CEDHJ
Comisión Estatal
de Derechos Humanos
Jalisco

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

Coordinación
Germán **Cardona Müller**

Dirección
Hernández Barrón &
Chávez Cervantes

V.
Interpretación *y* Argumentación Jurídica *de los* DH

Colección de Estudios en Derechos Humanos
Tomo V. Interpretación y Argumentación Jurídica de los Derechos Humanos (Versión PDF).

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

Imagen de portada y diseño editorial: Oscar Ascary Aréchiga Del Toro &
María José Martínez Villalobos

Primera edición 2021 DR.©2021 Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli.

Pedro Moreno 1616, Colonia Americana, Código Postal 44160, Guadalajara Jalisco, México. Tel. 01800 201 8991. http://cedhj.org.mx

ISBN de Obra Completa: 978-607-99138-0-9
ISBN del Volumen: 978-607-99138-5-4

La Colección de Estudios en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución No Comercial. Todos los derechos reservados. Esta edición y sus características son propiedad de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco 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.

Impreso y hecho en México / Printed and made in Mexico

ISBN: 978-607-99138-0-9 ISBN: 978-607-99138-5-4

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

Consejo Asesor

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Universidad Carlos III de Madrid

María del Carmen Barranco Avilés

Universidad Carlos III de Madrid

Guillermo Escobar Roca

Universidad de Alcalá de Henares

Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca

Universidad Nacional Autónoma de México

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras

Universidad de Guadalajara

CEDHJ
Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Instituto de Derechos Humanos Francisco Tenamaxtli
"AXCAN QUEMA, TEHUATL NEHUATL"

Tomo V. Interpretación y Argumentación Jurídica de los Derechos Humanos de la Colección de Estudios en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

Dirección editorial de la Colección

Alfonso Hernández Barrón

José de Jesús Chávez Cervantes

Coordinador del Tomo

Germán Cardona Müller

Autores(as)

Isabel Lifante Vidal

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras

Ilsse Carolina Torres Ortega

Francisco Roberto Ramírez Ramírez

Enriqueta Benítez López

José de Jesús Ibarra Cárdenas

Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca

Domingo Ruiz López

Daniel Alejandro González del Rincón

Germán Cardona Müller

Interpretación y Argumentación jurídica de los Derechos Humanos

Colección de Estudios en Derechos Humanos

Índice

Prólogo 3
Alfonso Hernández Barrón

Introducción 6
Germán Cardona Müller

Capítulo I. Derechos humanos y argumentación jurídica interpretativa 7
Isabel Lifante Vidal

Capítulo II. Sobre la delgada línea entre el derecho al uso y el exceso de la fuerza pública. Una interpretación en materia de derechos humanos 19
Tadeo Eduardo Hübbe Contreras

Capítulo III. El principio *pro homine* y la interpretación jurídica como argumentación práctica 31
Ilsse Carolina Torres Ortega

Capítulo IV. Reconfiguración comprensiva del Sistema de Justicia Penal mexicano desde la noción del giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea y la cultura de los derechos humanos 43
Francisco Roberto Ramírez Ramírez

Capítulo V. La certeza jurídica y la libertad de acción en el estado de excepción 56
Enriqueta Benítez López

Capítulo VI. Argumentar e interpretar con perspectiva de derechos humanos 72
Jesús Ibarra Cárdenas

Capítulo VII. Argumentación jurídica y perspectiva de género: un análisis desde los estereotipos del juzgador 83
Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca

Capítulo VIII. Los derechos de los contribuyentes y la Acción 13 del Plan de Acción BEPS en México 98
Domingo Ruiz López

Capítulo IX. Más allá de la ponderación: Argumentos para los derechos al agua 115
Daniel Alejandro González del Rincón

Capítulo X. La obligatoriedad de adoptar en sede nacional el control de convencionalidad en materia democrática a la luz del estudio de caso de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018 resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 128
Germán Cardona Müller

Prólogo

Alfonso Hernández Barrón

No se pueden comprender los sistemas jurídicos contemporáneos, la democracia, ni mucho menos los derechos humanos sin la facultad de la argumentación jurídica. No es que estas prerrogativas se reduzcan a una función de mera justificación, sino que, tal como lo señala Atienza (2014), se debe comprender el papel central que esta juega como herramienta para hacer posible aquellos valores que una sociedad, en un determinado contexto, considera esenciales.

Don Gregorio Peces-Barba señalaba que los derechos fundamentales implican pretensiones morales que deben ser necesariamente justificadas (2014). Si se niega la dimensión discursiva en la que se deben sustentar dichas expectativas, entonces no se puede tener democracia, pues los derechos se transformarían en imposiciones en detrimento de la dignidad humana.

El discurso práctico racional es necesario para que se pueda dar el binomio democracia-derechos humanos, tal como lo señala Robert Alexy (2009). Si este falta, se abre la puerta a los males de la democracia: el autoritarismo, el despotismo, la arbitrariedad y la exclusión social, como lo indica Josep Aguiló Regla (2019). Ya sea bajo la forma de un déspota único o de un absolutismo mayoritario, la razón práctica sirve como herramienta que contribuye a garantizar aquella esfera de lo indecidible, a la que hace alusión Luigi Ferrajoli (2010), para que toda persona pueda desarrollar su proyecto de vida tanto en lo individual como en armonía con la colectividad.

La obra intitulada *Interpretación y Argumentación de los Derechos Humanos*, cuyo honor se nos concede prologar, reivindica la importancia que tiene la justificación como elemento esencial en la construcción y desarrollo de dichas prerrogativas, así como de toda democracia constitucional. A través de los diez capítulos que la conforman, cada autor y autora aportan de manera integral desde diversas áreas del derecho a esta visión. A continuación, se realizará un breve análisis del contenido.

El primer capítulo, de Isabel Lifante Vidal, titulado *Derechos humanos y argumentación jurídica interpretativa*, reflexiona sobre la importancia que tiene la justificación como herramienta de transformación social, precisamente para resolver problemas, según aquella dimensión valorativa que conforman los derechos humanos en una determinada sociedad. Es decir, se interpreta para que dichos valores sean una realidad, donde es poco útil, a criterio de la autora, sostener una postura que niegue la importancia que tiene la razón práctica para el desarrollo del sistema jurídico. Con ello no desconoce la función que tienen las razones institucionales en el derecho; sino que ignorar una óptica que reconozca una objetividad ética limita la posibilidad de concretar los derechos humanos de manera consistente con la dignidad.

Sobre la delgada línea entre el derecho al uso y el exceso de la fuerza pública. Una interpretación en materia de derechos humanos es el título del segundo capítulo de Tadeo Eduardo Hübbe Contreras, consiste en establecer el hacer de la argumentación jurídica una herramienta para la adecuada regulación de la fuerza excesiva en aras de preservar la dignidad humana. Para ello realiza una comparativa de estudio de caso entre las manifestaciones que ocurrieron en Estados Unidos, con motivo de la privación de la vida de George Floyd y, por otro lado, con aquellas que surgieron a raíz del asesinato en Jalisco de Giovanni López. Lejos de tratarse de casos aislados, dicha colaboración hace patente la necesidad a nivel global de homologar el uso de la fuerza pública, mediante un discurso que tenga como centro los derechos humanos para evitar la polarización en la sociedad que afecta la adhesión al Estado de derecho y contribuir a la construcción de una cultura de paz.

El tercer capítulo intitulado *El principio pro homine y la interpretación jurídica como argumentación práctica*, de Ilsse Carolina Torres Ortega, establece los problemas que pueden surgir para integrar y desarrollar de manera adecuada este concepto en el sistema jurídico mexicano. Reivindica la importancia que tiene la razón práctica para lograrlo, donde el operador jurisdiccional debe mostrar la idoneidad de la metodología argumentativa empleada para darle pleno sentido en una democracia constitucional. De ahí que sea necesario que este se atenga a una adecuada teoría de argumentación, inclusive en materia de control de convencionalidad, y que se traduzca en un mayor beneficio para la persona.

La contribución que realiza Francisco Roberto Ramírez Ramírez en el cuarto capítulo, titulado *Reconfiguración comprensiva del sistema de justicia penal mexicano desde la noción del giro argumentativo, en la teoría del derecho contemporánea y la cultura de los derechos humanos*, muestra que es insostenible una visión del derecho del enemigo en el sistema jurídico mexicano, es decir, un marco normativo donde se castiga por el hecho de ser un peligro. Las aportaciones son de suma trascendencia, pues, pese al giro que se da en materia de derechos humanos con la reforma de 2011, el propio texto constitucional mantiene dicha óptica, lo que se traduce en una fragmentación del concepto de persona en detrimento de la dignidad humana. La justificación se erige como herramienta para reivindicar este valor, a fin de que el sistema penal sea consistente con los derechos humanos.

La certeza jurídica y la libertad de acción en el Estado de excepción, de Enriqueta Benítez López, es el título del quinto capítulo de esta obra colectiva. Muestra la importancia que tiene la certeza jurídica como principio para mantener el Estado de derecho. Señala lo significante de que no cualquier concepción de seguridad jurídica es adecuada frente a una pandemia, sino sólo aquella que maximice los derechos humanos. Para ello analiza las implicaciones que ha tenido el contexto de la pandemia con relación a dicho principio en el Estado mexicano, así como las inconsistencias que se han presentado, donde, pese a que no se ha declarado que México se encuentre en tal situación, se han emitido una serie de lineamientos que violentan la seguridad jurídica y, con ello, la dimensión valorativa que corresponde a dichas prerrogativas.

El quinto capítulo, de Jesús Ibarra Cárdenas, se intitula *Argumentar e Interpretar con perspectiva de derechos humanos*. Tiene por objeto mostrar que el crecimiento de tales prerrogativas está condicionado al grado de progreso y de la fortaleza institucional política y social de cada grupo de personas. Es importante atender a dicha circunstancia, pues, pese a que existe una presunción de lo fundamental de los derechos humanos a nivel internacional, el tipo de desarrollo de cada sistema jurídico y político hará patente los pasos a los que se deben llegar para que la perspectiva en derechos humanos irradie, contribuyendo a la cohesión social. En este aspecto, resulta indispensable que los derechos humanos se vean expresados en el ordenamiento jurídico como deberes a seguir por las autoridades y que estas los hagan propios en su función cotidiana.

La aportación intitulada *Argumentación jurídica y perspectiva de género: un análisis desde los estereotipos del juzgador*, de Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca, es el sexto capítulo de esta obra. Realiza un estudio de caso en materia de igualdad de género para mostrar la importancia que tiene la argumentación jurídica como elemento clave, a efecto de hacer frente a aquellas situaciones que perpetúan sesgos colectivos que violan la igualdad y la dignidad de las personas. El análisis que se lleva a cabo es de suma importancia, a fin de dimensionar el peso que tienen las autoridades para hacer frente a los estigmas sociales y buscar mejores mecanismos para evaluar el alcance de sus decisiones, sobre todo cuando dotan de sentido e integran el derecho.

El séptimo capítulo se intitula *Los derechos de los contribuyentes y la Acción 13 del Plan Acción BEPS en México*, de Domingo Ruiz López. Es un estudio de caso sobre los alcances de lineamientos internacionales en materia tributaria y su implementación en sede nacional a través de la función de adjudicación normativa que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su objetivo consiste en mostrar que los derechos humanos pueden ser vulnerados al incorporar el *soft law* como derecho

obligatorio, si no se sigue dicha función mediante la adecuada regulación jurídica. El rol de la justificación debe ser consistente con la seguridad jurídica, bajo pena de violar dichas prerrogativas y ocasionar con la ambigüedad un estado de indefensión en el patrimonio de las personas.

Daniel Alejandro González del Rincón, en el octavo capítulo *Más allá de la ponderación: Argumentos para los derechos al agua*, crea una reflexión crítica sobre la complejidad que tiene aterrizar derechos humanos que pertenecen a las colectividades, como el caso del acceso al agua. Con ello sitúa la importancia que requiere evitar abusos en las ponderaciones y el riesgo de desconocer la dimensión formal e institucional del derecho. Para ello es importante atender al lenguaje del órgano de producción normativa, pues puede ser una limitación para garantizar derechos vitales de la población.

El ultimo y décimo capítulo de esta obra se intitula *La obligatoriedad de adoptar en Sede Nacional el control de convencionalidad en materia democrática, a la luz del estudio de caso de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2019 resuelto por el pleno la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, de Germán Cardona Müller. La aportación que realiza es importante, pues muestra, mediante un estudio de caso, que la justificación jurídica ya no puede ser local, donde la democracia es un parámetro que condiciona a los derechos humanos y viceversa, por lo que se debe de buscar a nivel global establecer estándares y umbrales mínimos de democracia desde una acepción material, si se pretende hacer una realidad los derechos humanos.

Se agradece a las y los autores que han hecho posible esta obra, al ofrecer soluciones y nuevas perspectivas en el derecho, las cuáles recibirán buena acogida en la comunidad académica y serán temas de importante reflexión y debate en el futuro. Esta obra constituye un esfuerzo académico que se integra a la Colección de Estudios en Derechos Humanos editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, a través del Instituto de Derechos Humanos "Francisco Tenamaxtli".

Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *Doxa*, 67-84.

Atienza, M. (2014). *El Derecho como Argumentación.* Barcelona: Ariel.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y Garantías.* Ciudad de México: Trotta.

Martínez, G. P.-B. (2014). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.

Regla, J. A. (2019). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. *Doxa*, 85-100.

Introducción

Germán Cardona Müller

Frente a la verifobia que parece predominar en esta época, se requiere hacer de la razón práctica una herramienta en el derecho que adopte una postura a favor de la dignidad humana y de la democracia. Se tratan de dos valores indisolubles que no pueden soslayarse, sobre todo en el contexto actual de la pandemia global de Covid-19.

A medida que las fronteras cesan de existir frente a las exigencias de las masas y de aquellas condiciones indispensables para que toda persona pueda hacer su proyecto de vida, el diálogo se erige como un valor indispensable en las democracias para establecer lo que varios han señalado como un constitucionalismo global.

Es importante abandonar aquellas visiones que agotan el derecho en una sola de sus facetas, ya sea como norma, como valor o como hecho social, el sistema jurídico se vuelve más complejo, es necesario retomar aquella visión a la que hacía alusión Manuel Atienza (El Derecho como Argumentación, 2014), donde reivindica al derecho como argumentación que permite hacer frente a las necesidades sociales y hacer patente los valores esenciales de la sociedad en cualquier contexto. Asimismo, se deben abandonar todas las visiones que reducen la democracia al voto, a una dimensión procedimental que niega la dimensión valorativa, o que ven en esta una situación secundaria con la consecuencia que con ello abren la puerta al absolutismo y a la arbitrariedad.

Según Dworkin (Justice for Hedgehogs, 2011), la única democracia posible es aquella que mantiene el discurso sana para evitar una polarización excesiva, tal como se ha vivido ante los populismos que emergen y que pretenden eliminar el intercambio de razonamientos entre diversos sectores sociales para que estos se entiendan. La argumentación jurídica no sólo es el presupuesto de la construcción de los derechos humanos, también lo es para su desarrollo y consolidación.

Los diez capítulos que integran esta obra intitulada *Interpretación y Argumentación de los Derechos Humanos*, son una aportación que pretende abrir un diálogo y reflexiones interdisciplinarias y de distintas ópticas del derecho para combatir aquellas posturas e ideologías que niegan la importancia de la verdad en una época donde esta es indispensable.

No se pretende con estas aportaciones negar el desarrollo de diversas ideologías y perspectivas del derecho, sino de abrir el diálogo ante una época de una incertidumbre persistente para tumbar las barreras mentales que a veces impiden el intercambio de posturas, y que se denomina encasillamiento. Lejos de las etiquetas que varias investigaciones del derecho reciben, inclusive de manera peyorativa, esta obra busca reconocer la importancia que existe entre las distintas perspectivas en aras de tener una imagen más clara del derecho.

En hora buena, esta obra es un referente de lectura obligatorio, cuyos contenidos de seguro logran esclarecer y abrir el debate para hacer frente a diversos problemas en materia de interpretación y argumentación jurídica, en aras de innovar en la futura aplicación de un área tan cambiante como los derechos humanos. Agradezco que se me haya permitido presentar esta obra, cuyo placer en leer y discutir será compartido en varios integrantes de la comunidad académica y de la población en general.

Referencias bibliográficas

Atienza, M. (2014). *El Derecho como Argumentación.* Barcelona: Ariel.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs.* London: Belknap Press.

Capítulo I

Derechos humanos y argumentación jurídica interpretativa

Sumario: *I. Sobre el derecho y los derechos de un Estado constitucional. II. ¿En qué consiste la actividad interpretativa jurídica? III. El papel de los argumentos interpretativos. IV. Los criterios de corrección de la interpretación jurídica. V. Referencias bibliográficas.*

Isabel Lifante Vidal[1]

I. Sobre el Derecho y los derechos de un Estado constitucional

¿Qué es el derecho y cuál es el papel de los juristas? Con esta pregunta, típicamente iusfilosófica, Tomás-Ramón Fernández (2011) comenzaba hace unos años la lección inaugural en una facultad de derecho española. La respuesta a la que afirmaba haber llegado tras muchos años de experiencia era "dar y exigir razones". Tomaré prestada esta contestación, que parece estar directamente inspirada en la concepción del "derecho como argumentación" que nos propone Manuel Atienza (2006) y que será el punto de partida de este trabajo. Atienza sostiene que, junto a las perspectivas clásicas del estudio del derecho (la estructural, la funcional y la valorativa), es necesario incorporar una nueva perspectiva: la argumentativa. En cada uno de los distintos ámbitos jurídicos (legislativo, judicial, administrativo, doctrinal, etc.), el derecho –nos dice Atienza– puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas –directa o indirectamente– con la resolución de ciertos problemas prácticos, y –esto es lo más relevante– estas decisiones han de venir necesariamente acompañadas por argumentos o razones a su favor (o en contra de decisiones alternativas). El derecho es visto como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos a través de decisiones avaladas por medios argumentativos. Se trata de un enfoque dinámico, instrumental y comprometido en el análisis del derecho, que cobra especial relevancia en el marco de una sociedad democrática que incide en la necesidad de justificar "racionalmente" las decisiones de los distintos ámbitos jurídicos, lo que sería característico de un Estado constitucional.

Desde esta perspectiva, el derecho no puede ser visto como algo acabado o dado completamente de antemano (un mero conjunto de normas, o de materiales jurídicos autoritativos), sino que se trata fundamentalmente de una actividad, una empresa que se desarrolla a lo largo del tiempo y persigue ciertos objetivos; una *praxis* o práctica social (en la que, por supuesto, hay normas de muy diversos tipos) que se construye y en la que, en distinta medida, todos participamos. Como ocurre con cualquier obra o tarea, esta sólo puede entenderse adecuadamente a partir de los fines que dicha misión persigue y que son los que nos hacen considerarla como algo valioso.

El derecho siempre ha sido una práctica social encaminada a la consecución de ciertos objetivos considerados valiosos (lograr un cierto orden social y cierta idea de justicia), eso no es característico exclusivamente de los derechos contemporáneos típicos de los Estados constitucionales.

[1] Universidad de Alicante.

Pero lo que caracteriza al fenómeno de la constitucionalización es que consideramos que el derecho ya no es solo el derecho puesto por la autoridad y que persigue los objetivos fijados por esta (sean cuales sean), sino que es una creación humana, cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en una serie de derechos considerados especialmente relevantes: los derechos humanos.[2]

Como señala Aguiló Regla (2019), el derecho de un Estado constitucional no puede verse exclusivamente como un instrumento para lograr cualesquiera objetivos sociales. El Estado constitucional de derecho no puede caracterizarse al utilizar sólo rasgos meramente estructurales: contar con una constitución rígida y normativa que impone deberes directamente aplicables. Esos rasgos, la rigidez y la normatividad constitucionales, sólo pueden ser entendidos instrumentalmente como garantías de algo distinto a ellas, que son los que dotan de valor al Estado constitucional: los derechos típicos del constitucionalismo. Estos derechos están dirigidos a evitar los distintos males que toda dominación política puede potencialmente llegar a producir: la arbitrariedad, el autoritarismo, el despotismo y la exclusión social. Los derechos vinculados al imperio de la ley o al debido proceso estarían dirigidos a prevenir la arbitrariedad (verse sometido a la pura voluntad de las personas); los derechos de libertad tendrían el objetivo de generar esferas de inmunidad para el ciudadano que se traduzcan en incompetencias para el soberano para prevenir el autoritarismo; los derechos democráticos o de participación política estarían dirigidos a evitar el despotismo, la tendencia de las dominaciones políticas a excluir a los ciudadanos de las decisiones políticas que les afectan; y, por último, los derechos sociales, o de igualdad real o de oportunidades, tienen como objetivo evitar la exclusión social (Aguiló Regla, 2019, pp. 87-88).

La rigidez constitucional es necesaria para garantizar dichos derechos, pero, como señala Aguiló Regla (2019), con ella se podría llegar a "someter a los vivos a la tiranía de los muertos", generándose algún conflicto con los derechos democráticos o participación política. La salida a esta aparente paradoja se encuentra precisamente en la atribución de los derechos a un papel de fundamentación y a la práctica constitucional un rol esencialmente interpretativo de dichos derechos. Esto explica la extraordinaria relevancia que cobran en nuestros ordenamientos jurídicos los aspectos argumentativos y el papel fundamental que en la interpretación del derecho juegan los valores, representados en un Estado constitucional, por los derechos que lo caracterizan.

II. ¿En qué consiste la actividad interpretativa jurídica?

Suele sostenerse que la interpretación en general consiste en atribuir o precisar el sentido de algo y que, en el ámbito jurídico, esta actividad resulta de suma importancia. Pero las discrepancias comienzan a multiplicarse en cuanto pretendemos caracterizar con algún detalle en qué consiste tal actividad. Por ello empezaré con algunas observaciones conceptuales, en particular me interesa presentar dos ambigüedades muy extendidas. La primera tiene que ver con el tipo de actividad a la que nos referimos al hablar de interpretación (interpretación en sentido "noético" frente a interpretación en sentido "dianoético"), mientras que la segunda está relacionada con el objeto de la interpretación jurídica (*interpretatio legis*, o más en general de disposiciones jurídicas, frente a *interpretatio iuris*).

[2] Para una caracterización conceptual de los derechos humanos, en cuanto derechos (o exigencias) de naturaleza moral, véase el trabajo de Laporta (1987). Estos derechos pueden ser positivizados, constitucionalizados, en algunos ordenamientos jurídicos, pasan por tanto a ser también "derechos jurídicos" y no sólo exigencias morales. Para romper esta ambigüedad de la expresión "derechos humanos", generada por su carácter bifronte, en España (a partir de una propuesta de Gregorio Peces-Barba, 1980) se ha generalizado el uso de la expresión "derechos fundamentales" para referirse a estos derechos recogidos en la constitución y que, por lo tanto, han pasado a formar parte del derecho. En México; sin embargo, creo que se utiliza la expresión "derechos humanos" indistintamente para referirse tanto a estos derechos como exigencias meramente morales, como también a estos derechos en tanto incorporados al derecho positivo.

2.1 Interpretación noética e interpretación dianoética

Cuando hablamos de "interpretación" podemos referirnos a una actividad o bien a su resultado; se trata de una aplicación de la extendida ambigüedad proceso-producto. Dentro de la interpretación como actividad (en la que aquí nos centraremos) podemos distinguir dos sentidos que, según Gianformaggio (1987), podríamos denominar "interpretación noética" e "interpretación dianoética". La interpretación como actividad noética sería una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; mientras que la interpretación como actividad dianoética requiere un pensamiento discursivo, una argumentación. Lo que subyace a estos dos sentidos de interpretación sería la misma distinción que se ha desarrollado desde la psicología (Kahneman, 2011) entre dos sistemas de pensamiento: uno rápido o intuitivo y otro lento o reflexivo, vinculado a la deliberación.

Al tener en cuenta estos dos sentidos de interpretación podría desvanecerse la aparente contradicción entre dos tesis que, en principio, parecen ambas aceptables: la que considera que la interpretación es una actividad necesaria siempre (en cualquier ocasión que nos encontremos con una situación comunicativa), y la de aquéllos que consideran que en los casos donde no existen dudas no se debe interpretar (tesis muy difundida en el ámbito jurídico, y que se condensaría en el conocido aforismo *in claris non fit interpretatio*).

Al considerar esta ambigüedad podríamos decir que, por supuesto, en todas las situaciones comunicativas hará falta llevar a cabo una actividad interpretativa en el sentido noético (como mero acto de aprehensión del significado), aunque no en todas será necesario realizar una actividad interpretativa en sentido dianoético: únicamente en aquellas situaciones donde existan dudas sobre el significado y donde se exige la atención consciente a dichos elementos de duda, seguido por su resolución.[3]

La interpretación noética hace referencia a una actividad omnipresente: en cualquier situación de comunicación necesitamos captar el significado; mientras la interpretación dianoética sólo será necesaria en aquellas situaciones en las que se planteen dudas sobre el significado a atribuir al objeto interpretado. Es este segundo sentido de actividad interpretativa el que me interesa, aunque hemos de ser conscientes de que no se trata de actividades "excluyentes": cualquier actividad interpretativa dianoética comenzará con una captación de significado (aunque sea impreciso).

2.2 *Interpretatio legis* e *interpretatio iuris*

Para presentar esta segunda ambigüedad tenemos que comenzar con los diversos sentidos que adopta el término interpretación en función de cuál se considera que puede ser el objeto de la interpretación. Wróblewski distinguía la interpretación en un sentido amplísimo, que se predica de cualquier entidad capaz de ser portadora de un sentido (es decir, cualquier objeto no natural); de un sentido más restringido, que tiene como objeto únicamente a las entidades lingüísticas[4].

---

[3] En este mismo sentido, cfr. MacCormick (2010, p. 69).

[4] Cfr. Wróblewski (1985 pp. 21 y ss. y 1992, pp. 87 y ss.). Pero para Wróblewski este segundo sentido de "interpretación" todavía lo sería en un sentido amplio, ello porque este autor introduce en su análisis un tercer sentido de interpretación al que denomina "interpretación *sensu stricto*", se trata de "la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación". El tipo de objeto a interpretar sería en este tercer caso –para Wróblewski- el mismo que en el caso de la interpretación *sensu largo*: entidades lingüísticas; pero se requiere que nos encontremos ante la presencia de dudas sobre su significado, dichas dudas son las que generan la necesidad de efectuar una actividad interpretativa en este sentido estricto. Wróblewski distingue dos situaciones de comunicación: la comprensión directa de un lenguaje y la existencia de dudas que han de ser superadas precisamente por esta interpretación *sensu stricto*. Pero, si nos fijamos, lo que diferenciaría a ambos casos sería la distinta actividad que se requiere para "captar" o "establecer" el significado de la expresión lingüística en cada una de estas situaciones (de lo que nos acabamos de ocupar) y no tanto el diferente tipo de objeto que se interpreta.

En el ámbito concreto de la interpretación jurídica nos encontramos con una distinción clásica, que presenta claros paralelismos con esta distinción de Wróblewski: la distinción entre la *interpretatio legis* (interpretación de las disposiciones contenidas en las leyes u otros documentos jurídicos autoritativos) y la *interpretatio iuris* (interpretación del derecho en su conjunto). Tarello (1980) conectaba estas dos categorías con la evolución histórica del sentido del término,[5] da a entender que el sentido moderno de interpretación jurídica se restringe a interpretación de disposiciones, pero creo que los juristas usamos la expresión interpretación jurídica para hacer referencia a la interpretación del derecho (como cuando se consideran problemas interpretativos las lagunas o las antinomias), o cuando se dice que la premisa normativa de un razonamiento judicial aplicativo es el resultado de la interpretación.

Por supuesto, la *interpretatio iuris*, o interpretación del derecho, implicará ejecutar actividades incluidas en la interpretación de la ley u otros materiales jurídicos autoritativos: el punto de partida del trabajo reconstructivo del derecho han de ser las leyes o, en general, las disposiciones jurídicas dotadas de autoridad. Pero me parece más relevante la relación inversa (no tan obvia): en el ámbito jurídico la actividad de interpretar una disposición cuyo significado plantea problemas implica determinar cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto; las decisiones adoptadas por las diferentes instancias jurídicas autoritativas (y también las de la dogmática) deben presentarse como justificadas jurídicamente, ello supone que sean acordes con "el Derecho". Para ello habrá que realizar actividades incluidas en la reconstrucción del derecho (ponderaciones, reconstrucciones dogmáticas, sistematizaciones, etc.).

III. El papel de los argumentos interpretativos

La actividad interpretativa (en su sentido dianoético, que es obviamente el que nos interesa) consiste en argumentar a favor de atribuir un determinado sentido a un objeto. Pero, ¿cuáles son los argumentos que se consideran pertinentes en el ámbito jurídico?

Debe notarse que los juristas hablamos con frecuencia indistintamente de argumentos, cánones, elementos, instrumentos o criterios interpretativos; de modo que, aunque en algún sentido podríamos diferenciarlos, yo utilizaré estas expresiones como sinónimas para referirme a los tipos de razones que consideramos que pueden fundamentar o avalar la atribución de un determinado significado a una norma. En este punto algunos piensan que la respuesta a esta cuestión depende de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico. En España, por ejemplo, existe una norma de derecho positivo que precisamente regula cómo deben interpretarse las normas. Se trata del artículo 3° del Código Civil que dice (redacción dada en la reforma de 1974 al Código civil de 1889):

> 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.
>
> 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

[5] Sobre esta evolución histórica, puede verse también Bobbio (1938, pp. 7 y ss.).

En otros países se ha pretendido regular con mayor detalle la interpretación de la ley. Es el caso del código civil chileno (artículos 19 a 24),[6] cuya regulación en este punto ha sido exportada también a otros países latinoamericanos, como Ecuador o El Salvador.

Como señaló Bobbio en 1938, y más recientemente (en 1993) Neil MacCormick (2010, p. 77), creo que no tiene sentido que el derecho regule su propia interpretación. Los criterios o argumentos con los que contamos para interpretar las normas son los que son, no porque lo diga una determinada autoridad (el legislador), sino que dependen de la propia naturaleza de la actividad interpretativa y de las características del objeto que hemos de interpretar (en este caso, el derecho). De modo que no es necesario, incluso creo que puede llegar a resultar inoportuno este tipo de regulaciones. En lo que sigue intentaré motivar esta afirmación.

Si pensamos en cuáles son los tipos de argumentos que un jurista de cualquier sistema jurídico de nuestro entorno (sea cual sea la concreta regulación que –en su caso– se haya incorporado al derecho positivo) toma en cuenta para interpretar el derecho, posiblemente acá encontraríamos una cierta unanimidad como punto de partida (y que no diferiría mucho de los argumentos recogidos en el código civil español o el chileno). En este punto, podemos acudir, por ejemplo, a un interesante trabajo de derecho comparado, coordinado por MacCormick y Summers, donde se analizan los tipos de argumentos interpretativos que se utilizan en una serie de sistemas jurídicos de nuestra cultura jurídica.[7] En primer lugar, están los argumentos interpretativos que apelan al lenguaje (ordinario o técnico) como fuente de razones para favorecer una u otra interpretación (los argumentos "lingüísticos"). En segundo lugar, encontramos los argumentos "sistemáticos", son aquellos que se orientan hacia una comprensión aceptable de un texto jurídico visto como parte de un todo. En tercer lugar, estarían los argumentos "teleológicos y deontológicos", son aquellos que ofrecen las interpretaciones que mejor se acomodan al propósito o fin de la norma o que ofrecen la mejor realización de un valor considerado fundamental por el sistema jurídico. Por último, existe la posibilidad de apelar a la intención del autor como material para elucidar el significado del texto autoritativo, pero, como la intención puede estar ligada estrechamente a elementos lingüísticos de semántica o sintaxis, a todos los componentes del contexto sistémico de un texto jurídico, o a los objetivos perseguidos o principios respaldados por el legislador, bien como un cuerpo histórico o como un legislador idealmente racional, por lo que MacCormick (2010) lo considera un argumento "transcategórico".

La cuestión relevante es por qué son precisamente esos los argumentos con que contamos los juristas para atribuir significado en caso de duda a las normas jurídicas y cómo saber cuál de ellos priorizar en caso de que no avalen un mismo significado. En este sentido, encontramos distintas concepciones interpretativas, según precisamente de cómo responden a estas cuestiones. Tenemos un primer grupo que se limita a constatar la existencia –como mera cuestión de hecho– de los diferentes argumentos interpretativos, señala que en caso de conflicto entre ellos no habría nada más que decir. Se trataría de "teorías escépticas" de la interpretación, según las cuales la actividad interpretativa sería

---

[6] Reproduzco aquí el contenido de estos artículos:
"Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.
Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.
Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.
Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.
Art. 22. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.
Los pasajes obscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.
Art. 23. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.
Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes obscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural."

[7] Me refiero a MacCormick y Summers, 1991.

un acto de mera voluntad y no existirían criterios de corrección que guíen la elección entre las distintas posibilidades interpretativas, tampoco tendría sentido preguntarse por la justificación de los distintos cánones: son los que son simplemente porque de hecho se usan (podrían cambiar, pues no hay nada que los justifique ni los haga necesarios).

En el extremo opuesto nos encontramos con las llamadas "teorías cognoscitivistas" que consideran que la naturaleza de la actividad interpretativa es la de ser un acto de conocimiento: existen interpretaciones verdaderas, del mismo modo que existen interpretaciones falsas. Dentro de estas teorías se distinguen las que consideran que el criterio de verdad viene dado por el significado literal de las palabras usadas por el legislador (las teorías literalistas de la interpretación) y aquellas que consideran que viene dado por su correspondencia con las intenciones del legislador (las llamadas teorías subjetivistas o intencionalistas). En ambos casos acuden a una argumentación fundamentalmente empírica: para la teoría del significado literal, una interpretación sería correcta cuando coincida con el significado que de hecho se da a las palabras (al suponer la univocidad del mismo), mientras que para la teoría intencionalista, una interpretación sería correcta cuando coincida con la intención que de hecho tenía el legislador (según la existencia y posibilidad de conocimiento de dicha intención).

Entre esos dos extremos (escepticismo y cognoscitivismo) suelen situarse las "teorías intermedias", como la de Hart (1983). Pero, ¿es realmente posible esta vía intermedia? Guastini por ejemplo lo niega,[8] pues considera que las dos alternativas anteriores son excluyentes y que, en realidad, la propuesta de Hart no supondría una tercera opción: simplemente presentaría a la actividad interpretativa en unos casos como actividad puramente cognoscitiva (en los casos fáciles) y en otros como actividad puramente volitiva (en los casos difíciles). Pero existe otra posible lectura a propósito de en qué puede consistir una "teoría intermedia" que resulta, en mi opinión, mucho más plausible. La actividad interpretativa (en los casos difíciles) sería una actividad de naturaleza argumentativa, que pretende reconstruir de la mejor manera posible el significado a atribuir al derecho. El resultado de la actividad interpretativa se suele formular como un enunciado del tipo: "D significa N". Pero ese enunciado es la conclusión de una argumentación donde se dan razones para preferir el significado "N" a otros posibles significados y vendría a ser equivalente a un enunciado del tipo "D *debe ser* entendido como N", o "*Es mejor* entender D en el sentido N que en cualquier otro sentido". Es decir, incorpora una pretensión de corrección, aunque no tiene por qué definirse en términos de verificabilidad empírica (incorpora evaluaciones).

Desde esta perspectiva, la interpretación jurídica no sería ni un mero acto de conocimiento (como pretenden los cognoscitivistas) ni tampoco acto de voluntad (como afirman los escépticos),[9] aunque puede contener algo de ambas actividades en las diversas etapas o momentos del proceso interpretativo (se inicia con actos cognoscitivos y finalizará con la adopción de una decisión). La actividad interpretativa sería una actividad argumentativa que se inserta en el ámbito más amplio del razonamiento práctico general.

La cuestión relevante será, entonces, determinar qué tipo de criterios de evaluación operan en la interpretación jurídica. Como alternativa a los criterios basados en la verificabilidad empírica nos encontramos con otra opción: la aceptabilidad pragmática a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión. Se trataría de una "teoría constructivista o dependiente de valores", que es la que defiendo.

---

[8] Cfr. Guastini, 2008, pp. 51 y ss. Este autor ha sostenido en diversas ocasiones que, dado que todos los casos son en realidad difíciles (pues la indeterminación del derecho es para él omnipresente), la única respuesta plausible sería el escepticismo. Sin embargo, en escritos posteriores (Guastini, 2014) parece aceptar que puede haber casos –aunque pocos- en los que no haya varias posibilidades interpretativas, sino sólo una.

[9] En un trabajo anterior me ocupé de caracterizar y comparar, con cierto detallas, estas distintas concepciones de la interpretación jurídica. Cfr. Lifante Vidal, 2018.

Pero, en realidad, creo que todos los intentos de responder a la pregunta acerca de cómo se debe interpretar el derecho (dejando por tanto fuera el escepticismo) utilizan un modelo constructivista o valorativo de la interpretación. Las diferencias entre unas y otras las encontraremos en la determinación de cuál es el valor que debemos atribuir al derecho: un valor más "formal", que conduce a primar el aspecto autoritativo del derecho; o un valor más sustantivo, que guiará a primar los objetivos valiosos que el derecho pretenda desarrollar (los ideales de justicia encarnados en una combinación de los valores de igualdad y libertad).

MacCormick señala que detrás de cada una de las categorías de argumentos antes analizados subyace una serie de valores y principios. El proceso interpretativo implica siempre atender también a razones de por qué interpretar en un cierto sentido, razones que no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención. Así, tras la interpretación lingüística nos encontraríamos con el objetivo de preservar la claridad y la exactitud del lenguaje legislativo; tras la interpretación sistemática estaría el principio de racionalidad fundado en el valor de la coherencia e integridad del sistema jurídico, y tras la interpretación teleológica/deontológica estaría el respeto por la exigencia de la razón práctica de que la acción humana esté guiada por valores a alcanzar o por principios a observar. Si una importante razón justificativa para el mantenimiento de las instituciones jurídicas es precisamente la disminución del alcance de las disputas interpersonales sobre cuáles son los valores y principios que rigen en el ámbito social, este objetivo sería el que justifica dar un peso considerable a los argumentos lingüísticos y sistemáticos en el derecho.

Nino (1994) ponía en duda la clásica contraposición subjetivismo/objetivismo. Este autor señala que, pese a los sólidos argumentos que el intencionalismo (subjetivista) parece tener a su favor (y que remitirían a la idea de que el lenguaje es un medio de comunicación, y que la comunicación exige que la intención del emisor sea captada por el receptor), en realidad las cosas no son tan fáciles. En primer lugar, no podemos reconocer intenciones al margen de las convenciones: son las convenciones sociales lingüísticas –objetivables– las que permiten asociar determinadas palabras con cierta intención, y, simultáneamente, la intención tampoco permite asignar a las palabras significados diferentes de los que surgen de las convenciones. Pero hay varios problemas añadidos: la selección de los hechos que constituyen manifestaciones de la intención; la construcción de una intención a partir de la intervención de una pluralidad de órganos o de órganos colectivos; la admisibilidad de la reconstrucción de la intención según circunstancias contrafácticas; la determinación del nivel de abstracción con el que debe describirse la intención del legislador; la reconstrucción de la intención en caso de que algunas de las creencias del legislador fueran falsas (creencias que pueden ser incluso de tipo valorativo). La conclusión es que la intención es siempre una construcción a partir de un cúmulo de estimaciones

Por ello sería más honesto aplicar directamente esas valoraciones para la selección del significado a interpretar sin esa intermediación, pues cumpliría funciones ideológicas (ocultación de las valoraciones bajo una supuesta búsqueda "empírica" de la intención como un hecho).

IV. Los criterios de corrección de la interpretación jurídica

4.1. La concepción del Derecho y de la racionalidad práctica

Si la interpretación jurídica es una actividad de naturaleza argumentativa inserta en el razonamiento práctico general, las respuestas a la pregunta sobre cómo debe interpretarse el derecho están predeterminadas por los presupuestos teóricos adoptados respecto a la naturaleza del derecho y de la racionalidad práctica en general.

Como hemos visto, respecto a la primera cuestión yo me adhiero a una idea de derecho como una práctica social y por una concepción postpositivista (o no positivista) del derecho, una concepción que –sin negar la tesis de las fuentes sociales del derecho– sostendría que, desde ciertas perspectivas

(por ejemplo, si lo que nos interesa es determinar el contenido del derecho), no puede mantenerse la separación conceptual entre el derecho y la moral, aunque ello no sea obstáculo para que, desde otras ópticas, dicha distinción sea totalmente operativa. Como hemos visto, el derecho de un Estado constitucional no puede verse exclusivamente como un instrumento para lograr cualesquiera objetivos sociales, sino que incorpora valores morales, vinculados a los derechos del constitucionalismo.

Respecto a la concepción de la racionalidad práctica, hay dos posibles posturas: la primera negaría la existencia de la racionalidad en el ámbito práctico, de modo que la argumentación en el ámbito de la razón práctica (a diferencia de lo que ocurriría con el ámbito de la ciencia) no podría ser calificada como una actividad "racional", pues no habría criterios objetivos para su evaluación; la segunda postura aceptaría la racionalidad en dicho ámbito y, por tanto, la existencia de criterios que permiten evaluar la corrección de las argumentaciones prácticas.

Si alguien es irracionalista o escéptico en el ámbito de la racionalidad práctica, entonces para él la pregunta a propósito de cómo se debe interpretar algo (en nuestro caso el derecho), qué es lo que hace correcta a una interpretación, carecería de sentido. Desde esta perspectiva, la interpretación sería concebida exclusivamente como un acto de naturaleza volitiva (arbitrario) ajena a cualquier evaluación racional. Un teórico escéptico podría dar cuenta de cuáles son los argumentos interpretativos que de hecho se usan en una comunidad, pero su investigación deberá detenerse aquí, sin poder justificar por qué son esos argumentos y no otros, ni siquiera dar cuenta de por qué en todas las comunidades se usan los mismos tipos de argumentos interpretativos; ni tampoco determinar cuál de ellos debería tener más peso en un determinado caso en el que entren en conflicto entre sí. Esta tesis plantea una pequeña paradoja: Si el teórico de la interpretación jurídica debe limitarse a dar cuenta de las prácticas interpretativas realmente existentes, y dado que dichas prácticas incorporan de hecho la pretensión de corrección, el teórico deberá dar cuenta de dicha pretensión.

Los enunciados interpretativos jurídicos incorporan una elección de un significado entre varias posibles alternativas y esa elección es el resultado de una argumentación: de un proceso en el que se ofrecen razones que avalan la elección. Pero no tiene sentido argumentar, dar razones a favor de algo, si no presuponemos que hay buenas y malas razones o razones mejores que otras, es decir, criterios que nos permitan discriminar entre ellas (aunque podría discutirse cuáles son dichos criterios o cómo se aplican a un caso concreto, lo que no podría discutirse es su propia existencia). La actividad argumentativa presupone aceptar la racionalidad en aquel ámbito en el que nos encontremos.

Si adoptamos –como creo que debe hacerse– una concepción de la actividad interpretativa como actividad argumentativa "racional", ello nos lleva a considerar que, por un lado, se trata de una actividad orientada a un fin, es decir, que sirve a un propósito y, por otro lado, que existen criterios para evaluar una argumentación, considerándola como buena o mala, o mejor o peor que otra. Para contestar a la pregunta a propósito de cómo interpretar el derecho, deberemos entonces determinar en primer lugar cuál es el propósito de tal actividad (para qué interpretamos el derecho) y en segundo lugar resolver en qué consisten los criterios que nos permitan evaluar dichas interpretaciones (y que estarán en función de la respuesta dada a la primera pregunta). Todas las concepciones no escépticas a propósito de la interpretación jurídica deben ofrecer respuesta a estas dos cuestiones: ¿para qué interpretamos? y ¿cómo debemos interpretar, o cuáles son los criterios que utilizamos para evaluar las interpretaciones?

4.2. ¿Para qué interpretamos el Derecho?

La primera cuestión, ¿para qué interpretar? nos interroga sobre el fin o propósito de la actividad interpretativa en el ámbito jurídico.

La interpretación "jurídica" no hace referencia a cualquier posible actividad de atribución de significado a textos jurídicos (leyes, reglamentos, sentencias, actos administrativos…).[10] Lo que define a la interpretación jurídica no es sólo el hecho de que su objeto sean textos jurídicos, sino también el propósito con el que se realiza dicha actividad y que no es otro que el de contribuir –en distinta medida– a la conformación de la práctica jurídica: el intérprete es un participante en la práctica no un observador. Dicho de otro modo, cuando caracterizamos a una interpretación como "jurídica" necesitamos incluir la referencia al contexto en que se lleva a cabo dicha interpretación, y no sólo al tipo de objeto que se interpreta.[11] Por supuesto que alguien (pensemos en un filólogo o un sociólogo) puede tener interés en atribuir significado a un texto jurídico en una clave distinta, desde fuera; pero no creo que esta interpretación, aunque es interpretación de textos jurídicos, fuera considerada como "interpretación jurídica", al menos no formaría parte de lo que entendemos que hacen los juristas (teóricos o prácticos) en cuanto tales, es decir, en su tarea de contribuir a determinar qué concretos derechos y obligaciones establece un determinado derecho. La interpretación jurídica no es simplemente una interpretación de textos jurídicos, sino una interpretación en el seno de una práctica normativa vinculada a textos.

Suelen distinguirse dos tipos interpretativos jurídicos, según los sujetos que interpretan: la interpretación judicial o, más en general, de los aplicadores del derecho, que sería una interpretación dirigida a buscar la solución de un determinado problema práctico; y la interpretación doctrinal (la llevada a cabo por los juristas teóricos), que sería fundamentalmente una interpretación en abstracto, dirigida a la reconstrucción del sistema. Ambos sujetos adoptan (aunque con distinta intensidad) el punto de vista del aceptante del derecho; están comprometidos con los fines y valores que el derecho pretende desarrollar. Es cierto que autores como Kelsen o Guastini estarían en desacuerdo con esta caracterización[12]. Para ellos la interpretación llevada a cabo por la ciencia del derecho, sería una actividad "cognitiva" que tendría como propósito conocer las posibles interpretaciones atribuibles a un texto jurídico sin ningún compromiso práctico. Ahora bien, dudo que haya muchos juristas que realicen actividades interpretativas dirigidas simplemente a mostrar los posibles significados atribuibles a una disposición; pero, aunque los hubiera, podemos pensar que estas actividades sólo tienen sentido ("sirven para algo") si son concebidas como instrumentalmente útiles para una actividad posterior de carácter práctico (la propuesta de una reforma legislativa, la defensa de una determinada solución a un problema jurídico…). En este sentido podría ser considerada como una etapa de un proceso interpretativo más amplio que incluya en último término una aplicación práctica.

---

[10] En este punto me distancio de la tesis de Guastini (2014), para quien la interpretación jurídica se adscribe necesariamente al género de las interpretaciones de textos y no tendría nada en común con otros géneros interpretativos (por ejemplo, el de prácticas sociales). Sobre ello véase Lifante Vidal, 2018, pp. 117 y ss.

[11] En este sentido, Dworkin (2014, pp. 171 y ss.) distingue diversos tipos de interpretación, según las "ocasiones" en que se llevan a cabo, cada una de las cuales se definiría no tanto por el objeto a interpretar, sino precisamente por la finalidad perseguida, y también en parte por el tipo de relación que existe en cada caso entre el intérprete y el objeto a interpretar. Estos tipos u ocasiones interpretativas son la colaborativa, la explicativa y la conceptual. La interpretación colaborativa sería aquella en la que se asume que el objeto de la interpretación tiene un autor, el cual ha iniciado un proyecto (una empresa) en el que el intérprete también se implica e intenta avanzar. De este modo, autor e intérprete compartirían el propósito general perseguido por el proyecto. La interpretación explicativa no presupone que los intérpretes y los creadores del objeto o evento a interpretar estén en el mismo nivel (no comparten un proyecto). En la interpretación conceptual el intérprete busca el significado de un concepto que ha sido creado no por autores individuales, sino por la propia comunidad; comunidad que incluye al propio intérprete, de modo que en esta ocasión interpretativa la distinción entre creador del objeto a interpretar e intérprete se desvanece hasta cierto punto. La interpretación jurídica (fundamentalmente la interpretación judicial) es para Dworkin un supuesto de interpretación colaborativa.

[12] Me he ocupado recientemente de la caracterización de estas concepciones escépticas de la interpretación jurídica (véase, Lifante Vidal, 2018, cap. II).

Si la actividad interpretativa es una actividad conformadora de la práctica jurídica y el intérprete jurídico es un participante y no un mero observador de la práctica, ¿Qué objetivo persigue el intérprete? Obviamente el mismo propósito que ha de perseguir cualquier otro participante en dicha práctica: su conservación y mejora[13].

Puede pensarse que este compromiso con la conservación y mejora de la práctica sólo sería exigible para aquellos intérpretes a los que se les exige independencia e imparcialidad, pero no para otros participantes en la práctica; pienso fundamentalmente en los abogados litigantes, que operan en defensa de intereses particulares que pueden no coincidir con –aunque deben tener cabida en- la defensa de los propósitos atribuibles al derecho. Ello es cierto, pero creo que no implica que estas interpretaciones no deban verse también, aunque en algún sentido más indirecto, con muchas más mediaciones, como dirigidas a mejorar la práctica en su conjunto. No debemos olvidar que, en la medida en que estos otros intérpretes pretendan que sus propuestas interpretativas sean asumidas por terceros, y en particular por los encargados de hacer efectivo el derecho (por las diversas autoridades jurídicas), habrán de adoptar esa misma perspectiva del aceptante imparcial, y habrán de presentar las razones que avalen su opción interpretativa en términos de los propósitos y valores de la propia práctica jurídica.[14]

4.3. ¿Cómo debemos interpretar el derecho?

