacionales de inversión, ya que su desacato, ahuyenta por falta de seguridad jurídica y material, no solo la inversión existente, sino también la inversión futura.

Uno de los elementos palpables para medir el bienestar de una población se traduce en el poder adquisitivo del dinero que percibe. Mantener altos impuestos y atemorizar fiscalmente a los contribuyentes incide directamente en el desarrollo de un Estado, pues, en tal escenario, la persona promedio consume poco, los dedicados a otorgar satisfactores, tienen bajos rendimientos y, en consecuencia, no se generan nuevas fuentes de riqueza.

Por el contrario, reducir tasas impositivas fomenta el gasto y la inversión, que se traduce en la obtención de rendimientos y de recaudación, y abre la puerta a un círculo virtuoso.

Es por ello que, si se pretende reactivar la actividad económica y, por ende, el desarrollo integral del país, se debe contemplar para 2023 una reforma fiscal integral que tenga por objeto atraer la inversión nacional y extranjera mediante la reducción de las tasas impositivas del impuesto sobre la renta a tal grado de que sea competitivo en la región, la eliminación de impuestos progresivos, así como la derogación de todas aquellas disposiciones atentatorias de derechos humanos que pretenden ser utilizadas como herramientas de presión para la actividad recaudatoria, bajo el argumento de que las cuestiones tributarias conciernen a la seguridad nacional. Lo cual, como ya lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación y lo mencionamos en apartados anteriores del presente, es arbitrario e inconstitucional.

## VIII. Referencias bibliográficas

- Aller, G. (2006). *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](https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/derecho-penal-del-enemigo_aller.pdf)
- Arriola, A. (2014). *Derecho Fiscal*. 22ª ed. Editorial Themis, México.
- Bolaños, L. (2006). *Inversión Extranjera*. 2ª. Ed. Porrúa, México.
- Camargo, I. (2016). *Derecho Penal Fiscal: Delitos Fiscales*. Editorial Flores. México.
- 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. (2009). *El Principio de Legalidad Penal*. Editorial Porrúa, México.
- Diez, J. (200). *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, 13 – 15 abril
- Escalante, Pablo (Coordinador) (2012). *Nueva Historia Mínima de México*. 1ª ed. 9ª reimp. El Colegio de México, México.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. 10ª ed. 2ª reimp. Editorial Trotta. España.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo Foro Penal*. Medellín, Colombia, julio-diciembre, 8(79), 110-114.
- Forbes México (2022). *Intel ve a México y Brasil como ‘superpotencias tecnológicas’*. <https://www.forbes.com.mx/intel-ve-a-mexico-y-brasil-como-superpotencias-tecnologicas/>
- González, M. (2018). *Los Delitos Fiscales y Financieros: Estudio de su Contenido en el Marco Legal de México*. Editorial Flores, México
- Grabowiecki, J. *Keiretsu Groups: Their Role in the Japanese Economy and a Reference Point (or a paradigm) for Other Countries*. Institute of Developing Economies. Japan External Trade Organization. No. 413, Japón.
- Hassemer, W. (1995). *Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos*, contenido en la publicación *Pena y Estado*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 23-36.

- Hernández, P. (Coordinador) (2009). *Fundamentos de Derecho Penal Mexicano. Tomo I*. Editorial Porrúa. México.
- Hernández, P. (Coordinador) (2011). *Fundamentos de Derecho Penal Mexicano. Tomo II*. Editorial Porrúa, México
- Hobbes, T. (2012). *Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2ª Ed. en español, 28ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México.
- Langón, M. (2011). *Quién es la Víctima del Derecho Penal del Enemigo*. “VIII Seminario uruguayo y V internacional de Victimología”, Punta del Este, Uruguay, 25 y 26 de noviembre
- Manzano, Ernesto. (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.
- Moreno, L. y Rodríguez L. (2016). *Nociones de Criminalística y de Criminología*. Editorial Porrúa, México.
- Orellana, O. (2013). *El Delito de Defraudación Fiscal: Ensayo Dogmático Jurídico Penal*. 3ª ed. Editorial Porrúa, México.
- Ortiz, A. (2018). *El delito de lavado de dinero*. 2ª ed., Editorial Porrúa, México.
- Pazos, L. (2016). *Desigualdad y distribución de la riqueza*. Editorial Diana, México.
- Pazos, L. (2021). *Fracaso de la Socialdemocracia*. CISLE, México.
- Pazos, L. (2019). *Justicia Social Injusta*. Editorial Ariel, México.
- Pazos, L. (2018.) *¿Por qué los impuestos son un robo?* Editorial Diana, México.
- Robles, D. (2019). *La inversión Extranjera en México*. Tirant Lo Blanch, México.
- Roll, E. (2010) *Historia de las Doctrinas Económicas*. 3ª ed. 6ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México.
- Soberanes, J. (2007). *Historia del Derecho Mexicano*. Porrúa, México.
- 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.

## Capítulo VIII

### Bases jurídicas del control de convencionalidad del derecho humano a la democracia para una gestión pública de calidad

*Sumario: I. Introducción. II. La visión material de la democracia como única respuesta posible para garantizar los derechos humanos. III. Limitaciones para aplicar el control de convencionalidad democrático en México. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.*

Germán Cardona Müller<sup>109</sup>  
Eva Natalia Vilchis Flores<sup>110</sup>

#### I. Introducción

Es un hecho afirmar la importancia que tiene el control de convencionalidad en materia de derechos humanos en el sistema jurídico mexicano. Es un baluarte del Estado constitucional de derecho, el cual se ha consolidado paulatinamente y con más ahínco a partir de la reforma que elevó los derechos humanos en el ordenamiento constitucional nacional de 2011.

Sin embargo, no se puede entender el pleno goce de los derechos humanos sin que exista un nexo necesario con la democracia. Esto se debe, tal como lo da a entender Ferrajoli (2013) y Robert Alexy (2009), a que ambos se implican de manera lógica y biunívoca a tal grado que, como lo señala Josep Aguiló Regla (2019), no se puede entender el constitucionalismo y, por ende, la democracia, si no es por esta relación.

---

<sup>109</sup>Cuenta con máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad de Palermo (2016), maestría en Derecho Fiscal, con mención honorífica por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. También cuenta con maestría en Derecho Constitucional Contemporáneo por el ITESO, AC. (2015). 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). Actualmente es candidato a doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Jalisco (IDEJ).

<sup>110</sup> Cuenta con maestría en Relaciones Económicas Internacionales y Cooperación, con énfasis de América Latina y la Unión Europea, por la Universidad de Guadalajara, y con licenciatura en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Actualmente cursa el doctorado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en el Instituto Iberoamericano del Derecho Electoral (IDE) y se desempeña profesionalmente en el Consejo de la Judicatura del Estado de Jalisco.

Ello se debe a que desatender dicha conexión daría pie a los siguientes males de la democracia:

- a) El mal de la arbitrariedad
- b) El mal del despotismo
- c) El mal del autoritarismo
- d) El mal de la exclusión social

Aunque la relación biunívoca entre estos conceptos pareciera una obviedad, surge la cuestión consistente en determinar cuál es la mejor manera de entender la democracia como forma de gobierno para que su interdependencia sea de mayor beneficio al derecho humano al buen gobierno. Como tal, la democracia puede admitir diversas acepciones, por no decir que implica un término cargado emocionalmente en cualquier discurso.