Si aceptamos lo anterior, la pregunta a propósito de cómo interpretar el derecho remite a una cuestión previa: qué es lo que hace valioso al propio derecho. El derecho se interpreta para atribuirle un sentido en aquellos casos en que, *prima facie*, admite más de una posible lectura y la comparación entre estas distintas interpretaciones *prima facie* posibles que compiten entre sí ha de hacerse, según los propios valores que el derecho pretende realizar.

Los criterios de corrección en el ámbito de la actividad interpretativa remiten entonces a la cuestión a propósito de qué es lo que dota de valor al derecho, para lo que necesitamos desarrollar el ideal de Estado de derecho. Este concepto opera como un rótulo evaluativo para designar a aquellos Estados que cumplen (al menos en determinado grado) con ciertas exigencias normativas que implican el sometimiento del Estado a su propio derecho, a través de la regulación y el control de todos los poderes y actuaciones del Estado por medio de leyes. Junto al requisito del imperio de la ley (se entiende por "ley", aquella que ha sido democráticamente producida), que constituiría el primer ingrediente de la noción Estado de derecho, se incluirían también los siguientes rasgos definitorios (sigo aquí a Elías Díaz, 1992): b) División de poderes. c) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Garantía jurídico formal y efectiva realización material de los derechos y libertades fundamentales.

Pero estos componentes no se encuentran en el mismo nivel: mientras que el primero (el imperio de la ley) goza de prioridad tanto lógica como histórica frente al resto, es precisamente el objetivo de hacer efectivos los derechos humanos como exigencias morales lo que dota de valor a las instituciones que lo hacen posible, y que conformarían el modelo jurídico-político que denominamos Estado de derecho. De modo que el último elemento (la garantía de los derechos y libertades) tendría –podríamos decir– una prioridad justificativa frente al resto. Esta instrumentalidad del imperio de la ley es también defendida por Laporta (2007), para quien la existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal. A partir de esta relación, Laporta considera que

[13] Dicho en términos dworkinianos, se trataría de un supuesto de interpretación colaborativa.

[14] Wendel llama la atención sobre el carácter autodestructivo e irracional que tendría para los abogados no preocuparse por la mejora de la práctica jurídica, dado que se trata de una práctica necesaria para poder defender los propios intereses particulares: "cualquier argumento ético plausible, es decir, digno del respeto de otros situados en la misma situación, debe tener en cuenta las consecuencias de la manipulación generalizada de las normas jurídicas formales" (Wendel, 2005, p. 1210).

hay que optar por una comprensión "formalista" del valor del derecho. La seguridad o certeza jurídica (conectada a la maximización de la previsibilidad) se presenta como dependiente exclusivamente de ciertos rasgos formales del derecho. Desde esta perspectiva la previsibilidad de un derecho dependerá de que la aplicación de sus normas –que han de ser identificadas por su origen autoritativo- pueda realizarse de manera independiente de las razones sustantivas que las justifican, lo que implica que adopten la forma de reglas de acción y que gocen de una completa autonomía semántica, y su interpretación se limite a constatar su significado literal. La situación óptima parecería ser la aplicación del derecho a través de un mero razonamiento deductivo. Es por esta razón (basada en una determinada concepción del valor del derecho) por lo que algunos autores defienden una concepción literalista de la interpretación jurídica.

Esta concepción parece olvidar que muchos de los problemas de interpretación se generan precisamente porque el significado "literal" de los textos jurídicos no es ni mucho menos unívoco y que en ocasiones dicha acepción plantea dudas a la luz de otras disposiciones que han de ser tenidas en cuenta (elemento sistemático del derecho) o de los propósitos que el establecimiento de ciertas disposiciones persiguen (elemento teleológico).

Esa concepción formalista olvida además que la previsibilidad es una propiedad no sólo graduable, sino "compleja", en el sentido de que se proyecta en diversas dimensiones. Una de ellas sería la dimensión objetiva, que se ocupa de determinar qué nos permite prever el derecho. Pero junto a ella hay una dimensión subjetiva que sería la que se refiere a cuántos individuos estén en situación de llevar a cabo las previsiones.[15] La seguridad de los legos no depende tanto de una predeterminación total del contenido de las decisiones judiciales en reglas jurídicas preexistentes: lo que permite orientarse a la población en general y lo que contribuye a generar la previsibilidad necesaria para que puedan desarrollar satisfactoriamente sus planes de vida es fundamentalmente la capacidad de reconocer los principios que subyacen a las reglas y, en último término, la congruencia entre las normas jurídicas y los modos de vida. De modo que también las razones sustantivas, y no sólo las formales, cumplen un papel fundamental en la generación de la previsibilidad.

La interpretación ha de encajar en los materiales jurídicos (el significado a atribuir ha de estar dentro de los posibles atendiendo a las reglas semánticas, a los propósitos, a la reconstrucción sistemática de los materiales). Ir más allá sería inventar el derecho, no interpretarlo. Aquí radica la relevancia de la dimensión autoritativa en la interpretación. Ahora bien, cuando estos argumentos avalan varias posibilidades interpretativas, la tarea del intérprete sigue sometida a derecho, donde se tiene que optar por la mejor interpretación: aquella que hace de esos materiales jurídicos autoritativos el mejor ejemplo posible de derecho, es decir, el que lo presenta como más justo. De modo que una concepción valorativa de la interpretación jurídica, como la que sostengo, reenvía a la necesidad de contar con una teoría de la justicia, ello implica una integración de las distintas esferas de la racionalidad práctica: derecho, moral y política.[16] Esta teoría habrá de estar al servicio, en último término, de la efectiva realización de los distintos derechos a los que hacíamos referencia al comienzo del trabajo. Creo que es a esta idea a la que se debe entender referida el principio *pro persona* recogido en la constitución mexicana y sobre el que se han vertido ríos de tinta. Según esta comprensión de ese principio interpretativo, entre las posibles interpretaciones rivales que encajan con los materiales jurídicos (según todos los argumentos interpretativos aplicables), deberá preferirse aquella más

[15] Me he ocupado de desarrollar esta concepción de la seguridad y previsibilidad jurídica en un trabajo anterior (Lifante Vidal, 2013), donde, junto a esa dimensión objetiva y subjetiva, analizaba también la dimensión temporal de la previsibilidad.

[16] En un sentido parecido se pronuncia MacCormick, quien sostiene que la interpretación jurídica exigirá reflexionar sobre los "valores y principios adecuados a las instituciones de las sociedades, los estados y las comunidades internacionales y supranacionales en las que habitamos. Necesitamos pensar sobre el significado del constitucionalismo […] la democracia, el principio de legalidad, la separación de poderes, la justicia procedimental, la equidad, los derechos humanos y la integridad de las instituciones estatales" (MacCormick, 2010, p. 77). También Dworkin (2010) considera que el jurista (aunque él piensa casi exclusivamente en el juez), en su tarea interpretativa, desempeña necesariamente funciones de filósofo moral y político.

favorable al desarrollo de la justicia sustantiva, es decir, aquella que dote de máxima efectividad a los derechos humanos implicados.

V. Referencias bibliográficas

Aguiló Regla, Josep (2019): "En defensa del Estado constitucional de Derecho", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 42, pp. 85-100. https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04

Atienza, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

Atienza, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

Bobbio, Norberto (1938): *L'analogia nella logica del Diritto*, Università de Torino, Torino.

Díaz, Elías (1992): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, ed. Taurus, Madrid, 8ª edición (1ª edición de 1966).

Dworkin, Ronald (2010): "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", trad. L. García Jaramillo, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 32, abril, pp. 7-29.

Dworkin, Ronald (2014): *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, Fondo de Cultura Económica, México.

Fernández, Tomás-Ramón (2011): *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*. Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid.

Gianformaggio, Letizia (1987): "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", trad. J.A. Pérez Lledó, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 4, pp. 87-108. http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1987.4.06

Guastini, Riccardo (2008): Nuovi Studi sull'interpretazione, Aracne, Roma.

Guastini, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. S. Álvarez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Hart, Herbert L.A. (1983): "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", en Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford University Press, Oxford, pp. 123-144.

Kahneman, Daniel (2011): *Thinking, fast and slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York.

Laporta, Francisco J. (1987): "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 4, pp. 23-46. http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01

Laporta, Francisco J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.

Lifante Vidal, Isabel (2013): "Seguridad jurídica y previsibilidad", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, nº 36, pp. 85-105. https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04

Lifante Vidal, Isabel (2018): *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant lo Blanc, Valencia.

Lifante Vidal, Isabel (2019): "En defensa de una concepción constructivista de la interpretación jurídica", en *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39. https://doi.org/10.4000/revus.5423

Lifante Vidal, Isabel (2020): "Una breve réplica a los comentaristas de *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*", en *Anuario de filosofía jurídica y social*, en prensa.

Maccormick, Neil (2010): "Argumentación e interpretación en el Derecho", trad. J.L. Fabra y L.S. Guevara, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 33, pp. 65-78. http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2010.33.04

Maccormick, Neil y Summers, Robert (eds.) (1991): *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldeshot, Dartmouth.

Nino, Carlos S. (1994): *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.

Peces-Barba, Gregorio (1980): *Derechos fundamentales*, Editorial Latina, Madrid, 3ª edición.

Tarello, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano (Existe traducción española: *La interpretación de la ley*, trad. D. dei Vecchi, Palestra, Lima, 2013). Wendel, W. Brandley (2005): "Professionalism as Interpretation", en Cornell Law Faculty Publications. Paper 27. Disponible en: http://scholarship.law.cornell.edu/lsrp_papers/27

Wróblewski, Jerzy (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid.

Wróblewski, Jerzy (1992): *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht.

Capítulo II

Sobre la delgada línea entre el derecho al uso y el exceso de la fuerza pública. Una interpretación en materia de derechos humanos.

Sumario: *I. Introducción. II. La gota que derramó el vaso. III. El desprecio a la ley. IV. ¿Es necesaria una reforma integral de las instituciones encargadas de la seguridad pública? V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Tadeo Eduardo Hübbe Contreras[17]

"Las proclamas de los derechos humanos, aun cuando formuladas como el *reconocimiento* de la existencia de cosas llamadas derechos humanos, son realmente vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que *se debe hacer*"

Amartya Sen

I. Introducción

Los casos polémicos de George Floyd y Giovanni López, ciudadanos que perdieron la vida bajo custodia de la policía por la excesiva fuerza pública, desataron una ola de protestas e indignación en muchas partes del mundo, donde el repudio a las prácticas motivadas por cuestiones racistas, clasistas o cualquier otra índole, abrió el debate internacional.

El debate en torno al exceso de la fuerza pública se amplió hacia las calles de distintas ciudades, donde las protestas se vieron opacadas por la violencia entre manifestantes y policías. Razón por la que se analiza la pertinencia de una reforma integral a las leyes que regulan el actuar de la policía, así como la crítica al Estado por faltar a su obligación constitucional: garantizar y proteger los derechos humanos.

II. La gota que derramó el vaso

El 25 de mayo de 2020 en Minneapolis, Minesota, en Estados Unidos, fue el lugar de la trágica muerte del afroamericano George Floyd, quien en el suelo soportó en su cuello, por ocho minutos y 46 segundos, la rodilla del policía Derek Chauvin, acusado por ese incidente de homicidio involuntario en segundo grado, junto con otros tres policías[18] que hicieron nada por evitarlo. De acuerdo con un artículo escrito por Ishmael Reed,[19] y según la autopsia oficial[20], George Floyd murió por asfixia como resultado de "la sumisión, la restricción y la comprensión de cuello", cuando era inmovilizado por Chauvin.

Este hecho provocó que miles de personas en muchas ciudades de Estados Unidos, en plena contingencia sanitaria, salieran a las calles a manifestar su repudio por la muerte de Floyd a manos de

[17] Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España, y licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara, México. Profesor titular de Derecho Penal y director de la División de Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanas del Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara.
[18] Los tres policías de nombre: Tou Thao, Thomas Lane y J Alexander Kueng.
[19]Profesor de California College of the Arts.
[20] Se puede consultar la nota periodística en: https://elpais.com/internacional/2020-06-09/11-millones-de-fianza-para-el-policia-chauvin.html

la policía de Minneapolis, por un evidente exceso de la fuerza policial, en un contexto de racismo institucionalizado enquistado en las fuerzas de seguridad pública. Como resultado de las protestas, se produjeron disturbios, saqueos de comercios, enfrentamientos con la policía y el incendio de la comisaría de policía donde trabajaba Chauvin.[21]

Mientras tanto, bajo la tensión de las manifestaciones y protestas por el caso de George Floyd, en Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco, México, otro caso de abuso o exceso de la fuerza policial salió a la luz pública, ahora como víctima Giovanni López Ramírez, quien murió mientras estaba bajo custodia de la policía de dicho municipio. De acuerdo con el *Informe Especial sobre el caso de Alejandro Giovanni López Ramírez del Municipio de Ixtlahuacán de los Membrillos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco* (2020), Giovanni fue detenido el 4 de mayo de 2020 afuera de su domicilio por cerca de diez elementos de la policía municipal por no usar "cubrebocas" (con el fin de evitar contagios y muerte por Covid-19), y por agresiones a la policía (hecho todavía no completamente aclarado) para ser trasladado violentamente a los separos de la Policía Municipal de Ixtlahuacán de los Membrillos y cumplir con su arresto. Al día siguiente, Giovanni falleció a consecuencia de los golpes presuntamente infringidos bajo custodia de la policía y que, de acuerdo con la autopsia oficial practicada, se reveló que recibió un impacto de bala en el pie.

Al igual que en el caso de Floyd, miles de personas salieron a protestar a las calles del centro histórico de la ciudad de Guadalajara por la muerte de Giovanni. Las manifestaciones trajeron como consecuencia confrontaciones violentas entre ciudadanos y la policía estatal y municipal, que derivaron en la detención de un número considerable de asistentes, sin dejar de mencionar los daños ocasionados a edificios, vehículos oficiales y mobiliario urbano por parte de algunos grupos de civiles violentos. Estas protestas también conglomeraron gente en otras ciudades del país, quienes expresaron su indignación por la pérdida de Giovanni a causa de la fuerza policial.

En ambos casos se advierten algunas similitudes respecto a los hechos controversiales que se suscitaron a consecuencia de la mala actuación policial, pero también quizá algunas diferencias que lo motivaron. En los dos casos muere un ciudadano bajo custodia de la policía; los hechos fueron videograbados y salieron a la luz pública; se observa, en el actuar de la policía, incompetencia y falta de capacitación; en el caso de Floyd, se presume motivación racista, a diferencia del de Giovanni; finalmente, y en lo que me lleva a realizar un análisis y una reflexión, se podrá reconocer el punto de inflexión, un común denominador: la fuerza pública excesiva y la falta de seguridad y certeza jurídica por parte del Estado hacia sus ciudadanos.

No aprendemos lo que la historia pretende enseñarnos. El abuso y la fuerza policial excesiva no es nueva, se ha mantenido y existe desde el surgimiento del Estado moderno y la concepción de sus instituciones encargadas de la seguridad pública, tanto de carácter civil como militar,[22] con el fin de garantizar no sólo el orden y la paz, sino la seguridad y certeza jurídica de los ciudadanos; existe desde el momento en que se configura la atribución de la fuerza pública, en razón de que los ciudadanos cedimos ese derecho al Estado. Sin embargo, finalmente el contrato social se ha incumplido.

No quiero decir que otros acontecimientos ocurridos, tanto en Estados Unidos o México,[23] como en cualquier parte del mundo, sean menos relevantes que los casos que he mencionado, pero sí son hechos polémicos que tuvieron su propia dimensión en el mismo momento en que padecemos las consecuencias de una pandemia y que finalmente causaron que muchas personas manifestaran su repudio, en muchas partes del mundo, por la fuerza excesiva por parte de la policía, sea por la motivación que sea: odio, racismo, alguna condición social, cultural o económica, por ejemplo.

[21] Nota de la BBC que se puede consultar en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52842951
[22] Me refiero a la creación de la Guardia Nacional en México, por ejemplo.
[23] Por ejemplo, los casos recientes de Alexander Gómez en Oaxaca, Carlos Navarro en Veracruz y Jair López en Tijuana, personas asesinadas a manos de la policía.

Fue la gota que derramó el vaso. Manifestaciones que han derivado en actos violentos tanto de civiles, al protestar, como de la policía, al contener y, en algunos casos, reprimir, de ahí la violación de los derechos fundamentales se magnifica y termina por corroer a una sociedad que se polariza por tratar de posicionarse o, por lo menos, entender o justificar a alguna de las partes. En lo personal, me opongo a cualquier forma de violencia no justificada (aunque el Estado siempre habrá de hacerlo) sin importar quien lo realice, sea del bando que sea, de quien exige un derecho, como de quien quiere refrenar, en aras del orden y la paz pública, a quienes pacíficamente ejercen un derecho, como la libre expresión de ideas y de exigencias por un hecho indignante.

Se observa a través de los medios de comunicación, redes sociales, prensa televisada, o de cualquier otra naturaleza, cómo el Estado impuso su "orden" mediante la fuerza excesiva sobre las personas que se manifestaban. En Jalisco se denunciaron, en contra de la policía,[24] detenciones arbitrarias, desaparición forzada y agresiones a personas presentes en diversas partes de la ciudad, tanto a ciudadanos que protestaban de forma pacífica como a quienes no lo hacían. Asimismo, Amnistía Internacional[25] cuenta con un análisis sobre la situación en Estados Unidos, donde señala que se observaron un sinnúmero de actos violentos por parte de la policía con el afán de imponer el orden a causa de los disturbios producto de las protestas por la muerte de Floyd y el racismo que impera en las corporaciones policiales. Ello motivó a que el presidente Donald Trump, en algunas ciudades, desplegara a la Guardia Nacional para imponer el orden. Pero, si bien, el Estado ha utilizado la fuerza pública indebidamente, también es que falta hablar de la otra cara de la moneda.

Nos podemos ubicar en dos tipos de escenarios: en lo individual y en lo colectivo. En cuanto al primero me refiero a la falta de garantías de seguridad jurídica ante un posible encuentro de una persona con la policía y que se torne violento sin razón aparente. Es decir, la persona que es violentada en sus derechos fundamentales a causa de la actuación de la policía porque considere que está frente a una falta administrativa o un hecho delictuoso. Asimismo, me refiero a lo colectivo cuando, a consecuencia de alguna exigencia de un grupo de personas, se manifiestan libre y pacíficamente y son reprimidos ilegalmente. En los casos analizados un hecho llevó al otro. El homicidio de una persona a manos de la policía, en un exceso desproporcionado de fuerza, causó el repudio de la gente y, por ende, surge la manifestación colectiva.

Antes estas dos premisas, existen algunas reflexiones. En la primera, los ciudadanos actúan conforme a lo que la norma les permite, es decir, podemos hacer todo lo que queramos mientras no esté prohibido. No obstante, las agencias policiales, como instrumento estatal que ejerce el poder punitivo (*ius puniendi*), siempre hacen lo que es más fácil, ejercer un "poder selectivo sobre las personas" y criminalizan a quien tienen más a la mano. Como señala Zaffaroni (2010):

> …la sociedad ofrece estereotipos: los prejuicios (racistas, clasistas, xenófobos, sexistas, etc.) van configurando una fisonomía del delincuente imaginario colectivo, que es alimentado por las agencias de comunicación: *construyen una cara de delincuente*. Quienes son portadores de rasgos de esos estereotipos corren peligro de selección criminalizante, aunque no hagan nada ilícito (pp. 12 y 13).

[24] Entre las instituciones denunciantes se encuentran la Universidad de Guadalajara y el Instituto Tecnológico y Estudios Superiores de Occidente, por la detención arbitraria de algunos de sus estudiantes. También, se puede consultar la nota de Rodrigo Rivas Uribe: https://www.informador.mx/jalisco/Piden-a-Gobierno-de-Jalisco-justicia-en-caso-Giovanni-Lopez-y-por-detenciones-ilegales-20200608-0079.html; así como: https://www.milenio.com/politica/comunidad/giovanni-lopez-reportan-45-quejas-abuso-protestas

[25] "EEUU.: Se debe poner fin la violencia policial contra las protestas de Black Lives Matter" (23/06/2020), análisis que puede ser consultado en: https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/06/usa-end-unlawful-police-violence-against-black-lives-matter-protests/

Esto es una realidad. Bajo este argumento nos encontramos ante los casos de Floyd y Giovanni. La agencia policial ejerció ese poder de selección, sometió al ciudadano y lo puso bajo su custodia mediante la fuerza pública excesiva por motivos no justificados. No quiero decir que Floyd o Giovanni no hayan incurrido en determinada falta administrativa o hecho delictuoso, pero sí que la selección a la que hago referencia se ejerció de forma arbitraria, con la fuerza pública excesiva que derivó en muerte y que dicha selección no se realizó, en cuanto respecta a Giovanni, conforme al artículo 1° de la Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco, que señala:

> La seguridad pública es la función gubernamental que prestan en forma institucional, exclusiva y en el ámbito de su competencia, el Estado y los municipios, la cual se regirá bajo los principios constitucionales de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo y honradez, respetando del gobernado sus derechos humanos consagrados en nuestra carta magna y la Constitución particular del Estado (p.1).

Se realizaron las detenciones motivadas dentro de un contexto de racismo institucionalizado para el caso Floyd y, para el de Giovanni, al contrario, presuntamente sin motivo alguno y fuera del marco de la ley.

En la segunda, la manifestación pública o la reunión que tenga por objeto protestar por algún acto determinado son un derecho. Pero este derecho cuenta con algunas condicionantes legales:[26] que no ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público, que no se profieren injurias contra la autoridad y que no se hiciere uso de violencia o amenaza para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee. Cuando esas condicionantes no se acatan el Estado estará obligado a ejercer el poder punitivo (fuerza pública) con el fin de mantener la paz y el orden mediante sus instituciones de seguridad. Pero, ¿cuál es el problema?

Las manifestaciones o reuniones públicas que aglomeran a miles de personas, sugieren que no todos los asistentes actuarán conforme a la ley. Habrá quienes aprovechen el tumulto para realizar actos violentos de cualquier tipo, contra las personas y las cosas. Que cien personas actúen de forma ilícita, afectarán a miles que actúan en la legalidad, pues el poder selectivo de personas se tornará difuso y la policía arremeterá contra quien se encuentre a su paso. Reinará el caos, la confusión y, por supuesto, la violencia desmedida y la violación de derechos humanos será la nota del día. Es usual que el odio se manifieste en este tipo de protestas, donde se culpa al Estado por su escasa eficacia para garantizar la seguridad de las personas, y más cuando son los miembros de las instituciones de seguridad pública quienes, mediante la fuerza excesiva, una persona muere. Insisto, no se puede justificar la violencia casi bajo ninguna circunstancia, pues esta puede ser prevista y contenida a tiempo, conforme a las instituciones, normas y mecanismos que garantizan el respeto de los derechos humanos.

Por décadas la violación sistemática de los derechos humanos, más factores como la pobreza, la crisis económica, la desigualdad, el desempleo, la corrupción, la criminalidad, la discriminación, entre otros, han gestado un perfecto "caldo de cultivo" para que una ciudadanía harta, olvidada, insegura, frustrada, con miedo y resentimiento, a la menor provocación se levante en protesta y se torne, en algunos casos, violenta. Aunque la mayoría de las protestas sean pacíficas, podría haber manifestantes que incurran en violencia. No obstante, la policía deberá responder sólo a infracciones individuales y no aplicar la fuerza desproporcionada contra una colectividad que protesta, cuya actitud es generalmente pacífica.

[26] Artículos 6° y 9° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Existe una estrategia de la que se pueden servir los grupos violentos conocida como el principio de acción basado en la provocación. Un ataque llevado a cabo por manifestantes contra la policía, personas o cosas, tiene un propósito principalmente comunicativo con intención de provocar una reacción exagerada del oponente, en este caso el Estado, y suele utilizarse para justificar el empleo de la violencia.

Este principio de acción basado en la provocación es una forma más de manifestación ante la opinión pública y la justificación de los actos violentos; el manifestante que se conduce con actos violentos busca regularmente la reacción por parte de la opinión pública. Si la respuesta del Estado a esta es desproporcionada —desmedida e ilegal— habrá conseguido uno de sus objetivos, pues se ubicaría al Estado en el mismo o inferior plano ético del manifestante violento. Si el Estado no reacciona "adecuadamente" corre el riesgo de aparentar debilidad e incompetencia, y dicha visión creará incertidumbre a la población, se acabará con la sensación de seguridad y certeza jurídica, base de todo estado de derecho. Normalmente el Estado, para intentar ocultar su frustración por la inseguridad generada, busca una reacción sobredimensionada, exagerada de los hechos, lo que prolifera erróneamente un mejor "caldo de cultivo" para el desarrollo de futuras actividades subversivas, ello puede generar un mayor número de simpatizantes hacia ciertas causas, sean justas o injustas.

III. El desprecio a la ley

La fuerza pública excesiva y el abuso policial ha sido una práctica sistémica, arraigada, impune y justificada durante muchos años en México y en muchas partes del mundo. Es evidente que las muertes de Floyd y de Giovanni, a manos de la policía, fueron producto de una latente y sistemática violación de sus derechos humanos, inició con una detención excesivamente violenta, seguida de tortura, tratos inhumanos y degradantes. Quedó claro que el Estado fue omiso en cumplir con una de sus primordiales obligaciones y funciones: garantizar y proteger los derechos humanos.[27]

Además, me atrevo a decir que en todas las constituciones democráticas y progresistas del mundo (México o Estados Unidos no son la excepción) se establecen la garantías a la libre reunión y manifestación pacífica de ideas o de cualquier expresión de inconformidad por cualquier acto estatal y prohíben y castigan la fuerza pública desproporcionada. En este sentido, constitucionalmente se garantiza la seguridad jurídica, la vida, la integridad física y la dignidad.

Quiero posicionarme primeramente en la legislación nacional, en México, pues ampliar este análisis a diversas constituciones, desde una óptica comparada, nos llevaría más que un breve artículo académico. No obstante, se aborda el tema desde una visión lo más global posible, por lo menos que encaje en la mayoría de las constituciones democráticas del mundo, bajo los principios generales del derecho aceptados comúnmente.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 14 y 16,[28] tutela la garantía a la seguridad jurídica. Estos supuestos jurídicos permiten entender o, mejor dicho, a interpretar la norma en el sentido que deberá aportar a su destinatario previsibilidad jurídica (Vigo, 2014, pp. 81-83). Es decir, toda norma deberá proveer certeza a los ciudadanos en cuanto a las consecuencias por el incumplimiento de esta (puedo hacer todo aquello que no esté prohibido), y, por ende, sobre cómo actuarán las instituciones, en este caso, de seguridad, impartición y administración

[27] Recomiendo consultar la participación de Manuel Ayala, en el Foro ¿El COVID despertó al Leviatán? El manejo por parte de la crisis sanitaria, División de Ciencias Sociales Jurídicas y Humanas del Centro Universitario de Tonalá, a través de la red social: https://www.facebook.com/watch/?v=1624308167753413

[28] En lo sustancial, se precisa en dichos preceptos, respectivamente que: "…Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones y derechos, sino mediante juicios seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y con las Leyes expedidas con anterioridad al hecho", y "…Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento…".

de justicia (es decir, en forma de sistema). Si se comete un delito o una falta administrativa, traerá como consecuencia un castigo, una sanción, una vez que se hayan cumplido todos aquellos procedimientos y formalidades legales que correspondan. Por otra parte, los procedimientos y formalidades se desarrollarán a través del actuar del funcionario público, donde sólo podrá intervenir en cuanto a lo que la norma le permita. El funcionario público sólo podrá hacer todo aquello que la ley le permita "La seguridad requiere la existencia de reglas generales que permitan a los diferentes operadores jurídicos medir los distintos problemas, y así posibilitar un tratamiento igualitario de los casos iguales y un marco para el cálculo jurídico futuro" (Vigo, 2014, p.83).

Fue evidente la falta de seguridad jurídica en los sucesos analizados. En estricto sentido, en el caso de que tanto Floyd como Giovanni hubieran cometido un delito o una falta administrativa, por consecuencia se deberá imponer una pena o una sanción dentro del marco de la ley (principio de legalidad), situación que no aconteció. Es decir, las causas de la detención de Floyd, de acuerdo con algunas versiones, fueron por incurrir en un supuesto delito de "transacción con moneda falsa" o "fraude". Al momento de su detención, el policía Chauvin sometió ilegalmente a Floyd, tirándolo al suelo y oprimió su cuello con la rodilla por un periodo de ocho minutos y 46 segundos, lo que provocó su muerte, sin importar que George Floyd clamaba "no poder respirar". Por su parte, Giovanni fue detenido por incurrir en una falta administrativa, en primera instancia y por el supuesto de no traer "cubrebocas" en la vía pública (recomendado como medida para prevenir contagio de Covid-19), lo que en principio no es ilegal (quizá indebido, pero no es causa para ser detenido), para luego, con lujo de violencia, ser subyugado y trasladado a los separos de la policía municipal, mientras que era agredido por varios policías municipales, lo que finalmente ocasionó la pérdida de su vida.

Las personas bajo custodia policial no deben morir a consecuencia del abuso y exceso de la fuerza pública, sobre todo cuando no se opone resistencia al arresto y por estar totalmente sometido. Sea que se haya cometido un delito o falta administrativa, no implica que la consecuencia derive en muerte, y menos a manos de quienes deben y tienen la obligación de garantizar seguridad jurídica, respeto de la vida y la integridad física y, sobre todo, a la dignidad, sea la situación que sea, más aún, encontrándose bajo custodia policial. Así se señaló en el Informe de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (2020), que concluyó:

> …que las finalidades de los sufrimientos físicos y psíquicos infringidos a Giovanni fueron para castigarlo por la presunta oposición que tuvo a la detención ilegal y arbitraria y tratar de justificar el abuso excesivo de la fuerza de la actuación de la policía la cual se filmó mediante un celular de sus familiares y que corroboró despúes con los informes medicos. […] Es razonables asumir que la causa de la muerte de Alejandro Giovanni López Ramírez fue responsabilidad directa de los elementos de seguridad municipal en uso excesivo de la fuerza pública, sin que existieran indicios u otros elementos que corroboren su justificación. Si bien en su momento los elementos de seguridad señalaron que, durante la detención de Giovanni, este agredió a golpes, no se justifica que haya sido necesario el uso desproporcionado de la fuerza al grado de privarlo de la vida… (p. 12)

Por otro lado, una vez conocidos los sucesos en los que murieron George Floyd y Giovanni López, se desata una ola (o bien dicho: tsunami) de protestas, donde nuevamente la policía ejerce excesivamente la fuerza contra quienes manifiestan su indignación. Si bien, quienes lo hicieron pacíficamente, dentro del marco legal que lo permite, fueron detenidos arbitrariamente y agredidos por miembros de las instituciones de seguridad pública, justificado por el actuar de otros que lo hacían de forma violenta. Esta situación agrava más el problema, pues ninguna persona, al menos en el caso de Giovanni, fue puesta a disposición de un juez (penal o municipal, según el caso), por la comisión de

algún delito o falta administrativa y que como consecuencia se haya castigado conforme a las leyes penales o administrativas a alguien.

De esta forma, el ciudadano actúa esperando una consecuencia determinada en la norma y después se ve sometido a otra consecuencia jurídica que no existía en el momento de su acción. Por ello, el operador jurídico (la policía) violó cuatro principios en un solo momento:

1. El principio de legalidad, porque atribuye consecuencias jurídicas a hechos y sujetos conocidos y se rompe con las exigencias de generalidad y abstracción de las leyes. La muerte, detención, tortura y malos tratos, por exceso de fuerza policial, innecesaria y desproporcionada es contrario a la ley y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
2. El principio de igualdad, porque atribuye la misma consecuencia a ciudadanos que se encuentran en situaciones diferentes. En las manifestaciones que aglomeran a miles de personas, cuando se generan disturbios, violencia y daños en las cosas, la policía arremete contra cualquiera que se encuentre a su alcance, sea manifestante pacífico o no.
3. El principio de dignidad, porque trata al ciudadano como un objeto, en la medida en que recae nuevos efectos jurídicos sobre un comportamiento ya adoptado, con los que impide elegir, de forma autónoma, los efectos jurídicos a los que libremente se quiere someter.
4. El principio de libertad, porque impide al ciudadano elegir, en la medida que le afecta una conducta ya adoptada que no se puede revertir, sobre todo cuando la muerte de una persona la causa la policía por el ejercicio de la fuerza excesiva. (Ávila, 2014, pp. 116 y 117)

Cabe recuperar lo que Humberto Ávila (2014) menciona:

> …se quiere demostrar que el principio de seguridad jurídica es un *instrumento* que garantiza la eficacia de otros principios, como la igualdad, la libertad y la dignidad. En otras palabras, sirve para garantizar un estado de *responsabilidad* de la acción y la argumentación del ciudadano, mediante la *moderación* estatal. (pp. 117)

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas existen instrumentos y protocolos para erradicar este tipo ilegal de prácticas enquistadas en las corporaciones policiales. En lo que aquí respecta, el convenio internacional más relevante es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes,[29] en vigor desde el 26 de junio de 1987. Este instrumento internacional, en su artículo 1°, entiende por "tortura" como:

> …todo acto por el cual se inflinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigar por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en culquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con consentimiento o aquiescencia… (p.1)

Los casos de George Floyd y Giovanni López encuadran perfectamente en este supuesto legal. No obstante, es importante mencionar que esta norma parte de un instrumento internacional de los

[29] Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

derechos humanos que deberá ser firmado y ratificado. Por tal razón nos ubicamos primero en un hecho en que la autoridad, en este caso la policía, representante del Estado, que, con la atribución de ejercer la fuerza pública, viola los derechos fundamentales de sus ciudadanos, en primer término, de Floyd y Giovanni y, en segundo, de una colectividad que protesta por los hechos mencionados. Por ello cabe hacer algunas nuevas distinciones.

Si hablamos de una violación de los derechos humanos de las víctimas que murieron bajo custodia policial, así como de los manifestantes que protestaban por esas muertes, el Estado deberá responder como responsable, en este caso como hecho consumado, y deberá reparar el daño (artículo 1°, párrafo 3, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Los mecanismos de defensa y protección de los derechos humanos juegan aquí un papel muy importante. Los tribunales nacionales o internacionales, las comisiones de derechos humanos local, nacional o internacional, serán las instancias para sancionar (cuando sea posible) al Estado por incurrir en estas prácticas, donde la policía ejerce la fuerza excesiva para reprimir cualquier comportamiento. El Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos en los términos que establezca la ley, es atribución de los tribunales resolver las controversias que se susciten por las normas generales, actos u omisiones de la autoridad o tratados internacionales, que los violen o transgredan las garantías otorgadas para su protección por la constitución.

Sin embargo, otro factor relevante de analizar es el alto grado de impunidad para quienes incurren en estos actos, ya no hablo de la responsabilidad estatal, sino de las personas que los cometen. La policía ha gozado de altos grados de impunidad alrededor del mundo, y los delitos cometidos por ellos, en muchos casos, quedan en la impunidad total. Comencemos con los casos de Chauvín, Thao, Lane y Kueng, los policías de Mineapolis responsables de la muerte de George Floyd, quienes únicamente fueron destituidos del cargo por la autoridad en un primer momento, por una evidente violación de los derechos humanos (pues fueron videograbados),[30] no fue hasta que iniciaron los disturbios en todo el país que el Estado decidió imputar penalmente a Chauvin por homicidio imprudencial en segundo grado, mientras que Thao, Lane y Kueng fueron imputados con los cargos de complicidad e instigación.[31] La presión social y política obligó a Minnesota no sólo a remover a esos policías, sino a imputarlos penalmente.

Una decisión que se tomó demasiado tarde. Antes del fatal episodio del 25 de mayo de 2020 ya existían antecedentes de abuso policial en contra de Chauvin y Thao. Solamente a Chauvin se le abrieron al menos 17 investigaciones, según el departamento de Asuntos Internos de la Policía de Mineapolis.

En México, la Policía Municipal de Ixtlahuacán de los Membrillos no está tan alejada de la impunidad imperante en la corporación policial de Minneapolis, pues tuvo que pasar más de un mes para procesar e imputar a los responsables de la muerte de Giovanni por el delito de tortura, e igual que el caso Floyd, la imputación se efectúa una vez que la presión social y política se hace presente con las manifestaciones de repudio que llamaron la atención de la comunidad internacional. Días después de la muerte de Giovanni, los tres policías ahora vinculados a proceso seguían en funciones.

No sólo se violaron derechos humanos, también se cometió un delito de homicidio. El Estado deberá reparar el daño y los policías que privaron de la vida a George y Giovanni tendrán que ser castigados por vía penal, como dijo Antonio Guterres, secretario general de las Naciones Unidas, en el marco del día internacional en apoyo a las víctimas de la tortura (26 de junio de 2020):

---

[30] El video puede ser observado en el sitio Web del Diario *The New York Times*: https://www.nytimes.com/video/us/100000007159353/george-floyd-arrest-death-video.html?searchResultPosition=7
[31] BBC News: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52929896

> Bajo ninguna circunstancia se debe permitir que los crímenes de los torturadores queden impunes y se deben desmantelar y transformar los sistemas que permiten la tortura.[32]

La norma supone el establecimiento de expectativas, pues el Estado debe proteger los bienes jurídicos para que nadie los lesione y, si fuere el caso, sea castigado conforme a la ley. Lamentablemente nos encontramos ante situación de desprecio a la ley, la impunidad, y la fuerza pública excesiva son temas que no terminan con la muerte de George Floyd, Giovanni López o cualquier otra persona, sino que se agudiza y se pretende perpetuar, bajo la justificación de la mano dura y la cero tolerancia. La ley tiene que imponerse y ser el instrumento que nos permita vivir en un verdadero Estado de derecho, donde la tranquilidad de las personas se vea renacida cuando la seguridad jurídica sea una realidad.

La ley es la garante de nuestros derechos en contra del abuso de las instituciones, sólo con ella podemos lograr que la razón prevalezca y nos asista, no hay derrotas en las luchas por la libertad y la igualdad, sólo pasos en un sendero largo y lleno de obstáculos.

IV. ¿Es necesaria una reforma integral de las instituciones encargadas de la seguridad pública?

Amnistía Internacional ha pedido se lleven a cabo reformas reales y duraderas de la actuación policial, en especial para el caso Floyd que convulsionó a Estados Unidos, son, en el ámbito general, alguna de las siguientes:[33]

1. Poner fin a la comisión policial de homicidios extrajudiciales de personas negras y hacer rendir cuentas por tales muertes mediante investigaciones independientes e imparciales, que proporcionen reparación a víctimas y supervivientes;
2. garantizar el derecho de protesta pacífica contra la violencia policial, sin que manifestantes, periodistas o viandantes corran el riesgo de ser objeto también de violencia policial;
3. aprobar legislación federal, incluida la Ley PEACE (en EEUU), así como la estatal, que restringa el uso policial de la fuerza de manera que sólo se recurra a ella cuando sea estrictamente necesario y proporcionado;
4. poner fin a la doctrina de la "inmunidad calificada", que impide hacer rendir judicialmente cuentas a la policía cuando infringe la ley, y
5. aprobar legislación federal que desmilitarice a las fuerzas policiales.

Todas estas propuestas de reforma caben para cualquier otro país, incluido México. La legislación en materia de seguridad pública debe ser analizada y armonizada con la propia constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por supuesto, también se deberán analizar y crear protocolos de acción policial que permitan que los objetivos, por ejemplo, como la Ley del Sistema de Seguridad Pública, tanto estatal como federal, cumplan su función y sus fines, entre estos: proteger la vida, la integridad corporal, la dignidad y los derechos de las personas, así como sus bienes y mantener el orden y la tranquilidad pública en el Estado; siempre con el cuidado de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, bajo protocolos de actuación para cada caso concreto.

Aunado a ello, la desmilitarización de las fuerzas policiales (tema polémico y debatible durante muchos años) es un tema pendiente por resolver. Parte de las grandes reformas es devolver el carácter civil a las corporaciones de policía, que cada vez más, en razón de la creciente criminalidad organizada y la dificultad para combatirla, la tendencia es hacia la militarización, con el afán de cumplir con una

[32] Se puede consultar el siguiente sitio web: https://www.un.org/es/observances/torture-victims-day
[33] Se puede consultar https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/06/usa-end-unlawful-police-violence-against-black-lives-matter-protests/

declaratoria de guerra a la delincuencia organizada. La historia nos ha enseñado que la militarización de la policía genera grandes riesgos y fomenta el totalitarismo. En México el riesgo está latente con la creación de la Guardia Nacional. Como ha dicho Salvador Carrillo (2020):

> La creación de la Guardia Nacional como instrumento de la llamada Cuarta Transformación fue una de las propuestas del actual presidente mexicano. Sin embargo, el marco jurídico y el diseño institucional de este nuevo organismo desata la polémica sobre la falta de control de los efectivos, sus atribuciones y el posible uso político por parte del gobierno (p. 159).

Es imposible tratar de la misma forma a un delincuente común, por ejemplo, un carterista que a un terrorista. Pero, el terrorismo no es un delito que ocurra todos los días en las calles de la ciudad, a diferencia del robo de carteras. La labor de la policía tiene que cumplir con ese régimen ciudadano, con valores y ética que mejore el desempeño de su actuar, ya sea para realizar una detención o para apoyar a la víctima de un delito.

Es urgente trasformar y mejorar las instituciones de seguridad pública. La capacitación o profesionalización, la educación, la inteligencia y la creación de protocolos o cualquier otro marco legal que regule la actuación de la policía es fundamental para erradicar el ejercicio de la fuerza excesiva. El respeto de la ley, de los derechos fundamentales de las personas son los elementos para mejorar nuestro mundo, para acabar con la injusticia, la impunidad, la tortura y otras prácticas recurrentes y arraigadas en la policía.

V. Conclusiones

La violación sistemática de los derechos humanos por parte de la policía genera odio, rencor y rechazo a las instituciones encargadas de la seguridad pública del Estado. La muerte de George Floyd y Giovanni López son acontecimientos lamentables y polémicos que tuvieron su propia dimensión, que causaron que muchas personas manifestaran su repudio e inconformidad por la fuerza pública excesiva, sea por la motivación que sea: por odio, por racismo, por alguna condición social, cultural o económica.

Existe la urgencia de reformar a las instituciones de seguridad pública en todos sus niveles, de forma sistémica, duradera, para que sea apegada y respetuosa de los derechos humanos, para evitar abusos o excesos del ejercicio de la fuerza o cualquier otro tipo de acto ilícito: desaparición de personas, detenciones ilegales, tortura, malos tratos, etcétera. El Estado debe detener y castigar cualquier abuso o exceso de fuerza policial.

La policía, en cualquiera de sus niveles, sólo deberá ejercer la fuerza cuando sea absolutamente necesario y proporcionado, de conformidad con los marcos normativos y principios garantistas. La fuerza policial deberá durar hasta el momento en que se contenga algún cualquier tipo de violencia ejercida por cualquier persona o grupo de personas.

Los actos violentos de una persona no deberán justificar la fuerza pública excesiva hacia una colectividad en general, sobre todo cuando se trata de una manifestación pacífica.

La fuerza pública excesiva y el abuso policial han sido una práctica sistémica, arraigada, impune y justificada durante muchos años en México y en muchas partes del mundo. Es evidente que las muertes de Floyd y de Giovanni a manos de la policía fueron producto de una latente y sistemática

violación de sus derechos humanos, inicia con una detención excesivamente violenta, seguida de tortura, tratos inhumanos y degradantes. Quedó claro que el Estado fue omiso en cumplir con una de sus primordiales obligaciones y funciones: garantizar y proteger los derechos humanos. Como en algún momento mencioné (Hübbe: 2020): "el triunfo de los derechos humanos sería determinante en la erradicación de la desigualdad en el mundo, la libertad negativa se impondría ante la injusticia y sería el móvil por antonomasia para el desarrollo armónico de las naciones, no habría más enemigos que vencer. Pero aún existe una amenaza más fuerte y avasalladora que la guerra misma, una amenaza constante y creciente, con una fuerza oculta capaz de destruir ejércitos, pueblos y gobiernos. La indiferencia del Estado nación, abstraído en su propia prevalencia hizo a un lado las luchas de aquellos que lo integran, una lucha por una sociedad justa y equitativa, donde todos quepamos, donde todos contemos y donde todos gocemos de las mismas libertades que nos hacen humanos al fin" (p. 42).

VI. Referencias bibliográficas

Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, ed. Trotta, Madrid, 2013.

Ávila, Humberto, "Seguridad jurídica: una teoría estructural", en: VV.AA., *Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático* (Pedro Esteban Penagos López -Coord.-), ed. Tirant lo Blanch, México, 2014, pp. 107-132.

Carrillo García, Salvador, "El autoritarismo en México: La Guardia Nacional como señal de concentración del poder", en: VV.AA., Derechos humanos: Agenda pendiente por la libertad (Tadeo Eduardo Hübbe Contreras y Salvador Carrillo García -Coord.-), ed. Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 163-188.

Hubbe Contreras, Tadeo Eduardo, "El Leviatán contra sí mismo: El ejercicio de los derechos sociales y las políticas de exclusión", en: VV.AA., Derechos humanos: Agenda pendiente por la libertad (Tadeo Eduardo Hübbe Contreras y Salvador Carrillo García -Coord.-), ed. Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 39-59.

Vigo, Rodolfo Luis, "Aproximaciones a la seguridad jurídica", en: VV.AA., *Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático* (Pedro Esteban Penagos López -Coord.-), ed. Tirant lo Blanch, México, 2014, pp. 81-106.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2010.

Normatividad y documentos

Amnistía Internacional, "EEUU.: Se debe poner fin la violencia policial contra las protestas de Black Lives Matter" (23/06/2020), análisis que puede ser consultado en: https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/06/usa-end-unlawful-police-violence-against-black-lives-matter-protests/

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Documento que puede ser consultado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Documento que puede ser consultado en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx

Diagnóstico en materia de tortura y malos tratos, CNDH, UNAM, PUDH, 2019. Documento que puede ser consultado en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/Diagnostico-Tortura-2019.pdf

Informe Especial sobre el caso de Alejandro Giovanni López Ramírez del Municipio de Ixtlahuacán de los Membrillos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, 2020.

Ley del Sistema de Seguridad Pública para el Estado de Jalisco. Documento que puede ser consultado en: https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/ley-del-sistema-de-seguridad-publica-para-el-estado-de-jalisco-25-oct-2013.pdf

Notas periodísticas y de opinión

Barajas, Diana, "Reportan 45 quejas por abuso en protestas por Giovanni López", en Diaios Milenio, 9 de junio de 2020. https://www.milenio.com/politica/comunidad/giovanni-lopez-reportan-45-quejas-abuso-protestas

BBC News: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52842951

Reed, Ishmael, "Por qué quedan libres los piolicías asesisnos", en: Diario El País, Opinión, de 5 de junio de 2002. https://elpais.com/cultura/2020/06/05/babelia/1591372940_788109.html

Monge, Yolanda, "1,1, millones de fianza para el policía Chauvín", en: Diario El País. https://elpais.com/internacional/2020-06-09/11-millones-de-fianza-para-el-policia-chauvin.html

Rivas Uribe, Rodrigo, "Piden a Gobierno de Jalisco justicia en caso Giovanni López y por detenciones ilegales", en Diarios El Informador, de 8 de junio de 2020. https://www.informador.mx/jalisco/Piden-a-Gobierno-de-Jalisco-justicia-en-caso-Giovanni-Lopez-y-por-detenciones-ilegales-20200608-0079.html

Foro "¿El COVID despertó al Leviatán? El manejo por parte de la crisis sanitaria", División de Ciencias Sociales Jurídicas y Humanas del Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara.

Capítulo III

El principio *pro homine* y la interpretación jurídica como argumentación práctica

Sumario: *I. Introducción. II. Caracterización general del principio pro homine. III. El principio pro homine como regla y como principio. IV. La aplicación e interpretación del principio pro homine. V. La interpretación jurídica como argumentación práctica. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas.*

Ilsse Carolina Torres Ortega[34]

I. Introducción

Al día de hoy es prácticamente un lugar común afirmar que la reforma de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tuvo grandes repercusiones en la administración de justicia en el país.[35] A partir de ello, los derechos humanos dejaron de ser una serie de buenos deseos por parte de optimistas soñadores (como en muchas ocasiones, de manera peyorativa, eran concebidos) para ser elementos centrales de la actividad jurídica. De esta manera, los derechos humanos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano pasaron a ser parte fundamental del ordenamiento jurídico y a determinar importantes obligaciones para las autoridades, especialmente las judiciales. Esto último hizo que fuera más necesario que nunca reflexionar sobre cómo llevar a cabo las funciones de la jurisdicción y, sobre todo, cómo realizarlas adecuadamente, según los deberes internos de la práctica jurisdiccional.[36]

En atención a este cambio, también se llevó a cabo una honda deliberación sobre los sistemas de control de constitucionalidad y las concepciones y posicionamientos que subyacen a la elección de un sistema específico.[37] En este sentido, es ampliamente conocido que el modelo de control de

---

[34] Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesora investigadora en el Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) (Jalisco, México) y candidata a miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Código ORCID: 0000-0002-5929-9137. Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx

[35] El texto constitucional resultante de la reforma establece en el artículo 1° que "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. 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 promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley..."
Consultable en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

[36] Josep Aguiló señala que el juez "es la persona que ejerce el poder jurisdiccional del Estado, que consiste en el poder de aplicar el derecho a los casos concretos resolviendo de manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas" (2012: 64). Este poder se materializa en una serie de deberes: (1) el deber de aplicar el derecho –que el autor identifica como la garantía objetiva de la jurisdicción-, (2) el deber de independencia y (3) el deber de imparcialidad –las cuales señala como garantías subjetivas (2012).

[37] Esta es la idea a la que alude Nino, cuando, en la discusión sobre los distintos sistemas de control constitucional, señala que el sistema de control de constitucionalidad que se pretenda elegir y que se pueda adoptar no depende de una cuestión de lógica, tampoco de tener una Constitución operativa, sino de otro tipo de consideraciones; centralmente, de las diferentes concepciones de la democracia. "La presentación que estoy realizando nos lleva a la cuestión acerca de que, sin una determinada justificación de la democracia y de cuáles son los límites de la democracia, estos problemas a los que fui aludiendo —como qué tipo de control de constitucionalidad debemos sostener, si un control judicial o político o mixto— cuál es el alcance de las llamadas cuestiones políticas o —en la terminología de Dworkin— de los objetivos sociales colectivos vs. los derechos individuales, o el alcance de la posible constitucionalización de los derechos sociales y lo que esto implicaría respecto a una intervención activista por parte del Poder Judicial en la preservación de esos derechos no se podrían

convencionalidad y de constitucionalidad emanado de esta reforma –el cual establecía un control difuso y otorgaba amplias facultades para inaplicar e invalidar normas contrarias a las declaraciones de derechos humanos– no ha permanecido intacto. Esto ha sido así debido, entre cuestiones complejas, al gran desafío del cambio jurisdiccional, pero también a ciertas imprecisiones del legislador que han sido atenuadas por parte de la jurisprudencia de la mano de la academia.[38]

Ello muestra cómo ha sido necesario revisar y cuestionar una serie de asunciones pertenecientes al nivel de la teoría jurídica, sean aceptadas o bien implícitas en la práctica de los operadores del derecho.[39] Es por ello que esta reforma, además de ser un acontecimiento clave para la conquista de los derechos,[40] ha traído consigo un interés renovado por las cuestiones más controvertidas en torno al derecho, a la constitución y a la democracia. Hoy, a casi diez años de la reforma de derechos humanos, hemos sido testigos de importantes discernimientos, desde aquellos más generales sobre el papel de la constitución, las tensiones envueltas en la democracia, la jerarquía normativa, las características del Estado de derecho o las concepciones jurídicas óptimas para los sistemas jurídicos constitucionalizados, hasta aquellos aplicados a problemas, aparentemente más operativos, como la manera de llevar a cabo el control de convencionalidad o los criterios interpretativos a seguir para hacer efectivos los derechos humanos.

Este trabajo indaga en el principio interpretativo conocido como *pro homine*. Sin embargo, como se sostendrá, no es adecuado reducir su importancia a una cuestión de operatividad, en tanto que su entendimiento exige regresar a consideraciones más generales, por ejemplo, sobre los modelos de razonamiento jurídico, la interpretación jurídica, la teoría de los enunciados jurídicos, etc. Esto quiere decir que es preciso profundizar en niveles de reflexión que van más allá de la perspectiva propia de la dogmática constitucional. Es decir, en este trabajo no intento realizar un análisis o una reconstrucción de la doctrina jurisprudencial en torno al principio *pro homine*. La reflexión que pretendo llevar a cabo tiene que ver con los retos que plantea un principio de esta naturaleza, especialmente en su dimensión de principio interpretativo cuando entendemos la actividad interpretativa como una actividad argumentativa, donde el intérprete es un participante en la construcción de la práctica social del derecho.

II. Caracterización general del principio *pro homine*

Después de que el Estado mexicano reconociera como derechos jurídicamente relevantes aquellos que constan en la constitución y en los tratados internacionales suscritos, surgió la necesidad de precisar lo que esto implicaba para las autoridades de los distintos niveles estatales. Para esclarecer esto último, el texto constitucional indicó algunas pautas que se constituyeron como principios interpretativos. Centralmente, el principio de la interpretación conforme, el principio *pro homine* y los principios derivados de las características de los derechos humanos (universalidad, interdependencia,

responder. Lo que subyace a todas estas cuestiones son diferentes concepciones de la democracia y creo que ése es el tema central que deberíamos discutir" (1989a: 85).

[38] Sobre todo, cuestiones relacionadas con cuál es la jerarquía normativa del orden mexicano o sobre quién y en qué circunstancias puede realizarse la declaración de invalidez de una norma o inaplicarla. Por ejemplo, las ya paradigmáticas contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011. Para un análisis de las mismas, véase Nieto Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos* (2014).

[39] Con ello me refiero a que la constitucionalización de los derechos humanos ha llevado a revisar las respuestas a grandes interrogantes con las qué cuenta como derecho, cuál es la jerarquía normativa, en qué consiste la interpretación de la ley, cómo se aplica el derecho, etc. Tanto es así que, incluso, en muchas ocasiones la discusión se ha identificado como dicotómica entre aquellos que, en general, sostienen una postura cercana al iuspositivismo y aquellos que defienden ideas más propias de concepciones no-positivistas.

[40] Con esto hago alusión a la idea de que el reconocimiento de derechos humanos debe verse siempre como un logro conseguido a través de la discusión racional sobre estos y no por un mero determinismo metodológico. A ello se refiere Carlos Nino al afirmar que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización, en tanto que se tratan de artefactos –aunque dependientes de ciertos hechos naturales-, instrumentos creados por el ser humano con un gran impacto en la vida social (1989b: 1).

indivisibilidad y progresividad).[41] Estos principios pretenden ser orientadores de la acción estatal en su conjunto; esto es, conforman referentes normativos no sólo para la resolución de casos de conflicto, sino para: (1) evitar o prevenir violaciones de los derechos humanos, (2) promover y garantizar estos derechos, (3) asignar responsabilidad y sancionar a quienes los vulneren y (4) reparar y evitar la repetición del daño de los afectados.[42]

Al estar ante un desafío de tales dimensiones, los deberes de las autoridades son complejos y se dan en muchos niveles, pero en todos ellos destaca la necesidad de llevar a cabo un ejercicio deliberativo para concretarlos. Por ejemplo, para esclarecer cómo se promueve de la mejor manera posible una cultura positiva de los derechos humanos o cómo se repara una vulneración a un derecho ya ocurrida en un caso particular. Es decir, la peculiaridad de estos deberes es que no son expresos y axiomáticos, sino que exigen la deliberación –y, por supuesto, que la misma conste en una argumentación intersubjetivamente contrastable– de la autoridad para determinar qué es lo más adecuado para lograr la protección y garantía de los derechos.[43] Estamos, entonces, en el terreno de las reglas de fin, las directrices y los principios en sentido en estricto, pero definitivamente no ante reglas de acción.[44]

Esto es precisamente lo que sucede con un principio como el *pro homine*, el cual, dirigido específicamente a la interpretación de las normas, es una pauta metodológica de justicia, cuyo contenido tiene que ser justificado –a través de la práctica argumentativa- por la autoridad correspondiente.

Este principio se extrae de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1° constitucional cuando establece que las normas relativas a los derechos humanos deben ser interpretadas de conformidad con la constitución y con los tratados internacionales, donde se favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia (CPEUM). Este "favorecer en todo tiempo a las personas la protección más amplia" es lo que se ha formulado como el principio *pro homine* y con él una pauta para quien aplica el derecho, aunque esta debe ser esclarecida a la luz de los intereses en juego. Este principio, además, tiene como inspiración el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece diversos sentidos en los que pueden ser interpretadas las disposiciones de la convención[45].

---

[41] La interpretación conforme y el principio *pro homine* aparecen en el segundo párrafo del artículo 1° y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad en el párrafo tercero.

[42] Es interesante hacer notar que todos ellos hayan sido asumidos como principios interpretativos. Esto podría ser una muestra de que a la reforma subyace una concepción de la interpretación del Derecho (no de la ley) y que el legislador y demás operadores parten de una idea del derecho como integralidad.

[43] Sobre esto resultan muy interesantes los planteamientos de Isabel Lifante, respecto a la responsabilidad (especialmente en su acepción de responsabilidad como rol) que tienen los funcionarios públicos para conseguir los fines y estados de cosas valiosos para la comunidad jurídico-política. Afirmar que las autoridades son responsables implica que tienen deberes que requieren cuidado y atención, los cuales no se expresan en una guía detallada. En lugar de esto, la autoridad tiene poder discrecional para seleccionar la actuación más óptima para el fin que se pretende conseguir. Esta discrecionalidad no puede entenderse como mera arbitrariedad; las autoridades tienen el deber de justificar racionalmente el uso de esta facultad y su actuación habrá de ser evaluada a la luz, precisamente, de los fines y valores que dotan de sentido a sus funciones (Lifante, 2018).

[44] Con ello se hace a la tipología de normas regulativas propuestas por Atienza y Ruiz Manero, las cuales, en función de que pueden ser reglas o principios, se subdividen en reglas de acción y reglas de fin, y principios en sentido estricto y directrices (1996: 1-25). Sobre esto, volveré más adelante.

[45] Dicho artículo establece que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Consultable aquí: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Asimismo, hay disposiciones similares en otros tratados. Por ejemplo, el artículo 15 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura; el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 4° del Protocolo de San Salvador.

En general,[46] se reconoce a Rodolfo Piza Escalante como uno de los primeros jueces en hacer precisiones sobre el sentido de este principio. En concreto, cuando, como juez de la Corte Interamericana de Derecho Humanos estableció en su opinión separada de la opinión consultiva OC-7/86 de 1986[47] lo siguiente:

> El criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental –principio *pro homine* del Derecho de los Derechos Humanos-, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento la excepción… (CIDH, 13).

Dicha aproximación es especialmente relevante porque coincide con los criterios jurisprudenciales determinados en México para intentar aclarar el sentido y el alcance de este principio. Según lo establecido por dichos criterios, principalmente, se han subrayado cuatro prescripciones del principio *pro homine*: (1) exige que, tratándose de derechos protegidos, se debe recurrir a una interpretación extensiva como criterio hermenéutico (en caso de que haya varias interpretaciones posibles de una norma); (2) determina que, también en el caso de derechos protegidos, debe aplicarse la norma más amplia o protectora (en caso de que se presente una antinomia); (3) establece que, en los supuestos en que pretendan limitarse derechos protegidos, debe optarse por la interpretación más restringida como criterio hermenéutico, y (4) dispone que debe aplicarse la norma más restringida, de nuevo, para aquellos casos que impliquen límites al ejercicio de los derechos humanos[48].

Igualmente, se han fijado criterios aclaratorios en el sentido de que este principio está dirigido a maximizar la protección de los derechos individuales básicos, sin que ello implique, por una parte, el deber de la autoridad para admitir automáticamente las pretensiones de los ciudadanos o, por otra parte, que las autoridades deban guiarse exclusivamente bajo el *pro homine*, donde ignoren los demás principios y restricciones del ordenamiento.[49]

III. El principio *pro homine* como regla y como principio

Una vez expuesto de manera general el contexto en el que el principio *pro homine* se integra al ordenamiento jurídico mexicano, así como las principales precisiones que sobre él se han realizado, llega el momento de abordar algunas de las cuestiones más complejas que, me parece, envuelven esta figura.

---

[46] Así se menciona en el trabajo "Principio pro persona" de los cuadernos de trabajo *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos,* consultable aquí: http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf

[47] Esta consulta fue solicitada por el gobierno de Costa Rica respecto a la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. Se puede revisar aquí:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf

[48] Algunos de los criterios más paradigmáticos en este sentido: (1) Tribunales Colegiados de Circuito, "Principio pro homine. Su conceptualización y fundamentos", tesis aislada XVIII.3o.1 K (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro VII, tomo 2, abril de 2012, p. 1838. (2) Segunda sala, "Principio pro persona o pro homine. Forma en que los órganos jurisdiccionales nacionales deben desempeñar sus atribuciones y facultades a partir de la reforma del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011", tesis aislada LXXXII/2012 (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo 2, noviembre de 2012, p. 1587.

[49] (1) Primera sala, "Principio pro persona. De este no deriva necesariamente que los argumentos planteados por los gobernados deban resolverse conforme a sus pretensiones", jurisprudencia 104/2013 (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* décima época, libro XXV, tomo 2, octubre de 2013, p. 906. (2) Segunda sala, "Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental", jurisprudencia 56/2014 (10ª.) en materia constitucional, en *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro VI, tomo 2, mayo de 2014, p. 772.

Este principio se proyecta en diversas pautas, las cuales son relevantes en el momento de la aplicación del Derecho y se corresponden con algunos supuestos de los llamados "casos difíciles", i. e. casos en los que el operador no puede justificar su decisión con base en el modelo tradicional de la subsunción (deducción). Concretamente, según la terminología de Neil MacCormick, el juzgador tiene que enfrentar los problemas que afectan a la premisa normativa del razonamiento jurídico; es decir, los problemas de relevancia y los de interpretación. Tal y como señala este autor, la toma de decisiones en casos que involucran estos problemas no puede justificarse adecuadamente sólo al mostrar la deducibilidad de la conclusión aplicada por la resolución a partir de alguna regla postulada, debido a que lo que está en duda es qué significado se debe atribuir a alguna regla –problema de interpretación-, si es que no hay dudas sobre la regla aplicable, sobre la premisa mayor jurídicamente válida –problema de relevancia- (MacCormick, 2018: 110).

Además, sucede que, al tiempo que el juzgador debe decidir sobre qué interpretación elegir o qué norma es la adecuada de acuerdo con el supuesto de hecho, el principio *pro homine* le marca una pauta, le dicta un deber consistente en que, dentro del listado de interpretaciones posibles o de normas aplicables al caso, deberá elegir aquella que beneficie en mayor medida al sujeto involucrado.

Antes había indicado que un deber como el que parece envuelto en este principio exige por parte de la autoridad un ejercicio argumentativo sobre cómo se configura dicho deber, en el sentido de que se le requiere tomar una decisión para garantizar un estado de cosas (la mejor protección) que exige una reconstrucción argumentativa previa. Esto es, la elección que "favorezca la protección más amplia" sólo tiene sentido cuando la autoridad hace un ejercicio comparativo y justifica cómo es que dicha protección es mayor en un caso que en otro. Estamos, pues, ante un deber cuyo cumplimiento impone algo distinto que cuando se le pide al juez, por ejemplo, dictar una resolución en un plazo determinado. Ahora bien, ¿qué tipo de enunciado jurídico es, entonces, el principio *pro homine*?

Al partir de una tipología de los enunciados jurídicos que diferencia entre principios y reglas, en el caso del *pro homine* estamos ante un enunciado que, según el momento en que opere, constituye o bien una regla o bien un principio; específicamente, una regla de fin o un principio en sentido estricto.

Desde una perspectiva estructural, la literatura especializada ha caracterizado a las normas regulativas –en contraste con las normas constitutivas, las normas que confieren poderes– en función de la manera en que interactúan dos elementos: (1) caso y (2) solución normativa.[50]

Por lo que concierne a las reglas, concebir la solución de las normas en términos de calificación de una determinada conducta corresponde a las reglas de acción. Pero, al tiempo encontramos también otro tipo de normas –las reglas de fin– que califican deónticamente la obtención de un estado de cosas y no a una determinada conducta (Atienza y Ruiz Manero, 1996: 7). Estas últimas son pautas en las que, si bien se configura el caso mediante propiedades genéricas, la conducta modalizada deónticamente (obligatorio, prohibido o permitido) en la solución normativa no consiste en llevar a cabo una acción, sino en producir un estado de cosas en una medida determinada (Ródenas, 2011: 17). Por ejemplo, una regla que obliga a las autoridades policiales a procurar la no discriminación de las personas que ingresen a los juzgados. El contenido de esta no es una acción específica, sino un estado de cosas consistente en que las personas que ingresen a los juzgados no sean discriminadas. Para lograrlo, hay diversos cursos de acción posibles: por ejemplo, establecer protocolos de ingreso generales, tener un sistema objetivo de criterios que justifiquen revisar a una persona y no a otra, etc. En cualquier caso, la autoridad tendrá que dar cuenta de las acciones emprendidas con relación al estado de cosas que se le ha ordenado lograr: no discriminar a las personas que entren a los juzgados.

[50] Esto tiene como referente la concepción de norma de C. Alchourrón y E. Bulygin: "Llamaremos normas a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones. Tomemos como ejemplo el enunciado ´Si el adquirente es de buena fe, entonces está obligado a restituir el inmueble al propietario´. Este enunciado correlaciona una cierta solución (OR) con un determinado caso (el caso complejo ~BFA); es, pues, una norma" (1998: 37).

Esta distinción es relevante porque, tal y como recién se indicaba respecto a las reglas de fin, la disposición que estipula como obligatoria la producción de un determinado estado de cosas permite a su destinatario seleccionar discrecionalmente los medios causalmente idóneos para producirlo (Atienza y Ruiz Manero, 1996: 8). De esta manera, en el caso del principio *pro homine* cuando se establece que el deber del juzgador es lograr un cierto estado de cosas consistente en la protección más amplia del individuo, se le otorga un espacio de discreción para seleccionar qué interpretación o qué norma es la que permite conseguir dicho estado de cosas.

En cuanto a los principios, tenemos, por una parte, que los principios en sentido estricto son aquellos en los que, aun al correlacionar casos con la calificación normativa de una conducta determinada, la configuración que hacen del caso es abierta. Es el supuesto, por ejemplo, del principio que establece la prohibición general de discriminar a otro. Por otra parte, las directrices o normas programáticas son aquellas en las que el caso no está configurado por propiedades genéricas independientes del contenido de la norma y, al igual que en las reglas de fin, la conducta modalizada deónticamente consiste en llevar a cabo un estado de cosas, aunque en este caso no es en una medida determinada, sino en la mayor medida posible (Ródenas, 2011: 22). Por ejemplo, pensemos en el objetivo de proteger los derechos humanos. Este objetivo puede ser logrado de muchas maneras: los derechos humanos pueden ser protegidos a través de sanciones jurídicas, a través de estrategias de difusión educativa masiva, etc. por lo que la autoridad que corresponda deberá justificar cómo la elección tomada en el espacio de discrecionalidad que le otorga el principio permite obtener el objetivo en la mayor medida posible.

El principio *pro homine* funciona como un principio en sentido estricto una vez que se ha realizado un razonamiento en el caso específico para extraer una regla que materialice el derecho a ser beneficiado por la protección más amplia. De esta forma, se trata de un principio aplicable siempre que surja la oportunidad o contexto de riesgo de que el individuo no reciba la protección más amplia de sus derechos protegidos. Ahora bien, en estos términos, en cuanto principio en sentido estricto, puede enfrentarse e, incluso, llegar a ceder ante otros principios. Sostengo que esto es así en función de las acotaciones de la jurisprudencia al establecer que el principio *pro homine*:

> … solo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.[51]

De esta forma, la jurisprudencia establece que el principio puede llegar a ceder si, al contrastarse con los valores involucrados en otros principios, se argumenta que en el caso concreto lo correcto es que prevalezca otro principio. Es decir, resulta indispensable revisar las razones a favor o en contra de aplicar el principio *pro homine* –un ejercicio argumentativo-; no se trata, entonces, de una protección absoluta, sino que los jueces deben ponderar entre principios y decidir cuál de ellos debe prevalecer.

[51] Segunda sala, "Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental", jurisprudencia 56/2014 (10ª.) en materia constitucional, en *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro VI, tomo 2, mayo de 2014, p. 772.

Para la aplicación del principio *pro homine*, como regla de fin y luego como principio en sentido estricto, es necesario recurrir a un razonamiento donde podemos, entonces, distinguir dos niveles. En el primer nivel, el juzgador debe analizar muy bien qué es lo que este principio le exige para determinar la premisa normativa del razonamiento jurídico: la regla. En el segundo nivel, el juez debe revisar la eventual confrontación entre la regla que resulta del primer razonamiento y otros principios.

IV. La aplicación e interpretación del principio *pro homine*

A continuación, quisiera centrarme en el primer nivel del razonamiento que exige la efectividad del principio *pro homine*. Antes he mencionado cómo la jurisprudencia distingue entre (1) el escenario en el que hay más de una interpretación posible de una norma y (2) el panorama donde hay más de una norma aplicable al caso. Comenzando por este último, aunque la reforma constitucional incluyó desde el inicio la descripción del principio *pro homine*, no fue clara respecto a lo que debía suceder ante una situación de antinomia entre la constitución y los tratados internacionales. El criterio dominante hoy en día señala que la antinomia debe resolverse según la norma que ofrezca una protección más amplia, incluso si ello supone hacer a un lado criterios más clásicos como el de jerarquía, temporalidad o especialidad.

Este tipo de problemas que se presentan en el momento de la aplicación de la norma han sido ampliamente discutidos en la teoría del derecho. Sólo quiero señalar que este tipo de problemas, desde una perspectiva tradicional, surgen en la interpretación del modelo de reglas. Por ejemplo, Alf Ross identificaba, entre los problemas lógicos de interpretación, a los problemas de inconsistencia entre dos normas que establecen efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas (Ross, 1994: 124).[52]

Lo que me interesa señalar es que, sólo desde la perspectiva de las reglas, cuando estamos ante dos normas que resultan aplicables al caso, el intérprete y aplicador del derecho tiene el deber de emplear aquella norma que resulte más protectora para el individuo. Ahora bien, ese criterio de decisión no es una razón autoritativa, sino que requiere una evaluación y, de nuevo, una argumentación al respecto. A diferencia de otros criterios, por ejemplo, el de jerarquía, no es suficiente con señalar que una norma posee un nivel superior de acuerdo con la jerarquía normativa reconocida por un ordenamiento jurídico. Aquí será necesario argumentar cómo es que tal norma protege de mejor manera los derechos humanos de la persona, independientemente del estatus de dicha regla. No obstante, este principio no es una regla a la manera tradicional, por lo que tendrá que realizarse también el razonamiento propio que se lleva a cabo entre principios y analizar si en el caso concreto cede o prevalece el *pro homine*.

Pensemos, por ejemplo, en una figura sumamente cuestionada, como la prisión preventiva justificada. En México esta medida cautelar se prevé en el artículo 19 de la constitución[53] y en el artículo

[52] La inconsistencia, de acuerdo con Ross, puede darse de tres maneras distintas: (1) la inconsistencia total-total o incompatibilidad absoluta, (2) la inconsistencia total-parcial o inconsistencia entre la regla general y la particular y (3) la inconsistencia parcial-parcial o superposición de reglas (Ross, 1994).

[53] El segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución establece que "El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud" (CPEUM).

167 del Código Nacional de Procedimientos Penales;[54] aunque en estos numerales se describen a detalle los supuestos de su admisión, se han establecido criterios jurisprudenciales que autorizan la disminución de requisitos para motivar su implementación.[55] En los tratados internacionales; sin embargo, encontramos múltiples disposiciones internacionales que establecen la relevancia sustantiva de la presunción de inocencia y el carácter estrictamente excepcional de la prisión preventiva.[56]

En principio, de acuerdo con lo establecido por el *pro homine*, el juzgador, ante la encrucijada de tener que determinar la legalidad de esta medida, tendría que verse inclinado por aquella norma que favorece de una forma más amplia al individuo, es decir, la normativa internacional. Hay que señalar que, en este caso en particular, sin embargo, no ha sucedido así. Esto último se debe a que la fórmula tradicional de las antinomias y del modelo de reglas y su razonamiento jurídico se queda corto ante los retos que plantea el *pro homine*. El juez, necesariamente, debe atender la dimensión de valor del principio para discernir, en primer término, sobre qué protección es más amplia, pero también sobre cómo la disposición que resulta -X no debe ser sujeto a la prisión preventiva- es correcta o no de acuerdo con otros intereses y valores en juego. Así, en el caso de la prisión preventiva, el principio *pro homine* habría sido derrotado –según la deliberación de las autoridades mexicanas- por otro principio que pretende garantizar la posibilidad de llevar a cabo el proceso penal y administrar justicia.

Con lo anterior intento señalar que la propuesta de distinción sobre las prescripciones que envuelve el principio no es del todo adecuada. En realidad, el juez nunca está solo ante la situación de tener que decidir la norma aplicable. De una forma similar, el juez no está nunca ante la situación de sólo tener que decidir el sentido de la norma. Y que esto está relacionado con una concepción limitada de la labor interpretativa. En general, en ninguno de los dos casos el juzgador puede justificar su decisión en una razón autoritativa, sino que requiere realizar un ejercicio argumentativo que, además, pertenece al terreno de la argumentación sustantiva, la argumentación práctica.

V. La interpretación jurídica como argumentación práctica

La reforma de derechos humanos en México puso de manifiesto algunas de las deficiencias de la concepción del derecho imperante en nuestro país. De entre las distintas formas de entender el derecho, aquella que parece especialmente problemática es la que lo limita a su dimensión autoritativa; es decir, la idea del derecho como un mero sistema de normas. Una idea del derecho en estos términos, aunada a una concepción iuspositivista, sustentada en la tesis de la separación metodológica entre el derecho y la moral, y en la falta de consideración de la relevancia del juego entre reglas y principios cuando se trata de dotar de contenido a las reglas (esto es, de interpretar las reglas del derecho que son, finalmente, reglas prácticas, es decir, reglas que contienen valores), puede tener como resultado una concepción de la interpretación muy limitada.

En este trabajo asumo una idea del derecho como práctica social dirigida a alcanzar y desarrollar fines valiosos, sustentada en una concepción del derecho no-positivista. Tal y como señala Manuel Atienza, en esta idea del derecho podemos identificar tres componentes: (1) una concepción

[54] El primer párrafo del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que "El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código" (CNPP).

[55] Por ejemplo, Tribunales Colegiados de Circuito, "Prisión preventiva justificada. Para imponerla, basta acreditar que otras medidas cautelares son insuficientes para garantizar alguno de los supuestos establecidos en los artículos 19 de la constitución federal y 167, párrafo primero, del código nacional de procedimientos penales, o que el imputado está siendo procesado o fue sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, sin necesidad de verificar y analizar todas y cada una de dichas hipótesis", Tesis: XVII.2o.P.A.36 P (10a.), en *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro 72, Tomo III, noviembre de 2019, pág. 2449.

[56] Por ejemplo, el artículo 9 (Derecho a la libertad personal) y el 8 (garantías judiciales) de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el artículo 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

dinámica del derecho; (2) la distinción de una dimensión autoritativa y otra axiológica –esta última goza de cierta preeminencia-; y (3) la necesaria vinculación de la práctica jurídica con valores morales objetivos (Atienza, 2017: 35). En estos términos, la argumentación jurídica tiene un papel fundamental, en tanto metodología para el control racional de los actos y las decisiones jurídicas, dado que no es suficiente, para tenerlos como justificados, la mera alusión a su validez formal. Todo lo anterior, por supuesto, influye en la forma de concebir la interpretación jurídica.

A continuación, presentaré la interpretación jurídica como una forma particular de argumentación práctica en el derecho, basándome, centralmente, en el pensamiento de MacCormick. Bajo esta perspectiva el contexto jurídico es esencial, pues determina que los materiales jurídicos cuenten como razones justificativas, sin que ello implique desconocer que estamos en el escenario de la argumentación práctica. Tal y como señala MacCormick, la interpretación forma parte de la argumentación jurídica, la cual sólo puede entenderse desde un panorama más amplio de la normatividad constitucional y la teoría política, pertenecientes a un análisis más amplio de la argumentación práctica (2010: 66).

Antes de desarrollar más esta tesis y vincularla con la comprensión del principio *pro homine* es necesario hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, lo anterior no desconoce los serios y variados debates involucrados en la sola noción de interpretación jurídica; por el contrario, las reflexiones que aquí se anotan se enmarcan en ese listado de debates, aunque, por cuestiones de pertinencia, dicho ajuste no se desarrolla con precisión. Sólo por hacer mención de algunas de estas discusiones: (1) entre distintos sentidos de interpretación –interpretación *sensu largissimo*, *sensu largo* y *sensu estricto*; también entre el sentido de interpretación de la ley y el de interpretación del derecho–; (2) sobre la ambigüedad entre la interpretación como actividad –interpretación noética y dianoética– y como resultado –también en sentido noético y dianoético–; (3) sobre el resultado de un argumento interpretativo –enunciado a interpretar, enunciado interpretativo o enunciado interpretado-; (4) sobre qué es lo que se interpreta –disposiciones jurídicas, enunciados contenidos en las fuentes autoritativas del derecho, normas jurídicas o el derecho-; (5) sobre cuál es el objeto de interpretación son las normas -textos o normas, textos o prácticas, o textos a la luz de prácticas-; (6) sobre quiénes son los sujetos de la interpretación –interpretación judicial, interpretación doctrinal, la posibilidad de una interpretación auténtica-; (7) sobre qué tipo de actividad que realizan esos sujetos –interpretación en concreto o en abstracto–; entre muchos otros (Lifante, 2018b). A su vez, las respuestas que se ofrezcan a estos distintos problemas permiten identificar concepciones de la interpretación jurídica, según el alcance que se le otorgue a la actividad interpretativa o el papel que se reconozca a los argumentos interpretativos.

En segundo lugar, con argumentación práctica me refiero a la actividad consistente en ofrecer razones para hacer o no hacer algo –en términos normativos; lo práctico en sentido aristotélico–, a diferencia de la argumentación teórica, orientada a ofrecer razones a favor o en contra para creer algo –en términos descriptivos–. La argumentación práctica en general se construye, entonces, con argumentos compuestos por razones sustantivas y no por razones autoritativas (por lo menos no directamente).

La necesidad de distinguir entre razones –asumida en la tesis de MacCormick– ha sido analizada a profundidad por Robert S. Summers. Como señala este autor, pasar por alto, especialmente, la distinción entre razones sustantivas y autoritativas en el razonamiento jurídico es algo que perjudica la calidad de este y oscurece la propia fuerza de las razones. Un juez no debería invocar una razón autoritativa sin identificar e interpretar previamente las razones sustantivas que subyacen a la primera. Una razón sustantiva es aquella que deriva su fuerza justificatoria de consideraciones morales, económicas, políticas, institucionales o sociales. Esto da lugar, centralmente, a tres tipos principales de razones sustantivas: razones de objetivo (*goal reasons*), razones de lo correcto (*rightness reasons*) y razones institucionales (1978: 716). Las razones autoritativas son aquellas que remiten a una fuente cuyo valor está determinado, precisamente, por su autoridad (por ejemplo, a una ley, una jurisprudencia, un precedente, una línea jurisprudencial, conceptualizaciones de la dogmática jurídica, etcétera).

En un escenario como el del derecho existe una mayor tentación a considerar, casi en exclusiva, las razones autoritativas, pese a que las particularidades del contexto no desplazan el hecho de que se trata de un escenario donde se intenta esclarecer algo que debe o no hacerse; es decir, una argumentación práctica. Esas particularidades se traducen, entonces, en algo más: en esta argumentación práctica, que tiene lugar en un contexto específico donde los materiales jurídicos tienen un papel relevante, las razones autoritativas constituyen argumentos a favor de hacer o no hacer algo. La fuerza justificatoria de estas razones no radica en su mera autoridad, sino en lo que le subyace. Y es que las razones en las que se fundamentan, a su vez, las razones de autoridad no pueden ser en sí mismas autoritativas. Los materiales jurídicos son susceptibles de formar parte del razonamiento jurídico, pues ellos son el resultado de una previa deliberación sobre lo que es mejor o correcto en un caso concreto.

La interpretación jurídica tiene lugar, de acuerdo con MacCormick, en el momento de la aplicación de una razón autoritativa, la cual exige un acto de interpretación que puede darse en dos sentidos: primero, el que se refiere a la aprehensión del significado y, segundo, en uno más restringido (no en la mera comprensión de un texto), que se enfoca en los elementos de duda sobre el significado.[57] Hay ocasiones en las que la claridad en la aprehensión del significado puede ser suficiente para justificar la toma de una decisión. Recordemos que en los casos fáciles no hay problemas en la premisa normativa, ni en la fáctica, por lo que es posible recurrir al modelo tradicional de la subsunción para dar lugar a la decisión. La situación, en cambio, es distinta cuando estamos ante casos de duda que se generan en la utilización de razones autoritativas. En estos casos, es necesario llevar a cabo una actividad argumentativa consistente en mostrar razones a favor de una interpretación u otra; sin un juicio interpretativo sobre las dudas existentes no será posible aplicar las razones autoritativas y tomar una decisión. Este es el caso, por ejemplo, del *pro homine*. No es posible realizar lo que establece este principio sin aludir a las razones a favor o en contra de una interpretación y estas razones no pueden ser autoritativas, pues, precisamente, estamos ante un problema de relevancia o un problema de interpretación. El intérprete, por tanto, tendrá que sostener que una determinada interpretación del ordenamiento protege de una mejor manera al individuo, sin entrar en conflicto con otros valores. Ahora bien, lo relevante de esta situación es que, para poder esclarecer qué es lo mejor, necesitamos situarnos en el escenario de la argumentación práctica y deliberar sobre las razones sustantivas que subyacen al juicio previo que contiene la razón autoritativa. Al operador jurídico le corresponde justificar una interpretación concreta a través de una argumentación.

Según MacCormick, los argumentos interpretativos pueden agruparse en distintas categorías: (1) argumentos lingüísticos (apelan al lenguaje como razón a favor de una interpretación); (2) argumentos sistémicos (conciben al sistema jurídico como un contexto especial del que el texto jurídico forma parte; la interpretación adecuada será aquella que mejor dé cuenta de ello), y (3) argumentos teleológicos/deontológicos (aquellos que llevan a cabo la argumentación práctica).

La argumentación práctica en general –y con ella, las razones sustantivas- suele consistir, centralmente, en argumentos teleológicos y deontológicos. Ellos representan exigencias de la razón práctica para que las acciones estén orientadas por valores a conseguir o por principios que deben ser observados. Es en este nivel donde la argumentación implica deliberar sobre los valores y principios adecuados en nuestras sociedades e instituciones actuales. Cuando hablamos de la interpretación como una actividad argumentativa que debe ofrecer razones a favor o en contra de una interpretación específica, se entiende mejor cómo la búsqueda de estas razones en ocasiones amerita una reflexión más amplia relacionada con los valores y principios de nuestro sistema jurídico. No se trata sólo se asignar un significado, sino de pensar en cuestiones más complejas como la justicia, la democracia o los derechos humanos. En resumen, como establece MacCormick "la teoría de la interpretación como

[57] En palabras del autor "Por interpretación en sentido estricto, entiendo considerar algunas dudas sobre el significado para aplicar adecuadamente alguna información y formar un juicio con el fin de resolver la duda para decidir a partir del significado que parezca el más razonable en el contexto" (MacCormick, 2010: 69).

tema intrínseco al estudio de la argumentación práctica nos conduce necesariamente a las aguas más profundas de la normativa constitucional y la teoría política; es decir, a la libre argumentación práctica aplicada a las instituciones políticas y jurídicas básicas" (2010: 77).

VI. Conclusión

Finalmente, es posible sostener dos cosas sobre la interpretación del principio *pro homine*: (1) que implica, básicamente argumentación, ya que, como señala Aguiló, los criterios interpretativos y los argumentos a favor de una interpretación son bastante similares, sólo que los primeros se enfocan en la actividad de interpretar y los segundos en la justificación de la interpretación (2012: 240). Aunque este principio pretende ser un criterio interpretativo que ordena una determinada forma de interpretar las normas de ordenamiento mexicano, llevar a cabo lo anterior implica, necesariamente, la labor de justificar por qué se interpreta en un sentido y no en otro. (2) Que "favorecer de la manera más amplia" a un individuo es una disposición que siempre implicará problemas que ameriten justificar una interpretación específica del principio. Para esa justificación, el intérprete deberá recurrir a razones sustantivas que le llevarán a una reflexión más amplia sobre qué significa a día de hoy, en nuestro país, con los valores y propósitos de nuestra práctica social, otorgar a una persona la protección más amplia. Es decir, la reflexión sobre la materialidad del principio *pro homine* no es una reflexión acerca de normas, sino una acerca de la concepción filosófico-política que subyace a nuestro modelo de constitucionalismo como ideología que conecta con la moral crítica y con la idea de constitución ideal.

VII. Referencias bibliográficas

Aguiló Regla, Josep (2013), "Ética judicial y Estado de Derecho" en *El buen jurista. Deontología del Derecho*; Valencia; Editorial Tirant lo Blanch.

Aguiló Regla, Josep (2012), "Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta"; *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, no. 35; pp. 235-258.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1998), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales;* Buenos Aires; Editorial Astrea.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996), *Las piezas del Derecho;* Barcelona; Editorial Ariel.

Atienza, Manuel (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*; Madrid; Editorial Trotta.

Lifante Vidal, Isabel (2018a), *Representación y responsabilidad;* México; Editorial Fontamara.

Lifante Vidal, Isabel (2018b), *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*; Valencia; Editorial Tirant Lo Blanch.

Nieto Castillo, Santiago (2014), *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*; México; Cuadernos de divulgación de la justicia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Nino, Carlos Santiago (1989a) "La filosofía del control judicial de constitucionalidad"; *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, no. 4; pp. 79-88.

Nino, Carlos Santiago (1989b), *Ética y derechos humanos;* Buenos Aires; Editorial Astrea.

MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídica y teoría del Derecho*; Lima; Editorial Palestra.

MacCormick, Neil (2010), "Argumentación e interpretación en el Derecho", *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, no. 33, pp. 65-78.

Medellín Urquiaga, Ximena, (2013), "Pro persona", cuaderno de trabajo de la serie *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos",* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Recuperado desde: http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf

Ródenas, Ángeles (2015), "Normas regulativas: principios y reglas" en *Conceptos básicos del Derecho*; Madrid; Editorial Marcial Pons.

Ross, Alf (1994), *Sobre el Derecho y la justicia*; Buenos Aires; Editorial EUDEBA.

Summers, Robert S. (1978), "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification"; *Cornell Law Faculty Publications*, vol. 63, no. 5; pp. 707-778.

Instrumentos jurídicos consultados:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Tribunales Colegiados de Circuito, "Principio pro homine. Su conceptualización y fundamentos", tesis aislada XVIII.3o.1 K (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro VII, tomo 2, abril de 2012, p. 1838.

Segunda sala, "Principio pro persona o pro homine. Forma en que los órganos jurisdiccionales nacionales deben desempeñar sus atribuciones y facultades a partir de la reforma del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011", tesis aislada LXXXII/2012 (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, tomo 2, noviembre de 2012, p. 1587.

Primera sala, "Principio pro persona. De éste no deriva necesariamente que los argumentos planteados por los gobernados deban resolverse conforme a sus pretensiones", jurisprudencia 104/2013 (10a.) en materia constitucional, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* décima época, libro XXV, tomo 2, octubre de 2013, p. 906.

Segunda sala, "Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental", jurisprudencia 56/2014 (10ª.) en materia constitucional, en *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro VI, tomo 2, mayo de 2014, p. 772.

Tribunales Colegiados de Circuito, "Prisión preventiva justificada. Para imponerla, basta acreditar que otras medidas cautelares son insuficientes para garantizar alguno de los supuestos establecidos

en los artículos 19 de la constitución federal y 167, párrafo primero, del código nacional de procedimientos penales, o que el imputado está siendo procesado o fue sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, sin necesidad de verificar y analizar todas y cada una de dichas hipótesis", Tesis: XVII.2o.P.A.36 P (10a.), en *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, Libro 72, Tomo III, noviembre de 2019, pág. 2449.

Capítulo IV

Reconfiguración comprensiva del Sistema de Justicia Penal mexicano desde la noción del giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea y la cultura de los derechos humanos

Sumario: *I. Introducción. II. El origen: evolución comprensiva de la pena como contenido sustancial del derecho penal. III. El contexto: sobre la comprensión de los conceptos derecho penal y norma penal. IV. El debate sustantivo (primera parte): populismo punitivo y penas alternativas a la prisión. V. El debate sustantivo (segunda parte): la vigencia del concepto derecho penal del enemigo. VI. La reconfiguración comprensiva: el giro argumentativo y la cultura de los derechos humanos. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.*

Francisco Roberto Ramírez-Ramírez[58]

I. Introducción

México ha migrado a un sistema de justicia penal acusatorio y adversarial, en el que la oralidad se ha convertido en uno de los criterios más destacados de su nueva configuración. Desde 2008, con la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, se comenzó a comprender de manera distinta al *ius puniendi* en nuestro país y, sobre todo, la forma procesal en que dicho *ius puniendi* habría de materializarse; sin embargo, no fue sino hasta la posterior reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 que se consolidaron de manera efectiva los elementos necesarios para poder —verdaderamente— reconfigurar la comprensión del derecho penal y el derecho penal procesal en el quehacer diario.

A pesar de ello, a 12 años de su implementación, nos hemos dado cuenta de que, frente a los cambios, el sistema ha sido reticente, se han arrastrado viejas prácticas e incluso se han hecho presentes fuertes reminiscencias de un proceso penal inquisitorial del que se huía, quizá bajo pretexto de eficacia o de costumbre; no obstante, la argumentación jurídica, y especialmente el giro argumentativo en la teoría del derecho, no ha terminado de permear en el sistema, probablemente porque aún no ha sido comprendida por operadores, funcionarios, partícipes todos del sistema de justicia penal y, además, la cultura de los derechos humanos —aunque más difundida ya, precisamente por el impacto que la reforma de 2011 tuvo— tampoco ha logrado tener el peso necesario que le incumbe frente al derecho penal y al derecho penal procesal.

Las líneas que se exponen a continuación tienen por finalidad brindar los elementos mínimos de reflexión que permitan deconstruir la rancia concepción del proceso penal y reconfigurar

[58] Doctor en Estudios Jurídicos, Políticos y de Gobierno por la Universidad de Guanajuato, profesor de la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato, profesor del Instituto de profesionalización de la Fiscalía General del Estado de Guanajuato y profesor del Instituto de Formación en Seguridad Pública del Estado de Guanajuato.

comprensivamente su existencia desde la noción de estos dos conceptos, el giro argumentativo y la cultura de los derechos humanos.

II. El origen: evolución comprensiva de la pena como contenido sustancial del derecho penal

Al hablar de la pena en el contexto del derecho penal moderno, debemos reconocer su punto de partida en aquella comprensión que se tenía como acción instintiva, donde se plantea la idea de que ésta, por evidencia histórica y empírica, aparece en el desarrollo de la humanidad como una forma de reacción natural frente a condiciones adversas o de perturbación; no se trata de un producto del ingenio humano ni de la voluntad del Estado como estrategia, sino que es un elemento natural, una condición para la autoconservación que luego adquiere un carácter social; en tanto, también de manera natural, el hombre existe en agrupaciones sociales, originalmente mínimas, pero es, a fin de cuentas, dependiente de un entorno social. No es capaz de sobrevivir por sí mismo, sino que requiere, en ese afán de conservación (personal y social), del auxilio de otros, por lo tanto, la autoconservación es extensiva. Los seres humanos no respondemos con la pena como acción instintiva sólo para nosotros mismos: conlleva una implicación social (Liszt, 1994, pp. 65 y ss.).

Respecto de la objetivación de la pena, se trata de la evolución de la acción instintiva a la acción voluntaria, es la depositaria del reproche en las facultades estatales, lo que supone una creación humana, el reconocimiento de la facultad originaria de reproche y su traslación a una ficción que el hombre ha edificado para la satisfacción de la paz y el orden social; de esta suerte, el derecho, especialmente el derecho penal, nace como una forma de limitación de poder, el poder del reproche mismo (la pena) que viene a generalizarse, objetivarse y predecirse por la limitación de su ejercicio en la función estatal.

Al tomar como referencia explicativa el discurso de von Liszt (1994, pp. 65 y ss.), podemos comprender inicialmente una dicotomía elemental: la pena es sólo una consecuencia —casi mecánica— del delito, a razón de que éste es su fundamento de creación y medida, o bien, la pena está asociada a un concepto futuro sobre la incidencia y efectividad que deberá tener. En un primer momento pareciera sencillo el planteamiento; sin embargo, la defensa de cualquiera de estas posturas es una labor ardua y compleja. Muchos autores se han pronunciado al respecto, pero sus perspectivas no han sido definitorias, pues el problema, incluso en nuestros días, parece aún no tener solución.

Por un lado, la retribución se convierte en fundamento de las teorías absolutas bajo la siguiente lógica: la determinación de existencia de la pena, así como su mensurabilidad, debe tener un fundamento, que es el delito mismo, pues en el campo empírico sin delito no hay pena. El delito, hipotéticamente establecido, es igual fundamento del establecimiento de la pena hipotética y sus márgenes de aplicación; se trata de un concepto valorativo que estima cuantitativamente al delito por el daño o lesión que causa al bien jurídico de que se trata, o al perjuicio social que igualmente implica, y en función de ello se establece en primer lugar el reproche con la pena y el *quantum* de ese reproche (pena); por otro lado, pensar en las teorías relativas conduce a replantear la idea de fin del derecho penal y de la pena misma.

Esta última apreciación propondría que la determinación de la pena y su mensurabilidad atiende no al delito, sino a la efectividad que la pena puede tener en el sujeto a quien ha de aplicarse para realizar los fines del Estado, pues la asociación que hemos desarrollado en lo que conocemos como Estado no es sino una asociación con el propósito de la convivencia pacífica y ordenada; de este modo, la extensión de este interés estatal puede traducirse en el fin del derecho penal, que no sería desde esta perspectiva el reproche retributivo para el delito, sino el fin de la pena, la paz y el orden.

Aun así, no dejamos de reconocer que el problema de la pena tiene que ver con la legitimación del uso de la violencia institucionalizada. En relación con lo que al respecto señala Franz von Liszt en su obra *La idea del fin en el Derecho penal* (1994), no podemos dejar de reconocer que la pena es una institución de origen cruento y violento que, a pesar de la racionalidad que puede ostentar en una sociedad moderna o en un Estado contemporáneo, no pierde su carga simbólica, que implica el padecimiento deliberado que provocamos a modo de reproche por comportamientos que acusamos como inadecuados. En este sentido, si el uso de esta violencia es en efecto necesario, debe tener una legitimación, no sólo para efectos prácticos, sino verdaderamente desde un convencimiento teórico y filosófico.

Sobre los discursos que legitiman esta postura es interesante cómo Roxin (1976, pp. 11-36) acude a Kant y a Hegel para evidenciar algunos de los ejercicios racionales que sostienen una posición del estilo. Al respecto, queremos referirnos particularmente a Hegel, pues su proposición nos parece muy cercana a una idea estructural sistémica, que aún hoy logra ser fundamento de alguno de los perfiles de la dogmática penal alemana. Con esta lógica, la pena como negación del acto delictivo podría ser impuesta legítimamente hasta el grado de reconstituir el curso desviado, posición que a más de alguno ha llevado a preguntarse si la pena de muerte podría encontrar legitimación así.[59]

Acerca de las objeciones que se le formulan a esta primera teoría, destaca principalmente la que presenta una problemática de naturaleza estructural, esto es, el problema de la libertad abordado desde la idea del estructuralismo, donde podríamos sostener que la libertad no existe a razón de los condicionamientos a que estamos sujetos desde nuestro nacimiento y en el proceso de introyección social. Esto resulta interesante porque, si el fundamento del reproche de culpabilidad radica en la libertad, pero luego somos capaces de negar la existencia de esa libertad, entonces el reproche deja de ser legítimo.

Pensamos que esta libertad no se refiere a la denominada *libertad metafísica* (una libertad absoluta), sino a aquella que ostentamos en los parámetros sociales, una libertad acotada, pero existente, en cuanto en el proceso de introyección social se nos posibilita el conocimiento de expectativas conductuales necesarias para la vida pacífica, para la paz y la vida social, ante lo cual, desde luego, se tiene opción (libertad).

En cuanto al planteamiento de legitimación fincada en la idea de prevención especial, nos parece que es muy cercana al concepto de inocuización, y que se trata de un planteamiento que no podría ser privativo a modo de legitimación de la pena, pues las objeciones que al respecto se plantean resultan sostenibles, especialmente sobre la determinación de pena para los casos en los que no existiera riesgo de reincidencia.

La prevención general como fundamento ideológico de la pena es un argumento que busca encontrar en la pena el motivante para que los miembros sociales no delincan; en ese sentido nos parece, una vez más, que estos planteamientos atienden a la limitada percepción que del delito tenemos los juristas cuando lo vemos como un problema exclusivamente jurídico —en concreto jurídico penal. No podemos negar que sí lo es, pero no lo es de manera exclusiva, sino que se trata también de un problema social, cultural, económico, político, etcétera, por esta razón, la sola pena no puede ser un motivador suficiente. En cuanto a las objeciones que sobre el particular se formulan nos parece destacable que, con la idea de amenaza más efectiva, se pueda tender al incremento de la severidad del derecho penal, circunstancia del todo inconveniente.

Acerca de los planteamientos de Roxin, con especial referencia a las fundamentaciones que él presenta, cabe destacar que la idea del carácter subsidiario del derecho penal nos parece una progresión necesaria en el modo de comprender al delito. Cierto es que el delito no deja de ser un problema penal, pero el derecho penal debe ser la última respuesta ante ese problema, ya que pueden existir otras

[59] Sobre todo a partir de la concepción que al respecto formula Günther Jakobs (1998) en su obra.

actividades, personales, sociales, culturales y políticas que sean capaces de enfrentarlo de manera más eficiente y menos violenta.

Como extensión de estas ideas, hablar del carácter subsidiario del derecho penal conduce, bajo la lógica de Roxin, a hablar del carácter subsidiario de la pena, con la posibilidad de aplicarla por debajo del concepto de culpabilidad; ello denotaría, desde luego, el carácter subsidiario del derecho penal, y sobre ello hay que considerar bajo qué circunstancias, lo que lleva a pensar que, en el ámbito de la tercera vía punitiva, sucede precisamente esta situación, en la que el Estado impone una consecuencia jurídica del delito por debajo del concepto de culpabilidad, siempre que sea provechosa para enmendar el menoscabo causado y preventiva además; una alternativa que quizá —en el contexto de la cultura de los derechos humanos y el giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea— debamos revisar con mayor puntualidad.