Ello no implica que cualquier definición estipulativa sirva como condición necesaria y suficiente para conformar gobiernos eficaces y eficientes desde una perspectiva de derechos humanos. Ante este problema, no se puede recuperar una postura no cognoscitivista en donde da lo mismo cualquier respuesta, pues esta tendrá enormes implicaciones desde el diseño de políticas públicas o en equiparar el absolutismo mayoritario con esta forma de gobierno.

Desde un objetivismo ético, y una perspectiva post positivista jurídica, se pueden establecer las bases para hacer frente a esta cuestión y dar pauta para la conformación de un constitucionalismo global. Este capítulo tiene como objetivo establecer una concepción democrática acorde con los derechos humanos para que se pueda dar esa relación biunívoca entre dichos conceptos y que sea funcional para el sistema jurídico mexicano, a fin de contribuir a la prerrogativa a un buen gobierno.

En otras palabras, se precisará que solo mediante la delimitación de la democracia, desde una acepción material, se puede dar dicha relación entre ambos elementos. Asimismo, se mostrará que tiene repercusiones positivas tanto locales como internacionales, pues, en la medida que se acepte que no cualquier acepción de esta forma de gobierno es aceptable para garantizar los derechos humanos, se debe procurar a nivel internacional establecer los mecanismos de control de

regularidad que la hagan posible. A esta situación se le denominará control de convencionalidad democrática.

Para lograr este cometido, este capítulo se divide en dos partes. La primera, establecerá a manera de contexto las dos visiones jurídicas de la democracia de manera predominante: su acepción formal y material desde la perspectiva tanto del positivismo como del post positivismo, con la finalidad justificar la importancia de la segunda como respuesta más viable para garantizar el paradigma de los derechos humanos y como condición para contribuir a una gestión pública de calidad como prerrogativa.

En este apartado, se pretende formular un concepto del control de convencionalidad democrático de índole estipulativo consistente en el ejercicio de regularidad que deben adoptar los países en sus respectivas jurisdicciones para hacer viable la democracia según dicha forma de gobierno, ello desde su acepción material, bajo pena de que los derechos humanos no se disfruten y garanticen a cabalidad, sobre todo porque ello implicaría desconocer la igualdad de las personas. Ello implicará que necesariamente se deban establecer los cauces para construir un constitucionalismo cosmopolita que erradique todas las fronteras y que se traduzca en un derecho humano a un buen gobierno.

En la última parte, se analizarán las limitaciones normativas que impiden que se aplique a cabalidad un control de convencionalidad democrático a nivel nacional. En este aspecto, se analizarán diversos ordenamientos jurídicos y criterios jurisprudenciales vigentes que impiden que la democracia, en su acepción material, se aplique íntegramente en sede interna.

La trascendencia que tiene resolver esta cuestión para el mundo jurídico consiste en que esta reflexión podría emplearse para consolidar las bases de una democracia material mediante el ejercicio de controles de regularidad de modo jurisdiccional, a fin de que sirva en diversas latitudes.

## **II. La visión material de la democracia como única respuesta posible para garantizar los derechos humanos**

El buen gobierno se ha tomado en varios países como una prerrogativa, pues de nada sirve tener derechos humanos, si no se cuenta de manera previa con las condiciones del Estado como último garante y autoridad

en la materia para hacerlos valer; tal es el caso de España, que se desprende de su artículo 103 (Constitución Española, 2011) o del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Parliament, 2000). A nivel nacional, en la Ciudad de México, se establece de manera expresa en su artículo 7 (Justicia Constitucional Local, 2017). Si bien existen diversas maneras de configurar esta pretensión, lo cierto es que tanto a nivel regional como universal existe la tendencia de aceptar que sin esta no se puede lograr cualquier tipo de democracia sin que pueda ser patente en un ordenamiento jurídico de máxima jerarquía.

A medida que los gobiernos son cada vez más interdependientes debido a la globalización, es importante precisar el tipo de concepción democrática adecuado para lograr una mayor homologación de esta prerrogativa. A pesar de los diversos elementos que puedan integrar la mayor parte de las latitudes, se recuperan sus aspectos esenciales:

- A. Trato equitativo e imparcial de los asuntos de los particulares, donde se den soluciones de manera fundada y motivada, en un plazo razonable donde se escuche lo que estos tengan que decir.
- B. Debida indemnización ante daños ocasionados y resentidos injustificadamente dentro del actuar de las funciones de los servidores públicos.
- C. Derecho a otorgar respuesta a toda petición.

Ante estos elementos que configuran el derecho humano al buen gobierno, es importante establecer qué tipo de democracia puede cumplir con dichos extremos. Es por ello que, en este apartado, se establece que solo a través de una democracia material se puede lograr dicho cometido. Ello solo se puede lograr, si se instituye una diferenciación con el concepto de democracia formal. Para entenderlo, es preciso acudir a la óptica neopositivista de Ferrajoli, donde la democracia formal implica el conjunto de procedimientos para hacer palpable las decisiones de la voluntad popular (2013). Su enfoque consiste en hacer respetar el voto mayoritario. En este sentido, el aspecto formal de la democracia puede o no incluir derechos; como la libertad de expresión o la libertad del sufragio, ello en la medida de que contribuyan a que se conforme lo que diga la mayoría en un momento determinado. En cambio, la democracia sustantiva o material consiste en establecer que existe un contenido o esfera de lo indecible, integrado por los

derechos fundamentales, que funcionan como condición necesaria y suficiente para su instauración y consolidación.

Tratar de delimitar la democracia a su acepción formal es insostenible, porque da pauta al absolutismo mayoritario, pues, en ausencia de ciertas prerrogativas o principios, ello conduce a que se adopten contenidos que hagan inviable a esta forma de gobierno. Para mayor claridad de este razonamiento, se recuperan palabras de Ferrajoli (2013):

En efecto, para la supervivencia en cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede-o al menos puede no-sobrevivir: en línea de principios siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos (pág.1).

La democracia no puede limitarse solamente al gobierno de la ciudadanía, sino que este debe construirse mediante los derechos fundamentales, es decir, aquellas prerrogativas que permiten el desarrollo de las personas y que se encuentra reguladas en un determinado ordenamiento constitucional. La cuestión sobre qué tipo de derechos han de ser precisos para instaurar y consolidar una democracia se desprende del contexto, es decir, que está en necesaria correlación con el devenir de necesidades de las personas.

En otras palabras, tal como muestra Peces-Barba (1995), las prerrogativas de una población no pueden definirse *a priori* mediante lógica. En todo caso, estas se desarrollan a través de diversas valoraciones morales, que logran verse expresadas en diversos ordenamientos jurídicos. Ello no implica que no haya ciertos elementos que no deban servir como presupuestos para establecer si una pretensión moral puede justificarse para ser un derecho fundamental, como es el caso de la dignidad. Sin embargo, existen varios factores que dependen del devenir del tiempo como para señalar que siempre se contarán ciertos derechos de una vez y para siempre.

Cabe destacar que aceptar la dimensión material como perspectiva que logra conformar la democracia no implica negar su dimensión formal. Es de utilidad que la mayoría pueda hacer sentir su voluntad, en la medida que esto sirva para garantizar los derechos fundamentales. A su vez, aceptar esta acepción no implica desconocer las tensiones que siempre existirán en una determinada sociedad entre los factores reales de poder y el ordenamiento jurídico.



Con esto se quiere dar a entender que por el hecho que una mayoría logre, mediante votación u otras formas, derogar o desconocer ciertos derechos fundamentales, ello no invalida la importancia que tiene la acepción material de la democracia. En todo caso, la refuerza al hacer patente que solo puede existir gobierno del y para el pueblo cuando existen las condiciones para el desarrollo de cada una de las personas. Esto implica que solo hay gobierno, el diálogo y los límites que exige la razón práctica.

Del párrafo anterior, se desprende la cuestión de si la perspectiva neopositivista a la que hace alusión Ferrajoli es viable para conformar la acepción material de la democracia. Con ello no se duda de la importancia que esta tiene para garantizar los derechos humanos; sin embargo, sí es importante verificar su viabilidad desde el enfoque epistemológico que emplea. A criterio de los autores de este capítulo, y al coincidir con Josep Aguiló Regla (2019), esto no es posible, ya que, para implicar una contradicción, aceptar la óptica no cognoscitivista y contingente por el cual poco importa si se aceptan o no en el ordenamiento jurídico principios jurídicos.

La óptica de Ferrajoli denota necesariamente un constitucionalismo y, por ende, una democracia imposible de sostener, pues no se puede señalar que los principios son importantes una vez que se adoptan en un determinado sistema jurídico y que antes no. Si los principios y los derechos humanos se tutelan, es porque son valiosos incluso según el derecho vigente. Ello implica adoptar una postura post positivista que admita un objetivismo ético con relación al derecho.

Para mayor claridad, la óptica no positivista que señala es la que ofrece Manuel Atienza (2006), donde se acepta que existe un nexo necesario entre derecho y moral e implica adoptar una visión por la que el derecho se construye mediante la argumentación racional y razonable. La utilidad que representa dicha visión, frente a la óptica de Ferrajoli, consiste en que la contradicción señalada se elimina al establecer dicho enlace entre ambos sistemas normativos, a la vez que con ello se refuerza la posibilidad de proteger la esfera de lo indecible de las mayorías.

Cuando se admite que existe un nexo necesario entre derecho y moral, a la vez que se reconoce la importancia de un objetivismo ético en un sistema democrático, la justificación empleada para realizar cualquier modificación se vuelve de suma importancia. No cualquier razonamiento adoptado por la mayoría resulta válido, sino que solo

aquellos consistentes con los valores, que se desprenden del propio sistema, podrán emplearse para dicha finalidad.

Ello implica que existe un mayor control de la calidad argumentativa tanto en el diálogo público como en la producción normativa, así como en la esfera jurisdiccional, pues este necesariamente responderá a las normas de la razón práctica. Cuando el discurso es contingente, y adopta una perspectiva no cognoscitivista del ordenamiento jurídico, sirve de poco establecer una esfera de lo indecible o hablar de la importancia de los derechos, ya que no hay realmente forma de controlar el umbral mínimo de calidad argumentativa cuando estos pueden ser violentados por la mayoría.

Por lo tanto, si bien se coincide en la importancia que tiene la dimensión material de la democracia sobre la formal, esta solo puede ser instaurada y consolidada eficaz y eficientemente, si se adopta una postura post positivista que permita un control de la justificación de los diversos actores políticos y jurisdiccionales mediante un objetivismo ético, ello se traduce en lograr una relación biunívoca congruente y consistente con los derechos humanos.

Se reconoce que esta óptica no es del todo libre de crítica, pues aún existe un alto nivel de ambigüedad y de posible vaguedad en su determinación posterior. No obstante, estos fácilmente se diluyen en la medida que sean objeto de interpretación y diálogo, ya sea por los operadores jurisdiccionales o por parte de los demás entes públicos. Su pertinencia estriba en que la propuesta de una dimensión material de la democrática, entendido en estos términos, permite que sea objeto de control de regularidad por los órganos competentes para contribuir a su consolidación.

Si bien se puede mostrar que existe una relación biunívoca entre derechos humanos y democracia en su acepción material, de esto no se sigue que deban existir controles de regularidad ni mucho menos un control de convencionalidad. Sin embargo, este razonamiento es deficitario, pues implica desconocer la eficacia y eficiencia del enlace entre ambos conceptos. De nada sirve contar con derechos humanos que puedan ser justiciables, si será objeto de control mayoritario, sin otro control legal más allá del que puedan ejercer los órganos de representación popular, como es el caso de los operadores de producción normativa. Además, no hay justificación alguna por el cual los operadores jurisdiccionales no puedan verificar que las instituciones

políticas, así como el diseño de políticas públicas, puedan ser objeto de control de constitucionalidad.

Tal como lo muestra Torres Estrada (2019), el diseño e implementación de políticas públicas también puede afectar otros derechos. Ello se debe a la necesaria relación que hay entre principios institucionales que resguardan la defensa de los procedimientos y demás instituciones democráticas, y la dimensión valorativa que integran los derechos humanos (Ruíz & Atienza, 2001). Es decir, sería irrisorio que solo se contara con mecanismos para proteger derechos, pero no así las instituciones y procedimientos sin los cuáles estos son posibles. Por lo tanto, es imperativo, a efecto que se pueda dar a cabalidad la relación biunívoca entre democracia material y derechos humanos, que ello se traduzca en que los Estados cuenten con los controles de regularidad para que esta sea posible en la práctica eficaz y eficientemente.

De estos razonamientos surge la cuestión a dilucidar; ¿de qué forma ha de conformarse un control de regularidad en sede nacional para resguardar la democracia material?, es decir: ¿Se debe conformar la democracia como derecho, propio de la dimensión valorativa, o debe ser un principio institucional? Se considera que ésta cuenta con ambas propiedades. Esta bivalencia es dependiente del contexto normativo en el cual se regule.

La democracia es un principio institucional porque genera las condiciones tanto procedimentales como en cuanto a forma de gobierno que hacen posible los derechos humanos. Es un mecanismo que tiende en parte a finalidades mayores mediante el diálogo razonado de las personas para conformar los criterios mayoritarios que fijarán el rumbo del quehacer social. Por otro lado, también puede ser un derecho, tal como lo hace notar la Carta Democrática Interamericana, en su artículo 1, que se cita continuación, pues implica una prerrogativa colectiva sin la cual no es posible hacer valer la dignidad de las personas de manera equitativa.

#### **Artículo 1**

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas (OEA, 2001).

No se puede hablar de derechos humanos en ningún otro régimen que no sea el democrático, pues, para que exista diálogo, se debe tener

igual consideración a todas las personas en la discusión pública, que es una regla básica del discurso práctico racional. Ello implica que, como derecho, la democracia consiste en la prerrogativa por la cual todas las personas, reconocidas iguales en su dignidad, cuentan con la accesibilidad del diálogo público para establecer las condiciones por las cuáles serán gobernadas, a fin de gozar plenamente el resto de sus derechos humanos.