III. El contexto: sobre la comprensión de los conceptos derecho penal y norma penal

En primer lugar, nos parece oportuno precisar que, en el estudio del derecho penal, la única fuente para la interpretación y aplicación, más aún, la formulación del reproche penal, sólo puede suceder en el campo de lo positivo, es decir, desde la ley (Vidaurri Aréchiga, 2013, p. 3). Al respecto nos gustaría señalar que, como bien lo refiere Mir Puig (2002, pp. 11-51), se trata al menos de la formal expresión de voluntad de los miembros sociales para la determinación de los comportamientos que serán susceptibles de reproche penal.

Esta idea está asociada al concepto de reserva de la ley penal, donde el origen del derecho penal, en concreto, el origen del catálogo de conductas reprochables y la amenaza de pena respecto de su comisión, está en la sociedad misma, pues el derecho penal, por la severidad de su respuesta —porque se trata del mayor de los ejercicios de violencia institucionalizada— debe responder a una legitimación democrática.

Aunado a ello, hay que reconocer que el derecho penal tiene este doble carácter en el aspecto objetivo y subjetivo, importante para distinguir la depositaria del ejercicio de la violencia institucionalizada en función de esa legitimación democrática de que se habló. Acerca del concepto de derecho penal y la problemática de llamarlo así o llamarlo derecho criminal, nos parece que estamos ante la presencia de un problema de interaccionismo simbólico y no sólo de un problema ontológico, pues la existencia de vocablo no es la prueba de existencia de los contenidos materiales, sino que el mundillo de componentes que asociamos simbólicamente al concepto de derecho penal será el factor determinante para asumir la postura del vocablo.

En los países angloparlantes, el concepto *criminal law* está, culturalmente, rellenado con unos contenidos y significados que esas culturas comparten, por eso el uso del vocablo *criminal* se prefiere al de penal; así es difundido y es funcional en su entorno. De la misma manera, en la cultura del derecho romano canónico y germánico al que pertenecemos, el uso del vocablo penal ha incorporado esos componentes, pues en la interacción social los reconocemos como propios de ese espacio, de ese concepto y de ese vocablo.

En este aspecto consideramos conveniente, además, señalar que bien podríamos realizar una catalogación adicional, pues la norma penal no es simplemente eso, sino que tenemos disposiciones normativas que articulan la parte general del derecho penal, otras que lo hacen de la parte especial e incluso aquellas que en el ámbito constitucional dan vida al programa constitucional de derecho penal, por lo que bien podríamos denominarlas además como normas penales generales o especiales, según sea el caso, o incluso norma constitucional penal, y de esa forma estaríamos ahora ante la presencia de una norma penal especial.

Coincidimos con Mir Puig (2002, pp. 11-51) cuando, en referencia a Mayer, precisa que, en un momento anterior a la norma penal positiva, ciertamente existe una norma cultural que en cada sociedad propicia los modelos de comportamiento para la vida pacífica comunitaria. Acerca de la posible crítica relativa a que no necesariamente existiese esta norma cultural —pues el legislador puede crear la jurídica— nos parece que es cierto, pero un derecho penal que así se articule será un derecho penal sin sentido ni fundamento humanista. El derecho es un producto cultural y un producto político al servicio del ser humano para regular los comportamientos en nuestras interrelaciones en pos de la paz y la seguridad, por tanto, un derecho penal que niegue el aspecto cultural de la sociedad a la que pertenece es simplemente utilitario, y será usado para los fines del legislador, que no necesariamente coinciden con los sociales, más en un país en el que tenemos amplia evidencia de que la labor del legislador obedece de mayor manera a las agendas de los partidos políticos que a los intereses sociales. Concluimos, por tanto, que no podemos negar el carácter humanista del derecho penal.

IV. El debate sustantivo (primera parte): populismo punitivo y penas alternativas a la prisión

Acerca del concepto de populismo punitivo nos parece conveniente destacar que es un término asociado a la idea del aumento de penas para erradicar el fenómeno de la delincuencia, sumar a un mismo propósito moral a los miembros sociales con el reproche punitivo —y que desde luego tenga rentabilidad electoral—; se trata de un mezquino modelo de atracción de ciudadanos en pos del encumbramiento político mediante el uso indiscriminado del derecho penal, bajo pretexto de los problemas de seguridad pública (Larrauri, 2005, pp. 15-21).

Respecto a las razones que se esgrimen como fundamento del populismo punitivo, resulta clarificador que no se trata únicamente de una decisión de naturaleza política, sino que esta decisión tiene una etiología sociocultural. Una decisión política de este tipo es insostenible cuando resulta ajena a la sociedad de que se trata, pero cuando en la sociedad en que se propugna por una respuesta de este tipo existe la convalidación social, en ocasiones, incluso su demanda misma, la rentabilidad de fines electorales de decisiones del estilo es razonable (Larrauri, 2005, p. 15). A ello debemos añadir que, efectivamente, debe existir una coyuntura que así lo permita. Viene a nuestra mente —por ejemplo— la denominada guerra contra el narcotráfico, que en México propició unas condiciones socioculturales y psicosociales que permitieron una reforma de justicia que es eje central de las líneas que ahora se redactan.

Acerca de los indicadores que dan cuenta del populismo punitivo, nos parece que hace falta comprender que ni el derecho penal ni la política criminal escapan a contextos mayores que pueden determinarlos, incidir efectivamente en sus proposiciones y luego determinar su suerte. Si damos un vistazo a la historia nos parece que podemos revisar que la pena, sus finalidades e incluso sus modelos de ejecución no subsisten por sí mismos de manera autónoma, sino que han sido condicionados por otros factores en la historia del Estado moderno, desde la caída política de la monarquía y, en su momento, el encumbramiento aristócrata; bajo la advocación del Estado libre guardián, podemos dar cuenta de que el derecho penal, la pena y su ejecución obedecieron a unos intereses de naturaleza política, en su tiempo todavía no —quizá— macrodimensionados, pero sí reconocibles respecto al interés aristócrata. Lo mismo pasa en el Estado intervencionista y también en el Estado benefactor; luego, con el Estado neoliberal, cuando el capitalismo se consolida como el eje rector de las políticas y con la incorporación de la transnacionalidad, el derecho penal, la pena y sus modelos de ejecución sufren inflexiones. Pobre sería el pensamiento que no reconoce al derecho como un subproducto cultural y político; no obstante, es en momentos como éste cuando las proposiciones de Foucault cobran sentido, especialmente en lo referido al ámbito de la academia, que ha sido un actor despolitizado, comprendido este último concepto como carente de ejercicio de poder efectivo, pues los académicos no hemos hecho frente sólido en las relaciones de poder que podemos ejercer para incentivar el control más racional de la fuerza política, con especial referencia al ámbito del derecho.

De manera histórica, el derecho penal se ha hecho acompañar del concepto de pena, término que le da nombre a nuestra disciplina. Aun así, cabe preguntarnos si la pena debe ser la única forma de respuesta posible ante el fenómeno de la delincuencia; la solución obvia es que desde el campo del derecho penal así debe ser, pero no hay que olvidar que junto al derecho penal, y más aún, al comprender al derecho como un producto cultural y político, la política criminal también juega un papel importante en esta guisa, misma que no se debería ocupar de manera exclusiva del uso del derecho penal, sino que hay otras instituciones políticas que pueden reforzar la labor por la que pugna el derecho penal moderno, bajo la idea de que no se trata de castigar, sino de brindar mejores condiciones para la paz social, nos parece necesario reforzar en el ámbito de la política criminal los aspectos no punitivos. Ahora bien, sobre el derecho penal podríamos pensar, por ejemplo, que en el sistema mexicano existen los medios alternos para la solución de la controversia penal, que no implica necesariamente una respuesta punitiva, y que incluso su denominación no es por fuerza la de pena. Encontramos así evidencia de que incluso en el derecho penal hay alternativas para concederle un perfil progresista, humano y, con ello, efectivo.

Acerca de las penas alternativas, en particular en cuanto a su fundamento, consideramos que desde el campo de la política criminal se debe sopesar el grado de incidencia del comportamiento criminal para que, en función de ello, la legislación penal permita que la respuesta del Estado no esté en todos los casos direccionada a la imposición de una pena. Somos partidarios de los que pugnan porque el derecho penal adquiera un nuevo carácter humano, que se sepa parte de un sistema social en el que se procure la paz y el orden social y no, llanamente, el castigo; las sociedades modernas han confirmado, al menos declaradamente, esta posición, en cuanto se ha incorporado, por ejemplo en México, el concepto de justicia restaurativa. Es cierto, resulta harto complicado hacer patente el concepto de restauración en función del derecho penal, pero consideramos que éste debe ser un cooperador en una fuerza mayor que logre eventualmente hacer de la vida comunitaria una mejor realización.

Aunado a ello conviene reflexionar sobre la idea de que las penas alternativas a la prisión sean o no invasivas; creemos que, bajo la idea de poca lesividad y alternatividad, deberíamos decantarnos por el pensamiento de nula invasión, para que no quepa posibilidad de añadidura de alguna forma de prisión o acotamiento de la libertad, pues en función de ello radica precisamente su carácter alternativo.

Finalmente, con respecto al énfasis de cambio de valores y la expansión del uso de las penas alternativas, consideramos conveniente resaltar una vez más que el derecho punitivo, como el derecho en general, no es sino un subproducto cultural y político y, como tal, hace falta una correlación directa en el ámbito de los valores típicos de una sociedad que, sin embargo, como se deja de manifiesto en las sociedades modernas, ha tendido a expandir el derecho penal de una u otra forma, incluso en casos que podrían ser tratados con sanciones alternativas (Larrauri, 2005, p. 18).

V. El debate sustantivo (segunda parte): la vigencia del concepto derecho penal del enemigo

En fechas recientes ha adquirido nueva relevancia el tema del derecho penal del enemigo que sostiene Günter Jakobs, fundamentalmente a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington. Se trata de una forma de expresión del derecho penal donde el legislador —a decir de Jakobs— no habla con los ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, con la imposición de penas draconianas y con la reducción de las garantías procesales.

No se trata de una perspectiva del derecho de reciente creación: sin ahondar más en precedentes históricos, las leyes penales de excepción se han hecho presentes en la legislación penal del siglo XIX, así como en España al término de la primera mitad del siglo XX, fundamentalmente con un carácter de orden bélico, en el contexto de la dictadura franquista. Así en otras latitudes durante el

siglo XX, fundamentalmente en épocas de crisis política, económica y social, presente, desde luego, en los regímenes totalitarios, como en el caso —además de Franco— del gobierno de Hitler, Mussolini y Stalin, o en las dictaduras militares del cono sur, en Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Paraguay en la década de los setenta del siglo pasado.

Se dice que quizá el derecho penal del enemigo del que Jakobs habla es uno que, aun con sus características excepcionales, reductor de garantías procesales y desconocedor de los derechos humanos, se hace presente en Estados democráticos, en aquellos que constitucionalmente reconocen los fundamentos de un derecho penal democrático bajo los principios penales de legalidad, proporcionalidad, y además los principios procesales como el debido proceso, la presunción de inocencia, entre otros. La tesis de Jakobs fue planteada —como lo señala Muñoz Conde (2005)— en el Congreso de Berlín de 1999, donde fue enfrentada por Eser y Puppe, y se hizo eco de ese rechazo por el mismo Muñoz Conde como por Schünemann y Schulz acerca de los peligros que encerraba dicho proyecto.

En México, la reforma constitucional de 2008 ha permitido la incorporación velada del concepto derecho penal del enemigo y, con ello, su vigencia en el sistema de justicia penal para todo aquello que tenga que ver con casos de delincuencia organizada (Ramírez-Ramírez, 2019, pp. 235-258), situación que se convierte precisamente en un problema de política criminal y derecho penal frente a las nociones de giro argumentativo en la teoría contemporánea del derecho y la cultura de los derechos humanos, y que tiene que ver fundamentalmente con la idea de poder, exceso en el uso de poder (político), asociado de manera específica al derecho penal.

Acerca de este último concepto, Foucault (2003, pp. 6-70) nos ha ilustrado de manera muy clara ese exceso en el uso del poder político, al utilizar al derecho penal como pura herramienta. La postura de Foucault respecto de la modernidad de las penas es llamativa, interesante en cuanto no asume una postura puramente material acerca de la pérdida de la vida o la aflicción corporal, sino que comprende al ser humano como una entidad compleja en la que subyacen y convergen mayores dimensiones que la física y la vívida, la conciencia misma de la pena, el reproche y la aflicción que trasciende al aspecto puramente físico de la respuesta penal; como Foucault dice: una nueva moral del acto de castigar (2003, p. 15).

Asimismo, se pone en evidencia que esta progresión lleva de la pena de muerte a la pena de prisión, pero Foucault destaca el carácter aflictivo que tiene la prisión misma, cuando de manera persistente se hace acompañar de circunstancias como el racionamiento alimentario, la privación sexual, los golpes, etcétera. Incluso, sobre el uso de la guillotina, llama la atención que se refiere a ella como "la muerte de los nobles" por el sufrimiento mínimo, pero además la injuria familiar con motivo de la ejecución también es menor. Ciertamente, debe ser que los procesos largos de tortura y suplicio para los condenados deberían ser más gravosos, y con ello más penosos para los congéneres de quien hubiese perpetrado el acto reprochado. De ello es también destacable que, cuando se generaliza, adquiere un carácter humanizador y de seguridad, pues quien tuviera que ser llevado a la muerte sabría que ello no implicaba el padecimiento de suplicios propios de la tortura, sino la muerte misma.

Es interesante que en el proceso de construcción de las expectativas conductuales que forman al derecho, los movimientos sociales, los reclamos y la organización civil (o incluso la política), logran tener un efecto en el carácter de la expectativa misma, tanto así, que es posible que pueda sufrir una inflexión. No podemos negar que el aspecto sociológico, y más todavía el sociológico-jurídico, tiene un efecto en el concepto de derecho y luego en el de derecho positivo.

Es de suma relevancia el planteamiento de Foucault acerca de la prisión, que se ve acompañada también de una serie de padecimientos persistentes no expresamente declarados en la prisión misma, pero presentes en su ejecución, y que son igualmente aflictivos. Se destaca también de la explicación de Foucault el carácter del derecho penal que advierte en el devenir histórico para dejar atrás el reproche punitivo sanguinario y dar paso a una tendencia humanizadora, al mismo tiempo que se

advierte una renovación en los conceptos de delito y de sanción. Incluso, acerca del concepto de medida de seguridad que se plantea de manera paralela con la pena, Foucault reconoce que su fundamento es el concepto de peligrosidad, y al respecto —y precisamente en el contexto de la idea de derecho penal del enemigo— nos preguntamos si la medida de seguridad en realidad se aplica en función de una peligrosidad objetiva del comportamiento o bajo este argumento se pone sobre la mesa en el proceso el concepto de peligrosidad personal. Respecto del procesamiento, donde se dice que desde la instrucción y hasta la ejecución incluso se hacen presentes otros juicios emitidos por alguien más que la entidad jurisdiccional, es cierto que se trata de juicios de valor que sirven para complementar o fundamentar la decisión jurisdiccional; no obstante, nos parece que no se trata de una intromisión en el juzgamiento, pues sobre el delito y sobre la pena quien se pronuncia es el juez, más aún cuando en el sistema de justicia penal contemporáneo la supervisión de la ejecución de la sanción y las posibles alteraciones que ella sufra quedan también bajo la potestad jurisdiccional. La afirmación de Foucault tiene razón de ser en un sistema donde la ejecución de la pena se limita a la entidad carcelaria, pero no en aquel en el que un organismo jurisdiccional especializado es quien lleva la pauta.

En términos generales, Foucault habla acerca del poder punitivo, y no resulta extraño que así lo haga cuando su obra es prolífica en cuanto al tema del poder, y que en el particular es evidente cómo se puede advertir que el poder punitivo bajo la perspectiva de castigo es atractivo por la injerencia que tiene en el ser humano. Destaca cómo Foucault involucra al alma en el texto, pues nos parece que no habla del ejercicio del poder como una forma de aparición de orden político, sino como una forma de expresión de la humanidad misma, el carácter humano que hay de por medio en las relaciones humanas de todo tipo, especialmente en las relaciones de poder.

Como podremos advertir, la referencia a Foucault resulta ilustrativa en el contexto del concepto de derecho penal del enemigo, que se ha incorporado en la comprensión contemporánea del sistema de justicia penal mexicano, y que tiene que ver de manera muy importante con la noción de ser humano, de derechos humanos, y con la forma misma de comprender el derecho.

VI. La reconfiguración comprensiva: el giro argumentativo y la cultura de los derechos humanos

Con lo precisado hasta ahora podemos advertir un panorama del sistema de justicia penal contemporáneo, uno en el que priva el formalismo positivista, que impone en su lógica de diseño el carácter estrictamente autoritativo de la norma jurídica y que busca —incluso en el ámbito constitucional— diseñar un modelo de reglas que propician una dicotomía por demás elemental entre lo permitido y lo prohibido que se fundamenta, valga decir, en una decisión de Estado que usa al derecho penal como única herramienta para enfrentar una situación por demás compleja: el problema de seguridad por el que México atraviesa.

Con este motivo, la necesidad de reconfigurar de forma comprensiva al sistema de justicia penal, y con ello la legitimación y uso del derecho penal, es absolutamente necesaria; de este modo, como punto inicial, debemos saber qué entendemos por giro argumentativo. En la teoría contemporánea del derecho el giro argumentativo no es un cambio en el sistema jurídico en sí mismo, sino en cómo se comprende o cómo percibimos al sistema jurídico, de tal suerte que no constituye una reforma legal implementada, sino la evolución comprensiva del concepto de derecho y con ello la evolución comprensiva de las distintas advocaciones del derecho según la naturaleza del objeto materia de su regulación (Atienza, s/a, p. 2).

De este modo, advertir o comprender el objeto de estudio implica necesariamente un contexto intelectual que permite esa comprensión, situación en la que subyace una problemática, la de la formación del jurista en nuestra cultura, a quien hasta hace poco el concepto de argumentación jurídica le resultaba extraño, como también le resultaba ajeno el de derechos humanos. Atienza, en

retrospectiva, nos precisa que antes, al pensar sobre derechos humanos, "Los 'verdaderos' juristas no se ocupaban de esas cosas [de política], sino del Derecho positivo (y de los conceptos construidos para dar cuenta del mismo), de manera que la 'cultura de los derechos', simplemente, no formaba parte de la formación de un jurista" (Atienza, s/a, p. 3). En nuestra formación académica mucho abrevamos de los conceptos fundamentales propuestos por Kelsen, entre los cuales no figura el de argumentación jurídica, aunque aparecen algunos próximos, como el de interpretación o aplicación, y Kelsen no advierte esos conceptos como productos de la razón, sino de la voluntad (Atienza, s/a, p. 4).

Atienza sostiene que el reciente auge del concepto de argumentación jurídica obedece a su novedad, frente a un modelo (el kelseniano) donde privaba la cultura formalista, con un sentimiento casi generalizado de insatisfacción comprensiva en la enseñanza del derecho de único enfoque memorístico, así como una creciente demanda de democratización como consecuencia de la implantación del Estado constitucional, situación que de hecho ha permitido el giro argumentativo, sin que ello signifique que exista una teoría argumentativa del derecho completamente desarrollada (Atienza, s/a, pp. 5-6).

Esta posición no ha estado exenta de críticas. El propio Atienza advierte, atinadamente, que Luigi Ferrajoli ha sido un crítico —a veces muy enfático— de un constitucionalismo al que denomina principialista o argumentativista frente a su noción de constitucionalismo garantista, a razón de que lo acusa como una regresión premoderna debido a prescindir de una distinción nítida entre derecho y moral, y que los autores argumentativistas tienden a configurar los derechos más bien a modo de principios en lugar de a modo de regla, prescindiendo en alguna medida del positivismo, lo que —desde su visión— significa complicar la dimensión de protección del derecho, pues en lugar de asegurarlo mediante una garantía de protección, quedó sujeto a ponderación (Atienza, s/a, pp. 6-7).

En este rubro se inscribe también la crítica de Francisco Laporta, quien señala que, de interesarnos la dimensión moral de la constitución por encima de su dimensión jurídica, entonces la función del juez debe ser hacer efectivos enunciados morales en la búsqueda de una decisión justa, lo que supone —al menos en el mundo latino— una complejidad importante, al no estar los jueces preparados para llevar a cabo este tipo de razonamiento. Laporta precisa:

> Nuestros jueces son muy diestros en el conocimiento y aplicación del orden jurídico tal y como era visto por la anterior teoría del derecho. Pero su razonamiento moral no pasa de ser vulgar. Basta comparar nuestros fallos con los de la Corte Suprema de los Estados Unidos para comprobarlo. O leer esos fallos nuestros en los que se procede a la famosa "ponderación". No hay allí ningún razonamiento moral de importancia, sino simplemente la expresión apodíctica de una preferencia por el "peso" de un valor sobre el otro (Atienza, 2008, p. 313).

Frente a ello, coincidimos con Atienza cuando reconoce razonabilidad en algunas de las críticas formuladas, especialmente frente a los siguientes posibles problemas: 1) banalizar los derechos si se ven simplemente como resultado de un razonamiento basado en principios morales, y se pierda con ello el papel especial (garantista) de la regla jurídica; 2) que el enfoque argumentativo cumpla más bien un papel ideológico, produciendo una visión engañadora de la realidad, halagüeña; 3) producir un activismo judicial agravado cuando los jueces carecen de una adecuada formación (Atienza, s/a, p. 11).

De manera central, consideramos que podemos identificar una problemática, que es precisamente la de la reconfiguración comprensiva, ilustrada del siguiente modo: en diálogo con Atienza, Laporta precisa:

> Cuando afirmas que es la Constitución la que nos obliga a crear una teoría nueva y a poner en primer plano la teoría de la argumentación, me siento realmente en desacuerdo. ¡No! Es al revés. Es la teoría de la argumentación, el estudio minucioso del razonamiento práctico y el gran desarrollo del análisis del lenguaje y los tipos de enunciados normativos lo que se proyecta sobre las constituciones, las de hace doscientos años, las del siglo XIX, las de los años cuarenta y las de ahora, y nos las presenta de otra manera (Atienza, 2008, p. 321).

De esta manera, encontramos la necesidad de reconfigurar la comprensión que sobre nuestro objeto del conocimiento hemos tenido desde una visión formalista, en la que no buscamos —insistimos— un cambio del sistema jurídico, sino un cambio en cómo comprender el sistema jurídico para luego aplicarlo, situación que, de hecho, incumbirá no sólo esa dimensión jurídica, sino una moral y otra política, como dimensiones que se conjugan de manera complementaria, sin irrumpir y sin anular la una a cualquiera de las otras, de suerte que es menester reconocer qué elementos se vuelven necesarios para una llamada "teoría argumentativista" del derecho, que permita la reconfiguración de la que hablamos. Al respecto, Atienza propone:

> 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. 2) La tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuanto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no tan sólo— en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto —o también— en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución. 7) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas —de sujeción del juez a la ley— pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 8) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral. 9) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. 10) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica (no sólo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia. 11) La difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico. 12) La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones —y, por tanto, en el razonamiento jurídico— como característica esencial de una sociedad democrática. 13) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. 14) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral

> racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica (Atienza, 2006, pp. 55-56).

Atienza luego añade: 1) un pragmatismo filosófico que supone fundamentalmente la idea de la primicia de la práctica; 2) el objetivismo ético, o al menos uno mínimo, lo que permite discutir racionalmente sobre los fines morales últimos, y 3) la idea de que el derecho contiene tanto un elemento autoritativo como uno valorativo, es decir, que no se trata sólo de un fenómeno de autoridad, sino también una práctica para lograr ciertos fines y valores (Atienza, s/a, p. 18).

Ahora bien, en la idea del giro argumentativo de la teoría del derecho contemporánea, y aún sin considerar que está resuelta una teoría argumentativista completa, se puede sostener que no se trata, como Ferrajoli afirma, de una evasión al aspecto positivo del derecho, sino que se reconoce la existencia de reglas y principios; empero, se incluyen consideraciones de contenido moral para buscar superar el mero carácter autoritativo de la norma e indagar con ella un objetivismo ético mínimo, pues el positivismo radical busca erradicar esa posibilidad, lo que impacta, además, en un déficit en la formación de juristas más y mejor preparados en filosofía y teoría ética (Atienza, s/a, pp. 23-24):

> El defecto de formación argumentativa de los jueces españoles (que podría extenderse a los operadores del mundo latino) que detecta Laporta es un serio problema. Pero no me parece que la forma de combatirlo haya de consistir en procurar que nuestros jueces o nuestros juristas solamente lleven a cabo sencillas operaciones de subsunción. Entre otras cosas, porque eso no sería nada realista. Porque —como antes decía— es la realidad, los cambios que han tenido lugar en nuestras sociedades y en nuestros Derechos, lo que lleva a los jueces a considerar como excesivamente limitado el modelo puramente deductivo de razonamiento. En esto al menos no creo que se equivoquen (Atienza, s/a, p. 26).

De este modo, podemos advertir la necesidad de que el jurista contemporáneo, el que elabora y explica la dogmática, y el jurista práctico, reconozcan la posibilidad de mejora en instituciones y prácticas mediante la reconfiguración comprensiva del derecho desde el giro argumentativo (en el mismo sentido Atienza, s/a, p. 28) y la cultura de los derechos humanos que, valga decir, en la actualidad ya no son problema en cuanto a su fundamentación, legitimación y existencia, sino por cuanto a su vigencia y operatividad, que no debe limitarse a los derechos del liberalismo, acaso también subrayar la importancia y desafíos que suponen los derechos sociales y otros nuevos derechos surgidos en los últimos tiempos (Atienza, s/a, pp. 4-5).

VII. Conclusiones

El sistema de justicia penal mexicano responde aún, en gran medida, a la comprensión del concepto de Estado de derecho, el derecho penal al de la noción de pena comprendida como retribución y el proceso penal responde a un utilitarismo pragmático de fundamentación cuasi-bélica y excepcional; sin embargo la ley —la penal, desde luego—, como forma de expresión del Estado de derecho, actualmente es una institución que no puede ser revisada simplemente por su prescripción, pues adolece del elemento de efectividad; la concepción de Estado constitucional de derecho brinda la posibilidad de que ésta pueda ser llevada al campo de lo práctico, en su aplicación, donde se conjuga la labor de la previsión normativa del legislador y la aplicativa del juzgador, pero no puede decirse que con sólo ello el Estado constitucional de derecho está realizado por virtud de la ley; la ley se hace presente tanto en modelos democráticos como en totalitarios.

En el Estado mexicano, virtud de nuestra constitución política, tenemos un orden normativo que asume algunas de esas prerrogativas mínimas elementales que como Estado demandamos; no obstante, nuestro modelo normativo y constitucional no las asume a modo de principios como ejes rectores capaces de dirigir las actuaciones estatales (e incluso las puramente sociales), sino que en la constitución establece, por la descripción normativa, algunas referencias específicas que atender. De este modo, y con énfasis en el sistema de justicia penal, debemos reconocer que ese marco sociopolítico que se desarrolló en los párrafos anteriores se consolida con una tendencia garantista y entonces positivista, pues a lo largo del texto constitucional se buscan establecer esas descripciones normativas que sirvan como garantía cautelar de las prerrogativas a las que como gobernados aspiramos, diseño en el cual se hace presente un populismo punitivo y la idea de enemigo en el derecho penal.

No es nuevo reconocer en un Estado moderno una actuación anacrónica, más bien típica de un Estado autoritario, severamente impositivo, e incluso intervencionista. Muñoz Conde (2010) ya nos ha comentado que en otras latitudes y en otro tiempo Liszt, Binding, Mezger, Radbruch y Exner fueron importantes instrumentadores del pensamiento penal alemán; de igual manera, desarrollaron programas políticos que atentaron contra los principios liberales y democráticos de un Estado moderno, mediante un utilitarismo pragmático para atender las problemáticas delincuenciales. Los resultados de esas actuaciones pragmáticas son los evidentes, además de trágicos, excesos de la Alemania nacionalsocialista.

Frente a esta noción del sistema de justicia penal, el giro argumentativo de la teoría del derecho y la cultura de los derechos humanos se convierten en agentes necesarios para la reconfiguración comprensiva del *ius puniendi*, el proceso penal, la política criminal y todo aquello que subyace en la concepción del sistema de justicia penal. Esta afirmación debe tomarse con las providencias y el cuidado debido; ciertamente, el derecho penal tiene en su norma un agente que asegura la cautela de esos derechos, siempre que el tipo penal a modo de dimensión positiva del derecho penal se comprenda desde la idea de efectividad protectora de derechos humanos y no puramente como persecución selectiva, razón por la que insistimos en que esta reconfiguración comprensiva del sistema de justicia penal urge por hacer incumbir conceptos de filosofía moral, de política y, desde luego, conjugarlos con los conceptos jurídicos, como ya dijimos, al ser auxiliares los unos de los otros; cooperativos, no excluyentes.

Coincidimos en sostener que esta complejidad tiene que ver, fundamentalmente, con el ejercicio práctico del derecho, donde se hacen concurrir los elementos necesarios para el diseño legislativo, pero también aquellos que en la práctica judicial tendrán que ver con la realización de una política criminal y de una filosofía moral, de suerte que es irrenunciable el carácter iridiscente de nuestra realidad contemporánea. Valga decir que para poder enfrentarnos a ella de manera más eficaz hace falta colmar algunos rubros de los que —al menos hasta hoy— es evidente que adolecemos, y lo hacemos porque en la formación de nuestros profesionales no insistimos de manera contundente en superar la realidad formalista que deviene del aspecto puramente positivo del derecho, al negarle su carácter argumentativo, lingüístico y, desde luego, comunicativo.

De este modo, el giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea y la cultura de los derechos humanos se erigen como bastiones que pueden posibilitar la recomprensión que demandamos como necesaria, frente a la desgastada e insostenible noción del derecho y su carácter meramente autoritativo.

VIII. Referencias bibliográficas

Atienza, M. (s/a). *El giro argumentativo en la teoría del derecho contemporánea*. Repositorio de la Universidad de Alicante. Recuperado el 26 de junio de 2020, de https://dfddip.ua.es/es/documentos/el-giro-argumentativo.pdf?noCache=141561520185

Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M. (2008). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. Derecho PUCP. *Revista de la Facultad de Derecho*, 307-326.

Foucault, M. (2003). *Vigilar y castigar*. (1a. reimpresión de la 1a. edición argentina). Argentina: Siglo XXI Editores.

Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. (Manuel Cancio Meliá, trad.). Colombia: Universidad del Externado de Colombia.

Roxin, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus.

Larrauri, E. (2005). *Populismo punitivo... y cómo resistirlo* (pp. 15-21). Recuperado el 25 de junio de 2020, de https://www.academia.edu/9812655/Populismo_Punitivo

Liszt, F. (1994). *La idea del fin en el Derecho penal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Mir Puig, S. (2002). *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. (2a. ed.). Buenos Aires: B de F.

Muñoz Conde, F. (2005). De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. En *Revista Penal*, núm. 16, 123-137. Repositorio Institucional de la Universidad de Huelva. Recuperado el 25 de junio de 2020, de:

http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12379/De%20nuevo.pdf?sequence=2

Muñoz Conde, F. (2010). *Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo*. México: Ubijus.

Ramírez-Ramírez, F. R. (2019). *El concepto fragmentario de persona como fundamento del dualismo procesal latente en el sistema de justicia penal mexicano*. México: Tirant lo Blanch.

Vidaurri Aréchiga, M. (2013). *Teoría general del delito*. México: Oxford.

Capítulo V

La certeza jurídica y la libertad de acción en el estado de excepción

Sumario: *I. Introducción. II. Certeza jurídica, como condición necesaria de la vida libre. III. El ejercicio de las libertades y la facultad de actuar. IV. Qué es el estado de excepción. V. Nos encontramos en un estado de excepción. VI. La ambigüedad del significado de "medidas y acciones necesarias". VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.*

Enriqueta Benítez López[60]

I. Introducción

Si bien es muy pronto para hablar de las consecuencias totales que el declarado estado de emergencia sanitaria nos ha dejado, la incertidumbre y la incapacidad de definir la realidad bajo la cual actuamos es debido a la falta de claridad sobre esta y que nos conduce a representarnos una existencia bajo supuestos difusos, indeterminados, con ello se genera, y no sólo en el ánimo de las personas sino en la realidad misma, una dubitación sobre la naturaleza del escenario en que nos movemos.

Las constantes declaraciones y aplazamientos de las circunstancias excepcionales en las que nos encontramos han generado descontento e incertidumbre, así lo constatamos en las declaraciones oficiales de nuestras autoridades y en las manifestaciones de los ciudadanos que exigen la reapertura de sus fuentes de empleo, por señalar los sucesos más evidentes.[61] Estamos en un tiempo donde nuestras decisiones cotidianas llevan la marca de la vacilación no sólo sobre nuestras acciones, sino sobre las actuaciones de las instituciones públicas y privadas (escuelas, centros de trabajo, tribunales, etc.).

Si bien, ello apunta a un importante problema, como la definición histórica que vivimos y la forma que tiene esta realidad (como estado de cosas), no abordaremos aquí este punto, antes bien, postulamos que esta indeterminación se vuelve en nuestra contra cuando el derecho no fija un orden adecuado de las circunstancias y tampoco lo ha declarado con un tiempo concluyente y razonable de estas circunstancias. De esta manera, la falta de este emplazamiento contribuye a aumentar nuestra incertidumbre.

En esta reflexión, inicialmente postulamos dos puntos que consideramos importantes y que no aparecen en el discurso oficial, y tampoco (salvo excepciones) en las reflexiones de los intelectuales: que nos encontramos en un estado de excepción oculto bajo el nombre de emergencia (emergencia sanitaria para ser más específicos), que este estado de excepción no es reconocido jurídicamente y por tanto se ignoran sus consecuencias; en un segundo punto, expondremos que una de las consecuencias que provoca la indeterminación al margen de nuestra vida cotidiana es la arbitrariedad con la que pueden actuar las autoridades y que, frente a ellas, nuestra seguridad y certeza jurídica se pierde.

---

[60] Doctora en Derecho, maestra en Filosofía y Abogada. Profesora en el ITESO y la Universidad de Guadalajara. Dedicada a la ética, estudios clásicos en filosofía y teoría de la argumentación.

[61] A lo largo del artículo precisaremos las fechas que, hasta hoy, se han dado por oficiales y que se han modificado en el transcurrir de estos poco más de tres meses desde la primera declaratoria del 19 de marzo de 2020.

Finalmente, como eje central de la reflexión, sostendremos que nos encontramos en un estado de excepción cuando ocurren circunstancias no previstas por un Estado de derecho, y que, en términos de G. Agamben, entre otras cosas, el derecho ordinario se suspende y el gobierno suscribe para sí facultades que en tiempos regulares no le pertenecen, o bien, toma medidas no sólo necesarias, sino arbitrarias bajo el pretexto de preservar un orden, la vida y seguridad de los ciudadanos. Proponemos mostrar cómo es que esta categoría de la filosofía política y de las teorías constitucionalistas de principios del siglo XX, y que es retomada por Agamben, no tiene existencia en el discurso jurídico; sin embargo, describe claramente el estado de cosas en que nos encontramos y que, si bien es cierto que este concepto se volvió objeto de estudio en un tiempo de guerra (primera y segunda guerra mundial), esta categoría, al guardar una debida distancia en cuanto a su origen contemporáneo,[62] permite tener más claridad sobre las acciones que se toman por parte de las autoridades sobre nuestra vida cotidiana, en consecuencia, si no podemos tener una certeza jurídica debido a un Estado de derecho parcialmente suspendido, por lo menos podemos tener más claridad sobre lo que vivimos.

II. Certeza jurídica, condición necesaria de la vida libre

Una sociedad regulada por normas democráticas tiene entre sus fines generar las condiciones para que la vida de los ciudadanos sea posible, con ello, nos referimos a que, dado que las normas se cumplen, entonces, las personas pueden confiar en una planeación para su vida inmediata y futura, así es como llegan a celebrarse pactos entre los particulares en los que se realizan promesas tan elementales como el pago del alquiler, una hipoteca o hasta una simple cita con los amigos en un café. Lo anterior es posible gracias a que se vive en un Estado de derecho, ¿qué significa esto?, que gracias a que el Estado garantiza a sus gobernados las condiciones de vida a través de la protección de los derechos humanos, las personas pueden vivir libremente y planear su futuro.

Algunos pensadores, como Joseph Raz, postulan al Estado de derecho como un ideal político y que más allá de una definición; vale decir que esta postulación ideal es efectivamente un movimiento gradual entre la realidad y lo que se espera de la autoridad en tanto que actúa. De esta manera, cuando se habla del Estado de derecho, es conveniente mostrarlo no como una definición, sino como un concepto regulador que, a través de un ideal, formula los principios que hacen factible que este se cumpla en la medida de lo posible. Retomo la cita que Joseph Raz hace de F. A. Hayek (en *The road to Serfdom*, Londres, 1944, p. 54), como un primer momento de su identificación donde señala:

> Despojado de todo tecnicismo, significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano -normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este acontecimiento (Raz, 2012: p.15)

Raz sostiene que dicha definición es incompleta, pues perfila una cara de la arista que constituye al Estado de derecho y le delimita a una especie de condición ideal (parcial) de la vida del Estado; sin embargo, es un primer momento de lo que configura a un Estado, en este caso, diríamos, a todo estado democrático.[63] La otra parte de la idea de un Estado de derecho está conformada por los

[62] Partimos desde el mismo punto que Agamben (2005) lo hace; sin embargo, en su obra *Estado de excepción*, le dedica un espacio (pp. 38-58) suficiente para explicar el origen histórico de este y que sitúa en Francia durante la revolución, para ser más específicos, a partir de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791 (p. 39).

[63] El artículo de Raz merecería una discusión especial sobre el tema, por razones de la temática que proponemos no abordaremos las discusiones históricas que especialmente, desde los inicios del siglo XX, ocuparon este tópico. Aunque es interesante por las paradojas que se siguen de las afirmaciones que en las discusiones se sostienen, al grado de afirmar que un Estado de derecho, como ideal, podría quedar bien tanto en una tiranía o en una monarquía o gobierno separatista.

ciudadanos y las actuaciones de las autoridades. Además, dice que "el estado de derecho es únicamente una de sus virtudes que un orden jurídico puede tener y por la que puede ser juzgado" (Raz, J. 2012: p.16), en este mismo punto, insiste en que lo anterior "no debe confundirse con democracia, justicia, igualdad (ante el derecho o de otra manera), ni con derechos humanos de cualquier tipo ni con el respeto por las personas o por la dignidad del hombre" (Raz, J. 2012: p.16), debido a que esto provoca que se crea que en un Estado donde se cumplan sus leyes, hay necesariamente libertad, democracia, igualdad o equidad.

Es entonces que la postura de Raz (2012), a la cual me suscribo, es señalar que "el Estado de derecho tomado en su sentido más amplio significa que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él" (p.17), y con ello llegaríamos a esa segunda arista en la que los ciudadanos toman su parte de responsabilidad y, una vez que reconocen la necesidad de la existencia de normas, se comprometen a cumplirlas. La ficción anterior es un supuesto necesario que se toma por una aceptación tácita de todo gobernado, especialmente cuando se habla de un contrato social, pero no es este el punto que queremos desarrollar, sino mencionar como mínimo, en el mismo sentido de Raz, algunos principios bajo los cuales un Estado de derecho es posible y, por lo tanto, la seguridad jurídica puede ser garantizada a los ciudadanos. Nuestro derecho fundamental a la seguridad jurídica se sitúa en dos puntos muy importantes:

> Los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica otorgan certeza al gobernado para que su persona, bienes y posesiones sean [protegidos y preservados de cualquier acto lesivo que, en su perjuicio, pudiera generar el poder público,] sin mandamiento de autoridad competente, fundado, motivado y acorde con los procedimientos en los que se cumplan las formalidades legales" (las cursivas son nuestras).
>
> En este sentido, [la legalidad y seguridad jurídica tienen como principal objetivo dar certidumbre al gobernado respecto de las consecuencias jurídicas de los actos que realice] y, por otra parte, [limitar y controlar la actuación de las autoridades a fin de evitar afectaciones arbitrarias] en la esfera jurídica de las personas. (Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4974/8.pdf fecha: 22/06/2020).

Según Raz (2012), en primer lugar, señala que, para que una doctrina del Estado de derecho sea eficiente, es necesario matizar sus formas bajo las cuales se ordena, en este caso a través de principios; un primer fundamento sería que "la creación de disposiciones jurídicas particulares deba ser guiada por normas generales abiertas y relativamente estables" (p.19). Sin embargo, no aborda todo el concepto, pero es relevante porque permite la síntesis de sus dos más importantes componentes, bajo dos aspectos esenciales señalados por dicho autor y que se identifican con nuestro derecho a la certeza y seguridad jurídica:

1. Que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo.
2. Que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él.

Es una nota muy importante, pues implica la existencia de normas claras que los gobernados puedan cumplir y si su exigencia es su impronta. Dichas pautas dadas por el Estado, y que son exigibles a los gobernantes, deben ser capaces de al menos garantizar la vida en todos sus aspectos para que puedan guiar la de los ciudadanos.

La claridad de lo que el Estado postula en sus leyes es lo que da certeza al Estado de derecho y, por consecuencia, a la vida de los ciudadanos. Dos principios de los muchos que se pueden obtener de la doctrina del Estado de derecho son los que queremos traer a nuestra exposición y que, desde este punto de vista, se vuelven el fundamento de nuestro derecho humano a la seguridad jurídica.[64]

"Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras" (Raz, 2012: p.20). Se subraya con ello la temporalidad, donde cuyos actos que son regulados son los previstos (y que, por obvias razones, están por ocurrir), pareciera una obviedad, pero la intencionalidad es la no retroactividad en perjuicio de los ciudadanos; por otro lado, la condición de apertura y claridad como condición de una norma, refiere Raz (2012), que, si una disposición está hecha para guiar a los ciudadanos, entonces:

> [...] éstos tienen que estar en posibilidad de encontrar lo que el derecho es. Por esta misma razón, su significado debe ser claro. Una disposición ambigua, vaga, obscura o imprecisa es probable que equivoque o confunda, al menos, a algunos de aquellos que desean ser guiados por ella (p. 20).

Así lo ha protegido nuestro derecho en lo que antes fueran las garantías de seguridad jurídica y que ahora, bajo el estatuto de derecho humano y derecho fundamental, quedan definidas principalmente por los artículos 14, 16 y 17 de la constitución mexicana.

> Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables. [Las disposiciones jurídicas no deben ser cambiadas con mucha frecuencia, si lo hacen la gente encontrará dificultad en saber lo que el derecho es en determinado momento y estará siempre temerosa de que la haya cambiado desde que ella supo lo que era...] (Raz, 2012: p. 20).

Esta idea de certeza enuncia la confiabilidad de un estado de cosas cuyo cambio no es intempestivo, su predictibilidad es parte de los acontecimientos regulares en la vida democrática de un Estado. Los llamados derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica son los proveedores de la confiabilidad y certeza bajo las cuales actuamos debido a que nuestros bienes, libertad e integridad están protegidas.

En consecuencia, un Estado de derecho donde las normas se cumplen, protegen y previenen, se constituye en el escenario ideal para la acción humana bajo cualquiera de sus ámbitos, siempre y cuando esta no se constituya en una ofensa o daño para otros. De esta manera podemos decir que la certeza jurídica es la consecuencia de un Estado de derecho, constituyéndose estos en la condición necesaria para el ejercicio pleno de nuestras libertades.

III. El ejercicio de las libertades y la facultad de actuar

Si la razón por la cual se creó al Estado es asegurar la vida humana (presupuesto modernamente aceptado y plenamente establecido en la Ilustración), esta se llena de sentido en tanto se expresa bajo la forma de acción. La filosofía define la acción como una facultad de hacer, llevar a cabo la realización

[64] Raz es su artículo señala ocho principios sin ser estos la totalidad. Aquí sólo nos referiremos a los que tocan de manera directa la seguridad jurídica. (Cfr. Raz 2012: 20-25)

de aquello que nuestra mente ha proyectado. La acción es la esencia de la vida humana. Algunos filósofos contemporáneos de la acción, como Walter Benjamin, Arnold Gelhen y, especialmente, Hannah Arendt, la postulan como la facultad de actuar en tanto agentes:[65]

> Actuar, en su sentido más general, significa tomar una iniciativa, comenzar (como indica la palabra griega *archein*, «comenzar», «conducir» y finalmente «gobernar»), poner algo en movimiento (que es el significado original del *agere* latino). Debido a que son *initium* los recién llegados y principiantes, por virtud del nacimiento, los hombres toman la iniciativa, se aprestan a la acción… [*Initium*] *ergo ut esset, creatus est homo, ante quem nullus fuit* («para que hubiera un comienzo, fue creado el hombre, antes del cual no había nadie»), dice san Agustín en su filosofía política. Este comienzo no es el mismo que el del mundo; no es el comienzo de algo, sino de alguien que es un principiante por sí mismo. Con la creación del hombre, el principio del comienzo entró en el propio mundo, que, claro está, no es más que otra forma de decir que el principio de la libertad se creó al crearse al hombre, no antes. (Arendt, 2009: 201)

Esta sencilla delimitación permite decir que la vida humana, para que pueda realizarse libremente, requiere de un escenario que le sea seguro, es decir, que le otorgue la confianza para saber que sus acciones tendrán una consecuencia (buena o mala, según el establecimiento de lo permitido o lo prohibido, además de la conciencia moral de los agentes). De esta manera, el ejercicio de nuestras libertades, como elegir nuestro oficio, decidir trabajar o renunciar, casarse, comprar un auto o ir al cine, sean actos cuya confiabilidad difícilmente se cuestionaría, o bien, sus limitaciones dependerían de condiciones personales, circunstanciales de nuestra vida concreta.

La capacidad de acción es el privilegio que todo ser humano por principio posee de manera intrínseca, al menos así lo han considerado los países democráticos en el mundo. El hacer, como tal, supone un mínimo de racionalidad en los individuos, pero reclama la libertad y la seguridad como condición necesaria de toda acción. Es así que, al ser tan cercano a nuestra vida, no cuestionamos qué hace posible que podamos acordar una cita, comprometernos a pagar un alquiler o comprar un café, debido a que el escenario de la seguridad está implícito; sin embargo, todo se trastoca cuando un mandato nos dice que "no" (bajo la forma de "recomendación") y peor aún: que está prohibido bajo pena de una consecuencia jurídica.

Si consideramos todo lo que hemos dicho hasta aquí, ¿qué pasaría si un día el gobierno "nos dice"[66] que no podemos visitar a nuestros abuelos, a nuestros padres, que no podemos ir al cine (que ha prohibido hacerlo), que no podemos abrir mañana nuestro pequeño negocio recién emprendido, que debemos limitar nuestras salidas a la vía pública, que debemos usar cubrebocas, que no podemos entrar a un establecimiento público porque pasamos de los 60 o 65 años? Más triste aún: que no se puede ver ni rendir las debidas exequias a nuestros muertos, que sólo el primer mes puede proteger nuestro trabajo y no puede asegurarnos los mínimos vitales para vivir. Algunos no pueden ir a la casa de dios a reconfortarse, ni siquiera a un parque, no se pueden reunir, ni celebrar un cumpleaños. Independientemente de la justificación y la causa, lo que podemos afirmar es que la certeza bajo la cual nos movíamos ha desaparecido.

El escenario anterior pareciera apocalíptico, o de plano un disparate. Pero, como sabemos, en el mundo se ha declarado una pandemia, cuyo acontecimiento ha afectado por primera vez en la

[65] De ahí que decir que un agente moral es aquél que puede guiar o dirigir responsablemente su conducta, el derecho habla de agentes libres al aludir especialmente cuando habla de la capacidad de acción, que nos remite a la edad sugerida por los gobiernos de los Estados como criterio bajo el cual se juzga que una persona es una agente responsable (responde de sus acciones ante la ley).

[66] Utilizamos esta expresión porque las medidas de seguridad por Covid-19 no tienen una fuerza de ley; además, su carácter obligatorio y su coercitividad no ha quedado clara.

historia, y sin precedente alguno, al mundo entero. Como antecedente, señalamos que nos fue informado por diversas fuentes, entre ellas, por el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) que "el 31 de diciembre de 2019, autoridades de salud de la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, China, informaron sobre la presencia de un conglomerado de 27 casos de síndrome respiratorio agudo de etiología desconocida". Además, que el 7 de enero de 2020, las autoridades chinas informaron la presencia de un nuevo coronavirus (Covid-19), identificado como posible etiología causante de dicho síndrome (DOF, 2020).[67]

Asimismo, en la fuente anterior se nos informa que el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), calificó como pandemia el brote de coronavirus Covid-9, por la cantidad de casos de contagio y de países involucrados, emitió una serie de recomendaciones para su control, así aparece en su *Considerando* de la publicación por parte de la Secretaría de Salud donde señala:

> Que el Consejo de Salubridad General en sesión extraordinaria celebrada el 19 de marzo de 2020, acordó que se reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México como una enfermedad grave de atención prioritaria;
>
> Que en la citada sesión, el Consejo de Salubridad General también mencionó que la Secretaría de Salud establecerá las medidas necesarias para la prevención y control de la epidemia de virus SARS-CoV2 (COVID-19), [mismas que definirán las modalidades específicas, las fechas de inicio y su término,] así como su extensión territorial… (DOF: 24/03/2020).

Entramos a un escenario cuya incertidumbre, contraria a la aparente precisión señalada, es la moneda de cambio bajo la que se empezaron a tomar decisiones, cuyas prohibiciones y suspensión (absoluta o parcial) de nuestras libertades no parecen tener término, al menos no en la fecha en que se escribe el presente artículo (junio de 2020). Desde entonces, han pasado poco más de tres meses en los cuales las medidas jurídicas ordinarias no han aplicado en todos sus aspectos debido a que estamos en un estado de emergencia oficialmente declarado[68] y cuyas medidas subsecuentes han consistido en limitar y suspender nuestras actividades cotidianas bajo la notable falta de certeza por saber cuándo terminará[69] esta circunstancia.