Al ser tanto un derecho humano de índole colectivo, así como un principio institucional, y que dependerá de la forma en que se regule en unas ocasiones o en otras en un determinado sistema jurídico, este puede ser objeto de control de regularidad en sede interna. En el caso del Estado mexicano, debería ser posible utilizar el amparo, así como la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, como instrumento para hacer valer la democracia material en ambos sentidos.

La pregunta sobre la validez que tiene la democracia para ser objeto de control de convencionalidad a nivel local desde una perspectiva internacional no solo se debe a que ha sido declarado como tal un derecho por la Carta Democrática Interamericana, sino porque de lo contrario se desconocería el régimen de los derechos humanos, porque se violaría la igualdad formal y sustantiva de las personas. Al ser un derecho de naturaleza colectiva, que permite que las personas desarrollen su proyecto de vida, y definir a su vez el quehacer público para que esto sea posible, no puede soslayarse que se tenga que interpretar en términos internacionales.

Ello implica que, cuando un país adopta cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos ante la comunidad internacional, asume una concepción material de la democracia, que debe traducirse en una gestión pública de calidad mediante todos los órganos públicos o derecho al buen gobierno. La trascendencia que esto tiene para las democracias moderna es significativa, pues no solo se agota en un deber progresivo de utilizar todos los recursos para garantizar los derechos humanos, sino que las instituciones deben contar con las condiciones para ello en términos comparativos con otros países, bajo pena de desconocer el principio de igualdad formal o sustantiva.

De nada sirve establecer una democracia en su acepción material si las instituciones democráticas, incluidos los poderes, organismos constitucionales autónomos y análogos, no cuentan con las condiciones para garantizar en términos de eficiencia y eficacia. Ello implica que los

proyectos y programas presupuestarios, así como lineamientos, directrices, reglamentos, deben ser palpables desde una óptica de derechos humanos. Es inútil contar con una institución que tenga la mejor normatividad en materia de este tipo de prerrogativas, si no se tienen los recursos para que la cumpla.

El diseño del quehacer gubernamental y su implementación debe realizarse de manera comparativa con otras naciones, pues no se justifica que exista una brecha enorme en el pleno disfrute de derechos humanos entre una latitud y otra. Se coincide con el *Manifiesto por la igualdad* (2019) de Ferrajoli, aunque desde una perspectiva post positivista, este principio no debe conocer fronteras. Si se ha de ser igual ante y en la ley, entonces, las fronteras necesariamente deben desaparecer. La soberanía no se sostiene como una justificación válida para que se dé un trato desigual al no ciudadano que al nacional, ello con relación a la forma en que otros países gozan de derechos e instituciones democráticas desarrolladas.

A manera de ejemplo, si una persona X en un Estado A no cuenta con un derecho D1 de manera óptima a cómo se goza plenamente en el país B por la persona Y, se puede realizar la siguiente afirmación en términos abstractos:

Si X goza de D1 en A

Si Y no goza de D1 en B

---

X. 

Contra dicha formulación se podría señalar que esto es irreal, pues, si bien existe el ideal de que todas las personas gocemos de los derechos humanos, los países tienen diversas circunstancias, por lo cual se justifica el que efectivamente X y Y tengan un trato diferente. Sin embargo, no es así como funciona el principio de progresividad y no regresividad en una democracia material. Para que exista un control de convencionalidad en la materia, solo cuando el país B ha establecido racional y razonablemente todos los recursos a sus alcances para que Y cuente con un derecho D1 más cercano a X, del cual goza en el país A, solo entonces se ha cumplido con el derecho humano a la democracia.

Con ello no se quiere dar a entender que no puedan darse retrocesos democráticos o en derechos humanos, sino que solo se pueden dar cuando se justifique, pues únicamente de esta manera se

puede proteger a las personas de intereses particulares y de la corrupción de los gobiernos al adoptar políticas públicas que sean deficitarias o ilegales.

Se reconoce que ello no implica una panacea, pero sí da la pauta para que particulares puedan controvertir la violación por países a la democracia, mínimo a nivel regional, si se aceptan estos supuestos, y en su momento de manera universal, como derecho humano en sede jurisdiccional internacional. Lo que se pretende es que se generen las circunstancias para generalizar la igualdad formal y material en derechos de todas las personas o:  $X=Y$  sin importar las fronteras.

Acorde con dichos razonamientos, de implementar el control de convencionalidad democrático, necesariamente se da pauta a un constitucionalismo cosmopolita, pues las fronteras dejan de tener sentido, sobre todo de atender a cabalidad el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que otorga la facultad a toda persona de contar con el capacidad real de movilidad dentro y fuera de su Estado, y gozar de todas sus prerrogativas sin importar dónde se encuentre:

#### **Artículo 13**

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país (ONU, 1948).

Se podría oponer a este razonamiento uno de índole factual, consistente en que el mundo es demasiado plural y existen demasiados intereses de por medio para dar pauta a un constitucionalismo que trascienda barreras y que desemboque inclusive en uno de índole global. Sin embargo, la alternativa consiste en desconocer la creciente interdependencia de nuestras actividades como personas a escala global, con el inconveniente de mantener una inercia que pone en riesgo nuestra sobrevivencia, ya sea por cuestiones ambientales, bélicas, entre otras. Las medidas nacionalistas y proteccionistas no pueden ser invocadas según el nivel de desarrollo tecnológico con el que se cuenta.

Tampoco sería una justicia para la población mundial seguir justificando la miseria de millones y la riqueza de unos cuantos al atender que unos países cuentan con mayor “madurez” política que otros. Por lo tanto, es imperativo que se adopte el control de convencionalidad democrático en sede interna, con parámetros internacionales por parte de la comunidad internacional para que con ello se logre una igualdad

formal y material a favor de la humanidad, que se traduzca en un reconocimiento congruente y consistente de la dignidad humana.

La democracia sustantiva, como derecho humano, también tiene implicaciones desde la representación política. Ello se debe a que no basta que quienes sean elegidos para dirigir los asuntos públicos actúen como deseen en un determinado momento, según la regla mayoritaria. Si algo enseña Ferrajoli (2019), es que ello conduce necesariamente a un absolutismo mayoritario.

En otras palabras, se necesita configurar un tipo de representación que logre ser coincidente con los derechos humanos para que este se traduzca en crear oportunidades y capacidades reales para la población. Se propone que dicho mandato solo puede ser entendido desde un ámbito igualmente sustantivo y el cual sea dialógico.

La representación política, tal como lo entiende Vidal (2009), debe visualizarse desde una dimensión práctica y no descriptiva, es decir, lejos de recuperar aspectos descriptivos o meramente simbólicos por las características o creencias que puede emular una persona en relación con diversas personas tanto físicas como artificiales, este tipo de encarnación tiene por objeto que se ejerzan intereses en relación con un grupo de personas.

Ello implica que se debe dar necesariamente un vínculo jurídico que cuente con una dimensión valorativa que justifique los intereses en juego en relación con quien los representa. No se trata solo de una representación cualquiera, como ocurre en un mandato judicial o mercantil, sino que implica que la persona que se elige como representante actúe como un fiduciario, en la medida que cuenta con ciertos rasgos que le califican en la posibilidad de poder realizar actos según los intereses generales y no particulares de la colectividad con un amplio margen de discrecionalidad.

Se trata de un tipo de representación necesaria, a oposición de la voluntaria, pues el propio derecho establece quién ha de representar dichos intereses, pues la población por sí sola es incapaz de realizar la dirección de los asuntos públicos, donde el político es quien hace las veces. Esto trae como consecuencia una relación jurídica constitutiva, ya que a través de las acciones de este último es como se generan nuevas circunstancias jurídicas desde el ámbito de discrecionalidad de su destinatario, pero no por ello de manera arbitraria.

El representante político debe rendir cuentas y mostrar que existe una relación entre medios y fines para conseguir los objetivos que plantea. Ello implica que la representación en cuestión debe ser acorde con los derechos humanos. En una democracia constitucional, son estas prerrogativas las que deben establecer los márgenes de discrecionalidad con los que ha actuar el político, que se configuran mediante las funciones de determinación del derecho que realizan los diversos operadores jurídicos, sobre todo los jurisdiccionales, al interpretar los alcances de un determinado sistema normativo.

Ello implica que, para ejercer un control de convencionalidad democrático desde la función pública, se requiere estar atento a los aspectos que se describen a continuación:

- A. Los partidos políticos y demás candidatos deben establecer una agenda congruente con los derechos humanos en el sentido de que esta sea eficaz y eficiente en caso de aplicarse.
- B. Los representantes populares deberán transparentar sus actividades y rendir cuentas de manera imparcial y objetiva con enfoque en derechos humanos.

El primer elemento se justifica en la medida que las propuestas que realicen los partidos políticos y demás candidatos deben conducir necesariamente a garantizar los derechos humanos. La eficacia y eficiencia se requiere concretar para no caer en el populismo y demagogia, que es lo contrario a una democracia constitucional. Cabe resaltar que ello también se justifica en la medida en que los políticos realizan sus actividades gracias a la erogación de recursos públicos, de allí que el dispendio propio para mantener el poder como una finalidad en sí no tiene cabida en esta forma de gobierno.

En cuanto al segundo elemento, éste es un corolario que se desprende de los dos. Un sistema democrático no puede funcionar, si no es mediante la rendición de cuentas, donde, además, se transparenta la actividad de quienes actúan desde diversos intereses a favor de la ciudadanía. Lo importante a destacar es que estas funciones se desarrollen desde un ámbito objetivo e imparcial. Sería incongruente que sean juez y parte en estas actividades, pues ello implicaría trastocar el principio de seguridad jurídica.



Estos elementos, si bien son condiciones suficientes para una representación material en materia política, son insuficientes, pues se requiere que se desarrollen desde un ámbito dialógico. Esto atiende a que la democracia no se puede dar, si no es mediante la conformación de la mayoría en un ámbito discursivo de quienes van a ser afectados, tal como lo señala Gargarella (2021). Esta forma de gobierno solo tiene sentido en la medida que logre considerar a todos los sectores de la sociedad que se puedan ver involucrados, de lo contrario se pierde legitimidad.

Uno de los mayores problemas de los regímenes democráticos, sobre todo en América Latina, consiste en que los países de esta región no responden a las exigencias de la población. Entre diversas causas, se establece como factor el hecho consistente en que se cuenta con amplias listas de derechos y prerrogativas, pero instituciones que no involucran a la población en la toma de decisiones. De manera similar, este fenómeno lo o mostraron en su momento Robert Stefan Foa y Yascha Mounk (2017), en el sentido de que, así como las democracias tienden a consolidarse, también existen fenómenos por el cual se descomponen.

Solo en un sistema normativo que permita involucrar a los afectados se puede hablar que existe una representación política material, para lo cual se requieren también los siguientes elementos:

- A. Conformación plural de órganos de representación popular, incluidos los partidos políticos.
- B. Participación en los foros públicos de todos los sectores de la sociedad que se vean afectados, según las reglas del discurso práctico racional y desde un enfoque de derechos humanos.

En cuanto al primer elemento, no basta que los candidatos y partidos políticos lleguen al poder desde el voto mayoritario, sino que los órganos de representación popular cuenten con una integración plural en donde se escuchen todas las voces. Tal como lo menciona Peter Haberle (2013), la conformación democrática de diversas perspectivas es lo que contribuye a que se dé una gobernanza legítima. Carecer de una visión plural solo abre la puerta al absolutismo mayoritario en detrimento de los demás derechos humanos. Una representación política material en el sentido que se señala hace posible que se consolide una democracia constitucional.

Ello se traduce a que, inclusive los partidos políticos, se conformen acorde con una perspectiva plural por ser entes de interés público, a la vez que existen gracias a los recursos públicos. Esto implica que no pueden darse el lujo de seguir un esquema vertical, pues esto sería inconsistente con el ánimo de toda democracia donde cada voz cuenta y no solo los votos; sobre todo se debe dar una voz prioritaria a quien no la tiene. No se debe buscar una mayoría afectando a las minorías, pues ello implicaría desconocer que la configuración de las voluntades sigue la ley del más fuerte en perjuicio de los más débiles, que sería incongruente con el principio de dignidad humana. En todo caso, la representación debe fortalecer al más débil para equilibrar la balanza en un escenario de desigualdades injustificadas, que se pueden haber dado históricamente por siglos.

Si la conformación de la representación política es material y debe contribuir a un control de convencionalidad democrática, esta solo puede ser posible en la medida que quien vaya a ser afectado por la toma de decisiones participe en estas, según las reglas de un discurso práctico y desde una perspectiva de derechos humanos. Contrario a lo que señala Gargarella (2021), donde estas prerrogativas pueden ser desplazadas por aquello que válidamente pueda determinar dialógicamente la mayoría, esto no es posible, salvo que exista una justificación adecuada.

Las reglas del discurso práctico se hacen precisamente para respetar la igualdad de quienes participan y se busque que aquellos que puedan verse afectados sean llamados. Si bien es importante decidir quién participa de las decisiones, a fin de dotar de legitimidad a las instituciones públicas, con más razón el proceso de determinar la voluntad también es relevante. No es que los derechos humanos no puedan ser objeto de justificación o que cedan frente a principios institucionales, sino que, para que esto ocurra, se deben seguir reglas del discurso práctico que existen para proteger la igualdad y dignidad de los participantes. Ello implica que la toma de decisiones entre gobierno y población debe realizarse necesariamente en un ámbito desde la perspectiva de los derechos humanos, en aras de buscar su progresividad y no regresividad.

De lo anterior se desprende que la representación política también debe ser material para contribuir a sentar las bases de una democracia sustancial que pueda ser objeto de control de convencionalidad en cualquier parte del mundo. Esto conlleva aceptar que tanto las

instituciones públicas de representación popular como los candidatos y partidos políticos que determinen participar en la dirección del quehacer público representen la esencia de la democracia, donde el voto se traduzca en que todos los sectores de la sociedad, sobre todos los que menos voz tienen, participen desde un enfoque de derechos humanos.

### **III. Limitaciones para aplicar el control de convencionalidad democrático en México**

#### **Aspectos jurisprudenciales**

Si bien en 2011 se elevaron en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los derechos humanos, con lo cual se daría pie a que se pudiera contar con las condiciones para aplicar un debido control de convencionalidad democrático, ello no es posible, según las diversas disposiciones normativas que de manera interpretativa ha mantenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y con lo cual se ha logrado justificar instituciones contrarias inclusive con la teleología de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que ha celebrado el país con la comunidad internacional.