Estas circunstancias especiales nos colocan en un estado excepcional de cosas. El Estado de derecho no es la regla que pueda aplicarse debido a que el Estado mexicano (como la mayoría en el mundo), al reconocer el estado de emergencia, han cambiado las pautas (aunque sean temporales) y se han tomado "medidas necesarias" para hacer frente a tan terrible suceso. Es importante insistir en que aquí no está en cuestión el origen y causa en la que nos encontramos, sino la falta de certeza y de certidumbre por el estado jurídico que guardan las cosas y por la circunstancia de la suspensión y la puesta en pausa de algunos de nuestros derechos.[70]

Además, lo que llama la atención es que no exista una declaratoria oficial con relación al estado de cosas global en que nos encontramos, más allá de la emergencia sanitaria declarada el 30 de marzo

---

[67] Recuperado de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020&print=true fecha: 16/06/2020.

[68] La declaratoria oficial se da hasta el 30 de marzo "Primero. Se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad…"
generada por el virus SARS-CoV2 (Covid-19). Recuperado de http://dof.gob.mx/2020/CSG/CSG_300320_VES.pdf Las anteriores declaraciones daban cuenta del reconocimiento de la gravedad de las circunstancias.

[69] En la declaratoria del 19 de marzo se señaló un periodo que va del 19 de marzo al 19 de abril y así sucesivamente se ha extendido.

[70] Por señalar algunos: la libertad de tránsito, de reunión, de trabajo, de comercio, de celebración religiosa y hasta en algunos casos de transparencia e información.

de 2020, porque una emergencia sanitaria refiere por definición un problema de salud y este se establece por grados,[71] pero lo anterior no implica ni por extensión ni definición un estado de cosas social, cultural o económico; lo cierto es, que en la jerga jurídica no encontramos ni categorías ni expresiones que describan oficialmente un estado de cosas que represente esta situación concreta. Como podemos ver, en los antecedentes se reconoce la gravedad de la situación, pero esta no es, al menos no oficialmente, categorizada en los esquemas legales. Se la ha nombrado estado de emergencia sanitaria, pero esta describe una situación que tiene que ver con la salud y la seguridad; sin embargo, no dice nada sobre las otras esferas de la vida.

Asimismo, al ser declarado el estado de emergencia el 30 de marzo[72], en "términos de lo dispuesto en los artículos 73, fracción XVI, Base 1a., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 4°., fracción II, de la Ley General de Salud, el Consejo de Salubridad General tiene el carácter de autoridad sanitaria y sus disposiciones generales son obligatorias en el país" (DOF, 30 de marzo de 2020), trajo como consecuencia la indeterminación de las consecuencias legales, ello impactó en la vida de los ciudadanos en diversos aspectos, que toca lo cultural, lo económico, lo laboral y lo social.[73]

Las medidas llevadas tanto por el gobierno federal como de los estados, nos han colocado en una circunstancia donde las reglas ordinarias que permiten nuestra vida ordinaria no se aplican y, por lo tanto, nuestra cotidianidad se ha trastocado, estamos en una circunstancia donde la excepción se ha convertido en regla, pues substituyó aquellas que nos permitían simplemente la vida cotidiana tal como la conocíamos hasta antes del 19 de marzo de 2020.

IV. Qué es el estado de excepción

En la filosofía política existe un concepto cuya carta de naturalización no es muy precisa,[74] mismo que, cercano al estado de sitio, pone en la mesa de discusión a principios del siglo XX: las circunstancias que ocasionan que los poderes ejecutivos de los Estados se subroguen prerrogativas de los otros poderes dado al estado de urgencia y necesidad, y que Carl Schmitt y Walter Benjamin, antes que Agamben, llamaron estado de excepción.

Flavia Costa, en su introducción a la obra de Agamben, *Estado de Excepción*, recuerda:

> Una idea que Agamben retoma de Walter Benjamín, en especial de su octava tesis de filosofía de la historia, que Benjamín escribió poco antes de morir, y que dice: "La tradición de los

[71] "La Organización Mundial de la Salud (OMS) utiliza el término "emergencia de salud pública de interés internacional" (PHEIC, por sus siglas en inglés) cuando el brote de una enfermedad afecta a más de un país y se requiere una estrategia coordinada internacionalmente para enfrentarlo. Además, debe tener un impacto serio en la salud pública y ser "inusual" e "inesperado". La decisión final sobre si habrá o no una emergencia de salud pública de interés internacional recae en el director general de la OMS, en la actualidad el etíope Tedros Adhanom Ghebreyesus". Recuperado de https://www.dw.com/es/oms-qu%C3%A9-es-una-emergencia-sanitaria-internacional/a-52217051 La OMS también es la encargada de clasificar por grados la emergencia. Recuperado de https://www.who.int/hac/donorinfo/g3_contributions/es/28/VI/2020

[72] Recordemos que desde el 31 de diciembre se dio a conocer la existencia del problema.

[73] Cuando el 24 de marzo de 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberían implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (Covid-19). En el artículo primero se establece que todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno están obligadas a la instrumentación de las medidas preventivas contra la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (Covid-19), entendiendo como tales aquellas intervenciones comunitarias definidas en la "Jornada Nacional de Sana Distancia", [que tienen como objetivo el distanciamiento social para la mitigación de la transmisión poblacional de virus, disminuyendo así el número de contagios de persona a persona] y, por ende, el de propagación de la enfermedad, con especial énfasis en grupos vulnerables, permitiendo además que la carga de enfermedad esperada no se concentre en unidades de tiempo reducidas, con el subsecuente beneficio de garantizar el acceso a la atención médica hospitalaria para los casos graves.

[74] Cfr. Nota 3. Dado que Agamben la intenta ubicar en Francia, siglo XVIII, aunque podríamos encontrarla desde el imperio romano.

oprimidos nos enseña que el 'estado de excepción´ en el cual vivimos es la regla. Debemos adherir a un concepto de historia que se corresponda con este hecho" (Agamben, 2005: p.6).

Guardando la debida distancia de las circunstancias bajo las que Benjamin escribe sus *Tesis sobre Filosofía de la Historia*, que la segunda guerra mundial deja no sólo en su experiencia personal como pensador, sino la de muchos intelectuales europeos, como Arendt y Brecht, por señalar a sus contemporáneos, la sensación de que se vive un estado de cosas distinto, donde la incertidumbre de la guerra y de las cambiantes disposiciones jurídicas (como la leyes de Weimar, las medidas tomadas por Francia, Inglaterra y hasta por Estados Unidos), y qué decir de los regímenes totalitarios que ampliamente quedan descritos por Arendt en sus *Orígenes del Totalitarismo (1950)*, queremos rescatar tres características que servirán a Agamben para perfilar su idea:

1. La circunstancia en la que los Estados, por causa de guerra, adscriben para sí las facultades que en tiempo de paz pertenecen a otras esferas y poderes.
2. La arbitrariedad bajo la que se deciden y se elevan a rango de ley órdenes que en tiempo de paz sería una locura (como decidir quién es un ser humano, cómo se taza y cómo se niega su condición de persona a través de un decreto).
3. La sensación de incertidumbre y de que todo es posible frente a esta ausencia de un derecho *legítimamente* instituido histórica e institucionalmente.[75]

Se parte de un proyecto más amplio que Agamben plantea como una arqueología (en términos foucaultianos)[76] compuesta entre otras cosas de una serie de tesis que configuran su teoría del biopoder y biopolítica. De esta manera, el estado de excepción, como figura, se inscribe en una circunstancia histórica donde el uso del poder llega al punto de tocar lo que nuestro autor llama la vida nuda[77] (de los ciudadanos y que, a su vez, ha tocado desde la idea de biopolítica de Foucault). El poder ejercido por el Estado, al sobrepasar cualquier circunstancia de legalidad debido a una cuestión de excepción, regula y controla la vida de los gobernados a un grado tal que irrumpe en su vida más íntima.[78]

Intentaremos mostrar qué es para Agamben un estado de excepción y cuáles son sus notas características más importantes para que nos sirvan de comparación y distancia (analógica) y entonces demostrar que, sin encontrarnos en un estado de guerra o posguerra, las prácticas de los Estados en esta condición actual son muy cercanas al estado de excepción y que apoya nuestra tesis que sostiene que nos encontramos en un estado de excepción.

---

[75] Acosta señala en la misma introducción que una de las consecuencias que podemos extraer de la obra de Agamben es que "El totalitarismo moderno se define como la instauración de una guerra civil legal a través del estado de excepción, y esto corre tanto para el régimen nazi como para la situación en que se vive en los EE.UU." (Agamben, 2005: p.6).

[76] "Mi método es arqueológico y paradigmático en un sentido cercano al que utilizaba Foucault, pero no completamente coincidente con él. Se trata, ante las dicotomías que estructuran nuestra cultura, de salirse más allá de las escisiones que las han producido, pero no para reencontrar un estado cronológicamente originario sino, por el contrario, para poder comprender la situación en la cual nos encontramos" (Agamben, 2005: p. 6).

[77] Por nuda vida, Agamben la entiende como "Aquello que llamo nuda vida es una producción específica del poder y no un dato natural. En cuanto nos movamos en el espacio y retrocedamos en el tiempo, no encontraremos jamás -ni siquiera en las condiciones más primitivas- un hombre sin lenguaje y sin cultura. Ni siquiera el niño es nuda vida: al contrario, vive en una especie de corte bizantina en la cual cada acto está siempre ya revestido de sus formas ceremoniales" (Agamben, 2005: p.12).

[78] Si bien Hannah Arendt (1951/1998) su sus *Orígenes del Totalitarismo,* señala que la condición más radical de un estado totalitario es la posibilidad de irrumpir en la vida de los ciudadanos a un grado tan terrible como para desposeerlo de su condición fundamental: su acción misma y con ello el derecho de quitarle literalmente todo sin que el desposeído encuentre una norma que lo proteja. Aquí, Arendt habla de una radicalidad, Agamben, por su parte, le interesa rescatar cómo la excepcionalidad regula de manera "extraordinaria" la vida de los ciudadanos como si esta condición excepcional fuera la regla.

Agamben (2005), señala que la definición de Carl Schmitt en cuanto al soberano como "el que decide sobre el Estado de excepción" (p. 23), es un concepto no acabado y que Agamben intenta describir en su obra homónima, no sin antes advertir de que dicho problema no ha sido plenamente considerado por el derecho al ser sopesado como una *questio facti,* y, por lo tanto, deja una línea difusa entre lo político y lo jurídico debido a que, como él señala:

> … si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal. (Agamben, 2005: p. 24).

a) La anomia, como primera característica, aparece como consecuencia de esa situación no clara que nos coloca en los dos terrenos y que será utilizada a conveniencia de quien tiene el poder y, en este caso, de un poder ampliado que la excepción le ha otorgado y que no está regulado por la norma, sino propuesto en un sentido amplio que la excepcionalidad le da un margen para no delimitar el ejercicio de su actuación. Esta anomia lo hará insistir en:

> … por otra parte, si la excepción es el dispositivo[79] original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho". (Agamben, 2005: p. 24)

Diríamos, para evitar la indeterminación de la cual hacen del gobernante un advenedizo que puede actuar bajo el pretexto de la circunstancia especial en que se encuentra y que la llamará:

> … esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida… Sólo sí el velo que cubre esta zona incierta es removido podremos comenzar a comprender lo que se pone en juego en la diferencia -o en la supuesta diferencia- entre lo político y lo jurídico y entre el derecho y lo viviente. Y quizá solamente entonces será posible responder a la pregunta que no cesa de resonar en la historia política de Occidente: ¿qué significa actuar políticamente? (Agamben, 2005: p. 24).

El estado de excepción -nos dice-, se presenta más bien en la conversión que nace a partir de una medida provisional y excepcional formulada a través de una estrategia técnica de los gobiernos, "El Estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo" (Agamben, 2005: p. 26).

b) Ambigüedad constitutiva del orden jurídico. Se presenta en un estado de excepción que es capturado por una terminología técnica poco clara, ambiguamente definida y no coincidente entre los

[79] El concepto de dispositivo en Agamben tiene un especial significado de cuño también foucaultiano, y que define en estos términos "llamaré dispositivo a cualquier cosa que de algún modo tenga la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las
conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes" (Agamben, 2015: p. 23).

discursos de las legislaciones que provienen de distintas tradiciones jurídicas, sin dejar claro si un estado de cosas es el mismo con un nombre distinto, o realmente se trata de dos conceptos o categorías distintas. Por ejemplo, nos dice que algunos países utilizan la expresión "estado de sitio" para significar un estado de guerra, otras, de manera directa, lo nombran "estado de guerra", otras más de "extrema urgencia", nuestro país dice "emergencia o estado de necesidad" pero lo que en realidad ocurre es que cada una de ellas refiere algo distinto. Hasta donde sabemos, México reconoce por lo menos tres fuentes de casos excepcionales:

1. Por guerra, contemplado en el artículo 29 constitucional[80].
2. Por casos de epidemia, señalados en el artículo 73 fr. XVI 2a constitucional[81].
3. Por los contemplados en el artículo 5° de la ley de seguridad nacional.[82]

El problema y dificultad de la definición de un estado de excepción nos coloca en la posición de enunciarlo como un concepto negativo, es decir, es un concepto límite y se traduce como un tipo ideal regulativo sobre las circunstancias que llevan a los gobiernos a tomar medidas necesarias y sin que en ello medie una restricción ordinaria. Esta ambigüedad del término ha llevado al autor a utilizar el sintagma estado de excepción en este sentido:

> … la elección del término "estado de excepción" implica una toma de posición en cuanto a la naturaleza del fenómeno que nos proponemos investigar y a la lógica más adecuada a su comprensión. Si las nociones de "estado de sitio" y de "ley marcial" expresan una conexión con el estado de guerra que ha sido históricamente decisiva y que está todavía presente, se revelan sin embargo inadecuadas para definir la estructura propia del fenómeno, y necesitan para esto las calificaciones de "político" o "ficticio", también imprecisas de algún modo (Agamben, 2005: p. 29).

Un estado de excepción no es un estado de guerra, tampoco es un estado de sitio y no podríamos catalogarlo como una circunstancia de extrema urgencia o necesidad bajo pena de su reducción significativa, de ahí que su condición negativa sea su nota más distintiva. Es por ello que nos dice que "El Estado de excepción no es un derecho especial (como el derecho de guerra), sino que, en cuanto suspensión del orden jurídico mismo, define el umbral o el concepto límite de este (Agamben, 2005: p. 28). Es decir, un estado de excepción se manifiesta por la ausencia de un orden jurídico sea parcial o completo, cuya causa puede tener un origen diverso, pero siempre tendrá como una de sus características esenciales la suspensión o restricción de las condiciones de vida ordinarias de los ciudadanos que constituyen el fin de un Estado de derecho.

---

[80] Artículo 29. "En los casos de *invasión*, *perturbación grave de la paz pública*, o de *cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto*, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona…". La última vez que fue invocado se dio por causa de la segunda guerra mundial.

[81] El artículo 73 dentro de las facultades del congreso, nos dice en su fracción XVI 2ª y que fue invocada en la declaratoria de emergencia que "En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República".

[82] Las trece consideradas como amenazas a la seguridad nacional no serán comentadas aquí, pero sería muy interesante analizar los matices y la forma de su instrumentalización para ver cómo es que estas se constituyen en causa y condición de cambios y medidas importantes en las acciones del gobierno para guardar el orden público.

c) El uso de la violencia y el nexo que lo permite. Una de las más desafortunadas características en el estado de excepción es la violencia que se presenta bajo la forma de una pseudo-institucionalización, cuyo margen de acción no tiene límites demarcados en forma clara. Esta sencilla afirmación abre la puerta a una práctica que tanto Agamben, Benjamin y Arendt criticaron ampliamente.[83] La forma bajo la que aparecen las prácticas del Estado se desdibuja dado que al entregarle en un estado de excepción la facultad para que tome las medidas necesarias[84] y pueda decidir y tomar las acciones que sean para poder proteger las condiciones más apremiantes de la vida del Estado aún en contra de los ciudadanos. Agamben refiere:

> La idea de una suspensión de la constitución es introducida por primera vez en la constitución del 22 de frimario del año VIII, que en su artículo 92 expresa: *"Dans le cas de révolte a main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle determine, l'empire de la constitution. Cette suspensión peut étre provisoirement déclarée dans les mémes cas par un arrété du gouvernement, le corps legislatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article su méme arrété"*[85]. La ciudad o la región en cuestión era declarada *hors la constitution (al margen de la constitución)*. Si bien por un lado (en el estado de sitio) el paradigma es la extensión en el ámbito civil de los poderes que competen a la autoridad militar en tiempo de guerra y, por el otro, una suspensión de la constitución (o de aquellas normas constitucionales que protegen las libertades individuales), los dos modelos terminan con el tiempo confluyendo en un único fenómeno jurídico, que llamamos estado de excepción. (Agamben, 2005: p. 30).

Ello trae como consecuencia que, independientemente de la forma de la suspensión o exclusión, una especie de instauración y condición de violencia, lo que Agamben llama una especie de guerra civil legal, y que por virtud de la cual:

> …permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político… Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos (Agamben, 2005: p. 11).

No obstante, no se trata de un estado de guerra, sino de una determinación estipulada en las constituciones de los Estados (especialmente democráticos), es decir, se trata de la posibilidad de que, bajo una circunstancia peligrosa, sea guerra, desastre o cualquier emergencia que se juzgue grave, es suficiente para postular e imponer un estado de excepción; el punto crítico es que, así como se prevé esta circunstancia, se debieron matizar los límites de la actuación del estado aún dentro de la condición excepcional. Claramente señala Agamben (2005) que "… frente a cualquier cosa que se piense, el (Estado) moderno, es una creación de la tradición democrático-revolucionaria y no de la absolutista".

---

[83] Cfr. *Los Orígenes del Totalitarismo* de Hannah Arendt, *Ocho Tesis sobre Filosofía de la Historia* de Walter Benjamin y la obra sistemática de Agamben*: Homo Sacer* vol. I, II y III.

[84] Sobre este nuevo sintagma hablaremos en la parte final de este artículo y que, según creemos, es una de las más importantes cuestiones que un estado excepcional debe resolver.

[85] "En caso de una revuelta armada o de disturbios que amenacen la seguridad del Estado, la ley puede suspender, en los lugares y por el tiempo que determine, el imperio de la constitución. Esta suspensión puede ser declarada provisionalmente en los mismos casos por una orden del gobierno, el cuerpo legislativo estando en descanso, siempre que este cuerpo sea convocado a corto plazo por un artículo sobre la misma orden" La traducción es nuestra.

(p. 29) Es decir, esta práctica, más cercana a un régimen totalitario, es producto de las instituciones democráticas de los llamados países libres. El escenario que describe, se inscribe, además, como:

> … un estado kenomático, un vacío de derecho; y la idea de una indistinción y plenitud originaria del poder debe ser considerada como un mitologema jurídico, análogo a la idea de un estado de naturaleza (y no es casual que haya sido precisamente Schmitt quien recurrió a este mitologema). En todo caso, el término "plenos poderes" define una de las posibles modalidades de acción del poder ejecutivo durante el estado de excepción, pero no coincide con él (Agamben, 2005: p. 31)

Por lo tanto, el estado de excepción permite identificar un estado peligroso de ambigüedad y de oportunidad para el gobernante de hacer lo que le convenga, más allá de las restricciones morales, políticas y jurídicas, si aún las hubiera.

V. Nos encontramos en un estado de excepción

Con la declaración del Estado de emergencia en México, entramos a una circunstancia especial caracterizada por la excepcionalidad. Independientemente de cómo le haya llamado la jerga jurídica, no sin enfatizar su natural importancia, la descripción del estado de cosas que hay desde un plano de lo concreto, desde la percepción de la ciudadanía y de su comportamiento, así como de las medidas que han tomado los Estados como la limitación de ciertas libertades (aún sin invocar el 29 constitucional), nuestras libertades fueron restringidas, modificadas y otras, inclusive, suspendidas.

De esta manera, la libertad de tránsito, de reunión, el libre ejercicio del oficio, la educación, fueron modificados y suspendidos, aparecieron como criterio notoriamente discriminatorio, como negar el acceso a ciertos lugares a personas con más de 60 años a lugares públicos (no nos referimos sólo a hospitales), como el caso de los centros comerciales y tiendas; el derecho laboral sólo inicialmente fue protegido[86] y la actividad económica, entre otras, la actividad de los comerciantes fue suspendida bajo el criterio de ser una actividad no esencial.

La incertidumbre y la preocupación se volvió presente en el ánimo de los ciudadanos y que, hasta la fecha se da, sumando con ello la desesperación, especialmente en aquellas personas que quedaron sin trabajo y desprovistas de una fuente económica para cubrir sus necesidades; el comportamiento social ha sufrido un cambio, cuyos efectos aún no podemos evaluar adecuadamente, con ello no formulo ningún juicio de valor, sólo muestro algo que todos experimentamos: la forma del cuidado *vs* el descuido y displicencia de otros; el reproche social de quienes no siguen las nuevas reglas *vs* el desprecio por seguirlas; el nivel de consciencia y preocupación por lo que sucede *vs* el descuido y la ignorancia; las violaciones de los derechos laborales, el incremento de la violencia (especialmente al interior de las familias), las prácticas sociales (saludar, visitar, celebrar etc.), las prácticas religiosas y las actividades culturales y deportivas.

Está por demás decir que estamos o nos hemos adaptado a esta nueva forma de vida, pero todo este escenario ha disparado importantes reflexiones acerca de lo que ocurre y nos sucede. El estado de cosas en que nos encontramos no tiene un nombre que refleje todo lo anterior, es decir, una circunstancia en donde se ha declarado la suspensión de la vida tal como normalmente el Estado la organizaba. En su acción, podríamos decir “natural”, queda desprovista de la regularidad a partir de un

[86] Este dato es importante debido a que la ley en materia laboral sólo contemplaba un mes de protección al salario de los trabajadores y que, posteriormente, no tenía prevista otra circunstancia, dejándolos vulnerables y sin acciones a su favor.

dispositivo legal bajo la forma de decreto (como en nuestro caso el decreto del 19, 23 y 30 de marzo) donde se legitima el uso de un cambio en el *establishment* acostumbrado bajo la impronta de una emergencia que nos ha limitado la vida misma.

Hemos quedado bajo la incertidumbre en muchos aspectos: contrario a la primer declaratoria, fue falso que las medidas terminarían en los tiempos estipulados por las autoridades, la incertidumbre por el día que llegue a término las medidas impuestas nos deja en un estado de indeterminaciones y vacilación, donde nuestras agendas cotidianas no pueden celebrar ni pactos ni compromisos que una vez juramos realizables por simple transcurso del tiempo y el ejercicio de nuestra libertad.

Según Agamben, esta circunstancia por la cual el poder soberano suspende algunos derechos para remediar una circunstancia grave nos pone en posibilidad de todo.

Es decir, declarar la legitimidad de la autoridad para "legislar fuera de la ley" nos pone en un estado especial donde no podemos invocar como siempre la protección de nuestros derechos fundamentales, por lo menos no los que la propia constitución protege, es importante que ni aún el artículo 29 constitucional es absoluto, pues este impone lo límites, como es el caso de no dejar de proteger:

> …el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; [el principio de legalidad] y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la [desaparición forzada y la tortura;] ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos

Podríamos pensar entonces que, fuera de esto, ¿todo se vale? El problema es que fácilmente pasamos de la incertidumbre a una especie de anomia y de ella al ejercicio de la violencia por lo menos no debidamente regulada, constituyéndose lo anterior en las tres características que se vislumbran en un estado de excepción. Aunque debemos decir que en nuestro caso (a diferencia de lo que ocurre en otros países como Ecuador y España) los brotes de violencia (como tercera característica de la descripción del estado de excepción) no son generalizados, pero existen desafortunadamente casos de agresiones entre ciudadanos tanto en la vía pública contra trabajadores de la salud (al grado que ya se tomaron medidas especiales para ello), actos de rapiña y una triste discriminación a los adultos mayores y la violencia intrafamiliar, si bien estas no están en el terreno del todo se vale, dichas conductas entran en el ámbito de lo imposible de controlar o prever. En algunas entidades de nuestro país las manifestaciones de protesta han sido suprimidas, tal como ocurrió en Jalisco los primeros días de junio de este año,[87] el uso excesivo de violencia y desaparición de personas, daban cuenta clara que se superaba por mucho hasta las propias limitaciones que el artículo 29 constitucional opone como inviolables en un sentido absoluto, el uso de la violencia en este extraño tiempo de paz, pero excepcional, nos ha rebasado.

En lo que podríamos llamar en nuevo hábitat del estado de excepción, las prácticas arbitrarias y el uso de la violencia sólo han sido limitadas por la presión social, los juegos políticos y, en ocasiones, hasta la prensa, pero todo lo que está realizándose por parte de los gobiernos tanto de la federación como de los estados, se considera justificado. Este estado es una producción de violencia legalizada, el

[87] No abordamos más este caso debido a que se encuentran varios puntos importantes de discusión y en lo particular la causa que dio origen a la manifestación no se encuentra relacionada, por lo menos no de manera directa con el estado de emergencia, pero sí con la brutalidad policiaca. Puntos de análisis que no forman parte de esta investigación.

soberano decide arbitrariamente, sigue la misma lógica de la vida nuda que Agamben (2005) denuncia en su obra "está fuera de la ley, pero dentro de ella, acción legal e ilegal generan una paradoja: estar fuera de la ley para preservar un estado de derecho: los derechos se vuelven indiscernibles" (p. 58).

Un estudio muy reciente que ha llamado nuestra atención. Es de recién publicación y pertenece a un joven investigador de la Universidad de Barcelona, Evaristo Valls,[88] quien realizó una reflexión acerca del estado de excepción desde la realidad española y su crítica a la situación, él también se inclina por señalar que vivimos en un estado de excepción, aunque con ciertas distancias entre su realidad y la nuestra, dos de sus múltiples denuncias son las que llaman nuestra atención:

1. Renunciamos fácilmente a nuestras libertades sin cuestionarlas.

2. ¿El Estado hace lo que le plazca? Para lo que el Estado emplea su poder no es para mantener un orden legal, sino para mantener la forma de vida[89] (de quien está en el poder, principalmente).

Esta afirmación coincide con nuestra preocupación, porque redirecciona uno de nuestros enfoques, que es la preocupación por regresar al estado de cosas anterior y mantener nuestra forma de vida como la conocíamos, es por ello que el enfoque propuesto por Valls nos posiciona desde la mirada hacia el otro (el gobierno, en este caso) y entonces debemos observar cómo se protegen las formas de vida como criterio para formarnos una opinión y preguntarnos desde aquí cómo se controlan recursos, su producción y distribución, temas de salud y cómo utiliza ese poder para salvaguardar esas formas de vida.

El fenómeno del endeudamiento por parte de ciertos Estados cae en una desmesura, la falta de transparencia y que "no le salgan las cuentas al gobierno", que sus portales de transparencia no funcionen en tiempos muy peculiares nos da mucho qué pensar; además, la forma de actuar de la policía genera incertidumbre,[90] desconfianza y miedo.

En realidad, existen muchos problemas como resultado de la incertidumbre y falta de certeza como condición para la vida y que el estado de excepción en el que nos encontramos muestra muchas de sus caras que serían imposible tratar aquí.

VI. La ambigüedad del significado de "medidas y acciones necesarias"

Si en un estado de guerra se otorgan plenos poderes a la autoridad para que realice las acciones pertinentes y pueda conservar al Estado mismo en un estado de emergencia, se faculta a la autoridad para que tome las medidas necesarias y realice las acciones conducentes para hacer frente a las circunstancias. Así lo dispuso la declaratoria de emergencia en su segundo acuerdo publicado en el DOF el 30 de marzo de 2020:

> 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)
>
> Primero. Se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

[88] Cfr. Juan Evaristo Valls Boix: "Giorgio Agamben, COVID-19 y el estado de excepción" 24 abril 2020: "Giorgio Agamben: Política sin obra" (Gedisa 2020)
[89] También se puede consultar un enlace: https://www.youtube.com/watch?v=91k0OtFIUkM
[90] El análisis del discurso en el que se da la nueva producción de la realidad es una investigación en curso que realizamos junto con Ilsse C. Ortega.

> Segundo. La Secretaría de Salud determinará [todas las acciones que resulten necesarias] para atender la emergencia prevista en el numeral anterior. (p.2)

Un último aspecto importante, pero que no agota el tema de este capítulo, es una de las formas bajo las que se presenta la arbitrariedad de las acciones que realiza la autoridad en un estado de excepción, nos referimos al fundamento que la hace posible y que legitima a la autoridad para tomar toda serie de acciones y decisiones bajo la nota distintiva de la necesidad y, por lo tanto, justificadas.

El punto es que "medidas necesarias" y "acciones necesarias" son conceptos que, por generales y abiertos, permiten todo o casi todo y por estas expresiones puede interpretarse cualquier cosa. Pareciera que se las trata como si un principio de razón suficiente estuviera implícito y fuera lo sobradamente claro para resolver la cuestión y como si la propia racionalidad y sentido común de quienes toman decisiones fueran lo suficientemente confiables para dejarlas a su buen criterio.

La suprema corte, hasta donde pudimos constatar, nunca se ha pronunciado en decir qué significan acciones y medidas necesarias, a lo largo de nuestra búsqueda observamos cómo se utilizan más bien como causa cuya evidencia de significado no es necesario aclarar. Lo grave de esto es que la falta de definición de "la necesidad" y de sus dos sintagmas que la complementan (acciones y medidas) nos llevan al terreno del todo es posible "más que volver lícito lo ilícito, la necesidad actúa aquí como justificación de una transgresión en un caso singular y específico a través de una excepción" (Agamben, 2005: p. 61).

La interpretación es un grave problema. Toda regla interpretativa postula como principal obligación la necesidad de definir los conceptos, el derecho tiene una deuda importante en este rubro. De esta manera, al no ser debidamente definida, quedamos en la incertidumbre, pues no hay un criterio objetivo que pueda orientar sobre su significado y cómo este se pueda convertir en un concepto regulador de las circunstancias, en consecuencia, cualquier cosa que caiga dentro de lo que "algo o alguien" considere necesario, entonces podrá ser aplicado. Aquí la certeza se vuelve más frágil porque carece de asideros conceptuales y objetivos para poderse oponer o asir a algo que ha sido calificado como necesario.

Al no ser posible una delimitación en términos objetivos (a excepción de los señalados por el artículo 29 constitucional y que ya hemos mencionado) sobre aquellos medios, medidas, acciones etc., que han sido calificadas como necesarias, no se puede actuar con seguridad y, por lo tanto, caemos aún más en el abismo de la incertidumbre.

Más allá del espacio jurídico, en el político, la teoría de la necesidad, señala Agamben:

> …no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*), en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley. La necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido propio, la ley; se limita a sustraer un caso singular a la aplicación literal de la norma: "Aquél que en el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no emite juicio desde la ley, sino desde el caso singular en el cual ve que las palabras de la ley no deben ser observadas (*non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non ese*) (Agamben, 2005: p. 62).

Es por ello que muchas de las acciones de la autoridad una vez declarada la emergencia (por citar nuestro caso), caerán bajo la justificación de ser medida o acción necesaria y que, por definición, se sustraerán de ser juzgadas desde la norma misma. Esa falta de límite nos pone en una circunstancia tan vulnerable que nos imposibilita distinguir y probar que las acciones de la autoridad puedan ser arbitrarias y ventajosas. Esta nota final nos coloca en lo que Agamben llama "intento moderno de incluir la excepción en el orden jurídico, creando una zona de indistinción en la cual coinciden hecho

y derecho" (p. 63) frente a esta indeterminación, quien tomará la ventaja siempre será aquél que esté habilitado para actuar este dentro-fuera del orden jurídico, como es el caso de la autoridad que decide sobre el escenario donde se resuelve la vida.

VII. Conclusiones

A nivel de la vida cotidiana, el tiempo bajo el que vivimos nos ha vuelto conscientes de la fragilidad y falta de certeza sobre la cual se deciden acciones frente a las que nos es difícil oponernos.

Nos volvernos conscientes de la necesidad de tener un principio mínimo como criterio que juzgue la realidad y que nos permitirá muchas cosas, entre lo más importante es formarnos un juicio y un criterio del mundo y un estado de cosas sobre el que tomamos decisiones, desde las más importantes hasta las más fútiles, pero que ambas constituyen el rango de nuestras decisiones. Vender una casa, tener o no un hijo, viajar, ahorrar, ir al cine, comprar un café, se han vuelto, en estas circunstancias, una cuestión más seria y trascendente para nuestra vida, aspecto que tal vez nunca llegamos a considerar en una dimensión tan alta.

El estado de excepción propuesto por Agamben se constituye como un concepto límite cuya manifestación permite ver y valorar que, aún en una vida democrática, se corre el riesgo de encontrarse inmersos en prácticas arbitrarias que ponen en cuestión nuestros derechos fundamentales.

En un estado de excepción no hay (en términos de Agamben) una estructura rigurosa, pero su función es precisa y las características que pudimos mostrar de su totalidad en este trabajo nos permiten tener un punto de comparación para identificar la naturaleza de las acciones que son tomadas por la autoridad en sus distintos niveles y, con ello, formarnos un mejor juicio para poder dimensionar mejor la realidad que nos toca vivir.

Constatamos que, además, se corre el riesgo de que, en un estado de excepción, independientemente de cuál sea el nombre que jurídicamente le sea asignado, permite a la autoridad tener más poder y a los ciudadanos nos pone ante la fragilidad de tener menos derechos.

La tensión que siempre ha existido entre gobernante y gobernados se ha recrudecido más, bajo un estado excepcional de cosas, pero tomar conciencia de ello nos pone en alerta para evitar que se legitime, frente a las ambigüedades que se presentan, toda clase de arbitrariedades.

Analizar lo mejor posible el estado de excepción nos sirve para ponerle límites y evitar que, bajo la incertidumbre, se cometan violaciones de nuestros derechos fundamentales. Aunque no exista una declaración expresa de suspensión, limitación o supresión de ellos, de facto se presentan, de ahí la necesidad de mantenerse alerta.

Aún no podemos hablar de un Estado de derecho porque las reglas no han hecho posible la vida pacífica de los ciudadanos y no se han recuperado las condiciones para que nuestra vida cotidiana sea posible.

Volver a una vida tranquila donde recuperemos esa capacidad y libertad para tomar decisiones es el ideal que los ciudadanos (me atrevo a decir) del mundo buscamos, misma que se inscribe bajo la certeza que otorga un Estado de derecho donde tanto la autoridad como los ciudadanos coincidimos en organizar nuestra vida conforme a la ley.

VIII. Referencias bibliográficas

Agamben, G. (2005). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I.* Buenos Aires, Argentina. Adriana Hidalgo Editora.

Agamben G. (2015). *¿Qué es un dispositivo?* Barcelona, España. Editorial Anagrama.

Arendt, H. (2009). *La Condición Humana.* Barcelona, España. Paidós.

Arendt, H. (1998). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid, España. Taurus.

Raz, J., Carbonell, M., Orozco, W. et al. (2012). *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina.* México, D. F. Siglo XXI Editores.

Schmitt, Carl. (1968) *La Dictadura*. Madrid, España. Revista de Occidente.

Valls, J. E. (2020). *Giorgio Agamben: Política sin obra.* Audiolibro. Editorial Gedisa.

Otras fuentes:

Catálogo de Derechos humanos en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4974/8.pdf fecha: 22/VI/2020.

Diario Oficial de la Federación en http://dof.gob.mx/2020/CSG/CSG_300320_VES.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Seguridad Nacional

Capítulo VI

Argumentar e interpretar con perspectiva de derechos humanos

Sumario: *I. Introducción. II. Transformación social y derecho como argumentación. III. El derecho como desigualdad ante la ley. IV. Límites a la racionalidad jurídica. V. Precondiciones e instrumentos pro derechos humanos. VI. Consideraciones finales. VII. Referencias bibliográficas.*

Jesús Ibarra Cárdenas[91]

I. Introducción

El cambio político a través de la actividad de argumentar e interpretar el derecho es una vía poco explorada para hacer valer los derechos humanos. Este capítulo avanza sobre esa posibilidad, sus límites, precondiciones y algunos instrumentos conceptuales favorables a esa causa. La "cultura de los derechos" y el "giro argumentativo" son dos fenómenos que, en opinión de Manuel Atienza, han transformado la cultura jurídica del mundo latino (Atienza, 2017). Especialmente en América Latina ha permeado la idea de que el aparato jurídico (marcos normativos, instituciones judiciales y operadores jurídicos) puede ser un instrumento de cambio político a favor de la lucha y el respeto por los derechos humanos. El debate se ha situado principalmente en el ejercicio del control de constitucionalidad, la independencia, la estructura y el gobierno judicial de tribunales de última instancia; la ciencia política ha descrito con precisión y rigor metodológico la relación causal entre la función judicial y diversos elementos del sistema político en su conjunto (Aguiar, 2019).

El problema es que este enfoque descuida los instrumentos, apuesta por describir el fenómeno del derecho y sus diversas relaciones con lo político, pero no analiza las herramientas argumentativas y de interpretación que utilizan los participantes de las practicas jurídicas, con lo cual únicamente da cuenta de una parte del cambio político a través del derecho. Por otro lado, la filosofía del derecho, especialmente las teorías de la argumentación y de la interpretación jurídica, sí se enfocan en los instrumentos de confección y aplicación del derecho (la argumentación e interpretación); no obstante, su objeto de estudio es la parte justificativa, es decir, los criterios de corrección moral y política en el ejercicio argumentativo o de interpretación de las normas. La ausencia palmaria es un enfoque que pretende integrar los estudios descriptivos —los problemas del contexto social y político— con los análisis normativos del fenómeno jurídico en torno a la democracia y los derechos humanos. La argumentación y la interpretación jurídica como instrumentos en la construcción y la hechura del derecho permiten el engarce de estas ópticas; además, ofrecen una riqueza conceptual y empírica inigualable para dar cuenta de las mejores estrategias y en la protección y garantía de los derechos humanos a través del aparato jurídico.

De manera muy sucinta, y para los objetivos de este escrito, la actividad de argumentar se puede definir como la acción de ofrecer un conjunto de razones o de pruebas a favor de una conclusión; por su parte, interpretar tiene que ver con la atribución de significado a una expresión lingüística. Estas definiciones casi estipulativas no hacen justicia al amplio debate en diversas disciplinas acerca de ambos conceptos, tampoco a la rica discusión que en la teoría del derecho particularmente se ha desarrollado sobre la argumentación y la interpretación jurídica. En cuanto al primero, la mejor referencia es la dilatada obra de Manuel Atienza, en especial su monumental *Curso de argumentación* (2013), que recoge con exhaustividad su propuesta de derecho como argumentación. En cuanto al debate sobre la interpretación jurídica, los diversos trabajos de Isabel Lifante son un

[91] Profesor investigador del Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I, jibarra@iteso.mx.

referente obligado, especialmente su libro *Argumentación e interpretación jurídica* (2018) que pone al día, con claridad y profundidad, el estado de la cuestión del tema.

En la primera parte se cuestiona la efectividad de la perspectiva argumentativa del derecho en escenarios de marcada debilidad institucional, específicamente ante condiciones contrarias a un Estado constitucional de derecho, los componentes de este último son necesarios para la prevalencia de los derechos humanos. En el segundo apartado se describe la dificultad que ha significado para los derechos humanos el uso político-instrumental del aparato institucional del Estado, es decir, cómo la captura del Estado ha contribuido activamente al sostenimiento de un régimen de desigualdad y privilegios que oprime a los más desfavorecidos. En estos regímenes aparentemente democráticos, pero con marcados rasgos autoritarios, es prácticamente imposible que la actividad argumentativa y de interpretación instituya o proteja derechos y libertades, son los límites de la racionalidad jurídica que se muestran en la tercera parte. La última parte se refiere a las precondiciones y a algunos instrumentos conceptuales propios de la teoría del derecho que pueden ser de utilidad para que la argumentación y la interpretación de las normas que coadyuven a la creación de un modelo de derechos sustantivo, alejándose de los arquetipos formalistas o de uso indebido de instituciones y marcos normativos por parte del poder político.

Es importante aclarar que este escrito deja de lado la argumentación en materia de hechos en la promoción y protección de los derechos humanos. El tema es de suma relevancia y merece un tratamiento extensivo y de gran profundidad, donde se considere que las violaciones más graves a los derechos humanos en Latinoamérica se han cubierto de un manto de impunidad al amparo de los intersticios del razonamiento probatorio.

II. Transformación social y el derecho como argumentación

La experiencia jurídica en países con debilidad institucional, como ocurre en varias naciones latinoamericanas, condiciona los alcances de la perspectiva del "derecho como argumentación". No sólo existe una relación conceptual entre el ejercicio de argumentar e interpretar y las concepciones del derecho (Vega, 2018); además, tal correlación se extiende y está condicionada por las prácticas que los agentes jurídicos despliegan en los marcos institucionales y normativos de sus respectivos países. Esto significa que el contexto jurídico cuenta si el objetivo es ampliar la rendición de cuentas de las autoridades y su compromiso con el respeto y la promoción de los derechos humanos.

Un contexto jurídico inserto en un sistema político con rasgos autoritarios, tendente a concentrar el poder y reacio a establecer contrapesos o respetar la autonomía e independencia de instancias como la judicatura, no demandará un incremento en la tarea de justificación de las autoridades y órganos públicos; al contrario, promoverá —impondrá— el respeto a las decisiones de la autoridad sólo por ser la autoridad. Ejemplos sobran en la cultura jurídico-política latinoamericana. Si la finalidad es aumentar el intercambio de razones en las actividades que desarrolla una comunidad jurídica y así promover el compromiso con los derechos humanos, entonces se debe comenzar por ampliar la oferta de argumentación por parte de los operadores jurídicos, quienes así presionarían al sistema jurídico para que, a su vez, amplíe la demanda de argumentación desde los espacios institucionales. Esto podría explicar por qué en ciertos círculos académicos, principalmente latinoamericanos, se atribuye como una cualidad positiva la etiqueta de "activismo judicial" a un juez que encuentra, mediante la argumentación, pero respetando los límites del derecho, la manera de proteger derechos y libertades pese a las condiciones injustas de una norma.

Lo que han descuidado las teorías post-positivistas, como la desarrollada por Manuel Atienza en el *Derecho como argumentación* (2006), es la dimensión política, esto es, las condiciones bajo las cuales ocurre un cambio en la concepción del derecho de una comunidad jurídica y, en consecuencia, emerge una práctica social distinta, lo que podríamos caracterizar como la transición entre un Estado de

legalidad y un Estado constitucional. Desde luego, este proceso no es lineal, supone cambiar equilibrios de poder y modificar asimetrías existentes, con el objetivo de lograr un derecho para la democracia o, mejor dicho, para institucionalizar un Estado constitucional de derecho.

No cualquier noción del derecho promueve la transformación social y permite contrastar la solidez de nuestros Estados de derecho, como se verá a continuación, la tradición jurídica hegemónica es conservadora del *statu quo*, colabora para mantener condiciones de desigualdad y de vulneración de los derechos humanos. Especialmente en contextos de alta violación de los derechos humanos, es necesario apelar a una perspectiva que apueste por un derecho como instrumento para alcanzar ciertos fines y valores, una que vaya más allá de una dimensión organizativa y autoritativa y ponga en el centro la defensa de los derechos fundamentales de las personas (Atienza, 2017). No aportan a este objetivo aquellas concepciones teóricas —como el positivismo jurídico en sus diversas versiones— que destacan como principal función del derecho dotar de certeza y previsibilidad a las conductas de los sujetos y a los actos de autoridad (seguridad jurídica), que además son escépticas o relativistas en materia moral y política (tesis de la separación entre derecho y moral), que limitan sus métodos a la interpretación literal de las reglas y a su aplicación silogística en el entendido de que el ámbito jurídico se compone únicamente de reglas generales y abstractas que correlacionan casos con soluciones. A partir del texto *Sobre derecho y argumentación* de Josep Aguiló (2008), el siguiente cuadro compara rasgos característicos de dos paradigmas jurídicos: el positivista, que mantiene como modelo institucional al Estado de legalidad, y el post-positivista, que se ejemplifica en el Estado constitucional, la importancia de la comparación se encuentra en advertir que sólo en el Estado constitucional se dota de una prevalencia conceptual a los principios y valores, particularmente los referidos a la dignidad humana y, por ende, a los derechos humanos.

Estado de legalidad	**Estado constitucional**
Reglas.	Reglas y principios.
Relaciones lógicas.	Relaciones de justificación.
Subsunción.	Ponderación.
Casos regulados / no regulados.	Casos fáciles / difíciles.
Enseñanza del derecho centrada en aprender contenidos de la legislación.	Enseñanza del derecho centrada en desarrollar habilidades jurídicas.

Nota. Aguiló 2008.

Es fácil observar que una perspectiva comprometida con los derechos humanos sólo se puede desarrollar adecuadamente desde un Estado constitucional. Manuel Atienza (2017) presenta un mapa conceptual para entender el giro argumentativo del derecho y poder comprender el post-positivismo como la perspectiva más prometedora para lograr las promesas del Estado constitucional y democrático de derecho. Esta óptica arroja claridad sobre elementos fundamentales del no-positivismo, la lógica de los principios y reglas, la argumentación jurídica y el uso de la razón práctica. Simultáneamente, toma distancia de desviaciones ritualistas como el formalismo o de posiciones que más bien son espantapájaros conceptuales —afirma— tales como el "neoconstitucionalismo".

En suma, lo que ocurre en la práctica social que desarrollan los operadores jurídicos configura la concepción del derecho en la que se inscribe y participa determinada comunidad jurídica, no es al contario. La actividad de argumentar e interpretar resulta relevante siempre y cuando se haya dado un

cambio que va de un modelo basado en el imperio de la ley propio de un Estado de legalidad, a un modelo de imperio de la constitución que justo define a un Estado constitucional de derecho.

Si se acepta esta premisa, entonces el desarrollo de una práctica argumentativa tiene que seguir muy de cerca y atender, con sus mejores instrumentos, las ausencias o debilidades del Estado de derecho y de los componentes democráticos de un sistema político donde dicha práctica se construye. En caso contrario, argumentación e interpretación serían peculiaridades de cortes constitucionales o disquisiciones académicas lejanas de lo que ocurre en la comunidad jurídica ordinariamente.

III. El derecho como desigualdad ante la ley

A lo largo de la historia, en América Latina el papel del Estado de derecho no ha sido precisamente el de imponer límites y vínculos legales al poder; por el contrario, la creciente brecha entre el sistema jurídico y la realidad política y social de los más desfavorecidos muestra el rol que ha tenido el *rule of law* en la región: básicamente el mantenimiento del *statu quo* dominante. Esta situación se observa, con distintos énfasis, en la mayoría de las democracias latinoamericanas en las que el cumplimiento de los derechos humanos es una asignatura pendiente, a tal efecto destacan cuatro aspectos: 1) la desigualdad ante la ley —material y en algunos casos formal—, situación que pervierte el principio de imperio de la ley a favor del interés de unos pocos; 2) el hiperpresidencialismo y la ausencia de límites a los poderes de facto; 3) la corrupción y captura de las estructuras institucionales y de autoridad; 4) las limitadas garantías y graves violaciones a libertades y derechos humanos. Estas situaciones generalizadas violentan lo que Elías Díaz (1966) señala como los rasgos definitorios de un Estado de derecho: imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la administración y garantía de derechos y libertades fundamentales. Aunque estas dificultades se explican en gran medida por despropósitos de actores políticos y sociales, existen aspectos institucionales que alimentan esos desajustes y promueven democracias de baja calidad.

Lejos de ejercer una función de regulación social equitativa, de establecer límites y mantener parámetros de coordinación entre los poderes del Estado, el derecho, en la gran mayoría de países de América Latina, ha contribuido activamente al sostenimiento de un régimen económico y político desigual, montado en la explotación o la invisibilidad —en términos de derechos— de los más desfavorecidos en la distribución de cargas y beneficios. Su aplicación por parte de las autoridades del Estado ha institucionalizado un modelo de estratificación social que pareciera inherente a las sociedades modernas, cuando es parasitario de relaciones de poder contingentes. En referencia a las sociedades latinoamericanas, Marcos Kaplan describe la estructura piramidal de dominación según los privilegios en términos de inmunidad y de acceso a los recursos del Estado.

En la pirámide de dominación se constituye y funciona una constelación integrada por: a) gobernantes y administradores; b) el *establishment* policiaco-militar (formal-legal y clandestino); c) tecnoburócratas, expertos en información y en comunicación; d) políticos y gestores públicos; e) representantes de grandes intereses privados; f) delincuencia organizada en mafias económico-políticas; g) poderes regionales y locales, sus aparatos, apéndices y periferias (Kaplan, 1998: 110).

Este esquema se fortalece mediante la legislación, las instancias judiciales y administrativas en contra de grupos vulnerables y como parte de un proceso de afirmación de privilegios, manipulación de medios de información y corrupción. El eje articulador de este estado de cosas se soporta y reproduce mediante el diseño de sistemas jurídicos que otorgan cobertura legal a actos contrarios a los principios de un Estado de derecho. Es decir, en estos contextos jurídicos, el principio de legalidad funciona como instrumento para mantener relaciones desiguales de poder y de derechos.

Si de lo que se trata es de identificar los problemas del Estado de derecho que la perspectiva argumentativa puede ayudar a mejorar, no hay que perder de vista tres tipos de prácticas jurídicas que sitúan a ciertos agentes fuera de los límites que impone el marco de un Estado constitucional de derecho y que violentan sistemáticamente derechos y libertades.

La primera tiene que ver con el uso de normas de control político que en su momento mantenían la estabilidad del aparato autoritario en distintos países, pero que, al no haber sido desmontadas en su totalidad —en algunos casos incluso al haber sido renovadas—, interactúan con las actuales del régimen democrático, limitando derechos y libertades. Se trata de "normas constitucionales espurias" (Aguiló, 2015) producto de una coyuntura política que logró situarlas en las constituciones y extender su efecto normativo en la legislación secundaria. El segundo tipo de prácticas contrarias al Estado de derecho tiene que ver con la aplicación de reglas jurídicas que permiten realizar acciones que afectan a los principios democráticos del sistema —excesos en nombre del derecho—, son los ilícitos atípicos de los que hablan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2006). Su uso indebido produce un desajuste en el ordenamiento jurídico entre la dimensión directiva de tales reglas y la justificativa o valorativa de los principios que lo componen. Finalmente, el incumplimiento de responsabilidades públicas, en los diferentes tipos que ha analizado con precisión Isabel Lifante: corrupción, formalismo, desidia e incompetencia, afectan el correcto desempeño de la función pública y la consecución de los fines y valores que el marco institucional y el ordenamiento jurídico pretenden realizar.

El común denominador de estas tres prácticas tiene que ver con maximizar los recursos jurídicos de poder e influencia para apropiarse del espacio público, de los bienes comunes, es decir, tienen como finalidad ampliar y controlar los límites que impone el Estado de derecho para satisfacer intereses privados. Este rasgo productor de desigualdad, que pudiera ser propio de cualquier sociedad con problemas de debilidad institucionalidad, lamentablemente es característico y cada vez más escandaloso en América Latina. La construcción de un Estado constitucional de derecho pasa necesariamente por mitigar esta tendencia creciente tendente a utilizar los instrumentos jurídicos para reproducir las relaciones de exclusión y desigualdad. La argumentación e interpretación pueden funcionar como instrumentos de desactivación de estas prácticas antidemocráticas y como herramientas de promoción y protección de derechos humanos.

IV. Límites a la racionalidad jurídica

Una vez identificados los escenarios adversos de los derechos humanos desde los propios marcos competenciales de las autoridades, es importante caracterizar el tipo de casos que enfrenta la perspectiva argumentativa del derecho en países de América Latina. Es decir, después de identificar los obstáculos institucionales que toca superar, corresponde valorar el grado de dificultad del caso en cuestión. Lamentablemente, tampoco hay buenas noticias en este ámbito para países que no cuentan con instituciones fuertes de protección de derechos.

Es distinto trabajar con casos difíciles para los cuales la teoría del derecho ha desarrollado un amplio instrumental jurídico/dogmático para su tratamiento, que enfrentar casos trágicos en los que siempre se verá sacrificado un bien jurídico se tome la decisión que sea. En la filosofía del derecho contemporánea se ha desarrollado un amplio debate acerca de la distinción entre casos fáciles y difíciles, en especial, sobre su resolución en sede judicial. El común denominador de las diversas posturas es que las exigencias argumentativas para dictar un fallo justificado no son las mismas para todos los casos. El nivel de complejidad aumenta cuando los materiales jurídicos no son suficientes para cumplir con los valores o principios para los que fueron instituidos y, entonces, es necesario hacer ajustes mediante la actividad interpretativa.

Cuando el material jurídico es completo, coherente y claro, no hay más que subsumir el caso individual en la regla correspondiente, entonces el caso se entiende como fácil. Situación distinta se presenta cuando la información para resolver que aportan los materiales jurídicos (básicamente las reglas que incluyen) se considera limitada, excesiva o contradictoria, entonces se está ante un caso controvertido o difícil que requiere ajustes por parte del juez.[92] También puede ocurrir que, por más adecuaciones que haga el juez a los materiales jurídicos a su disposición, el caso difícil inevitablemente tendrá una solución jurídica que sacrifica algún bien considerado valioso. Estos casos han sido denominados por los especialistas como trágicos y se caracterizan por la ausencia de solución en el ámbito del derecho; esto es, son asuntos que tienen como singularidad la imposibilidad de evitar el sacrificio de algún valor esencial aún bajo la mejor alternativa jurídica que aporta el balance de razones construido por el juez. Los casos trágicos muestran los límites de la racionalidad jurídica en el sentido de que "El derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí sea el mejor de los mundos jurídicamente existentes)", (Atienza, 1997: 14). Esta precisión es clave para comprender los alcances y limitaciones de la actividad argumentativa e interpretativa del derecho, pues condiciona la eficacia en la protección de los derechos humanos.

Las controversias jurídicas que enfrentan países con un Estado de derecho consolidado son muy distintas a aquellas enfrentadas en naciones con una histórica debilidad institucional. En estos últimos, los casos trágicos son cuantitativa y cualitativamente superiores. Si se comparan los tipos de casos que resuelve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo), frente a los que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede advertir la gran disparidad en las problemáticas jurídicas que enfrenta cada uno de estos órganos de jurisdicción internacional.

Por ejemplo, algunos debates representativos de casos resueltos en el Tribunal de Estrasburgo tienen que ver con la prohibición de las marchas del orgullo gay (casos Alekséyev *vs.* Rusia y Bączkowski contra Polonia), el reconocimiento legal de los matrimonios entre personas del mismo sexo (Caso Schalk y Kopf *vs.* Austria), los derechos laborales de una profesora exmilitante de un partido de extrema izquierda (caso Caso Vogt *vs.* Alemania), sobre la reducción de penas por beneficios penitenciarios (doctrina Parot), la protección a la libertad de expresión (Caso McDonald's Restaurants *vs.* Morris y Stee) o acerca de la vulneración de la vida privada por la prensa (caso Rubio Dosamantes *vs.* España). La mayoría de los asuntos de relevancia versan sobre temas de conflictos entre derechos o garantías de un debido proceso. Por su parte, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los temas significativos tienen que ver con temáticas tales como tratos inhumanos o degradantes, tortura, masacres o desapariciones forzadas. Destacan casos relacionados con la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de personas (Molina Theissen *vs.* Guatemala), por la muerte de civiles en un bombardeo de la Fuerza Aérea colombiana durante un operativo contra el grupo guerrillero de las FARC (Caso Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia), por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas con feminicidios en Ciudad Juárez (Caso González y otras 'Campo Algodonero' *vs.* México) o de mujeres víctimas de tortura sexual (Caso Selvas Gómez *vs.* México). Estos escenarios jurídicos más o menos se reproducen en el derecho interno de cada nación. Más que diferencias geográficas, se trata de diferencias en cuanto a la institucionalización de un Estado de derecho en los estados nacionales.

De acuerdo con el "Índice de Estado de Derecho de World Justice Proyect" (WJP),[93] para 2020 existe un persistente y generalizado deterioro del Estado de derecho en el mundo; puntualmente, el factor de derechos fundamentales registró el mayor retroceso al disminuir el puntaje de 66 por ciento de los países desde 2015. Tres de los factores más relevantes para la protección de los derechos

[92] Sobre las distintas posturas en torno a la distinción casos fáciles/difíciles, algunos de los trabajos más representativos de la discusión: Dworkin R., (1975), Hart, L. A., (1963), Kennedy D., (1986), y Posner R. (1988).
[93] El Índice incorpora 128 países que agrupa por región y nivel de ingresos de acuerdo a ocho factores del Estado de derecho: 1) límites al poder gubernamental; 2) ausencia de corrupción; 3) gobierno abierto; 4) derechos fundamentales; 5) orden y seguridad; 6) cumplimiento regulatorio; 7) justicia civil y 8) justicia penal. Cada país recibe un puntaje general del Estado de derecho además de puntajes específicos para cada factor.

humanos han bajado en cuanto a su posición en los 128 países analizados: justo el relativo a la protección de los derechos fundamentales (54 disminuyeron, 29 mejoraron), también el de los límites al poder gubernamental (52 disminuyeron, 28 mejoraron) y el relativo a la ausencia de corrupción (51 disminuyeron, 26 mejoraron). Dinamarca, Noruega y Finlandia son los países con mejor puntaje general de 0.90, 0.89 y 0.87, respectivamente. A su vez, los últimos en el ranking son República Democrática del Congo, Camboya y Venezuela, con puntuaciones de 0.34, 0.33 y 0.27. Las diferencias de contextos jurídicos y sociales que muestra WJP ante circunstancias históricas tan diversas condicionan las posibilidades y la eficacia de la actividad argumentativa/interpretativa tendente a la protección de los derechos humanos.

Otro aspecto determinante en la eficacia en la protección de los derechos humanos tiene que ver con la extensión de la actividad argumentativa e interpretativa. La filosofía del derecho, especialmente las teorías de la argumentación y de la interpretación jurídica, ha centrado su objeto de estudio en la actividad jurisdiccional, dando así una imagen limitada del potencial que tienen la perspectiva argumentativa del derecho. Como lo ha señalado Manuel Atienza "el razonamiento judicial constituye solo un tipo, aunque muy importante, de razonamiento jurídico el cual se extiende mucho más allá del razonamiento judicial" (Atienza, M., 1997). La argumentación legislativa, la creación de argumentos por parte de abogados litigantes, el litigio estratégico de organizaciones y despachos jurídicos o la que se desarrolla en el ámbito burocrático-administrativo, supone involucrar aspectos de racionalidad estratégica, relacionados con la eficacia y los resultados, además de la racionalidad práctica (justificativa) que han analizado de manera destacada las teorías estándar de la argumentación jurídica como la que presenta Robert Alexy o el modelo discursivo de Habermas.

De esta manera, si se extiende la actividad argumentativa e interpretativa a otras instancias además de las jurisdiccionales, aumentan las posibilidades de reconstruir de una manera más efectiva los marcos institucionales que sustentan los derechos humanos y el Estado de derecho, desde luego, enfrentando los diversos obstáculos principalmente de carácter político que se han descrito en el apartado anterior. Es determinante que instituciones independientes de las agendas políticas partidistas utilicen las herramientas que aporta la argumentación y la interpretación jurídica para atender a los valores y principios subyacentes de los derechos humanos. Entre otras instancias, organismos de auditoría, de protección de derechos humanos o de defensoría del pueblo, autoridades electorales o garantes de la transparencia pública. También organizaciones de la sociedad civil o medios de comunicación libres no cooptados por intereses de facción. Este abanico de actores e instituciones enfrenta el reto de ganar espacios de decisión, modificar equilibrios entre las fuerzas políticas, en suma, aprovechar sus recursos para ser un contrapeso a la concentración del poder y para ganar libertades y derechos para los más desfavorecidos. El desafío no es menor, dado que la crítica y la lucha por romper privilegios no es bien recibida por el *statu quo* dominante, el cual sistemáticamente asedia a los movimientos en pro de los derechos humanos.

Una cuestión importante de señalar es que, en la aplicación del derecho, la libertad de transformar las reglas para atender a principios y valores propios de los derechos humanos no es absoluta. Incluso jueces y tribunales constitucionales se encuentran limitados a presentar soluciones no previstas expresamente en la legislación, básicamente los límites tienen que ver con las pautas procedimentales que establecen los marcos jurídicos y por el rol que se asigna a cada autoridad en el diseño institucional del régimen político. De esta manera, a las autoridades administrativas les corresponde cumplir irrestrictamente el principio de legalidad, al igual que la justicia penal debe circunscribir su función al principio de taxatividad, con lo cual se encuentran limitadas a realizar ejercicios de interpretación extensiva o argumentaciones valorativas. Distinto a las defensorías del pueblo o comisiones de derechos humanos que tienen potestades y obligaciones de carácter constitucional. A deferencia del legislador, la función judicial sólo puede actuar cuando se presenta un caso, los jueces no pueden abstenerse de fallar y, en principio, únicamente sobre los temas que las partes presentan en el juicio. De esta manera, asumir una reflexión valorativa mediante la

argumentación y la interpretación jurídica no es igual para todas las autoridades, no obstante, es fundamental acudir al plano axiológico para ajustar las reglas a los valores que debieran proteger.

V. Precondiciones e instrumentos pro derecho humanos

Con lo expuesto hasta aquí quedan claras las dificultades que enfrenta la perspectiva argumentativa en la protección de los derechos humanos, principalmente en países o regiones con un Estado de derecho de baja calidad. Una ruta clara para determinar los alcances de la actividad argumentativa e interpretativa es el marco analítico que presentan Philippe Nonet y Philp Selznick en su libro *Law and Society in Transition* (1978). La hipótesis que sostienen es que el Estado de derecho comprende tres distintas dimensiones que se han incorporado a su acervo institucional y que se encuentran en mutua tensión.

La primera de ellas es propia de los Estados autoritarios, donde el sistema jurídico se encuentra al servicio del poder represivo del gobierno, de ahí que la denominen "la dimensión represiva del derecho". En la segunda etapa, el derecho adquiere suficiente independencia y autoridad para imponer límites a los poderes del Estado, los autores llaman a esta etapa la "dimensión autónoma del derecho", la cual mantiene una rigidez y formalismos excesivos al situar el principio de estricta legalidad como el eje que mantiene sus señas de identidad (es decir, independencia del poder político y autoridad en la solución de controversias judiciales). Finalmente, existiría una última dimensión, que los autores califican como "dimensión sustantiva", y que es una respuesta a la inflexibilidad y rigidez de la segunda dimensión, especialmente cuando la aplicación estricta de la ley lleva a resultados manifiestamente injustos. Esta dimensión sustantiva es la más cercana a un Estado constitucional de derecho que respeta y protege los derechos humanos.

En América Latina nuestros sistemas jurídicos han transitado a lo largo de las tres dimensiones y mantienen propiedades de cada una. En los regímenes autoritarios, el ordenamiento jurídico funcionaba (funciona aún en ciertos países, como Venezuela) con ciertos patrones de regularidad en la producción e interpretación de las normas, desde luego, favorables al régimen autoritario. Los encargados de aplicar el "derecho represivo" se valen de un estilo de interpretación *ad hoc* y particularista, esto es, condescendiente con los intereses de la élite gobernante, lo que desde luego excluye interpretaciones alternativas promotoras de libertades y de expansión de derechos. De esta forma, la comprensión del derecho como instrumento de dominación por el régimen autoritario mantiene como principales características las indicadas en *Law and Society in Transition:* el control social y el orden, justificaciones de violaciones de derechos humanos por razones de Estado, uso extendido de la coerción, un dogmático moralismo legalista, la subordinación del derecho a los poderes políticos y una firme intolerancia a la crítica.

Después de diversas transiciones a la democracia en la región, es muy interesante revisar la tensión entre la "dimensión autónoma" y la "dimensión sustantiva" del derecho que presentan Nonet y Selznick. El modelo interpretativo propio de la "dimensión autónoma" se observa en sistemas jurídicos que conllevan un riguroso seguimiento al significado literal de las reglas. Este énfasis formalista no contempla criterio de corrección alguno más allá de identificar fielmente el producto normativo dado por el legislador y de hacer una adecuada subsunción de las controversias sujetas a resolución.

Por ejemplo, en México un dato interesante es que, bajo esta perspectiva de fidelidad a la expresión literal de las normas, ante problemas de vaguedad o ambigüedad de las disposiciones sujetas a interpretación, un amplio número de los jueces mexicanos ha desarrollado una efectiva "interpretación adecuadora" en el juicio de amparo, a partir de la cual niegan la existencia de cualquier pluralidad de significados, contradicciones (antinomias), o ausencia de derecho (lagunas) al dictar sus fallos. La manera en que opera es señalando que, bajo cierta comprensión de la norma interpretada

(obviamente la propuesta por el juzgador), no se aprecia conflicto alguno con la constitución, por tanto, se concluye afirmando que esa interpretación (que se adecua a los preceptos constitucionales) es la que debe asumirse como válida. Así desaparece o se previene cualquier defecto del lenguaje potencialmente riesgoso para la certeza y consistencia del ordenamiento jurídico, aunque el costo es evadir un problema de indeterminación normativa que podría resurgir en posteriores ocasiones.

Se trata de interpretaciones que valoran una estricta adhesión a la autoridad legislativa, junto con la convicción de una justicia basada en procedimientos y en la separación entre elementos jurídicos y morales. Utilizando este esquema se resuelven controversias de manera formal cuando se exigiría un pronunciamiento sobre los contenidos sustantivos del tema a tratar. El resultado ha sido un estilo de argumentación centrada en el carácter deductivo de la decisión (en la justificación interna), que elude discutir la pertinencia de las premisas iniciales del razonamiento (la justificación externa), y simplemente las asume como «dadas», como si estuvieran ahí y sólo hubiera que descubrirlas. Desde luego, este enfoque no coadyuva a mejorar la situación de los derechos humanos.

Una pauta distinta, más cercana a la "dimensión sustantiva" de la que hablan Philippe Nonet y Philp Selznick, se observa en aquellas argumentaciones en las que la autoridad hace algo más que aplicar un silogismo. En ellas, la argumentación e interpretación desplegada determina el «peso» —la importancia ético-política— de los valores involucrados en una decisión que toca derechos fundamentales. En este escenario, la actividad argumentativa e interpretativa tendrá que referirse a los problemas históricos de la región, entre otros a la desigualdad (relaciones de subordinación y privilegios injustificados), al clientelismo (complicidad a partir de relaciones de poder entre partes desiguales) la arbitrariedad (concentración de la toma de decisiones y amplias facultades discrecionales), y la impunidad (no responsabilidad, ausencia de mecanismos de rendición de cuentas y de sanciones efectivas). No sólo es inevitable que en el intento de hacer prevalecer los derechos humanos estos problemas aparezcan como causas en contra de grupos o personas en situación de vulnerabilidad de sus derechos o libertades; además, también aparecerán como resultado de privilegios indebidos.

Si se considera el grado de institucionalización del Estado de derecho, además del tipo de relación que establece con el poder político, ya sea como su instrumento, como contrapeso o en línea de promoción de derechos (de acuerdo con la distinción que nos presenta Nonet y Selznick), la perspectiva argumentativa del derecho puede desplegar su mejor potencial de trasformación social. Desde luego, es necesaria otra forma de pensar el derecho en cuanto a sus fines, los cuales irían dirigidos a lograr el respeto de la dignidad de las personas y de los valores que se desprenden como derechos humanos de ese concepto originario.

Esto supone un cambio en la comprensión clásica de conceptos como validez, jerarquía o supremacía constitucional, los cuales tendrían que girar en torno al cumplimiento eficaz de los derechos humanos. Un elemento fundamental es asumir una perspectiva post-positivista del derecho que incorpore como piezas fundamentales a los principios, además de las reglas en el razonamiento de los operadores jurídicos. De esta manera, la actividad argumentativa y de interpretación jurídica pueden funcionar como instrumentos eficaces en la lucha por las libertades y derechos, esto al incorporar en las prácticas jurídicas elementos propios de la filosofía moral, la teoría política, e incluso herramientas estadísticas y de probabilidad que coadyuven a la prueba de los hechos como correspondencia con la verdad.

Ángeles Rodenas (2003) presenta un esquema que resume los principales supuestos en que el operador jurídico le es posible hace ajustes, ampliando o restringiendo las consecuencias jurídicas de las normas constitucionales, ya sea debido a una previsión directa del legislador o en atención a nuestras prácticas jurídicas interpretativas. El primer rubro se refiere a normas que requieren un ejercicio de interpretación para complementar sus condiciones de aplicación, buscando privilegiar un enfoque pro persona. El segundo rubro requiere de la interpretación para inaplicar normas que afecten algún derecho fundamental.

1. Aplicación de normas no identificables autoritativamente:
   - Prevista por el legislador: vg. conceptos jurídicos indeterminados.
   - Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas: vg. interpretación extensiva.

2. Inaplicación de normas autoritativamente identificables:
   2.1. Casos en los que la norma inaplicada sigue perteneciendo al sistema:
   2.1.1 Inaplicación de normas permisivas:
   - Prevista por el legislador: vg. ilícitos atípicos.
   - Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas: vg. interpretación restrictiva.

   2.1.2 Inaplicación de normas prohibitivas:
   - Prevista por el legislador: vg. causas de justificación del Derecho penal, objeción de conciencia.
   - Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas: interpretación restrictiva.

   2.2. Casos en los que la norma inaplicada deja de pertenecer al sistema: vg. declaración de inconstitucionalidad.

VI. Consideraciones finales

El contexto político y social supedita la efectividad de la perspectiva argumentativa e interpretativa del derecho. Si las condiciones se acercan más a aquellas que caracterizan un Estado constitucional de derecho, aumenta la capacidad de reivindicar valores y principios basados en el respeto de la dignidad de las personas. Por el contrario, entre más alejadas se encuentren esas condiciones, las posibilidades de lograr cambios mediante la argumentación y la interpretación se reducen significativamente.

Entender esta circunstancia no significa abandonar la oportunidad de presentar argumentos e interpretaciones desde el derecho que busquen romper el *statu quo* dominante, significa considerar que, en sistemas jurídicos propios de Estados de derecho débiles o inexistentes, el instrumental jurídico es utilizado con fines de control político, ello no sólo limita los derechos humanos, sino que cubre de legalidad acciones que mantienen y reproducen privilegios indebidos para unos cuantos. En este sentido, la forma de instrumentalizar el derecho a costa del interés común normalmente ocurre de tres maneras:

1) Mediante mecanismos jurídicos de control político. Aquí lo que se tiene son normas (reglas y principios) que mantenían la estabilidad del aparato autoritario pero que, al no haber sido desmontadas en su totalidad, interactúan con las actuales del régimen democrático.

2) Haciendo un uso ilícito del derecho; ello tiene que ver con la aplicación de reglas que permiten realizar acciones que afectan a principios democráticos —excesos en nombre del derecho—.

3) Mediante el incumplimiento de responsabilidades públicas: corrupción, formalismo, desidia e incompetencia, que afectan el correcto desempeño de la función pública y la consecución de los fines y valores que el marco institucional y el ordenamiento jurídico pretenden realizar.

Desmontar estos escenarios exige a los operadores jurídicos, en el espacio institucional que les corresponda, insistir —parafraseando a Dworkin— en presentar la mejor interpretación y argumentación posible que logre proteger los valores que se desprenden de la dignidad de las personas y dejar de lado aquellos obstáculos que fundan privilegios y que amparan injusticias. Esto supone un compromiso con un Estado democrático de derecho; es decir, con el rechazo —en los marcos establecidos por el derecho— de prácticas autoritarias muy arraigadas en nuestras sociedades, como la excesiva concentración de poder, la centralización de las decisiones, la discrecionalidad en el ejercicio público (no rendición de cuentas), abusos de autoridad, impunidad, entre otros vicios públicos.

Desde luego, ello supone el abandono de un modelo de derecho autorreferencial sujeto en exclusiva a la voluntad del legislador y al estricto seguimiento de la literalidad de normas de dudosa calidad democrática. Todo lo cual es presupuesto para avanzar hacia una democracia que tenga como identidad inconfundible a los derechos humanos.

VII. Referencias bibliográficas

Aguiar Aguilar, A., (2019, *Gobierno y política judicial en México,* México, Fontamara, IIJ UNAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Aguiló Regla, J. (2008), *Sobre Derecho y Argumentación,* Palma, Lleonard Muntaner.

----- (2015), "Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta", en Carbonell, M. (et. al.) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional,* tomo IV, volumen 1, México, UNAM, IIJ.

Atienza, M., (1997), "Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos", *Isonomía,* 6, México.

----- (2013), *Curso de Argumentación*, Madrid, Trotta.

----- (2017), *Filosofía del Derecho y Trasformación Social,* Madrid, Trotta.

Díaz, Elías (1998), Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus.

Dworkin R., (1975), "Hard cases", en *Harvard Law Review,* 88 (6).

Hart Herbert L. A. (1963), *El concepto de Derecho,* (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Kaplan, M. (1998), "El Estado Latinoamericano: entre las crisis y las reformas", *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura,* vol. IV, n° 1, pp. 97-115.

Kennedy D., (1986), "Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology", en *Journal of legal education,* 36.

Lifante Vidal, I., (2018), *Argumentación e interpretación jurídica,* Valencia, Tirant lo Blanch.

----- (2018), *Representación y responsabilidad,* México, Fontamara.

Nonet P. y Selznick, P. (1978), *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law,* New York, Harper colophon books.

Posner R., A., (1988), "The juris-prudence of scepticism", en *Michigan Law Review,* 86.

Ródenas, Angeles, (2003), "¿Qué queda del positivismo jurídico?". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n° 26, pp. 417-48.

Vega, J. (2018), "Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n° 41, pp. 123-150.

Capítulo VII

Argumentación jurídica y perspectiva de género: un análisis desde los estereotipos del juzgador

Sumario: *I. El caso. II. Los argumentos del juez. III. Estereotipos de género en la sentencia. IV. A manera de conclusión: los efectos de una sentencia estigmatizante. V. Referencias bibliográficas.*

Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca[94]

I. El caso

Women's Link Worldwide es una organización internacional dedicada a la promoción, defensa y litigio que busca, a través de estas estrategias, establecer estándares que impulsen los derechos humanos de las mujeres en España y América Latina. Desde 2009, la asociación otorga los Premios Género y Justicia en dos categorías: los premios Mallete, que se otorgan a las decisiones judiciales que promueven la equidad de género, y los premios Garrote que se asignan a decisiones judiciales basadas en estereotipos y prejuicios que perpetúan la discriminación y desigualdad de las mujeres (Women's Link Worldwide, 2020).

Para esta asociación, los premios evidencian el trabajo judicial y el impacto que tienen estas decisiones en la sociedad. Asimismo, miden los avances en materia de género en cada uno de los países.

México ha obtenido las primeras posiciones en los Premios Garrote en cuatro ocasiones junto con países como El Salvador, Sudán, Kenia, Somalia y Afganistán, por mencionar algunos. Esta constante visibiliza que nos enfrentamos a un sistema de justicia que todavía aplica el derecho bajo criterios donde median los sesgos cognitivos, conductuales y emocionales de los operadores jurídicos ante las mujeres.

En 2018, México ganó el premio Garrote con la sentencia a la que Women's World Wide llamó *Culpable de acabar con la armonía matrimonial*. La sentencia fue emitida por el juez Francisco René Ramírez Martínez, titular del Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil del Fuero Común de la Ciudad de México, en el momento del caso (Women's Link Worldwide, 2020).

Dicha sentencia trata sobre una demanda por daño moral en la que la parte actora, una mujer casada, demanda a otra mujer por hacerle de su conocimiento que tuvo un hijo fuera del matrimonio con el esposo de esta. A decir de la parte actora, esto le provocó una afectación psicológica y a sus sentimientos, por ello solicitó una indemnización y la reparación del daño. Por su parte, la parte demandada respondió que no se actualiza la figura de daño moral prevista en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, aunado a la jurisprudencia en la materia. Esta aludió también que no es exigible la reparación integral del daño, debido a que no existió tal, y sostuvo que la parte actora confunde la responsabilidad atribuida a los Estados por actos u omisiones hechos por las figuras de

[94] Profesora asociada de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Titular del Observatorio Jurídico de Género, Facultad de Derecho, UNAM. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0367-066X Correo: iamandrearamirez@gmail.com

autoridad estatal, con la responsabilidad civil que implican las conductas de los particulares que no actúan como agentes del Estado.

Después de que ambas partes manifestaran lo que a su derecho convino, la decisión del juez estableció lo siguiente: 1) que la parte actora había acreditado plenamente los elementos jurídicos de la acción personal que ejerció: 2) se condenó al pago de una indemnización por la cantidad de 50 000 pesos, por el daño moral causado: 3) se vinculó a la parte demandada a no repetir actos u omisiones que causen daño moral a la parte actora, en la forma y por los conductos que quedaron acreditados durante la primera instancia: 4) se impuso a la parte demandada el deber de expresar una disculpa pública a la parte actora en diligencia judicial ante la presencia del juez y del secretario de acuerdo, y: 5) no se impuso a ninguna de las partes el pago de costas procesales (Tribunal Décimo Cuarto de lo Civil, fallo del 14 de noviembre de 2017).

Esta sentencia puede ser analizada desde dos perspectivas: la primera, desde de la argumentación jurídica, con el fin de valorar el grado de objetividad y racionalidad de las estimaciones de los argumentos e interpretaciones de las normas con las que fue tomada la decisión del caso (Alexy, 2009), así como la ponderación de los estándares de prueba que intervinieron para que el juez tomara dicha decisión, un tema que concierne a los estudios sobre razonamiento probatorio (Taruffo, 2011). La segunda, desde la perspectiva de género, el análisis de la sentencia visibiliza los prejuicios y estereotipos que median en las decisiones judiciales y los efectos estigmatizantes que tienen sobre las personas. Este enfoque amplía el análisis al reflexionar acerca de cómo debe aplicarse la perspectiva de género cuando son dos mujeres quienes intervienen como parte de un juicio. Dicho de otra manera, combinaré elementos propios de la perspectiva de género y la argumentación "para analizar y evaluar críticamente los argumentos jurídicos" (Feteris, 2017, p. 209) del juzgador de esta sentencia.

II. Los argumentos del juez

En el primer resolutivo, el juez afirmó que la parte actora había acreditado plenamente los elementos jurídicos de la acción personal que ejerció, es decir, que la parte actora avaló de manera fehaciente el daño moral provocado por la demandada; sin embargo, dicha afirmación carece de una fundamentación y motivación adecuada, referidas a las premisas fácticas del caso y normativas del derecho aplicable (Ferrer, 2011, p. 94) Sin estos elementos no puede decirse que el razonamiento jurídico es objetivo y racional.

El artículo 1916 del Código Civil de la Ciudad de México refiere lo siguiente:

> Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.
> ...
> El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso (Código Civil para el Distrito Federal, 2020, art. 1916).

Si bien el artículo 1916 define el daño moral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado, a través de diversas sentencias, cómo debe interpretarse este artículo, así como los

elementos necesarios para acreditar su existencia, por ejemplo, los amparos directos 30/2013 y 31/2013 establecen que son elementos esenciales del daño moral el daño probado, el hecho ilícito y el nexo causal.

El daño probado

La tesis aislada derivada del amparo directo 30/2013 establece que, para que se determine la responsabilidad civil sobre la parte demandada, el daño debe ser cierto. Es decir, constatable su existencia desde un aspecto cualitativo, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias (SCJN, 2014, p. 477).

Al partir de esta tesis, no sólo basta con que sea enunciado el daño determinado por la parte actora, sino que este necesita ser probado, pues forma parte de las pretensiones el demostrar que hubo un daño. Así como el modelo de Toulmin exige que toda pretensión esté basada en hechos (Toulmin, 2008), el razonamiento jurídico demanda que la pretensión jurídica también esté referida a hechos vinculados a una norma (Aarnio, 2007, p. 47).

En esta sentencia, el juez concluye que las expresiones en las comunicaciones privadas que surgieron entre la actora y la demandada (aunque el juez incluye también comunicaciones privadas entre la demandada y el esposo de la actora), demuestran la intención de la demandada para afectar los sentimientos y la salud psicológica de la actora (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p. 8). Asimismo, afirma que el hecho de que la demandada le haga saber a la actora, sin necesidad de ello, sobre el curso que lleva el procedimiento de desconocimiento de paternidad, para el juez constituye una conducta dolosa y con la intención de desestabilizar los sentimientos de la actora. Por lo tanto, el juez concluye que la parte demandada afectó y dañó los sentimientos y afectos de la parte actora, así como su integridad emocional o psicológica, pues, sin causa justificada, le hizo saber el engaño de su marido, asumió que estaba de acuerdo con ello y pronosticó que en un futuro la pasará mal desde el punto de vista emocional, por ello actuó de manera ilícita. (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p.8).

La suprema corte ha establecido que la forma idónea para probar el daño es a través de una prueba pericial en psicología u otros dictámenes que puedan dar cuenta de su existencia. De esta manera, el tribunal ha instaurado que el daño puede ser inferido exclusivamente mediante los hechos probados tal y como menciona la siguiente tesis:

> **DAÑO MORAL. POR REGLA GENERAL DEBE PROBARSE YA SEA DE MANERA DIRECTA O INDIRECTA.** Debe decirse que el daño moral, por regla general, debe ser probado ya que se trata de un elemento constitutivo de la pretensión de los actores. Solamente en aquellos casos en que se presuma el daño moral, el actor se verá revelado de la carga de la prueba. El daño moral puede acreditarse directamente a través de periciales en psicología u otros dictámenes periciales que puedan dar cuenta de su existencia. Asimismo, el daño puede acreditarse indirectamente, es decir, el juez puede inferir, a través de los hechos probados el daño causado a las víctimas. (SCJN, TA. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 447)

Las valoraciones del juez respecto al daño probado caen en los siguientes errores:

1. La parte actora no presentó ninguna prueba pericial para probar el daño.
2. El sólo hecho de enunciar que se infiere es un acto discrecional, pues la inferencia, tal y como lo cita la jurisprudencia, debe hacerse mediante hechos probados, los cuales no enuncia el juzgador. Este ejercicio de inferencia debe hacerse bajo un método explicitado en la misma sentencia que transparente cómo es que el juzgador llegó a dichas conclusiones. Al no haberlo hecho, la validez de las inferencias queda en duda.

3. La demanda tiene una base contradictoria que el juzgador no toma en cuenta para analizar el daño probado. En primer lugar, la parte actora afirma en el hecho cuarto de la demanda que tuvo gran conmoción y afectación en sus sentimientos y afectos ocasionados por una plática que sostuvo con su cónyuge (no por las comunicaciones que sostuvo con la demandada), donde él reconoció la posibilidad de tener un hijo con la demandada. En segundo lugar, en el hecho segundo afirmó que su matrimonio se desarrolla en un ambiente de estabilidad, respeto, confianza y responsabilidad. En tercer lugar, en el hecho noveno, la actora estableció que fue ella quien solicitó a su marido la mantuviera al tanto de la información que le causa conmoción. Por tal motivo, se desprende de esta información que dichos hechos son contrarios a la acción que la actora ejercita. Además de que ninguno de los hechos ni el daño al que alude la parte actora fueron probados. Pese a que estos argumentos se hicieron visibles a través de la contestación de la demanda, estos fueron ignorados por el juez.
4. El juez basó su decisión en comunicaciones privadas entre la demandada y el esposo de la actora, que fueron mostradas a ella por este último. En la primera página de la sentencia, el juez estableció que "las afirmaciones destacadas en la demanda que fueron relevantes para la emisión de la sentencia" (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p.8), y en ella incluye párrafos que fueron extraídos de correos electrónicos entre la demandada y el esposo de la actora; después, el juez establece que las comunicaciones que no fueron dirigidas a la parte actora "no resultan elementos útiles para fundar la sentencia"; sin embargo, continúa el juez, "se trata de eventos periféricos que solo pueden dar una idea genérica que ha tenido la demandada hacia el estado civil de matrimonio de la actora, en el marco de lo que resultó por la infidelidad de su esposo" (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p. 4).

   El hecho de que la actora expusiera comunicaciones privadas entre la demandada y un tercero en el juicio (el esposo) no representa un daño o un material válido para la evaluación del contexto de un daño hacia la actora cuando nunca hubo la intención de que fueran mostradas a ella, ni que se les diera publicidad. Es falaz deducir que la intención de la demandada era causar un daño a la actora, cuando la demandada no tenía conocimiento de que estos correos electrónicos habían sido mostrados a la actora.
5. Si se supone sin conceder que el juez debería tomar en cuenta los "eventos periféricos" para poder decidir, tal y como él menciona en el texto de la sentencia, el juez consideró sólo fragmentos de los correos entre la demandada y el esposo de la actora, pues recortó de manera dolosa fragmentos que sirven para sostener su posición dentro del caso, mas no para contextualizar lo que sucedía alrededor de la demanda de daño moral.

   Para evidenciar el dolo con el cual fue tomada la decisión judicial y la gravedad de las omisiones cometidas, es importante visibilizar dos contextos que se desprenden de correos citados este:

a) La situación económica de la demandada, la violencia económica ejercida por parte del esposo de la actora hacia la demandada y el estado de necesidad por la situación médica del menor que procrearon la demandada y el esposo de la actora.

El juez presentó un fragmento del siguiente correo entre la demandada y el esposo de la actora como parte de los elementos que fueron considerados para determinar el daño moral:

> Supongo en tu desaparecer también decidiste no seguir dando el dinero de ___. Ayer fueron 4,300 en el pediatra más las medicinas, por ejemplo, y a ti te vale estar (o al menos preguntar cómo le ha ido después de terapia intensiva) o aportar el dinero a pesar de que también sabes que tengo la deuda de los médicos de ____. ***No sé qué inventaste a ____ para que ella aceptara estar con alguien que puede dejar a un hijo como si nada y no hacerse responsable de el (lo único que se me ocurre es que le dijiste que no es tu hijo y q yo me lo inventé porque soy tu fan o algo así)*** y a eso lo único que te digo es que desde el embarazo te dije que si tenias dudas si era tu hijo, yo no me oponía a que hicieras una prueba de ADN. ***En fin, lo que sea, por favor cumple con tu obligación económica del niño. Uno quiere hacer las cosas sin pleito contigo y de verdad, no se puede …*** (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017).

El juez sólo incluyó en la sentencia los elementos resaltados en el párrafo anterior; sin embargo, evadió los procesos que se realizaban simultáneamente y que fueron anunciados por ambas partes durante el desarrollo de daño moral (acción de desconocimiento de paternidad por la vía civil iniciado por el esposo de la actora y pensión alimenticia y guarda y custodia por la vía familiar). Según consta en los expedientes, en ambos casos fue ventilada la salud del menor, los procedimientos posteriores a la estancia en terapia intensiva, los costos generados a raíz de este padecimiento médico, la situación económica de la demandada y que el padre del menor no contribuyó económicamente en los gastos derivados de la enfermedad. Asimismo, se evidenció en los juicios cómo ejercía violencia económica contra la demandada, al dejar de aportar dinero para el menor cuando entre ellos tenían un conflicto, pese a ser su responsabilidad por ser el progenitor y tener una situación económica holgada por los cargos académicos y administrativos que ostentaba como profesor-investigador y secretario académico en la UNAM.

Utilizar este correo electrónico para colocarlo en un contexto ajeno al que fue hecho y para imputarse una responsabilidad civil, derivada del daño moral a una tercera persona ajena a esta comunicación privada, antepone la mala fe tras la falta de argumentos racionales que pudieran sostener su dicho.

b) El riesgo inminente de la demandada y el menor que procrearon el esposo de la actora y la demandada por las amenazas recibidas.

En un segundo momento el juez cita otro correo entre la demandada y el esposo de la actora:

> Por favor necesitamos hablar tranquilamente… ***Yo solo quería que ____no estuviera escondido, que no lo hicieras menos y que no lo rechazaras, por eso hablé con tu mamá y con _____, pensando que tu mamá querría a ____ aunque no fuera hijo dentro de tu matrimonio.***
> …____ y yo nos borramos del mapa si eso quieres pero por favor para o haz que paren los mensajes y las llamadas, y sobre todo , que se queden en llamadas y mensajes.
> ….Las llamadas tienen un rato y son de dos números, los mensajes empezaron a llegar el viernes pasado, te envío fotos de la conversación para que la veas, solo tú sabes a quién le cuentas tus cosas y quién podría ser.
> Haz lo que tengas que hacer si quieres denunciarme porque te envié un correo está bien pero tengo terror a que me pase algo y deje a mi hijo solo o peor aún , que le pase algo a él…
> Me hablan diciéndome cómo vengo vestida , diciéndome que tenga cuidado, diciéndome que saben a qué horas voy al bosque , etc.
> Para o haz que paren.
> … entonces te pido, por favor, déjame ver crecer tranquilo a nuestro hijo también. Por favor (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017).

El juez citó solo la parte resaltada para mostrar "la conducta de la demandada respecto al estado civil de matrimonio de la actora"; sin embargo, ni el matrimonio de la actora ni la actora fueron el propósito de dicho correo, el cual era solicitar que cesaran las amenazas y advertencias que recibía la demandada y respecto a las cuales corrían riesgo ella y el menor.

La Quinta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México fungió como tribunal de apelación del caso, en dicha sentencia estableció:

> …del contenido del mensaje completo que se ha transcrito y que prueba plenamente en contra de la parte actora por haber sido ella quien ofreció dicha prueba, se desprende que no existe ninguna intención de la hoy apelante de perjudicarla, ni de causarle daño; por el contrario de su contenido se advierte que le pide su intervención para que su esposo la deje en paz y no la amenace; de lo anterior se concluye que el juzgador natural ni siquiera valoró dicha prueba,

> ya que con la misma se demuestra que es inexacto que la demandada, hoy apelante, esté acosando a la parte actora, pues el acoso implica el hostigamiento, la persecución o la molestia de una persona hacia otra, lo que como ya vimos en el presente caso no ocurre… (Quinta sala civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 7 de marzo de 2018).

De dichos argumentos se desprende que el juez actuó dolosamente, pues tomó fragmentos de un texto y les dio un sentido distinto al que realmente tenían. El juez no evaluó el estado de necesidad de la actora para enviar dicho correo y evidencian la falta de ética del juez (y de los litigantes por parte de la actora) de usar un correo como este en contra de la demandada.

Los argumentos del juez fueron insuficientes en términos de objetividad y fundamentación racional para acreditar la existencia del elemento del daño probado, en razón de que la parte actora no acreditó el daño, pues 1) las inferencias que hizo carecen de validez, ya que no se sustentaron en hechos probados ni en una metodología que explicara cómo el juez llegó a dichas conclusiones; 2) el juez omitió hacer un análisis de las contradicciones realizadas por la parte actora y admitió pruebas que no tenían que ver con el fondo de la demanda; 3) cambió el sentido de las pruebas para validar sus argumentos.

El hecho ilícito

El Código Civil del Distrito Federal define, en su artículo 1830, que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres" (Código Civil para el Distrito Federal, 2020). En la demanda no queda definido cuál es el hecho ilícito atribuible a la demandada, pues existen contradicciones en las declaraciones de la actora que asegura que el daño provino de una plática con su marido, en la cual él dijo que había la posibilidad de que tuviera un hijo con la demandada, y asegura que su matrimonio aún se desarrolla en un ambiente de estabilidad, respeto, confianza.

En la contestación de la demanda, la defensa aclaró que no se acredita ningún hecho ilícito, debido a que el nacimiento de una persona no constituye una situación que contravenga disposiciones de orden público ni de buenas costumbres, menos aún, la demandada tenía obligación jurídica alguna de abortar al menor. Respecto a las comunicaciones, mencionó que tampoco representan un hecho ilícito, debido a que la interlocución entre dos personas no está prohibida y los medios utilizados, como Facebook y WhatsApp, no son medios ilícitos y que no se cumple con el principio de divulgación, sino que se trata de comunicaciones privadas.

En esta sentencia, el juez mencionó que "los hechos y motivos por los que imputó la responsabilidad civil de la demandada en el daño moral, provienen del contenido literal y sustancial de los mensajes, más no de los medios utilizados por la demandada"; sin embargo, no aclara nuevamente los siguientes elementos que pueden dar lugar a discrecionalidad judicial; 1) cómo interpretó el contenido de los mensajes: 2) cómo evaluó el contexto por el cual eligió únicamente ciertos mensajes y 3), de esos mensajes, eligió únicamente ciertos fragmentos.

Dicho juez mencionó "que la actora no dio a lugar alguno para recibir los mensajes de la demandada"; sin embargo, omitió que fue la actora quien dio su teléfono y correo electrónico a la demandada para sostener una conversación y que acordaron verse un día para platicar, es decir, que los mensajes no fueron enviados como un acto unilateral, tal y como lo menciona el juez, sino que fueron dentro de un contexto de comunicación entre ambas partes. Los siguientes mensajes pueden explicar mejor mi punto:

> 26/08/16 1:08:30 p.m.: "a": ___ me da pena cancelarte pero tengo que ir por mi bebé y no lo tenía previsto, se me va a complicar mucho verte hoy.
>
> 26/08/16 1:11:26 p.m.: "b": No te apures , entiendo supongo ___ ya te contó lo que quería hablar contigo no

26/08/16 1:11:27 p.m.: “b”: ?

26/08/16 1:14:21 p.m.: “a”: No ni idea

26/08/16 1:14:28 p.m.: “a”: Es un misterio

26/08/16 1:27:52 p.m.: “b”: He planteado y replanteado en mi cabeza el hablar contigo o escribirte un mensaje o, más aún, qué decir en él porque no hay palabras que alcancen a expresar lo que tengo que decirte, por eso creo que en tanto mayor claridad pueda tener en mis palabras, mejor podré dar a entender lo que te quiero decir.

Tengo un hijo de ___, resultado de una relación intermitente de 6 años con él. …

Te escribo todo esto por dos razones: la primera, pedirte una disculpa….

En verdad, perdón.

La segunda razón va aunada a la primera, me gustaría pedirte esta disculpa en persona y no cargar con nada que deba aclararse y dejar que el tiempo sane las cosas a partir de hablar con honestidad… no quiero que los niños crezcan con algo negativo de su papá ni de uno y el otro. No lo será así de mi parte…Si en algún momento crees prudente que hablemos en persona, estoy en toda la disposición para hacerlo.

26/08/16 1:29:35 p.m.: “b” No creía que fuera a mí a quien correspondía decir esto, pero tampoco yo podía seguir permitiendo faltas de respeto a mi hijo ni tenerlo escondido, espero puedas entenderme en eso

26/08/16 1:32:01 p.m.: “b”: … Mi intención no fue en ningún momento lastimarte, perdón.

En este sentido, la Quinta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, afirmó en la sentencia de apelación lo siguiente:

> No pueden considerarse como un hecho ilícito, ya que si bien se las envió a ella y no a su esposo, de su contenido se desprende que tienen por objeto pedir su intervención para que su marido cumpla con sus obligaciones alimentarios, ya que éste desapareció; por tanto, si bien es cierto que ella es ajena respecto a las obligaciones que le corresponden a su esposo; no menos cierto es que al existir por un lado el derecho de la hoy demandada de velar por los intereses superiores de su menor hijo, éstos deben de prevalecer aún cuando se encuentren en contraposición con los de la relación matrimonial de la actora con su esposo; pues como ya se ha precisado la intención de la demandada no es la de dañar los vínculos afectivos o jurídicos que tiene con su esposo, sino la de velar por los intereses alimentarios de su menor hijo; consecuentemente, no puede considerarse que dichos mensajes constituyan un hecho ilícito, pues no existe ningún precepto legal que prohíba que una madre busque realizar las acciones necesarias tendientes a que el padre de un menor se haga responsable de sus obligaciones alimentarias; máxime si se toma en consideración el interés superior del menor frente a los intereses derivados del matrimonio, con independencia de la forma en que se haya concebido dicho menor debe de prevalecer… (Quinta sala civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, 2018).

Se observa que los argumentos del juez carecen de una fundamentación y motivación adecuada para establecer la responsabilidad civil de la demandada. Sin una fundamentación y motivación apropiada no puede realizarse una subsunción o justificación interna o un proceso interpretativo o externo racional, tal y como son llamados estos proceso lógico-racionales, a partir de un famoso ensayo de Jerzy Wróblewski (Wróblewski, 1971, pp. 409-419). Sin una fundamentación de

este tipo, la argumentación jurídica carece de una pretensión de objetividad. Sin una pretensión de objetividad un razonamiento institucional carece de sentido.

El nexo causal

El último elemento que la SCJN ha establecido como esencial para que se configure el daño moral es el nexo causal. Respecto a este, el alto tribunal ha establecido lo siguiente:

> **RESPONSABILIDAD SUBJETIVA. PARA QUE SE ACTUALICE ES NECESARIO ACREDITAR EL NEXO CAUSAL.** Para que se actualice la responsabilidad subjetiva es necesario que el daño experimentado sea consecuencia de la conducta del agente, de lo contrario, se le impondría responsabilidad a una persona que nada tiene que ver con el daño ocasionado. Ahora bien, el problema causal se presenta de forma especialmente aguda cuando se reconoce o estableces que, como es normal en la vida social, todos los hechos, inclusive los dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraña pluralidad de circunstancias; de ahí que el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ésta deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado, porque el origen de la responsabilidad gravita precisamente en la atribución del hecho dañoso al demandado. Así, dicha responsabilidad supone la atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el resultado (SCJN, 2014, p. 447).

A partir de esta tesis, es notorio el hecho consistente en que, si el daño no está probado y no existe un hecho ilícito imputable a la persona demandada, la búsqueda del nexo causal resulta inútil en este caso.

En párrafos anteriores se observa cómo el juez catorceavo de lo civil no sólo no cumplió con la obligación de hacer una búsqueda exhaustiva respecto al derecho aplicable en el caso en concreto, sino que el juez ignoró los elementos para acreditar el daño moral pese a que la jurisprudencia aplicable fue dada por la defensa de la demandada, en específico por el abogado Javier Mijangos y González.

Respecto a la indemnización y la disculpa pública

Después de establecer la responsabilidad civil por daño moral de la demandante, el juez estableció que esta debía cubrir la cantidad de 50 000 pesos, "ya que rebasó el grado medio de responsabilidad" (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p.9). El juez no estableció cómo llegó a dicha conclusión, ni cuál es ese grado medio que menciona, que supuestamente la demandante superó. De nueva cuenta, estos argumentos parecen dar rienda suelta a la discrecionalidad judicial en torno a las valoraciones hechas por una persona juzgadora.

El juez estableció que:

> la situación económica de la demandada se presume que es idónea para que cubra la sanción económica impuesta, ya que la demandada manifestó tener la patente para ejercer la licenciatura en derecho, que es profesora universitaria, lo que genera la presunción humana que tiene un ingreso profesional por sus servicios, por lo tanto, se estima por el juez que tiene la capacidad económica para indemnizar a la víctima de los hechos pagando la cantidad señalada. (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p.9).

La presunción humana no es suficiente para asumir que una persona tiene los ingresos necesarios para cubrir determinada cantidad de dinero, sino que debe evaluarse la situación económica de la persona en cuestión y las obligaciones que se desprenden del cuidado del menor que procreó la demandada con el esposo de la actora, siempre bajo el interés superior del menor. Es de dominio común que los profesores de asignatura de la UNAM perciben un sueldo precario quincenalmente,

adjunto al expediente se encontraba un cheque quincenal de la demandada por la cantidad de 1 500 pesos, por lo que, para pagar la cantidad de cincuenta mil pesos mexicanos deberá trabajar 16 meses dentro de la UNAM y no gastar en vivienda, alimentos y salud de ella ni de su hijo, el juez no valoró dichos elementos para establecer la sanción que a su parecer debía tener la demandada.