El primer precedente que se puede recuperar es la contradicción de tesis 293/2011, que resuelve la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A través de esta, se determinó que era válido mantener la supremacía constitucional frente a los tratados internacionales, pues de lo contrario se violentaría la soberanía, pese a que ello implicaría vulnerar el espíritu de la reforma como acertadamente lo hizo notar el ministro José Ramón Cossío Díaz (2011).

Ello dio pauta a que se puedan mantener instituciones a nivel constitucional contrarias a varios principios de derechos humanos, como el caso de la presunción de inocencia, al permitir que el arraigo se siga contemplando en el artículo 16 del ordenamiento jurídico en cuestión, o la prisión preventiva oficiosa, en el artículo 19, para casi cualquier delito que así lo amerite el Congreso de la Unión de manera mayoritaria, aunque en la realidad no sea necesario para acreditar los extremos de riesgo de fuga o de peligro de la sociedad.

Este primer criterio permite que se obstaculice la implementación del control de convencionalidad democrático, pues la democracia formal se antepone a su dimensión material. Siempre que el constituyente permanente determine que exista una restricción que incorporar en

materia de derechos humanos en el ordenamiento constitucional, entonces se considera válido. Tratándose de la institución del arraigo, esto se puede traducir en un silogismo de la siguiente manera:

**Premisa mayor:**

Siempre que exista restricción constitucional de derechos humanos, después, esta es constitucionalmente válida.

**Premisa menor:**

El arraigo es una restricción constitucional de los derechos humanos.

---

El arraigo es constitucionalmente válido.

El problema de adoptar estos criterios consiste en que se puedan contar con ordenamientos constitucionales con antinomias, situación que juristas mexicanos han reconocido, como el caso de Marroquín Zaleta (2001), incluso la corte en su momento, pese a que se ha distanciado de dichas circunstancias. A continuación, se recupera un criterio que avala esta línea de argumentación:

**CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ.** Las reformas a los capítulos 49 y 131 de la Constitución, efectuadas por el Congreso de la Unión, no adolecen de inconstitucionalidad, ya que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deban observarse por ser contrarios a lo dispuesto por otros. La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás normas que constituyen un orden jurídico determinado y conforme a su capítulo 133, la Constitución no puede ser inconstitucional; es un postulado sin el cual no se podría hablar de orden jurídico positivo, porque es precisamente la Carta Fundamental la que unifica la pluralidad de normas que componen el derecho positivo de un Estado. Además, siendo "la Ley Suprema de toda la Unión", únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con las disposiciones de la misma que en el derecho mexicano se contienen en el capítulo 135 constitucional, y únicamente por conducto de un órgano especialmente calificado pueden realizarse las modificaciones o adiciones, y por exclusión, ningún otro medio de defensa legal como el juicio de amparo es apto para modificarla (Zaleta, 2021).

La otra limitación que enfrenta la posible regulación e implementación del control de convencionalidad a través de los controles de constitucionales existentes se debe a que la corte y la propia disposición jurídica en materia de amparo ha señalado que, frente a

reformas constitucionales, estos no proceden. A continuación, se citan los criterios jurisprudenciales que muestran dicha afirmación:

En materia de acciones de inconstitucionalidad:

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE LA PROMOVIDA POR LA REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA MINORITARIA DE UNA LEGISLATURA LOCAL EN CONTRA DE REFORMAS O ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De conformidad con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el proceso de reformas y adiciones a ésta se requiere que el Congreso de la Unión, por una mayoría calificada, apruebe las que fueron sujetas a su consideración y, hecho lo anterior, que sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados; sin embargo, la participación de éstas no implica que sean ellas, en forma exclusiva, las que aprueben y expidan la norma general, siendo este requisito al que se refiere el artículo 105, fracción II, inciso d), de la Constitución Federal para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, cuando señala que procede en contra de leyes expedidas por el propio órgano, mas no respecto de aquellas en las que sólo haya participado para su aprobación, conjuntamente con diversos órganos legislativos. En congruencia con lo anterior y de acuerdo con una interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso d), y 135 constitucionales, se infiere que las acciones de inconstitucionalidad promovidas en contra de reformas o adiciones a la propia Constitución por la representación parlamentaria minoritaria de una legislatura local, es improcedente, en virtud de que no fue esa legislatura quien en forma exclusiva expidió la norma general materia de impugnación (Tesis P./J. 66/2005).

En materia de controversias constitucionales:

**CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a este precepto constitucional, se desprende que la tutela jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (Federación, Estados, Municipios y Distrito Federal) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivo de sus actos o disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen a la Norma Fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contempla dentro de los órganos, poderes o entidades que pueden ser parte dentro de una controversia constitucional, al Órgano Reformador de la Constitución previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones de gobierno; además de que se integra por órganos de carácter federal y locales, es a quien corresponde, en forma exclusiva,

por así disponerlo la Constitución Federal, acordar las reformas y adiciones a ésta, y de ahí establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno, sin que tampoco, al referirse el citado artículo 105, fracción I, a "disposiciones generales" comprenda las normas constitucionales (Tesis P./J. 66/2005).

En materia de amparo:

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

- I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Todos estos criterios y disposiciones jurídicas se oponen injustificadamente a aspectos de racionalidad y razonabilidad que no tienen cabida en pleno siglo XXI. Es insostenible creer que no sea posible que se cuenten con antinomias dentro del ordenamiento constitucional, cuando la realidad muestra que estos supuestos se dan precisamente porque están hechos por sujetos de carne y hueso. Se reitera que lo único que ello posibilita es que se permita al legislador una discrecionalidad excesiva para minar las instituciones democráticas.

Por último, cabe recuperar el precedente de la contradicción de tesis 299/2013, que dilucida también la primera sala de dicho tribunal constitucional, que estableció que la jurisprudencia no puede ser sometida a control de convencionalidad por otros operadores jurisdiccionales. Este *holding* tuvo como *ratio decidendi* una petición de principio (en considerar) sin argumento alguno y que, si se deja que los demás jueces y magistrados confronten las interpretaciones normativas, entonces se generará una incertidumbre de seguridad jurídica. Esta postura solo muestra una perspectiva propia de una arrogancia epistémica, pues impide que se logre una óptica crítica para consolidar los derechos humanos y, por extensión, la democracia constitucional.

Ante el monopolio interpretativo que maneja la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha dado pie a que se establezcan normas que impiden que se implemente en el país un control de convencionalidad democrático; ello es contrario a la finalidad con la cual se realizaron las reformas de 2011. Si se ha de lograr abrir el diálogo de los derechos humanos y la democracia ante el mundo en beneficio de las personas, este no puede verse constreñido por criterios inconsistentes que no cuenten más justificación que los intereses particulares o el temor a lo desconocido.

Para que opere adecuadamente un control de convencionalidad democrático en el Estado mexicano, es necesario un cambio de óptica interpretativa por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a favor de una visión material de esta forma de gobierno, donde se tome en serio a esta en su dimensión como derecho colectivo, así como los compromisos que se desprenden de otros tantos tratados internacionales y declaraciones que se han emitido en la materia.

### **Aspectos de representación material**

En cuestión de representación popular, la regulación constitucional electoral también limita la adecuada aplicación del control de convencionalidad en materia democrática. Ello se debe a que el sistema jurídico mexicano favorece una concepción formal de esta forma de gobierno, donde lo importante es el voto y no la conformación plural de las instituciones públicas de representación popular, en las que las propuestas se realicen eficaz y eficientemente desde un ámbito de transparencia y rendición de cuentas con un enfoque de derechos humanos.

Este sistema normativo omite un proceso dialógico acorde con las reglas del discurso práctico en la toma de decisiones políticas, donde se recuperen las partes que puedan ser afectadas. Es decir, no se cuenta con las bases y lineamientos jurídicos constitucionales que establezcan que se está ante una representación política material.

Para mostrar esta afirmación, se contrastarán cada uno de los elementos que se vieron con anterioridad desde la acepción sustantiva de la representación hasta a la legislación electoral vigente. Ello para resaltar la importancia de transitar a una democracia constitucional dialógica que contribuya a que esta sea legítima y pueda ser garante de derechos humanos.

### **Diseño y ejecución de propuestas con enfoque a derechos humanos que sea eficaz y eficiente**

Ni la Ley General de Partidos Políticos ni la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, como ordenamientos trascendentales en la materia, establecen en artículo alguno que los partidos o candidatos deban realizar sus propuestas con un enfoque de derechos humanos. Si bien hay algunas disposiciones en cuanto a equidad de género o

tratándose de este tipo de prerrogativas de la mujer, no hay nada que desarrolle este aspecto en concreto. Ello implica que los partidos políticos tienen total libertad de elaborar cómo sean sus agendas.

En contra de esto, se podría señalar que, acorde con el principio de irradiación, los partidos políticos deben respetar el artículo primero de la constitución política; sin embargo, ello solo es posible en la medida que se concrete; situación que no acontece. En todo caso, se da un amplio margen de discrecionalidad, donde no hay manera alguna para garantizar la eficacia y eficiencia de las propuestas desde un enfoque de derechos humanos.

En el caso de la plataforma de acción, documento que fija las acciones a realizar por quien busque un puesto público, regulada en el artículo 38 de la Ley General de Partidos Políticos, nada dice de la forma en la que se han de diseñar las propuestas de quien busque contender por un puesto de representación popular. A continuación, se cita dicho numeral para mayor claridad:

Artículo 38.

1. El programa de acción determinará las medidas para:

- a) Alcanzar los objetivos de los partidos políticos;
- b) Proponer políticas públicas;
- c) Formar ideológica y políticamente a las y los militantes;
- d) Promover la participación política de las (sic DOF 13-04-2020) militantes;
- e) Establecer mecanismos de promoción y acceso de las mujeres a la actividad política del partido, así como la formación de liderazgos políticos, y
- f) Preparar la participación activa de las y los militantes en los procesos electorales

Para lograr una representación material, se requiere precisar que los partidos políticos y demás contendientes a un puesto de elección popular deben realizar sus acciones según los derechos humanos. Dicha circunstancia no ocurre, pues la legislación es omisa en establecer algún parámetro que muestre la viabilidad de las propuestas de los posibles representantes. Ello deja en un estado de incertidumbre jurídica al electorado que no sabe a qué atenerse en cuanto a la concreción de los derechos humanos o de los retos que como población deben afrontar.



Por lo tanto, se está ante una limitación en la materia que debe superarse, bajo pena de que no se implemente adecuadamente un control de convencionalidad en materia democrática.

### **Los representantes populares deberán transparentar sus actividades y rendir cuentas de manera imparcial y objetiva con enfoque en derechos humanos**

Al igual que en el caso anterior, ambas legislaciones electorales en cita son omisas en señalar los parámetros por los cuáles los partidos políticos han de desarrollar una rendición de cuentas que sea objetiva y transparente. Ello se debe a que, fuera de la regulación de informes financieros, no hay manera alguna para verificar que, durante campaña o una al ocupar un cargo público, se realicen dichos ejercicios con estas características, pues son los propios políticos quienes hacen las veces de informar al público de sus gestiones, como ocurre con el titular del Ejecutivo o en el caso de los integrantes del Congreso de la Unión. Se trata de ejercicios donde se es juez y parte sin que existan controles en los que un tercero imparcial determine sus alcances y veracidad, o validez frente a los derechos humanos.

Para que la regulación cumpla con los extremos propios de una representación material por la que se permita ejercer un control de convencionalidad de la democracia, se requiere que existan mecanismos para controlar lo que los políticos logren proferir. Hasta que ello ocurra, la regulación actual se erige como una limitante de la población que no cuenta con la certeza en cuanto a la consistencia de la gestión de los políticos.

### **Conformación plural de órganos de representación popular**

Aunque el Capítulo II, del Título Tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protege el principio de representación proporcional, este incumple con los extremos del principio de representación material. Ello se debe a que, por un lado, fuera de las cuotas de género, los partidos políticos no cuentan con deber jurídico para integrar a sus filas a los diversos sectores de la población, sobre todo a los más vulnerables. Esto es grave a que quienes serán elegidos son sectores que cuentan con un amplio margen de popularidad, pero sin ofrecer a la población candidatos que tienen algo que decir desde

diversas ópticas, tal es el caso de indígenas, ejidatarios, personas con discapacidad, etcétera.

Por otro lado, la asignación de curules en el Congreso de la Unión responde no a las minorías o integrar una representación donde se vean expresados los sectores, sino según el número de votos que los partidos políticos obtuvieron en un determinado momento. A manera de ejemplo, todos los partidos políticos que obtienen 3 por ciento de la votación válida emitida, lo consiguen por ese solo hecho, sean o no mayoritarios.

Esta es una limitante en la medida que, si el voto es el referente para determinar si la oposición obtiene algún escaño en la política, jamás se va podrá conformar el quehacer público como una representación de la sociedad donde los que más la necesiten tengan algo que decir para contribuir a consolidar la democracia constitucional. Por lo tanto, es indispensable modificar estos lineamientos para dar pauta a que se pueda integre un Estado pluricultural de derecho, que haga frente a los retos que requiera el país en materia de derechos humanos.

### **Participación en los foros públicos de todos los sectores de la sociedad que se vean afectados, según las reglas del discurso práctico racional y desde un enfoque de derechos humanos:**

Existen dos momentos importantes para que la sociedad se vea involucrada en el quehacer de la vida pública para cumplir con los extremos de una democracia con representación material: el diseño de producción normativa y su implementación mediante políticas públicas. En el primer caso, la sociedad no se ve involucrada, corresponde solo al Congreso de la Unión o legislaturas locales su discusión y aprobación. Con ello no se pretende desconocer que el artículo 71 de la carta magna pretenda otorgar a los ciudadanos la facultad de proponer legislaciones o que el artículo 35, en su fracción VIII, establezca que las personas tengan derecho a participar en consultas populares.