Respecto a la disculpa pública, la parte actora señala que debe declararse la responsabilidad civil de la suscrita con base en el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Radilla Pacheco *vs* Estados Unidos Mexicanos, y Pacheco Teruel y otros *vs* Honduras; sin embargo, la parte actora no distingue entre la responsabilidad estatal derivada de la acción u omisión de agentes estatales que fungen como autoridad y la responsabilidad civil de un acto entre personas físicas que no son agentes del Estado. Por tal motivo, no es imputable a una persona física el mismo grado de responsabilidad y reparación, pues los medios y alcances son distintos dadas sus diferencias a simple vista notorias.

III. Estereotipos de género en la sentencia

Clasificamos y agrupamos de manera natural. Distinguimos lo que nos gusta de lo que no, lo que nos hace daño de lo que nos hace bien (o al menos, lo que creemos que nos hace bien); somos capaces de reconocer personas semejantes y disímiles a nosotros. No existe un mecanismo concreto que nos señale paso a paso la forma en la que podemos evitarlo (¿por qué querríamos evitarlo?), ni tampoco existe una posibilidad de distinguir, clasificar y agrupar sin que medien nuestra cultura, creencias, valores e historia desde los planos consciente y subconsciente de nuestra mente.

Si la distinción que hacemos entre unas personas y otras nos resulta, como especie, inevitable, habremos de encontrar que los problemas concretos de discriminación y desigualdad no surgen a partir de las diferencias ni de estas acciones naturales distintivas que se generan dentro de un imaginario, sino que ambas parten de acciones u omisiones concretas de individuos e instituciones que perpetúan la idea de que ciertas características deben prevalecer sobre otras dentro de un sistema de relaciones.

Dichas características se fundan en sesgos cognitivos, conductuales o emocionales representados en estereotipos, discriminación, y prejuicios, respectivamente. La forma en la que surgen, se representan, permanecen y tienen efectos dentro de la sociedad varía de acuerdo a su naturaleza, de los sujetos que los difunden y los perpetúan y del alcance.

Sin embargo, hay una esfera más amplia que trasciende estos sesgos: los estigmas. Estos surgen como resultado la suma de uno o varios sesgos y la categorización de estos que establece una división entre estigmatizantes y estigmatizados, lo que causa diferenciación, pérdida de estatus, falta de acceso a determinados espacios, invisibilización, entre otros. Los estigmas, más allá de repercutir psicológicamente en los individuos, tienen una incidencia estructural que afecta las posibilidades reales de desarrollo, la falta de acceso a determinados bienes y el ejercicio pleno de derechos, ello ocasiona barreras más sólidas de desigualdad para los sujetos o grupos estigmatizados.

Estos efectos tienen repercusiones a mayor escala cuando el discurso estigmatizante se difunde, materializa y consolida a partir del derecho y sus operadores jurídicos, pues refuerzan, a través del poder que detentan, que el orden social prevalece en tanto exista homogeneidad entre las características que se conciben como deseables y las que no.

El papel de los jueces, como operadores jurídicos, es fundamental que sea analizado en un sistema como el mexicano, donde la jurisprudencia tiene un valor significativo como fuente del derecho.

Estereotipos, prejuicios y discriminación

Los conceptos de estereotipo, discriminación y prejuicio guardan una íntima relación con los procesos de estigmatización, sobre todo al momento de llevarlos al plano fáctico; sin embargo, es común interpretar estos conceptos como sinónimos de estigma, ello ocasiona una confusión entre las causas y efectos que producen cada uno de ellos.

La psicóloga social, Susan Fiske (1998), establece que la discriminación, los estereotipos y los prejuicios provienen de sesgos distintos. La discriminación parte de un sesgo del comportamiento, mientras que los estereotipos de sesgos cognitivos y los prejuicios de sesgos emocionales de las personas y, si bien cada uno de ellos representa una esfera distinta del individuo, ello no evita que estos puedan ser concurrentes, más aún, como mencionan Link & Phelan (2001), al momento de aplicar el concepto de estigma es determinante la relación entre cada uno de estos términos *"we apply the term stigma when elements of labeling, stereotyping, separation, status loss, and discrimination co-occur in a power situation that allows the components of stigma to unfold."* (p. 365)

A pesar de las diferencias de origen que tienen en común los tres conceptos, estos comparten cuatro elementos; 1) tienen aspectos que parecieran automáticos, que consisten en acciones inmediatas, irresistibles y sin intención que dan pie a la categorización; 2) poseen aspectos socialmente pragmáticos, es decir, que las categorizaciones que se establecen culturalmente son cognitiva y socialmente útiles; 3) individualmente la discriminación, los estereotipos y los prejuicios, son controlables y surgen a partir de la ignorancia, mala fe o defectos del carácter; sin embargo, 4) la estructura social influye en que se materialicen (Fiske, 1998).

Por razones de tiempo y espacio, me enfocaré únicamente en explicar cómo los estereotipos (comprendidos como sesgos cognitivos) utilizados en la sentencia materia de este artículo, resultan estigmatizantes.

La idea de estereotipo fue expresada por primera vez por Walter Lippman en 1922. Desde esa fecha, diversas disciplinas, como la sociología, la psicología social y la antropología, han hecho diversas aproximaciones a dicho concepto. En este texto me apego a la definición que realizan los psicólogos James Hilton y William von Hippel (2006), donde enuncian los estereotipos como "*beliefs about the characteristics, attributes, and behaviors of members of certain groups*" (p.240). Noción que intenta describir de forma genérica, es importante distinguir que los estereotipos se forman por muchas razones, una de ellas es por razones de género.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas define los estereotipos de género como "una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar" (ACNUDH, 2020). En este caso sostengo que los argumentos de la sentencia contienen estereotipos de género que deben analizarse bajo una perspectiva interseccional en la cual confluye, por un lado, el hecho de ser mujer y, por otro, el estado civil de la demandante en contraposición con el de la actora. Es decir, que desde esta perspectiva se considera que los estereotipos usados por el juez para declarar la responsabilidad civil de la actora se basan en que la demandada es etiquetada como la amante, a quien socialmente se le asignan diversas cargas negativas y, por otro lado, privilegia la posición de la esposa, a quien su estado civil le confiere cargas positivas, por ser el matrimonio la institución que estructura a la familia como base de la sociedad. A la vez, el juez naturaliza la falta de responsabilidad socio afectiva del hombre e invisibiliza la responsabilidad masculina frente a las afectaciones psicológicas y emocionales derivadas de una infidelidad.

A lo largo de la sentencia el juez realiza ciertas afirmaciones como las citadas a continuación:

> Partiendo de la realidad jurídica material de que el esposo de la actora haya tenido una relación sexual o amorosa fuera del matrimonio con la demandada, constituye en si mismo una situación que es contraria a derecho, en la medida que conforme al artículo 146 del Código Civil, el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar una comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua, ***lo que significa que la prohibición de terceras personas, invadan ese estado civil, sin causa justificada,*** como ciertamente ocurrió con la conducta de la demandada. (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p.6)
>
> ...la parte demandada tenía pleno conocimiento de que el testigo estaba casado en matrimonio civil con la actora...lo que significa que la demandada tenía conciencia y voluntad de interferir en el matrimonio de la actora (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p.6)
>
> ...la parte demandada afectó y dañó los sentimientos y afectos de la parte actora así como su integridad emocional o psicológica, ya que sin causa justificada el hizo expresiones haciéndole saber el engaño que le hizo su marido (Tribunal décimo cuarto de lo civil, 2017, p. 9)

Además de dichas afirmaciones, el juez ignoró la falta de pruebas para acreditar los hechos por parte de la actora, omitió valorar las pruebas presentadas por la demandada, sobreinterpretó los dichos de la parte actora, tomó como ciertos varios hechos que no fueron probados conforme a derecho, estableció un monto de indemnización desproporcionado y fue negligente respecto a fundar y motivar conforme a la jurisprudencia vigente ¿Por qué el juez incurrió en todos estos actos y faltó al principio de imparcialidad?

La abogada Laura Clérico (2018) ha profundizado en el estudio de la imparcialidad de los jueces. Establece que al momento de realizar un análisis de los estereotipos "implica acoplarlo en todas las partes de la argumentación de la sentencia. En suma, el análisis de estereotipos no admite medias tintas y debe impactar necesariamente sobre el análisis de la garantía de imparcialidad". (p. 71).

Es posible ver cómo, a pesar de que se distinguen claramente varios párrafos en los que se hacen explícitos los sesgos del juez decimocuarto civil respecto a la demandada, la sentencia debe analizarse como un todo y valorar las acciones y omisiones del juzgador, más allá de las solas afirmaciones del juez respecto a la conducta de la demandada, porque, como menciona Laura Clérico (2018), "cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos tiene la mirada nublada, porque juzga a la persona afectada basado en sus ideas acerca del grupo particular y no en los hechos relevantes de esa persona y las circunstancias de ese caso específico" (p. 71).

Es notorio el hecho de que el juez supone que la carga moral de sostener una relación extramatrimonial recae exclusivamente en la demandada, asume que el hombre no tuvo una opción, alternativa, capacidad de agencia o decisión libre respecto a sostener una relación sexual y afectiva con esta. Ello visibiliza que su perspectiva estereotipada del caso se funda en tres sesgos cognitivos que pueden verse conectados o independientes entre sí; 1) que debe asumirse que la infidelidad de los hombres es algo natural y previsible; 2) que hay una conducta esperada de sumisión de las mujeres que deciden sostener una relación con ellos; 3) que la sexualidad de las mujeres fuera del matrimonio tiene una carga moral negativa que supone el castigo (y no la del hombre).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto a los estereotipos de género reproducidos en los tribunales de la región. En el caso Atala Riffo y niñas *vs*. Chile, la CIDH (2012) afirmó que "no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres" (párr. 109), en el caso de este ensayo, se observa que los estereotipos reproducidos por el juez

tienen como raíz la informalidad de la relación entre la demandada y el testigo, así como la procreación de un hijo fuera de matrimonio, respecto a la cual la demandada buscó la forma de hacer exigibles los derechos alimenticios del hijo en común y las amenazas que en dicho momento existían.

En el caso Fornerón e hija *vs.* Argentina, la CIDH (2012) reconoció que existen "nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la "formalidad" de la relación" (p. 31 parr.94). En el caso de este ensayo, el juez asumió que, derivado de la informalidad en la relación entre la demandada y el esposo de la actora, existía la presunción de afectar a la esposa o afectar la relación de matrimonio de la actora y su esposo, suposición que se asume por el estereotipo de pensar que las relaciones sexuales se deben dar en un contexto que implique relaciones afectivas o que todos los vínculos afectivos necesariamente buscan la figura del matrimonio como ideal. Eva Illouz (2014) reflexiona que la sexualidad de las mujeres modernas ha quedado atrapada en las tensiones entre la libertad sexual y la estructura tradicional de la familia, entre el deseo de placer individual y el deber de atender las necesidades de una unidad doméstica (p. 50), es decir, por una cuestión cultural puede asumirse que la demandada buscaba interferir en el matrimonio de la actora, porque lo que se espera socialmente de las mujeres es que busquen la unidad doméstica tradicional, esto resulta una falacia por asociación que consecuentemente produce estereotipos que se contraponen a las comunicaciones privadas entre la demandada y el testigo, donde el matrimonio de la actora ni siquiera era un tema de conversación entre ambos.

El hecho de que los jueces reproduzcan estereotipos a través de las sentencias judiciales tiene un efecto estigmatizante respecto a los sujetos que se encuentran etiquetados o estereotipados a través de estas decisiones judiciales. Por tal motivo, la aplicación de la perspectiva de género resulta fundamental durante el ejercicio profesional de los jueces, magistrados y ministros, pues permite que no se reproduzcan afectaciones hacia los sujetos determinados.

IV. A manera de conclusión: Los efectos de una sentencia estigmatizante

Al igual que los estereotipos, las múltiples significaciones asignadas al estigma parten de diversas disciplinas y abarcan temas tan divergentes, como la raza, género, clases sociales, enfermedades mentales y cáncer, por nombrar algunos. Sin embargo, el campo de lo jurídico no tiene un concepto de estigma que haya sido construido desde el derecho, al contrario, los estudios jurídicos que incorporan el estigma se han valido de reflexiones interdisciplinarias para tratar de llevar el análisis de este concepto a los fenómenos sociojurídicos.

El concepto de estigma está normalizado dentro de la sociedad, es decir, que su significado ha sido comprendido desde su sentido corriente, pues pareciera inequívoco e incluso obviado. El diccionario de la Real Academia Española (2020) define el estigma como una marca o señal y como desdoro, afrenta y mala fama. En 1963, el sociólogo Erving Goffman sentó las bases para analizar este concepto a través de su libro *Estigma: la identidad deteriorada*, donde identificó diversos elementos que serían trascendentes para la comprensión del estigma, así como algunos de los alcances que tiene. Goffman define el estigma como un atributo profundamente desacreditador, y distingue los elementos de atributo y estereotipo como componentes de su significado, donde por atributo se entiende una característica indeseable y estereotipo como una etiqueta con connotación negativa (Goffman, 1963).

Después de Goffman, se hicieron distintas aproximaciones al concepto de estigma. En años recientes, Link y Phelan (2001) realizaron una aproximación más completa y sistemática a partir de explicar el proceso de estigmatización:

*Stigma exists when the following interrelated components converge. In the first component, people distinguish and label human differences. In the second, dominant cultural beliefs link labeled persons to undesirable characteristics – to negative stereotypes. In the third, labeled persons are placed in distinct categories so as to accomplish some degree of separation of 'us' from 'them.' In the fourth, labeled persons experience status loss and discrimination that lead to unequal outcomes. Stigmatization is entirely contingent on access to social, economic and political power that allows the identification of differentness, the construction of stereotypes, the separation of labeled persons into distinct categories and the full execution of disapproval, rejection, exclusion and discrimination. (*pp. 363-385)

En los primeros dos puntos de esta definición, es posible identificar los elementos que señala Goffman (atributo y estereotipo). En la tercera característica correspondiente a la categorización entre "nosotros" y "ellos", es de distinguirse que el estigma se da dentro de un esquema de relaciones (Goffman los distingue como "desacreditado" y "desacreditable"). El cuarto elemento corresponde a la cristalización del proceso de estigmatización, con la pérdida del estatus y las situaciones concretas de discriminación.

A partir de este desglose del proceso de estigmatización, es necesario reflexionar sobre la posibilidad de agregar un quinto elemento: la socialización de los estigmas y sus alcances, con énfasis en los grupos que detentan el poder, pues esta doble estigmatización produce un impacto estructural que atañe no sólo a la sociedad, sino a las instituciones.

Según Link y Phelan, la reproducción de estereotipos por medio de personas que detentan el poder puede tener un efecto estigmatizante, pues su posición permite que los estereotipos tengan un mayor alcance y penetración dentro de la sociedad y las instituciones. Hablar de cómo los jueces reproducen estereotipos a través de sus decisiones judiciales y cómo estas tienen efectos estigmatizantes que producen desigualdad y que inciden en la vida de las y los individuos y de los grupos sociales, debe continuar como una línea de trabajo fundamental dentro del estudio interdisciplinario del derecho.

Por razones de tiempo y espacio no es posible desarrollar cómo se materializa el estigma a partir de la sentencia que motivó este ensayo. Sin embargo, es necesario que a partir de los conceptos anteriores pueda llegar a cuestionarse qué efectos tuvo el etiquetamiento que realizó el juez en la sentencia y en la divulgación de este caso por haber "ganado un premio". Es necesario evaluar cómo incidió en el desarrollo de su profesión, de sus relaciones interpersonales, en la crianza de su hijo y a gran escala hay que cuestionar cómo esta sentencia perpetúa una asimetría entre distintas mujeres con posiciones sociales diferentes, donde se privilegian los roles tradicionales de la mujer. Asimismo, la sentencia visibiliza la desigualdad estructural que prevalece en el ejercicio de la libertad sexual de hombres y mujeres, en las que tanto el juez como la parte actora, aún perciben que una infidelidad sexual o afectiva no es responsabilidad del hombre (o compartida), sino que toda recae sobre la otra mujer. Esa desigualdad es parte de los efectos del estigma.

Como dijo Howard Becker (2009),

las élites, las clases gobernantes, los jefes, los adultos, los varones, los caucásicos…conservan el poder tanto a través del control del modo en que la gente define el mundo, sus elementos y sus posibilidades, como a través de formas más primitivas de control social. Pueden utilizar medios más primitivos para establecer su hegemonía, pero el control basado en la manipulación de las definiciones y las etiquetas funciona mejor y cuesta menos: la gente con poder lo prefiere. El ataque a la jerarquía debe comenzar con un ataque a las definiciones, etiquetas y nociones de quién es quién y qué es qué (p. 222).

V. Referencias bibliográficas

Alexy, Robert (2009), Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica; Madrid, CEC. Becker, Howard (2009) Outsiders. Hacia una sociología de la desviación. Argentina, Siglo XXI Editores.

Clérico, Laura (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho Del Estado*, (41), 67-96.

Ferrer, Jordi. (2011); "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales". *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho,* núm. 34, ITAM, Ciudad de México, pp. 87-107.

Feteris, Eveline (2017), *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Ámsterdam, Springer.

Fiske, Susan (1998), *Stereotyping, Prejudice and Discrimination, The Handbook of Social Psychology,* vol.1, Estados Unidos, University of Massachusetts.

Goffman, Irving (2006) Estigma: La identidad deteriorada, Buenos Aires, Amorrortu.

Hilton, James y William von Hippel. (2016). Stereotypes. Annual Review of Psychology, 47, 237-271. Junio 2020, De https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.47.1.237

Illouz, Eva (2014) Erotismo de autoayuda, Marruecos, Katz Editores.

Link BG y Phelan JC. (2001) Conceptualizing stigma. Annual Review of Sociology. vol. 27:363–385 junio de 2020. De https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.soc.27.1.363

Taruffo, Michele (2011), *La motivación de la sentencia civil*; Madrid, Trotta,

Toulmin, Stephen (2008), *The Uses of Argument,* Nueva York, Cambridge University Press.

Wróblewski, Jerzy, "Legal Decision and its Justification", en, Hubien, Hubert (ed.), *Proceeding of the World Congress for Legal and Social Philosophy*, Bruselas, pp. 409-419.

Jurisprudencia

CIDH (2012), Caso Atala Riffo *vs*. Chile. Sentencia del 24 de febrero. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

CIDH (2012), Caso Fornerón e hija *vs*. Argentina. Sentencia del 27 de abril. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), Tesis Aislada de la Primera Sala. Décima Época, publicada en la página 447 del tomo I, Libro 7, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Sentencias

Tribunal décimo cuarto de lo civil, fallo judicial de primera instancia, del 14 de noviembre de 2017. Recuperado de https://www.womenslinkworldwide.org/files/3070/morally-acceptable-conduct-2018.pdf

Quinta sala civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, toca número 62/18/2 del 7 de marzo de 2018.

Leyes

Código Civil para el Distrito Federal, 2020.

Páginas de internet

Women's Link Worldwide (2020), Sobre Women´s Link. Recuperado de https://www.womenslinkworldwide.org/

Women's Link Worldwide (2020), Premios género y justicia al descubierto. Recuperado de https://www.womenslinkworldwide.org/premios

Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas, Los estereotipos de género y su utilización, junio 2020. Recuperado de: https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx

Diccionario

Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. Junio 2020. Recuperado de: http://dle.rae.es/?id=Gru2UbO

Capítulo VIII

Los Derechos de los Contribuyentes y la Acción 13 del Plan de Acción BEPS en México

Sumario: *I. Introducción. II. Argumentación jurídica y decisión judicial. III. Plan de Acción BEPS y su implementación en México, una especial referencia a la Acción 13. IV. Análisis de caso: Amparo en revisión 1000/2016. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Domingo Ruiz López[95]

I. Introducción

El Plan de Acción BEPS es una propuesta emanada de la OCDE y el Grupo de los 20, con la finalidad de combatir la evasión fiscal y el traslado de beneficios entre países, que ha provocado reflexiones y cuestionamientos en el foro jurídico internacional y las implicaciones que tiene la armonización fiscal internacional sobre el sistema de fuentes del derecho tributario, así como la colisión que se dará entre normas de derecho doméstico y como los derechos humanos del contribuyente.

Para resolver la colisión mencionada, los órganos responsables del control constitucional y de la convencionalidad son los garantes de la seguridad jurídica y del privilegio de los derechos humanos sobre actos de autoridad, en este caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que, en su función de control de la regularidad constitucional de leyes fiscales, ha dejado dudas en sus resoluciones a considerar válidas las normas emitidas en los últimos dos lustros, al menos.

Este apartado analizará la sentencia del amparo en revisión 1000/2016, dictada con relación al artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, creado como parte de la implementación de la acción 13 del Plan BEPS; para ello se fijan como parámetros algunos elementos de argumentación jurídica para aportar algunas reflexiones en torno a la claridad, ponderación y seguridad que arroja dicha sentencia.

Es relevante este análisis en el contexto de las medidas que ha recomendado la OCDE a los países miembros para paliar los efectos económicos ocasionados por la pandemia de Covid-19, mismos que México no ha considerado; se hace necesario contrastar la actitud del Estado mexicano para atender recomendaciones de la OCDE que establecen cargas a los particulares, con la actitud de nuestro gobierno para acatar recomendaciones del mismo organismo que proponen beneficios fiscales a los ciudadanos.

II. Argumentación jurídica y decisión judicial

El neoconstitucionalismo (o neoconstitucionalismos) es reflejo de los cuestionamientos en torno a la noción de derecho y la forma de entenderlo, donde, a partir del paradigma del derecho natural, queda claro que el derecho no es solamente normas, también es principios, a partir de los cuales el derecho es integrado y operado. El paradigma del derecho natural y de los derechos humanos nos lleva a reflexionar, por lo tanto, sobre la noción de derecho, el cual ha de ser entendido en función de su finalidad y utilidad, desde luego la hipótesis del derecho natural le llena de un contenido y de finalidad, y la del derecho positivo de otro.

[95] Presidente del Capítulo Occidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Jiménez Solares (2015), con relación a la tridimensionalidad del Derecho, afirma:

> Al pretender establecer una definición del Derecho, invariablemente se tiene que hacer referencia a un sistema jurídico o conjunto de normas jurídicas. Así mismo, se invoca o se presupone la existencia de otros conceptos o figuras, no sólo jurídicas sino también políticas y filosóficas, fundamentalmente: validez, eficacia, deber jurídico, obligación jurídica, coacción, derechos, facultades, potestad, valores, justicia, sociedad, Estado y soberanía, por citar las más relevantes"

Afirmación que nos aporta algunas reflexiones que destaco:

a. Para hablar de derecho siempre ha de entenderse como sistema jurídico o un conjunto de principios y normas jurídicas, es decir, no se puede abstraer la norma jurídica –derecho positivo- del objeto de estudio del derecho, la norma es una realidad jurídica y como tal es instrumento del derecho para lograr sus fines.
b. La noción de derecho ha de contener conceptos o figuras no sólo jurídicas, sino también filosóficas o políticas, lo que sugiere que el contenido del derecho son precisamente los fenómenos sociales regulados, finalidades buscadas, así como las reglas y metodologías para entender, aplicar y cumplir la norma.

De lo anterior es posible aproximar algunos elementos sobre la tridimensionalidad del derecho, donde este es una realidad y regula una realidad social, regulación que es posible a través de un sistema de normas que contienen valores y finalidades.

Por tridimensionalidad del derecho Reale (1989) define:

> …una realización ordenada y garantizada del bien común en un estructura tridimensional, bilateral, atributiva, o en forma analítica, que: el Derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores.

Definición donde podemos encontrar también los tres atributos anotados, donde es una realidad –regula relaciones de convivencia-, el derecho también es normas –es la ordenación-, y el derecho también es valores –integración normativa de hechos y valores-, aspectos en los que se ha de fijar atención al momento de entender al derecho como derecho natural.

Esta tridimensionalidad también se encuentra en García Máynez (2001), quien afirma:

> …la definición de Derecho implica referir a una realidad compleja y múltiple que ontológicamente se integra por la concurrencia de tres atributos, conceptos o definiciones concurrentes y colaborativas que conducen a la unidad conceptual: a) Derecho vigente (normas), b) Derecho intrínsecamente válido (valores) y c) Derecho eficaz (realidad o hechos)"

García Máynez no deja lugar a la duda o a la interpretación de nuestro objeto de reflexión, donde segmenta claramente cada una de las dimensiones del derecho como:

a. Normas: Derecho vigente.
b. Valores: Derecho intrínsecamente válido.
c. Realidad: Derecho eficaz.

Es en esta tridimensionalidad que han de suceder las reflexiones en torno a la noción de derecho, es útil tal estructura para la reflexión de este capítulo, al ser parámetros morales alrededor de la dignidad humana, han de ser referencia para la construcción de cualquier norma jurídica y más aún su aplicación. Al ser el derecho tridimensional, su operación, es decir, su interpretación y aplicación no puede ser estática, según el contexto es que la norma jurídica puede tener una y otra aplicación, y la manera de establecer cuál de las interpretaciones resulta la más atinada es mediante la argumentación jurídica.

El problema de la argumentación jurídica y la decisión judicial, estriba en la manera en que el juzgador debe razonar sus decisiones, así como las valoraciones que toma en cuenta al momento de resolver y considerar que dichos razonamientos deben ser verdaderos o probados.

Para ello, según Robert Alexy (2014), existen al menos cuatro razones:

1. La vaguedad del lenguaje jurídico;
2. La posibilidad de conflictos de normas;
3. El hecho de que existan posibles casos que requieran una regulación jurídica, pero que esa regulación no se encuentre ya vigente; y,
4. La posibilidad de decidir incluso contra una norma en casos específicos.

De lo anterior podemos asumir que, de manera adicional al contexto normativo del texto normativo, es posible que existan casos difíciles en los que se deba resolver, y esa dificultad se encuentra en imperfecciones de técnica legislativa, sea por vaguedad, complejidad, contradicción o vacío normativo; sin embargo, depende del contexto de aplicación, el juzgador debe realizar valoraciones y expresar razones que pueden ser refutadas y, una vez superadas, arribar a conclusiones jurídicamente válidas.

Uno de los problemas de la argumentación jurídica se encuentra en las valoraciones, ya que la adecuada impartición de justicia y la certeza jurídica en las resoluciones, se alcanzará en la medida en que exista claridad sobre las consideraciones del juzgador para fundar su decisión judicial. Para objetivizar el problema de las valoraciones, es posible agruparse en tres clases diferentes (Alexy, 2014):

a. Basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas.
b. Referirse a valoraciones que, de alguna manera, puedan ser extraídas del material jurídico existente.
c. Recurrir a principios suprapositivos.
d. Apelar a conocimientos empíricos.[96]

Los problemas planteados no se pueden resolver con los paradigmas del positivismo jurídico, debido a que el silogismo formal y la lógica racional resultan insuficientes al momento de realizar valoraciones, la visión más amplia se encuentra en el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo jurídico, donde se puede acudir a principios y a contextos normativos para determinar el alcance y aplicación, o incluso la no aplicación de una norma jurídica, en este sentido:

> La idea del Estado constitucional de derecho corresponde a un nuevo modelo normativo, diferente al tradicional Estado Legislativo de derecho (paradigma positivista). En ese sentido,

[96] Al respecto, aclara Alexy, que esta vía no se ha discutido aún en la doctrina.

> el concepto de ley, el principio de legalidad, e incluso la concepción del derecho que postulaba el Estado Legislativo, ha tenido un auténtico cambio genético. (Campo Silva, 2017).

En la función jurisdiccional, más aún al resolver casos difíciles, es necesario incorporar un equilibrio entre principios, valores y derechos, que se recogen en las normas jurídicas, la flexibilidad, o a decir de Zagrebelsky (2011), su ductilidad, dependerá:

> no de la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente Se trata de una simbiosis entre la doctrina y el derecho operando, donde una no ha de estorbar a la otra, sino complementarse, "no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente, mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto.

Por lo tanto, una función importante del juzgador es realizar esas soluciones acumulativas que produzcan un desarrollo en su conjunto, ahí podemos inscribir el principio de progresividad que informa el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde es responsabilidad del juzgador hacer evolucionar y no retroceder la protección de los derechos.

Con ello no se pretende cuestionar la discrecionalidad judicial, desde luego que una de las premisas que justifica la función jurisdiccional, y el papel del poder Judicial como contrapeso en la correlación de fuerzas entre poderes públicos, es la discrecionalidad judicial. Sin embargo, como afirma Vigo, "dicha discrecionalidad tiene como límite la ética judicial" (Vigo, 2016), pues es esa prudencia del juzgador la que incorporará los principios en equilibrio con las normas jurídicas que pretenden recogerlos o que, en todo caso, obedecen a la realidad social.

La discrecionalidad, pone a prueba la prudencia del juzgador, cuando ha de resolver casos difíciles, inéditos, sin precedente, o al menos casos cuyos hechos no están previstos en la norma jurídica, y la solución no se encuentra solamente en la norma. De esta manera a decir de Alexy (2014):

> Cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera (juntamente con enunciados empíricos), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente.

La no determinación ulterior de soluciones es lo que hace que el juzgador deba innovar en sus decisiones, pero no de manera puramente discrecional, sino en atención a principios propios de la ciencia jurídica. Es la crítica que hace Dworkin (2015) a la teoría de los casos difíciles en el positivismo jurídico, donde se parte de la premisa de que "en determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría- tiene "discreción" para decidir el caso en uno u otro sentido"; sin embargo, como el propio autor plantea en su crítica al positivismo jurídico, "aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos".

Por lo tanto, es prudente reflexionar sobre el nivel de independencia de los juzgadores que conforman la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en particular, algunos que integran la Segunda Sala, y que fueron emanados del poder Ejecutivo, y si acaso gozan de la objetividad en sus criterios. Al respecto, Hart (1998), plantea la cuestión anterior como un asunto de ética judicial, al afirmar que:

> …los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión.

En el paradigma neoconstitucional y del iusnaturalismo, la correcta impartición de justicia parte de la adecuada argumentación jurídica, que arroje claridad sobre los criterios que tomó en cuenta el juzgador para emitir su decisión judicial, así como de la independencia judicial, a fin de que sea el prudente criterio "científico" del juzgador, y no la arbitrariedad, lo que marque las decisiones judiciales.

III. Plan de Acción BEPS y su implementación en México, una especial referencia a la Acción 13.

El plan de acción BEPS (*base erosion and profit shifting*) es un conjunto de iniciativas acordadas en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para combatir la erosión de la base gravable y el traslado de beneficios entre países, se dice que así como existen tratados internacionales para evitar la doble tributación, las naciones deben realizar esfuerzos para eludirla.[97]

El Plan de Acción BEPS, que tiene por objetivo combatir el traslado de beneficios entre países con la consecuente erosión de las bases imponibles de las sociedades incursas en tales prácticas –llamadas de "planificación fiscal agresiva"-, se puede considerar como un segundo gran objetivo dentro de la fiscalidad internacional. El primero había sido establecido en los tiempos de la Sociedad de Naciones, que apuntaba a fortalecer el comercio internacional al prevenir el impacto de la doble tributación. Por otra parte, este segundo objetivo que se planteó en 2013, tuvo como propósito combatir la doble no imposición, la cual según la OCDE es producto de la globalización de las economías y las posibilidades que ella ofrece a las empresas multinacionales para disminuir sus bases imponibles y transferir beneficios entre las mismas, con la consecuente disminución de la carga tributaria entre grupos empresariales. (Emminerik, 2013).

Un paso inicial en la fiscalidad internacional para combatir la planificación fiscal agresiva, se reflejaba en las llamadas políticas de precios de transferencia, que tenían la finalidad que empresas con intereses comunes, realizaran prácticas de precios internos con el ánimo de fijar sus mayores rendimientos en la jurisdicción con más baja tributación (Rozas Valdés, 2013).

Al respecto, la OCDE ha precisado en un informe que

> "La erosión de las bases y la transferencia de beneficios (BEPS) es un problema mundial que requiere soluciones globales. El término BEPS se refiere a las estrategias de planificación fiscal utilizadas para, al aprovechar las discrepancias e inconsistencias existentes entre los sistemas fiscales nacionales, cambiar artificiosamente los beneficios a lugares de escasa o nula tributación, donde la empresa apenas realiza actividad económica alguna, lo que le permite eludir casi por completo el impuesto de sociedades. El proyecto BEPS es especialmente importante para los países en desarrollo porque dependen en mayor medida de los ingresos por impuestos societarios, sobre todo las de las empresas multinacionales" (OCDE).

[97] Al respecto ver http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm así como http://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm

A instrumentos como el mencionado, se han llamado *soft law*, pues no se trata de normas jurídicas en un sentido formal, sino recomendaciones que adoptan o pueden adoptar los Estados miembros, y que llegan a cuestionar el papel de sus parlamentos, o de la propia soberanía (Vega, 2012), cuestiona el sistema de fuentes del derecho.

El Plan de Acción BEPS contiene 15 acciones, en particular nos referiremos a la acción 13, cuyo eje es reexaminar la documentación sobre precios de transferencia, que exhorta al desarrollo de:

> …normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la administración tributaria, teniendo en cuenta los costes de cumplimiento para las empresas. Las normas a desarrollar incluirán el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común (Vega, 2012).

De los estudios técnicos llevados a cabo en el seno de la OCDE, con relación a la acción 13, se arribó a la conclusión de que la manera de fortalecer la documentación en materia de precios de transferencia, se lograría a través de tres documentos fundamentales, a saber:

1. Master file.
2. Local file.
3. Country by country report.

Con relación al *master* file, el informe final del plan BEPS, establece que, en primer lugar, las directrices relativas a la documentación sobre precios de transferencia establecen la obligación, por parte de las empresas multinacionales, de facilitar a las administraciones tributarias competentes información completa y exhaustiva acerca de sus actividades económicas a escala mundial y de sus políticas generales en materia de precios de transferencia en un "archivo maestro" al que tendrán acceso todas las administraciones tributarias pertinentes (OCDE, 2015).

El informe final afirma que, en segundo lugar, el "archivo local", específico para cada país, contiene información más detallada sobre operaciones particulares e identifica pertinentemente la información sobre operaciones entre entidades vinculadas, los importes de dichas operaciones y el análisis efectuado por la empresa en la determinación de los precios de transferencia de esas operaciones. Finalmente, afirma que, en tercer lugar, las grandes empresas multinacionales están obligadas a presentar un informe país por país, donde se indique el nivel de ingresos, beneficios antes de impuestos y cuantía del impuesto sobre sociedades satisfecho y devengado con carácter anual en cada una de las jurisdicciones en que desarrollan sus actividades. Asimismo, debe constar el número total de empleados, el capital declarado, beneficios no distribuidos y activos tangibles con los que cuenta en cada jurisdicción fiscal. Por último, las empresas multinacionales han de reconocer clara y debidamente cada una de las entidades pertenecientes al grupo que desarrollen su actividad en una determinada jurisdicción fiscal, donde especifiquen el tipo concreto de actividad económica que desarrolla cada entidad (OCDE, 2015).

Para implementar el Plan de Acción BEPS, el 8 de septiembre de 2015[98], el presidente de la república presentó una iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria,[99] establece en el punto "combate a la elusión y la evasión fiscal" los razonamientos que

[98] Incluso de manera previa a que se emitiera el informe final.
[99] Consultable en http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/63/2015/sep/20150908-C.pdf

justifican la propuesta de implementación de la acción 13 del Pan BEPS y que están sintetizados en los dos primeros párrafos del apartado que establecen:

> Las administraciones tributarias de un gran número de países, incluido el nuestro, así como organismos internacionales, tales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), han identificado que algunos grupos empresariales multinacionales han incurrido en la implementación de estrategias fiscales en el ámbito internacional para eludir el pago de impuestos corporativos en los lugares donde se genera la riqueza, por medio de la diversificación de su tributación, situando sus centros corporativos o algunas de sus empresas subsidiarias en jurisdicciones que tienen tasas de impuestos sobre la renta nulas o más reducidas respecto de aquellos países en los que efectivamente llevan a cabo sus operaciones.
>
> Consecuentemente, las utilidades fiscales sujetas a gravamen de los grupos empresariales multinacionales se trasladan y concentran en países con cargas impositivas nulas o reducidas. Esto, aunado al hecho de que las empresas subsidiarias que se sitúan en esos países realmente no tienen una actividad económica que justifique —por medio de las funciones que se realizan, los activos utilizados y los riesgos que se asumen— las utilidades de operación que se asignan e integran en la base gravable de dichos países, ocasiona que la substancia económica que genera la tributación sea cuestionable y en algunos casos inexistente (Presidencia de la República, 2015).

Claramente la implementación de la acción 13 del Plan de Acción BEPS tiene el propósito de alinearse con los postulados fijados por la OCDE, a fin de combatir prácticas fiscales que considera inadecuadas para la recaudación fiscal nacional y que llevan a cabo empresas multinacionales.

Los tres lineamientos generales marcados para la acción 13 del Plan de Acción BEPS, *master file, local file* y *country by country report*, fueron incorporados en el artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que, seguido su proceso legislativo, fue aprobado en los siguientes términos:

> Artículo 76-A. Los contribuyentes señalados en el artículo 32-H, fracciones I, II, III y IV del Código Fiscal de la Federación que celebren operaciones con partes relacionadas, en adición a lo previsto en el artículo 76, fracciones IX y XII, y en relación con el artículo 179, primer y último párrafos de esta Ley, deberán proporcionar a las autoridades fiscales a más tardar el 31 de diciembre del año inmediato posterior al ejercicio fiscal de que se trate, las siguientes declaraciones anuales informativas de partes relacionadas:
>
> I. Declaración informativa maestra de partes relacionadas del grupo empresarial multinacional, que deberá contener información referente al grupo empresarial multinacional, de la:
>
> a) Estructura organizacional.
>
> b) Descripción de la actividad, sus intangibles, actividades financieras con sus partes relacionadas.
>
> c) Posición financiera y fiscal.
>
> II. Declaración informativa local de partes relacionadas, que deberá contener información sobre la:
>
> a) Descripción de la estructura organizacional, actividades estratégicas y de negocio, así como de sus operaciones con partes relacionadas.

b) Información financiera del contribuyente obligado y de las operaciones o empresas utilizadas como comparables en sus análisis.

III. Declaración informativa país por país del grupo empresarial multinacional que contenga:

a) Información a nivel jurisdicción fiscal sobre la distribución mundial de ingresos e impuestos pagados.

b) Indicadores de localización de las actividades económicas en las jurisdicciones fiscales en las que opera el grupo empresarial multinacional en el ejercicio fiscal correspondiente, los cuales deberán incluir la jurisdicción fiscal; el ingreso total, distinguiendo el monto obtenido con partes relacionadas y con partes independientes; utilidades o pérdidas antes de impuestos; impuesto sobre la renta efectivamente pagado; impuesto sobre la renta causado en el ejercicio; cuentas de capital; utilidades o pérdidas acumuladas; número de empleados; activos fijos y de mercancías.

c) Un listado de todas las entidades integrantes del grupo empresarial multinacional, y de sus establecimientos permanentes, incluyendo las principales actividades económicas de cada una de las entidades integrantes del grupo empresarial multinacional; jurisdicción de constitución de la entidad, para el caso en que fuera distinta a la de su residencia fiscal, además de toda aquella información adicional que se considere pudiera facilitar el entendimiento de la información anterior.

La declaración informativa país por país, deberá ser presentada por los contribuyentes a que se refiere este artículo cuando se ubiquen en alguno de los supuestos que se señalan a continuación:

a) Sean personas morales controladoras multinacionales, entendiéndose como tales aquéllas que reúnan los siguientes requisitos:

1. Sean residentes en México.

2. Tengan empresas subsidiarias definidas en términos de las normas de información financiera, o bien, establecimientos permanentes, que residan o se ubiquen en el extranjero, según sea el caso.

3. No sean subsidiarias de otra empresa residente en el extranjero.

4. Estén obligadas a elaborar, presentar y revelar estados financieros consolidados en los términos de las normas de información financiera.

5. Reporten en sus estados financieros consolidados resultados de entidades con residencia en otro o más países o jurisdicciones.

6. Hayan obtenido en el ejercicio inmediato anterior ingresos consolidados para efectos contables equivalentes o superiores a doce mil millones de pesos.

Este monto podrá ser modificado por el Congreso de la Unión para el ejercicio de que se trate en la Ley de Ingresos de la Federación.

b) Sean personas morales residentes en territorio nacional o residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, que hayan sido designadas por la persona moral controladora del grupo empresarial multinacional residente en el extranjero como responsables de proporcionar la declaración informativa país por país a que se refiere la presente fracción. La persona moral designada deberá presentar, a más tardar el 31 de

diciembre del año siguiente al de su designación, un aviso ante las autoridades fiscales en los términos que para tales efectos establezca el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas de carácter general.

El Servicio de Administración Tributaria establecerá reglas de carácter general para la presentación de las declaraciones referidas en las fracciones I, II y III del presente artículo, a través de las cuales podrá solicitar información adicional, e incluirá los medios y formatos correspondientes. Por otra parte, dicha autoridad fiscal, podrá requerir a las personas morales residentes en territorio nacional que sean subsidiarias de una empresa residente en el extranjero, o a los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, la declaración informativa país por país a que se refiere la fracción III de este artículo, en los casos en que las autoridades fiscales no puedan obtener la información correspondiente a dicha declaración por medio de los mecanismos de intercambio de información establecidos en los tratados internacionales que México tenga en vigor, para dichos efectos los contribuyentes contarán con un plazo máximo de 120 días hábiles a partir de la fecha en la que se notifique la solicitud para proporcionar la declaración a que se refiere este párrafo.

Esta disposición deja clara la incorporación de la acción 13 del Plan de Acción BEPS[100], con sus particularidades, pues de manera concreta exige a los contribuyentes que se señalan en su primer párrafo el deber de presentar a través de las declaraciones informativa anuales precisamente:

I. *Master file.* Que deberá contener información sobre la estructura organizacional, la descripción de actividades, intangibles, actividades financieras con partes relacionadas, así como su posición financiera y fiscal.
II. *Local file.* Que deberá contener, además de la estructura organizacional, las actividades estratégicas y de negocio, así como las operaciones con partes relacionadas.
III. *Country by country report.* Que deberá contener una información a nivel de cada jurisdicción fiscal en que opere el grupo empresarial, su distribución mundial de impuestos e ingresos pagados, los indicadores de localización de las actividades económicas, con información sobre su ingreso total así como las utilidades o pérdidas antes de impuestos; ISR causado en el ejercicio; cuentas de capital; utilidades o pérdidas acumuladas; número de empleados; listado de entidades integrantes del grupo empresarial, y un sinnúmero de información de cada una de las entidades que formen parte del grupo empresarial multinacional, en cada uno de los países en que se tenga operación.

Se trata sin duda de un instrumento de control fiscal, a través del cual las autoridades fiscales tendrán acceso a la información no solamente de contribuyentes de México, sino también en el extranjero, información con la que se podrá controlar el cumplimiento de obligaciones fiscales, intercambiar con otras autoridades fiscales de diversas jurisdicciones e incluso, programar actos de auditoría.

IV. Análisis de caso: Amparo en revisión 1000/2016.

[100] La reforma legislativa, es producto de la influencia clara del Plan de Acción BEPS, cuyo impacto en la soberanía y en la legislación se ha venido cuestionando. A decir de Fernando Serrano Antón "Los resultados de la globalización sobre el Derecho tributario son visibles en buena parte de los elementos esenciales de los principales impuestos de nuestro sistema tributario… Dichos efectos proceden fundamentalmente del entorno descrito, junto con el 'efecto simpatía', que se produce al replicar regímenes fiscales de otras jurisdicciones fiscales y de la aplicación de todo tipo de directrices que, en el mejor de los casos, reciben el nombre de *pseudo*-Derecho. Se produce así una situación de '*policentrismo de fuentes'*, entre las que hay que incluir tradicionales (*Hard Law)*, como una serie de informes y directrices, que conforman lo que se denomina *Soft Law* (o 'derecho blando'), y que, dada su generalizada aceptación y adopción por los Estados, ha ido paulatinamente adquiriendo el status de *Semi-Hard Law* o Derecho impropio. Y lo relevante es que esto se produce en muchos aspectos por una curiosa interacción entre el Derecho tributario internacional y el Derecho comunitario" (Serrano Antón, 2015).

La incorporación del artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, como se comentó en el apartado anterior, forma parte de la armonización fiscal internacional que se busca para homologar criterios de fiscalización. Es clara la tendencia hacia la armonización internacional de normas fiscales, o más bien fiscalizadoras, pero también lo es que no parece que sea el camino más saludable para la relación de los contribuyentes con sus respectivos países, al parecer se comienza a privilegiar el derecho tributario formal sobre el derecho tributario sustantivo y se corre el riesgo de dejarlo vacío de contenido, pues el sentido y fin último del derecho tributario formal es hacer posible el sustantivo y para ello es necesario tener como tema central la obligación tributaria, el hecho imponible, la relación jurídico tributaria así como los derechos de los contribuyentes.

Estas tendencias de armonización fiscal internacional afectan a los sistemas tributarios, es relevante destacar lo afirmado por García Novoa (2015):

> …el sistema fiscal se ve afectado por las normas supranacionales armonizadoras. La armonización es, sustancialmente, una técnica de aproximación de legislaciones. La armonización fiscal… es una actividad instrumental que presupone la diferencia de regímenes jurídicos derivados de la coexistencia de diferentes Estados soberanos. Precisamente por eso, la armonización va a provocar una permanente tensión entre la normativa integradora de carácter supranacional y los ordenamientos internos, orientados por sus propios principios constitucionales de justicia tributaria. Los ordenamientos internos están dotados de fines públicos primarios que determinan la existencia de intereses fiscales específicos. Estos intereses fiscales o intereses recaudatorios de los estados miembros frecuentemente colisionan con los principios que defiende la normativa comunitaria integradora.

Parte de la colisión normativa que puede existir por la armonización fiscal internacional, es precisamente con los derechos humanos de los contribuyentes, cuestiones que, en México, suponen un reto ante el cúmulo de resoluciones adversas para el pagador de impuestos, cuando de control constitucional de leyes se trata.

Precisamente por estas consideraciones de inconstitucionalidad es que se promovieron juicios de amparo en contra del artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que es relevante para este análisis, y que derivó en el amparo en revisión 1000/2016, radicado ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación, realizaremos un análisis de algunos puntos contenidos en la sentencia que resolvió el citado recurso (Amparo en Revisión, 2017).

La sentencia, hace la valoración de diversos argumentos que alegaban la violación a derechos humanos del contribuyente, mismos que a continuación serán analizados.

a. Vulneración al principio de seguridad jurídica.

En la parte medular del argumento, el contribuyente mencionó que, al solicitarse información no sólo propia, sino de sus partes relacionadas, se vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que debe presentar información de otras personas jurídicas que tienen su propia personalidad y que está fuera de su alcance.

La Segunda Sala, para resolver este argumento, establece las siguientes premisas:

1. La OCDE persigue fines relacionados con el combate a la evasión y la elusión fiscal, a través del traslado de beneficios entre diversas jurisdicciones;[101]
2. La información que prevé el artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, tiene su origen y justificación en lo que estableció la OCDE;[102]
3. La norma jurídica es clara sobre cuál y qué tipo de información se debe proporcionar;[103]

[101] Página 51 del engrose de la sentencia.
[102] *Idem*
[103] Página 53 de la sentencia.

4. Si bien es cierto que se pide información de otras empresas, en nada provoca inseguridad jurídica, porque se está diciendo claramente qué tipo de información es la solicitada, y es la relacionada con la vinculación de las empresas;
5. El derecho de los contribuyentes a decidir qué información proporcionan no es absoluto, está limitado por disposiciones de orden público;
6. Las directrices de la OCDE establecen los lineamientos que deben seguir las administraciones tributarias, en el desarrollo de sus normas y procedimientos sobre documentación de partes relacionadas; Realiza una reseña de las guias de precios de transferencia de la OCDE, y como es que se pueden determinar precios en operaciones comparables, así como la información que se requiere para cada caso;
7. Por lo tanto, considera proporcional y razonable la medida, ya que está íntimamente ligada con los métodos de determinación de los precios de transferencia;[104]
8. El artículo 76-A no pretende difuminar la personalidad jurídica de las empresas multinacionales que pertenecen al grupo, sino solo requerir información y documentación que se produce con motivo de sus operaciones.

Al retomar la reflexión expresada en el primer apartado de este documento, no son claros los métodos de valoración que se tomaron al emitir la decisión judicial, a nuestro juicio, existen varios saltos al vacío, es decir, argumentos que presentan conclusiones, pero sin premisas, solamente las conclusiones, y no se sabe cómo es que se llegó a ellas, incluso, conclusiones que no se relacionan con las premisas expuestas.

Por otra parte, llama la atención la legitimación del fenómeno de policentrismo de fuentes que representa el Plan de Acción BEPS, ya que, de forma, a nuestro juicio, dogmática, la justificación de la regularidad constitucional de la norma se encuentra en el propio Plan de Acción BEPS y los lineamientos establecidos por la OCDE, equiparándolo a fuente del derecho, junto con las guías de precios de transferencia establecidas por la misma organización.

Queda por lo tanto difusa la solución del problema toral ¿Se puede obligar a una persona jurídica a presentar información de una persona jurídica diferente? ¿El sólo hecho de ser una persona jurídica socia o accionista de otra, le permite tener control sobre su información fiscal y financiera? ¿Por qué las utilidades, cuentas de capital, pérdidas, impuestos pagados, forman parte de la información para determinar precios de transferencia? La sentencia, no ofrece claridad al resolver estos cuestionamientos.