La cuestión es que todas estas formas de participación de diseño normativo implican involucrar a la población mediante votación, mas no así en la discusión. Se involucra a la sociedad en la medida que presenta una propuesta, pero no se le llama a darle seguimiento o, en su defecto, no se le considera para ulteriores motivos. En este aspecto, el reglamento de la Cámara de Diputados, así como el ordenamiento para la cámara de

senadores, no establece deber jurídico alguno para llamar a los sectores afectados a precisar discusiones en aquellas cuestiones que les pudiese afectar.

En este aspecto, la legislación solo se realiza según un sistema de representación política indirecto, pero que no está integrado plural e incluyentemente para que sea una imagen de todos los sectores de la sociedad. Tanto el momento de conformar los órganos de representación popular como el de legislar ambos aspectos deben ser considerados, circunstancia que no está presente. Poca legitimidad se puede extraer de este sistema jurídico-político donde es fácil beneficiar a intereses particulares. La representación material y la razón práctica tienen que verse expresadas al momento del diseño normativo mediante sus etapas y procedimientos para que se garantice la dimensión valorativa de los derechos humanos o disminuir los riesgos de las afectaciones negativas que cualquier propuesta puede tener.

De manera similar, a pesar de que el artículo 26 del ordenamiento constitucional federal establece un sistema de planeación democrático, que pretende lograr la gobernanza, según los derechos humanos como último referente del diseño y ejecución de la política pública a nivel nacional y estatal, la Ley de Planeación, como ley que debe aterrizar estos presupuestos axiológicos, es omisa en precisar la forma en la que la sociedad tome parte en aquellas decisiones que le puedan afectar. A través de esta ley general, no hay mención alguna para procurar los extremos de la representación material.

A lo mucho se reitera el contenido del extremo constitucional, donde se señala que se convocarán a foros sin que precisen lineamientos de inclusión o discursivos que determinen su legitimidad. En otras palabras, estos quedan al capricho de la de la discrecionalidad de administración pública en turno sin que exista indicio alguno que efectivamente los sectores de la población que se verán afectados serán incluidos en el diálogo de la planeación democrática de manera tal que en el corto, mediano y largo plazo se vean beneficiados. Estos aspectos no pueden quedar fuera de la legislación, bajo pena de incurrir en un ámbito de excesiva discrecionalidad que no es propio de una democracia constitucional.

Solo en la medida que la pluralidad se vea expresada en la integración de los órganos de representación popular y en la toma de decisiones mediante los destinatarios o actores principales, se puede

establecer que existe una democracia material donde se puede efectuar un control tal como se ha pretendido, es decir, el deber jurídico no solo se agota en la producción normativa, sino también en el diseño e implementación de políticas públicas. En el caso actual, el silencio del legislador muestra que efectivamente no se cumple con este extremo, con lo cual se corre el riesgo de debilitar la legitimidad de las instituciones y, por ende, todo el andamiaje jurídico.

De los distintos aspectos jurisprudencias, y de la propia regulación jurídico-constitucional y legal en el Estado mexicano, se muestra que no cumplen con los estándares propios para hacer valer un control de convencionalidad en materia democrática, que permita consolidar una democracia material que contribuya a dar pauta a un constitucionalismo cosmopolita. Ello afecta en término último la consolidación del derecho humano al buen gobierno, pues limita injustificadamente el quehacer del gobierno en su conjunto de manera que se extienda eficaz y eficientemente para que las personas gocen de una vida digna, donde sean tanto los beneficiarios como los actores principales de un gobierno que se supone que debe actuar a favor de todos los sectores de la sociedad.

Con ello no se niegan los aciertos que haya desplegado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su función interpretativa del sistema jurídico mexicano ni mucho menos se rechaza que los partidos políticos y demás actores en el foro democrático hayan realizado avances significativos. Lo que estas reflexiones señalan consiste en mostrar una imagen donde aún faltan dos elementos clave para dar un paso significativo a una democracia en la que las y los mexicanos pasen a sentirse como ciudadanos del mundo: la inclusión y el diálogo. Sin estos dos principios se corre el riesgo de seguir ante escenarios donde los derechos humanos no logran garantizarse de manera más o menos homogénea en una visión de progresividad y de no regresividad. Ello no es adecuado en un contexto de alta interdependencia por las razones que ya se han expresado. Lo ideal sería que se logre mayor apertura y apostar por un sistema jurídico congruente con la dimensión valorativa que se empezó a dar desde la reforma de 2011 y que se traduce en desarrollar una vida digna sin importar la latitud en la que se encuentre cualquier persona en el territorio mexicano.

#### IV. Conclusiones

A través de este artículo se mostró que, para conformar la relación biunívoca entre democracia y derechos humanos, es importante interpretar la primera en su acepción material. Ello implica que para que esta pueda sostenerse consistente, eficaz y eficientemente se requiere aceptar una óptica post positivista, que admita un objetivismo ético.

También implica la obligación por parte de los Estados en sede interna e internacional mecanismos para garantizar el control de convencionalidad democrático. Esto conlleva que las instituciones deben establecer las disposiciones necesarias para garantizar los derechos humanos para que todas las personas cuenten con condiciones reales y homologables para que realicen sus proyectos de vida en dignidad.

El Estado mexicano cuenta con demasiadas limitaciones jurídicas, procedentes en su mayor parte de criterios jurisdiccionales, adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que impiden que se aplique un control de convencionalidad democrático y los cuáles son necesarios de eliminar, bajo pena de generar condiciones generales que violenten la igualdad formal y material para las personas que atraviesan las fronteras de este país y las que residen en él.

No se ignora que aún se requiere mucho trabajo para determinar con mayor nivel de especificidad las condiciones de aplicación de esta figura; sin embargo, como humanidad se considera que no se puede dar el lujo de mantener condiciones de desigualdad tan grandes y un discurso que, a la vez que exalta los derechos humanos, los desconoce de manera tan reiterada. O somos todos iguales o necesariamente debemos aceptar que hemos fracasado en reconocernos como personas.

#### V. Referencias bibliográficas

Alexy. R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho, *Doxa*, 32, 67-84.

Atienza. M (2006). *El Derecho como Argumentación*. Ariel

Cámara de Diputados. (2013). “*Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”., H. Congreso de la Unión, LXIV Legislatura, Leyes Federales Vigentes.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamp.htm>

- Ferrajoli. L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta.
- Ferrajoli. L. (2013). *Principia iuris*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta.
- Gargarella. R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*. Siglo XXI.
- Manero, R. & Atienza M. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica, *Doxa*, 24, 115-129.
- Mounk. R.S. (2017) The signs of deconsolidation. *Journal of Democracy*. 5-15.
- Organización de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de Estados Americanos (2001), *Carta Interamericana de Derechos Humanos*.  
[https://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm)
- Peces Barba. G. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Regla. J.A. (2019). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. *Doxa*, 42, 85-100.
- SCJN-P.S. (2011), *Contradicción de Tesis 293/2011*.  
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). *Contradicción de Tesis 299/2013*.  
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439>
- Semanario Judicial de la Federación (julio 2005). Tesis P./J. 66/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII. Página 777.
- Semanario Judicial de la Federación (septiembre 2002). Tesis P./J. 40/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XVI. Página 997.
- Torres. P. (2019). *Los razonamientos jurídicos de la política pública*. Tirant lo Blanch.
- Zaleta. J. (2001). *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*. Porrúa.