Finalmente, llama la atención que la Segunda Sala afirme que la información que se contiene en el artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es sólo la relacionada con los precios de transferencia, pero no dice por qué, más bien reseña las guías de precios de transferencia de la OCDE, las cuales no exigen por ejemplo, información relacionada con las cuentas de capital, impuestos pagados, pérdidas, entre otros elementos contenidos en el artículo 76-A; tampoco establece un juicio de razonabilidad que arroje claridad sobre por qué normas de *soft law* resulten de observancia obligatoria para las personas jurídicas.

b. La norma cuestionada es un acto de molestia que entraña una facultad de comprobación, y debe cumplir con lo establecido por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La parte medular del argumento explica que, al tratarse de actos de fiscalización, se deben seguir los lineamientos del artículo 16 constitucional, además de tratarse de un acto de violabilidad del domicilio.

Para dar cauce a este argumento, la Segunda Sala expresa las siguientes consideraciones:

[104] Página 62 de la sentencia.

1. Se trata de una obligación de naturaleza formal, con la finalidad de intercambiar información con autoridades de otros países, e identificar operaciones que pudieran significar riesgo de evasión o elusión fiscal;[105]
2. De la exposición de motivos se desprende que la finalidad de la norma no es fiscalizar, sino evaluar riesgos de evasión o elusión fiscal.[106]
3. Lo previsto en la norma no es apto para emitir actos arbitrarios, créditos fiscales o preliquidaciones;[107]
4. Por lo tanto no constituye un acto de fiscalización, ya que tratándose de revisiones electrónicas, estas comienzan con la notificación de la preliquidación.[108]

Los razonamientos de la Segunda Sala, dejan claridad sobre su posición, el suministro de toda la información que contiene el artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta no constituye un acto de fiscalización, y por ello no debe mediar un mandamiento escrito de autoridad fundado y motivado, como lo exige el artículo 16 constitucional.

No obstante, el argumento en análisis es una de las discusiones centrales alrededor de la fiscalidad internacional y su colisión con los derechos humanos, y se trata sobre la factibilidad o no de que una autoridad solicite información a los contribuyentes con fines fiscalizadores e intercambiándola con otras autoridades fiscales ¿Cuáles son los límites de estas atribuciones? ¿Riñen con derechos humanos de los contribuyentes? En la valoración de los argumentos, la Segunda Sala fue omisa al pronunciarse sobre estas cuestiones.

Asimismo, hizo falta un pronunciamiento sobre el uso de la información, nos parece desacertado el criterio asumido en el sentido de que una revisión electrónica comienza con el oficio de preliquidación, porque ese oficio es el resultado de una revisión, el hecho de que a través de ese oficio el contribuyente apenas tenga noticia de la revisión no significa que ahí comienza, de manera previa, la autoridad fiscal revisó toda la información que tiene en su poder, y de su análisis encontró irregularidades que le comunica al contribuyente a través del oficio de preliquidación, precisamente porque ya la revisó, lo que deja duda sobre cuándo inició esas actividades fiscalizadoras. Sobre ese punto, si el quejoso en el amparo en revisión expresaba esos fines fiscalizadores respecto de la información que debe proporcionar, y claramente la Segunda Sala estableció como premisa que es para compartir información y evaluar riesgos, de manera que si existen riesgos se puede iniciar una revisión electrónica ¿Cómo es entonces que la información no es con fines fiscalizadores?

c. Transgresión al principio de reserva de Ley y subordinación jerárquica

Considera el contribuyente que la disposición impugnada violenta el principio de reserva de Ley y subordinación jerárquica, al contener una cláusula habilitante para la autoridad fiscal, sobre información adicional que puede solicitar.

La Segunda Sala, valora el argumento reseñado, de la siguiente manera:

1. Hace falta que la autoridad fiscal normativice los aspectos técnicos y operativos de la materia específica para poderlos valorar;[109]
2. La cláusula habilitante sí establece una base mínima que se debe desarrollar;[110]
3. La exposición de motivos de la norma establece que la información es con el propósito de transparentar la administración tributaria, y detectar posibles actos de evasión y elusión fiscal;[111]

[105] Página 65 de la sentencia.
[106] Página 66 de la sentencia.
[107] Página 67 de la sentencia.
[108]Páginas 68 y 69 de la sentencia.
[109] Página 71 de la sentencia.
[110] *Idem.*
[111] Página 72 de la sentencia.

4. El legislador no puede definir, como si fuera un diccionario, cada una de las palabras que emplea.[112]

Consideramos que las valoraciones aportan claridad en un asunto toral: para analizar si realmente se vulnera el principio de subordinación jerárquica de la ley, es necesario que la autoridad emita normas, para considerar si van o no más allá de lo establecido por el legislador, sólo de esta forma se podrá realizar una adecuada y precisa valoración.

Lo que no se alcanza a comprender, es por qué se refiere a la exposición de motivos y los objetivos de control fiscal, además de las definiciones de términos; con relación al primer aspecto ¿Significa que la cláusula habilitante es amplia en la medida de que se cumplan objetivos de control fiscal?; en el segundo supuesto, en nada se exigieron definiciones, sino limites claros a las atribuciones de la autoridad para emitir reglas de carácter general.

d. Transgresión al derecho fundamental de protección de datos personales

El contribuyente considera que la disposición, al exigir diversa información propia y ajena, transgrede el derecho fundamental de protección de datos personales, contenido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En principio de cuentas, la Segunda Sala considera inoperante el agravio, porque se trata de una reiteración de los argumentos expresados en la demanda de amparo, sin que en el recurso de revisión se cuestionen los argumentos expuestos por el juez de Distrito en la sentencia;[113] no obstante, sí realiza algunos pronunciamientos relacionados con el fondo de la cuestión.

1. No es posible conceder el amparo, porque su efecto sería obligar a la expedición de una norma general y obligatoria para todas las autoridades, así como a todas las personas con quienes se intercambie información;[114]
2. El artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, obliga a los funcionarios fiscales a guardar absoluta reserva sobre la información que reciben;[115]
3. Las excepciones a la norma anterior (intercambio de información con otras autoridades) no contradicen el derecho de protección de datos personales, solo robustecen la finalidad toral por la que el Gobierno Mexicano firmó e inició su participación ante la OCDE;[116]
4. Los acuerdos de intercambio de información financiera obligan a la secrecía.

En principio encontramos razonable lo sostenido por la Segunda Sala, en el sentido de que el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación obliga a guardar confidencialidad de la información; sin embargo, esto se rompe en el momento en que esta se tiene que divulgar hacia múltiples autoridades de otras jurisdicciones, cuando se desconocen los instrumentos y mecanismos que aseguren confidencialidad de la información, a nuestro parecer, la Segunda Sala debió reflexionar y valorar en la sentencia si es que este derecho fundamental tan sensible para las personas realmente se encuentra protegido, porque no existe congruencia entre el argumento de los objetivos que el gobierno mexicano buscó al ingresar a la OCDE y la protección de datos personales, en la argumentación de la Segunda Sala, pareciera que el combate a la evasión y elusión fiscal legitima cualquier acto de autoridad; sin embargo, siempre se debe ponderar a la luz de los derechos humanos de los contribuyentes.

e. Transgresión al derecho fundamental de presunción de inocencia y no autoincriminación

[112] Página 73 de la sentencia.
[113] Páginas 74 y 75 de la sentencia.
[114] Página 77 de la sentencia.
[115] Página 81 de la sentencia.
[116] Páginas 81 y 82 de la sentencia.

Sostiene el contribuyente que existe violación al principio de presunción de inocencia y no autoincriminación, pues, para proporcionar toda la información que exige el artículo 76-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, debe existir un mandamiento de autoridad.

La Segunda Sala valora los argumentos de la siguiente manera:

1. La norma no es un acto de molestia, por lo que no debe observar lo previsto por el artículo 16 Constitucional;[117]
2. La norma no forma parte del régimen de sanciones administrativas, por lo que no forma parte del Derecho Administrativo Sancionador;[118]
3. Solo a las normas del Derecho Administrativo Sancionador les es aplicable el principio de presunción de inocencia y no autoincriminación.[119]

Consideramos que existe un amplio debate por resolver en la materia; sin embargo, en este aspecto hay que decir que el criterio asumido por la Segunda Sala es congruente con la doctrina establecida por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues se trata de un debate relacionado con establecer los alcances de los principios de presunción de inocencia y no autoincriminación aplicables a la materia penal y que por analogía se aplican a la materia tributaria cuando existan sanciones, cuestión que al parecer no existen en el presente caso.

f. Vulneración al principio de territorialidad de las leyes

El contribuyente considera que se vulnera el principio de territorialidad de las leyes, porque las obligaciones contenidas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta alcanzan a personas jurídicas extranjeras por las operaciones que realizaron en otras jurisdicciones y no en México.

Al respecto, los razonamientos de la Segunda Sala, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. El principio de territorialidad de las leyes, supone que el legislador establezca criterios de imposición tributaria que repercutan o guarden relación, de una manera objetiva y razonable, con la jurisdicción del Estado;[120]
2. La norma que se impugna es formal e informativa, no una configuración de un hecho imponible;[121]
3. No se aprecia que solicitar información que trascienda a un tercero, afecte el principio de seguridad jurídica;[122]
4. La norma no produce efectos en territorio extranjero, puesto que al ser información de partes relacionadas, existe un vínculo con la misma, de ahí que sean un reflejo de la propia actividad comercial del contribuyente;[123]
5. En la información país por país se requiere anuencia del grupo;[124]
6. No se vulnera el principio de territorialidad, porque solo tienen sujeción a la norma las personas residentes en el país, por lo que la norma solo regula a sujetos nacionales, sin importar que se solicite información de sus partes relacionadas en el extranjero;[125]
7. La información de terceros que hacen operaciones con contribuyentes nacionales, hace que pase a formar parte, en alguna medida o grado, de la esfera jurídica de la persona moral vinculada a las leyes mexicanas.[126]

---

[117] Página 84 de la sentencia.
[118] Página 85 de la sentencia.
[119] Página 88 de la sentencia
[120] Página 88 de la sentencia.
[121] Página 89 de la sentencia.
[122] Página 90 de la sentencia.
[123] Página 91 de la sentencia.
[124] *Idem.*
[125] Página 92 de la sentencia.
[126] Página 93 de la sentencia.

La discusión planteada en este punto es fundamental, se trata de si una persona sujeta a las leyes mexicanas se encuentra facultada para proporcionar información que tiene en su poder, de una persona moral extranjera, donde no quedan claros los criterios de valoración de la Segunda Sala.

En efecto, es claro que una persona jurídica mexicana está obligada a entregar la información propia que le sea requerida por las autoridades fiscales, pero lo que no queda claro es por qué esté obligada a entregar información ajena, es decir, de personas jurídicas extranjeras que se la proporcionaron por ser partes relacionadas, la cual, a nuestro juicio, no deja de ser ajena, sin que exista claridad sobre las valoraciones de la Segunda Sala, para considerar que la información ajena se incorpora a la esfera jurídica del contribuyente, nuevamente se trata de saltos al vacío.

Un punto importante que no valoró la Segunda Sala es sobre la facultad de una persona jurídica mexicana para solicitar información a una extranjera que no tiene en su poder, pero que debe presentar a la autoridad mexicana, como los pagos de impuestos, las cuentas de capital, entre otros datos que no es la natural que se proporciona para realizar estudios de precios de transferencia.

La sentencia deja serias dudas, sobre la territorialidad de la ley, que claramente vincula a personas jurídicas extranjeras, porque es su información la que se debe proporcionar.

V. Conclusiones

La argumentación jurídica es un elemento fundamental en la decisión judicial de una adecuada valoración y ponderación de los argumentos, se puede aproximar a la justicia, porque la claridad y precisión de los razonamientos, así como la exposición de las razones que justifiquen la decisión judicial, aportan seguridad jurídica a los contribuyentes.

La argumentación jurídica, cobra mayor importancia ante la presencia de casos difíciles, donde el juzgador deberá tomar en cuenta la norma más sus principios para resolver de acuerdo con el contexto normativo y de la realidad, de la manera más congruente con los derechos en disputa.

La fiscalidad internacional y el Plan de Acción BEPS han privilegiado las necesidades recaudatorias de los gobiernos y los objetivos de combate a la elusión y la evasión fiscal, lo que genera un fenómeno de policentrismo de fuentes, donde los lineamientos que constituyen *soft law* comienzan a tener el carácter de *hard law*.

En este sentido, existe una colisión entre la armonización fiscal internacional y los derechos humanos de los contribuyentes, aspectos que no han sido considerados en el Plan de Acción BEPS.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano de control constitucional y de la convencionalidad, debe ser muy clara en las valoraciones y argumentos que tome en cuenta para proteger los derechos humanos de los contribuyentes ante la implementación de normas fiscales, que considere la crisis de seguridad jurídica[127] y que se debe atemperar con decisiones judiciales que aporten previsibilidad.

La falta de claridad en los criterios de valoración asumidos en la sentencia del amparo en revisión 1000/2016, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dejan duda sobre la ponderación de los derechos humanos y los objetivos de armonización fiscal del gobierno mexicano, pero dejan notas que parecen inclinar la balanza a favor de los segundos sobre los primeros, cuestiones que van en contra de la progresividad de los derechos humanos.

[127] Al respecto ver: VERGARA NAVA, Silvano. *La utilidad de la Filosofía del Derecho en el Derecho Tributario.* Porrúa, México, 2009, p. 311 y ss.

Todo lo anterior es relevante ante los fenómenos de internacionalización del derecho, y la forma en que México adopta recomendaciones, particularmente en el contexto de 2020, donde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico emitió distintas recomendaciones a los países miembros, a fin de que establecieran estímulos fiscales a sus ciudadanos para paliar la crisis económica generada por la pandemia sin que México hubiera adoptado ninguna de las recomendaciones, entonces, para aquello que es gravoso al contribuyente se toman como casi obligatorias las recomendaciones de la OCDE, y para aquello que le es benéfico se ignoran. Es ahí donde el control judicial cobra relevancia y se hace necesaria claridad y precisión en sus argumentos. Con los alcances expresados por la Segunda Sala en el caso en análisis, México incumpliría con la comunidad internacional, lo cual es una falacia, porque las recomendaciones que hace la OCDE son sólo eso y no decisiones vinculantes.

VI. Referencias bibliográficas

Alexy, R. (2014). *Teoría de la argumentación jurídica* (2a ed.). (M. A. Espejo, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Amparo en Revisión, 1000/2016 (Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 8 de febrero de 2017).

Campo Silva, J. A. (mayo - junio de 2017). Conexiones entre constitucionalismo, crisis del paradigma positivista y argumentación jurídica. *Hecho y Derechos* (39).

Dworkin, R. (2015). *Los derechos en serio.* (M. Gustavino, Trad.) España: Ariel.

Emminerik, S. V. (2013). Global Developements and Trends in International Anti-Avoidance. *Bull. Int'l Tax*.

García Máynez, E. (2001). *Positivismo Jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo.* Mexico: Fontamara.

García Novoa, C. (2015). *Derecho Tributario Actual. Innovaciones y desafíos.* Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

Hart, L. H. (1998). *El concepto de derecho.* (G. R. Carrió, Trad.) Beunos Aires: Abeledo-Perrot.

Jímenez Solares, E. (2015). *Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿Derecho uniforme u orden público general?* México: Editorial Flores.

OCDE. (s.f.). *Países en desarrollo y BEPS.* ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. Recuperado el 4 de agosto de 2020, de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Países en desarrollohttp://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf

OCDE. (2015). *Informe Final Plan de Acción BEPS, Resúmenes.* París: Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Obtenido de https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf

Presidencia de la República. (2015). *Iniciativa Con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Presup.* México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

Reale, M. (1989). *Introducción al Derecho* (9a ed.). Madrid: Ediciones Pirámide.

Rozas Valdés, J. A. (2013). La cooperación por los beneficios de las multinacionales. *Revista Interactiva de Actualidad* (31).

Serrano Antón, F. (2015). Los retos de la Fiscalidad Internacional Latinoamericana en el Contexto Actual. ¿Hacia la Convivencia de un Convenio Multilateral BEPS con Convenios Bilaterales para Evitar la Doble Imposición Internacional? *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* (págs. 675 - 676). México: Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario.

Vega, A. (2012). *International Governance trought Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines.* Max Plank Institute for Tax Law and Public Finance.

Vigo, R. L. (2016). *Iusnatralismo y neoconstitucionalismo, coincidencias y diferencias.* México: Porrúa.

Zagrevelsky, G. (2011). *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia* (15 ed.). (M. Gascon, Trad.) España: Trotta.

Capítulo IX

Más allá de la ponderación: Argumentos para los derechos al agua

Sumario: *I. Derechos sociales, derechos fundamentales... Derechos a prestación. II. Ponderación, aspectos teóricos. III. Derecho al agua en tratados internacionales y en la carta magna. IV. Distribución de agua, mínimo vital y pronunciamientos de la SCJN. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

Daniel Alejandro González Del Rincón

I. Derechos sociales, derechos fundamentales... Derechos a prestación

En este apartado se busca comprender qué se entiende por ponderación en el contexto jurídico, respecto de la protección de derechos sociales, para luego realizar un ejercicio argumentativo en torno al derecho humano al agua.

Para ello, primero se requiere proceder a una reflexión sobre el lugar en que se encuentran enmarcados este tipo de derechos para comprender la posterior importancia que tienen en la teoría de Robert Alexy y sus respectivas interpretaciones en otros especialistas.

Los derechos sociales, económicos y culturales, también llamados "fundamentales", fueron procurados en diversos tratados por la comunidad internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial; estos derechos se vinculan a factores como "la influencia de la realidad social; la existencia de adversarios de los derechos fundamentales (las multinacionales, que atentan contra estos derechos, por ejemplo); y la mayor importancia del ser humano en el Derecho internacional contemporáneo" (Peces Barba, 2004, p. 113 y ss.).

Se trata de derechos "de segunda generación" que, a diferencia de los promulgados en la Declaración de los Derechos del Hombre –los derechos civiles y políticos–, surgieron como derechos específicos de los trabajadores, frente a un obligado determinado (el Estado, el empresario, etcétera), por lo que su contenido requiere una cierta forma institucional (Hierro, 2017, pp. 165-166).

Otra de las diferencias con los derechos de primera generación, es que uno de los supuestos rasgos de los derechos sociales es su "falta de justiciabilidad", que sólo se concretaría "si el legislador ha establecido acciones concretas en su protección" (Hierro, 2017, p. 166).

En general, los derechos fundamentales entrañan una "pretensión moral justificada", pues derivan de la idea de dignidad, "necesaria para el desarrollo integral del ser humano" (Peces-Barba, 2004: 28); encuentran su base en cuatro valores: "libertad, igualdad, seguridad y solidaridad" (Peces-Barba, 2017, p. 111), los cuales se prolongan en la vida social y se orientan a dimensiones materiales, formales y relacionales.

Por su trascendencia, se detallan a continuación estos valores. En primer término, libertad e igualdad son complementarios, ya que "si la libertad no es igualitaria no es libertad", porque existen necesidades básicas que de no cumplirse "impiden al ser humano concurrir en la carrera de la libertad" (Peces-Barba, 2004, p. 36)

Recalca Peces-Barba que el valor igualdad posibilita "una convivencia igual desde posiciones equiparables en la calidad de vida" (Peces-Barba, 2017, p. 113); asimismo, se expresa Bobbio (1991), para quien esta forma de igualdad sería relativa, en la cual todos podrían satisfacer cuando lo menos sus necesidades básicas.

Por su parte, el valor de seguridad jurídica es "necesario para que valores menos accesorios, como la libertad, sean posibles" (Peces-Barba, 2004, p. 37).

El último de los valores, la solidaridad, es explicado por Peces-Barba como fraternidad, defensa de derechos no igualitarios, pues "pretende facilitar la comunicación social, superando el aislacionismo egoísta y vivificar a la libertad, a la igualdad y a la seguridad" (Peces Barba, 2004, p. 38).

Por su parte, Alexy (1997) recuerda que el tribunal alemán ha interpretado estos derechos sociales como expresión de un sistema de valores que "encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad" (Alexy, 1997, p. 489).

En la teoría de argumentación, estos derechos se toman como "derechos a prestaciones en sentido amplio" (Alexy, 1997, pp. 420 y ss; García Manrique, 2017, p. 31); se subdividen en derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto.

Su común denominador es que requieren de una acción positiva por parte del Estado, ya que "no basta con que éste se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente, la vida, la libertad y la propiedad. El estado debe *hacer algo"*. (Alexy, 2017, pp. 50 y ss.).

Otro rasgo en la configuración de los derechos sociales es que se trata de "derechos mínimos" (Alexy, 1997, p. 495), ya que desde una posición de prestación jurídica "estarían garantizados" si:

> (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y
> (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que
> (3) principios materiales opuestos (...) son afectados en una medida relativamente reducida.

Configurados así, este tipo de derechos son "los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal, contra la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza" (Ferrajoli, 2006, p. 118).

Por otra parte, distintos autores reflexionan sobre cuándo los derechos sociales serían exigibles como derechos "fundamentales"; Bastida (2017), por ejemplo, señala dos aspectos a destacar:

> a) Su fundamentalidad tiene un sentido que podría calificarse de antropocéntrico. Serán "fundamentales" los derechos que se entiendan como más básicos o esenciales del ser humano. Aquellos que se consideran inherentes al desarrollo de su personalidad.
> b) Su fundamentalidad emana *del ser del individuo*, del ser humano, *no del deber ser de la norma constitucional, con lo que "*la fundamentalidad de los derechos fundamentales está desvinculada del derecho positivo. (Bastida, 2017, p. 105 y ss.)

Incluso otras voces, como la de Hierro (2017, pp. 40-41), apuntan a que no habría diferencias entre derechos sociales y liberales, sino que se trata de un prejuicio ideológico basado en tres axiomas que configuran los derechos sociales como derechos a un mínimo:

> 1. la igualdad jurídica no puede ser sacrificada en aras de la igualdad de hecho;
> 2. los derechos sociales se fundamentan en el principio de libertad fáctica y no en el de igualdad, y

3. el carácter subsidiario de los derechos sociales respecto del mercado.

García Manrique (2017) se detiene en este particular y revira la cuestión "¿no cabría acaso concebir los derechos sociales como derechos a un máximo, esto es, a iguales cuotas de disfrute de los bienes o servicios (…), como se supone que son todos los demás derechos fundamentales?" (García Manrique, 2017, p. 32).

Con las reflexiones teóricas mostradas, se entiende el por qué Alexy toma como piedra de toque los contenidos materiales de la teoría de los derechos fundamentales para elaborar su teoría de la argumentación, ya que estos son los más débilmente reconocidos, "los que encuentran mayor oposición teórica y práctica" (García Manrique, 2017, p. 29).

II. Ponderación, aspectos teóricos

De acuerdo con Alexy (1997), realizar un juicio de ponderación consiste en contrastar dos derechos que se oponen entre sí, "a fin determinar en qué medida uno debe defenderse o promoverse a costa del sacrificio del otro" (p. 80 y ss.).

Según el autor alemán, tres subprincipios conforman el principio de proporcionalidad y expresan "la idea de optimización", los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto; señala que "la aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos constitucionales implica considerarlos como mandatos de optimización, es decir, principios" (Alexy, 2017, p. 50 y ss.).

El primero excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios (Alexy, 2017, p. 57; Moreso, 2017, p. 227).

Por su parte, el principio de necesidad requiere "que entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección (u otro del tipo social) debe escogerse el que interfiera menos con el derecho de defensa" (Alexy, 2017, p. 58; García Amado, 2017, p. 271).

Tanto el primero como el segundo se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas, es decir, "una medida que limita un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor" (Atienza, 2010, p. 46).

De esta forma, la colisión surge en un caso particular cuando son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, "que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso" (Bernal, 2003, p. 226).

Para resolver tales colisiones surgidas de casos concretos se tendría que determinar la forma en que un principio cede frente a otro, sin que "uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción", sino que más bien, para determinadas circunstancias, "un principio *precede* al otro" (Bernal, 2003, p. 226).

Aún más en específico, Alexy considera tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. (Bernal, 2003, pp. 226 y ss.).

La primera se define por Alexy (2004, p. 31) como: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"; bajo este procedimiento, la ponderación se divide en tres pasos:

Primero, definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, definir "la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario". Y en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2004, p. 32).

El propio Alexy y sus posteriores teóricos desglosan tres intensidades, "leve", "media" o "intensa" en el grado de afectación a un derecho determinado (Bernal, 2003, pp. 228; Moreso, 2017, p. 228); tales grados variarían según el contexto para el caso concreto, pues, según Pardo (2017), "no se trata de 'o todo o nada', sino de una tarea de optimización" (p. 384).

De este modo, se halla que las vulneraciones leves de un derecho fundamental "ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves" (Moreso, 2017, p. 230).

Sobre lo anterior, se puntualiza que "la afectación negativa y la satisfacción de los principios será mayor, cuanta mayor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración ostente la medida examinada" (Bernal, 2003, p. 236).

A su vez, la variable de peso reconoce que, si bien los principios en colisión guardan parecida jerarquía por la fuente del derecho en que aparecen, "en ocasiones uno de ellos puede tener mayor importancia en abstracto" (Bernal, 2003, p. 228).

Por otra parte, las "cargas de argumentación" –según Bernal (2003, p. 230)– operan cuando surge un empate entre los valores que resultan de aplicar la fórmula del peso.

El llamado "subprincipio de idoneidad" determina por su parte la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional), que "sólo es constitucionalmente admisible si efectivamente, fácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental": este principio, operaría "cuando se ha predecidido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime" (García Amado, 2017, pp. 253-256).

Entre las objeciones al modelo de ponderación, estudiosos como Bernal (2003) señalan que este no tiene un "criterio objetivo" que permita establecer factores determinantes del peso que guardan los principios en la ley de ponderación. También, resulta impreciso "graduar" las afectaciones, con lo que la resolución de este criterio se deja al operador jurídico (Bernal, 2003, p. 233).

Sobre cuándo cabría ponderar, Atienza (2010, p. 54) considera tres casos en los que tendría que tomar parte el juez, cuando:

1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas);
2) existe una regla, pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada
3) es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso.

De esta manera se justificaría ponderar, pero advierte el mismo Atienza (2019), "tendrá que hacerse con especial cuidado y asumiendo que la carga de la argumentación la tiene quien pretende establecer una excepción a la regla" (Atienza, 2019, p. 96).

Y sobre quienes deberían ponderar, entre los autores se encuentra que la responsabilidad de valorar el peso de dos derechos interrelacionados recaería tanto en el poder Legislativo como en el Judicial.

Por una parte, se advierte que las magnitudes sobre las que se aplican ciertos principios, es decir, lo que se "pesa" resultante en la ponderación, está "decisivamente condicionado" por la conciencia valorativa del tribunal, "su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación" (García Amado, 2017, p. 252).

Vista así, la labor de los jueces se trataría de una función conservadora, orientada hacia el derecho preexistente, para resolver los conflictos que puedan surgir (Lifante, 2013, p. 15).

Como también recuerda Lifante (2013, p. 42), los jueces, en muchas ocasiones, han de tomar decisiones "sobre cuestiones filosóficas tales como qué es y qué implica la dignidad, la responsabilidad, o la causalidad", lo que los lleva a elegir "entre los principios rivales que están disponibles para explicar esos conceptos"; tales elecciones, detalla la autora, "tienen que ser presentadas y defendidas a través de argumentaciones racionales".

Por otra parte, si el poder Legislativo no ha desarrollado los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DECS), el juez no tiene más remedio que "advertir sobre la falla y esperar a que los diputados asuman sus deberes constitucionales" (López Sterup, 2018, p. 169), lo que les deja escaso margen de acción.

Recaería en el legislador "la concreción delimitadora del objeto y contenido de los derechos fundamentales" (Bastida, 2017, p. 143), pues el constituyente tendría que configurarlos y organizarlos "con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional" (Bastida, 2017, p. 148).

De esta forma, se esperaría una "función innovadora" por parte de este cuerpo colegiado, cuya argumentación orientada hacia el futuro prevenga las consecuencias que tendrán las normas (Lifante, 2013, p. 15).

III. Derecho al agua en tratados internacionales y en la carta magna

Cabe recordar que una de las objeciones que se hace a la ponderación es que esta debe practicarse sobre un caso en particular, no en abstracto y a la luz de las circunstancias precisas de dicho caso (Pardo, 2017, pp. 326 y 328).

Por ello, como plantea este texto, no se trata de poner en la balanza un derecho y otro, y argumentar cuál pesa más, o cuál se ve más afectado en su ejercicio por otro, sino que se presentan las directrices –argumentos para el contenido– de los derechos en posible colisión.

Para este fin primero se revisará lo asentado en el ámbito internacional respecto de los llamados DECS y sus posteriores observaciones generales por parte del Consejo Económico y Social de la ONU, con atención particular a las observaciones generales 12, 14 y 15, que abordan la cuestión del derecho a la alimentación y al consumo humano, así como la necesidad de reconocer el derecho al agua como esencial para el disfrute de otros derechos básicos.

Más adelante en este apartado se referirán los puntos de la Constitución mexicana que tratan sobre estos derechos, los cuales aparecen en su mayor parte en el artículo 4, que lo especifica como derecho humano; el 27 refiere la explotación del agua en general, y en el 115, aunque se aclara que es

prioritario el derecho al agua potable en el uso público urbano, se delega en los municipios la dotación del recurso.

La intención de esta revisión es encontrar argumentos intrínsecos de estos derechos como probable vía para garantizarlos al máximo posible, sin menoscabar uno u otro, llámese uso doméstico, medio ambiente saludable, acceso a la salud o alimentación.

En primer término, es de destacar que en el ámbito internacional "no existe un reconocimiento expreso del derecho al agua", pues no aparece reconocido en los principales instrumentos como derecho humano, "ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC]" (Bernal (2015, pp. 184 y ss).

En el artículo 11 del referido PIDESC, se reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, el cual incluye una alimentación "nutritiva, suficiente y de calidad"; asimismo, en su artículo 12, el pacto señala "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (PIDESC, 1976, p. 4-5).

Sin embargo, con el paso de los años, diversas observaciones al pacto permitieron refinar aspectos esenciales del tratado; a continuación, se plasman las que están relacionadas con el tema agua.

En la Observación General 4 "Derecho a una vivienda adecuada", se detallan una serie de factores para poder hablar de este derecho, a saber: que contenga servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición", es decir, "acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia".

Ya desde su párrafo introductorio, la Observación General 12 (que data de 1999) precisa que "el derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales" (ONU, 1999).

Asimismo, el Consejo Económico y Social de la ONU, en la Observación General 14 (2000), interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo, el cual abarca, además de la atención oportuna y apropiada de la salud, también:

> factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud. (ONU, 2000, p. 4)

La Observación General 15, a su vez, abunda sobre el derecho humano al agua como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico" [párrafo segundo].

Este derecho "se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado", y se encuentra "indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud, al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas".

A continuación, se nombran algunas de las "obligaciones básicas" –tomadas del punto 37– a que se comprometieron los Estados parte firmantes del PIDESC y que se precisan en esta Observación:

a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre
e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población;
g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados. (ONU, 2002).

En su punto 6, la observación explica que el recurso es necesario para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el pacto, como "para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud)"; sin embargo, remarca que el "derecho de utilizar el agua para fines personales y domésticos" debe ser prioritario por sobre otros usos (ONU, 2002).

El punto 7 se centra en la importancia de "garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada". Mientras que el 8 se detiene en la "higiene ambiental", vinculada al derecho a la salud amparado por el apartado b), del párrafo 2, del artículo 12 del Pacto; ello remite a adoptar medidas que eviten los riesgos para la salud que genera el agua contaminada.

En esta parte cabe concordar con Peces Barba (2004, p. 116), quien lamenta que el elevado número de pactos suscritos entre los países da lugar a lagunas que se agravan "por la proliferación de convenciones regionales"; es debido a esta "inflación normativa" que quizá exista un bajo desarrollo de controles internacionales para verificar y sancionar incumplimientos.

El agua en la Constitución mexicana

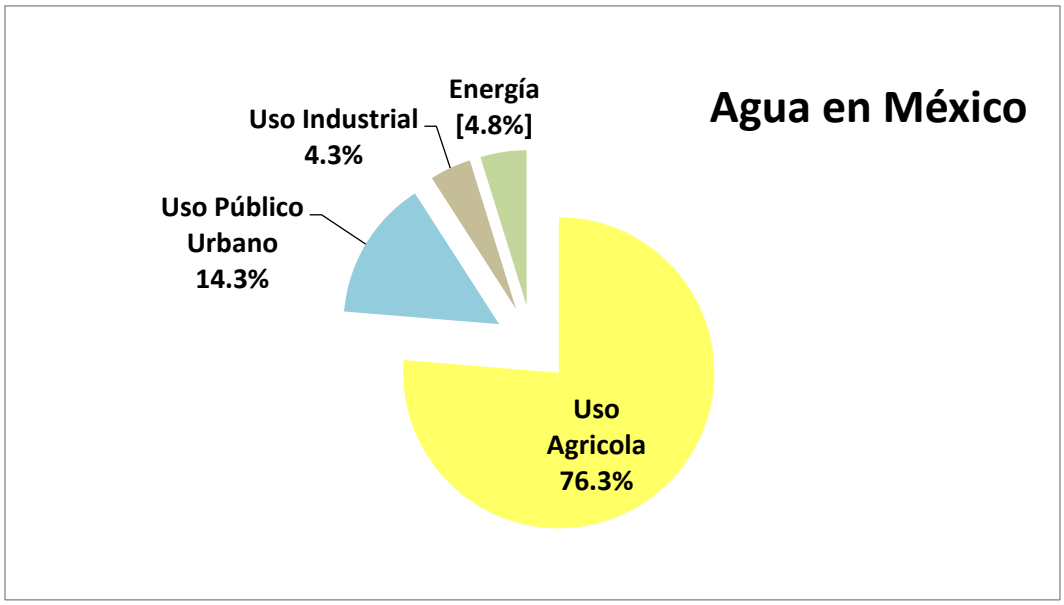
Llama la atención que el derecho al agua, manifestado en distintas formas en las observaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es tratado por el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), que enuncia estos derechos de forma casi automática:

-Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad [párrafo 3]
-Toda persona tiene derecho a la protección de la salud [párrafo 4]
-Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar [párrafo 5]
-Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa [párrafo 7] (CPEUM, 2020).

Destaca que en todos los puntos anteriores no está expresado un derecho al agua en sí, no obstante, está implícito que, sin el agua potable como base, ninguno de los derechos anteriores sería posible como está planteado.

Aún más importante, el párrafo sexto del mismo artículo asienta que "Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible".

De nueva cuenta, no se explicita que el recurso sea un derecho humano, aunque la frase resume las características que la Observación General 15 considera que debe tener el agua para hablar de ella como tal.



Sobre este artículo de la normativa mexicana, se agrega que es el Estado, mediante la legislación, quien se encarga de garantizar y, en su caso, hacer respetar los derechos apuntados.

Por su parte, en el primer párrafo del artículo 27 constitucional se marca la propiedad del Estado mexicano sobre tierras, aguas y otros recursos, donde "la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares", esto bajo la figura de concesiones, para hacer explotación, uso o aprovechamiento de dichos recursos.

También, varias fracciones de este artículo indican derechos para el sector agrícola, y algunas obligaciones del Estado, como fomentar las condiciones para el desarrollo rural integral y sustentable, que tendrá entre sus fines "que el Estado garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos que la ley establezca" [fracción XX].

Por último, entre los artículos de la carta magna que abordan el derecho al agua, se encuentra el 115, que dispone las reglas para la distribución del recurso, se deja la responsabilidad a los municipios, no sin recalcar que en primer término se encuentra la dotación del servicio para su uso público-urbano.

Tanto en el Pacto de los Derechos Económicos y Sociales como en la constitución mexicana se pondera el uso para consumo e higiene por sobre el derecho a la alimentación, con lo que se ve que sin esta se merman la agricultura, el acceso al recurso en calidad suficiente, y por ende el acceso a la salud y a una vida digna.

La sucinta revisión plantea visibilizar con argumentos la trascendencia que tiene el derecho al agua, que se configura como llave a otros derechos de igual importancia, puestos en una balanza –tendiente hacia el equilibrio– se encuentran el derecho a la alimentación, a la salud, a una vivienda digna y a un medio ambiente sano.

IV. Distribución de agua, mínimo vital y pronunciamientos de la SCJN

En todo el mundo se utiliza alrededor de 70 por ciento del agua dulce extraída para uso agrícola. Del resto disponible, queda menos de 15 por ciento para el consumo humano.

El caso particular de México no dista de estos números: 76.3 por ciento del total de agua extraída se destina a la agricultura y se deja sólo 14.6 por ciento de agua al uso público urbano; complementan el total 4.3 de uso en industria autoabastecida y 4.8 en energía eléctrica, con exclusión de la hidroelectricidad.

Datos obtenidos de la Comisión Nacional del Agua en la "Estadística del Agua en México. 2016".

Si bien es abundante la dotación de agua para regar los campos de cultivo, el recurso es igual de necesario, o incluso más, para garantizar el consumo e higiene de los seres humanos, pues basta con que este sea insuficiente o se entregue con baja calidad para que se merme la salud y se ponga en riesgo la vida y el equilibrio ambiental.

Sobre cuánto es lo "justo" de agua por día, instituciones como la Organización Mundial de la Salud y la SCJN, han proporcionado un margen de mínimo vital que varía de 20 litros a un máximo de cien, donde la primera cifra "garantizaría" el derecho en condiciones precarias, en tanto que en el otro extremo aseguraría la base para el goce de otros derechos.

Se hace notar que, de acuerdo con la bibliografía, a cuanta más agua disponible para higiene y consumo, mayor es la calidad, accesibilidad y asequibilidad de esta. Un mínimo indispensable para la ONU (2011) y para la OMS (2003) correspondería un acceso a 20-25 litros por persona al día, no obstante, dicha cantidad "suscita preocupaciones sanitarias".

En un suministro razonable, de 50 litros por día, permitiría la higiene personal y la preparación de alimentos, con "riesgo de enfermedades de medio a bajo"; por último, colocan cien litros por persona al día un abasto "óptimo" del recurso, que garantiza la salud y condiciones dignas a los usuarios.

En este punto se recupera el concepto de "dignidad humana" y que ha sido abordado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que en 2011 sostuvo la tesis "El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales", pues se la entiende "en cuanto a condición y base de los demás derechos fundamentales", al tratarse del derecho "a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana". Puntualizan que de esta se desprenden todos los demás derechos.

Otro aspecto esencial que considera la Corte mexicana es el de "mínimo vital"; en su tesis "Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador" (2013), se concibe como un derecho fundamental apoyado en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales.

Este rasgo de los derechos humanos, precisan, "cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, particularmente en sus artículos 1, 3, 4, 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123", que –sumados a los pactos suscritos por México, aclaran– conforman el punto de partida desde el cual el individuo cuenta "con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera)".

Lo anterior es un presupuesto del Estado democrático de derecho, ya que "si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido".

Escaso sentido tendría estos términos si no se relacionaran con el derecho humano al agua, sobre el cual también la SCJN se pronunció en julio de 2015, reconociéndolo constitucional y convencionalmente "tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario".

Dicen que, si bien el artículo 4°, párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone el derecho humano de acceso al agua para consumo personal y doméstico, el precepto "no reconoce expresamente el derecho mencionado para otros usos, como el agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario",

En su reflexión, la corte añade que este derecho debe entenderse con dicha amplitud, "dada la estrecha vinculación que existe entre él y otros derechos humanos, como los relativos a la alimentación y a la salud".

Respecto de la normativa en torno al derecho humano al agua, diputados federales propusieron en 2015 modificaciones a la Ley de Aguas Nacionales, que explicita el uso y explotación de aguas; entre los cambios se daba primacía al uso doméstico, el cual "se constituye en una excepción al trámite de concesión a fin de garantizar el derecho humano al agua, cuando se realiza por medios manuales";[128] además, el título segundo de la ley, señalaba los conceptos de acceso al agua, disposición y saneamiento, "así como suficiente, salubre, aceptable y asequible".

Con lo anterior es "indispensable establecer las obligaciones del Estado para dar cumplimiento al derecho humano al agua", así como reconocer ese derecho, en particular a quienes tradicionalmente se les ha dificultado acceder a ella, esto "en concordancia" con lo señalado en la Observación General Número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC.

A la fecha esta propuesta ha quedado pendiente de su aval por el pleno del Legislativo federal, así como otra iniciativa que sugería cobrar por el uso del agua a los usuarios agrícolas, propuesta que fue duramente criticada por el sector y, finalmente, desechada por legisladores.

V. Conclusiones

El agua como recurso natural finito es un factor para la supervivencia humana, no sólo para consumo humano y producción de alimentos, sino como garantía de una vivienda digna y de acceso a la salud, a un medio ambiente saludable para la presente y futuras generaciones.

Para hablar del agua como un derecho fundamental, y en específico como derecho de prestación, se hizo necesario un breve recorrido en torno a la historia de los derechos para saber dónde se sitúa actualmente el tema.

Con estos elementos, y la plataforma teórica en torno a la ponderación, se vio que al momento de legislar sobre el derecho al agua en uno u otro ámbito (como el cobro por derechos en el contexto agrícola, como ocurrió recientemente) es necesario que se considere el grado de afectación que tendría para quienes viven del campo, a la vez de tener en cuenta las posibles implicaciones o escenarios que esta medida pudiera traer a otros usuarios.

[128] Declaratoria de publicidad de dictámenes de las Comisiones Unidas de Agua Potable y Saneamiento, y de Recursos Hidráulicos, con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Aguas, anexo II, en Gaceta Parlamentaria, año XVIII, no. 4228-II, anexo II. Palacio Legislativo de San Lázaro, Ciudad de México: 2015.

En lo que toca al aparato judicial, se vio que este opera con base en lo normado para dictar sentencias "bien argumentadas" (Atienza, 2019) que permitan mayor plenitud en el goce de los derechos.

Por otra parte, se desglosaron diversos artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las posteriores observaciones realizadas por los Estados parte para sopesar su valor y contar con argumentos en torno al derecho al agua.

Se encontró que en estos documentos con carácter de tratado internacional se manifiesta una interrelación el derecho a la alimentación y el derecho al agua, así como también están en la misma balanza el derecho a la salud y a un medio ambiente saludable.

También se dio espacio a lo asentado en los artículos de la constitución mexicana relativos al agua, para conocer cómo está configurado el derecho al agua y sus "diferentes" derechos vinculados; en contraste, estos derechos aparecen "resumidos e indesligables" en un mismo artículo, aspecto que dificultaría aún más una posible ponderación entre uno u otro derecho.

Llama la atención las tesis de la SCJN que definen términos como "dignidad humana" y "mínimo vital" para vincularlos con los derechos humanos, esto bajo las directrices del PIDESC; en particular, se abordó una tesis de 2015 relativa al abasto de agua como derecho humano.

Este panorama no pretende indicar si un derecho al agua tiene mayor peso sobre otro; más bien, permite advertir que –como está configurado actualmente– el derecho humano al agua se otorga para distintos usuarios de forma inequitativa, lo cual podría presentar conflictos entre quienes emplean el agua con fines domésticos y los productores agrícolas o la industria, por ejemplo, lo que fomentaría posibles casos de ponderación, donde se fundamente con argumentos la afectación de determinado derecho para, en consecuencia, garantizar su progresividad, ello mediante cambios en la ley, sentencias acorde a la realidad, o bien políticas públicas eficaces.

A modo de cierre, es dable señalar que podría construirse la mejor argumentación o apuntalar una ecuación que se ajuste a la problemática, pero estas sólo pueden echarse a andar en casos en particular, y en la medida en que se tengan argumentos para dar mayor validez al derecho humano al agua, donde no valga más uno que otro, sino que sean respetados en la medida de las posibilidades planteadas y se les satisfaga con la misma urgencia.

A final de cuentas, se trata de garantizar los cuatro derechos humanos vinculados al agua de la mejor manera posible, sin procurar los mínimos vitales sino los máximos posibles, pues, al ser igual de importantes, ponderarlos resultaría una labor, sino imposible, sí compleja y confrontaría un derecho humano con otro.

VI. Referencias bibliográficas

Alexy, Robert (1993[1997]). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales; Colección El Derecho y la Justicia, 34, Madrid.

Alexy, Robert (2007[2017]). *Sobre los derechos constitucionales a protección*, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp 45-84.

Atienza, Manuel, "A vueltas con la ponderación", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, España, núm. 44, pp. 43-59.

Atienza, Manuel, "Ponderación y sentido común jurídico", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, México, núm. 4, 2019, pp. 85-109.

Bernal Pulido, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", Doxa, España, vol. 26, 2013, pp. 225-238, Consulta: 04-II-2020, https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12

Bernal Pulido, Carlos (2015). "La protección del derecho fundamental al agua en perspectiva internacional y comparada", en Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, año 2, núm. 1, abril 2015, pp. 181-216. Consulta: 20-V-2020, https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_08.pdf

Becerra Ramírez, José de Jesús y Salas Benítez, Irma, "El derecho humano al acceso al agua potable: Aspectos filosóficos y constitucionales de su configuración y garantía en Latinoamérica", *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores–*, Colombia, vol. 17, núm. 37, 2011, pp. 125-146, Consulta: 27-IV-2020, http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683

Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid.

Comisión Nacional del Agua, "Estadística del Agua en México edición 2016", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Comisión Nacional del Agua, México: 2016, Consulta: 14-III-2020, 201.116.60.25/publicaciones/EAM_2016.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Consulta: 06-IV-2020, https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos#10539

García Amado, J. A. (2007[2017]). *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp. 249-332.

García Manrique, R. (2007[2017]). *Presentación,* en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp. 13-44.

Gleick, P. (1996). Basic water requirements for human activities: Meeting basic needs. International Water, 21 Pacific Institute for Studies in Development, Environment and Security, California, Estados Unidos.

Hierro, Liborio (2007[2017]). Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp. 163-222.

Howard, Guy; Bartram Jamie (2003). Water Engineering and Development Centre, Universidad de Loughborough, RU, y Jamie Bartram, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, Suiza, 2003, Consulta 11-III-2020,

https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/wsh0302/es/

Lifante Vidal, Isabel, "Tres ámbitos de la argumentación judicial", Aequitas, México, 2013, núm. 2, pp. 13-45.

López Sterup, Henrik (2018). Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis. Tirant lo Blanch: Ciudad de México.

Moreso, J. J. 2007[2017]. *Alexy y la aritmética de la ponderación*, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp. 223-248.

Organización de las Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consulta 28-V-2020, http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

Organización de las Naciones Unidas (1999). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 12: El derecho a una alimentación adecuada, Consulta: 02-V-2020, https://www.refworld.org.es/docid/47ebcce12.html

Organización de las Naciones Unidas (2000). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Consulta: 04-V-2020, https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf

Pardo, C. (2007[2017]). *Reivindicación del concepto de derecho subjetivo*, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp. 370-402.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Dykinson: España.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (2007[2017]). Reflexiones sobre los derechos sociales, en *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Editorial fontamara, Madrid-México, pp.85-102.

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

"Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 1707.

"Derecho al mínimo vital. concepto, alcances e interpretación por el juzgador", Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro xvii, tomo 1, Pleno y Primera Sala, febrero de 2013, p.1345.

"Derecho humano de acceso al agua. Está reconocido constitucional y convencionalmente tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario", Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo II, Libro 20, Tribunales Colegiados de Circuito, julio de 2015, pág. 1721.

Capítulo X

La obligatoriedad de adoptar en sede nacional el control de convencionalidad en materia democrática a la luz del estudio de caso de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018 resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Sumario: *I. Introducción. II. Problemática. III. Hipótesis. IV. Trascendencia de la problemática para el mundo jurídico. V. Dificultad que entraña la problemática. VI. Metodología y Marco Teórico. VII. Desarrollo. VIII. Conclusiones. IX. Referencias bibliográficas*

Germán Cardona Müller[129]*

I. Introducción

Ha transcurrido casi una década desde que se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos y, en lugar de haber consolidado una postura de apertura a favor de garantizar dichas prerrogativas, la corte se ha mostrado restrictiva al interpretar y resolver casos en dicho tópico. Varios académicos, tal como fue la situación de José Ramón Cossío Díaz, han corroborado dicho supuesto al analizar los alcances de los pronunciamientos del tribunal constitucional en casos como las contradicciones de tesis: 293/2011 (2013) y la 299/2013 (2014).

El primer supuesto fue criticado por el hecho de que la corte fijó la postura por la cual los derechos humanos, establecidos en los tratados internacionales de los que México es parte, sólo tendrían el mismo nivel de la carta magna en México en la medida que no existieran restricciones. Esto implicó un retroceso para varios, pues ello se traducía a que, lejos de contar con un coto vedado que impidiera que el Estado vulnerara los derechos humanos, el Constituyente Permanente podría fijar límites a la dignidad humana, inclusive vulnerarla en aras de garantizar la supremacía constitucional.

En la segunda contradicción de tesis, dicho tribunal constitucional concluyó que los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, fuesen federales o locales, carecían de la facultad para controvertir la convencionalidad en materia de derechos humanos de la jurisprudencia, ello implicaba una actitud

[129]Cuenta con máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad de Palermo (2016). Es egresado del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, donde obtuvo la maestría en Derecho Constitucional Contemporáneo (2015), y la licenciatura en Derecho (2009). 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 con mención honorífica por la Universidad Panamericana (2017-2019). Actualmente es candidato a doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Jalisco (IDEJ).

de soberbia epistémica por parte de la corte al establecer que esta era infalible e incapaz de violentar dichas prerrogativas.

II. Problemática

Dichos postulados siguen erigiéndose como criterios vigentes a seguir por los demás juzgadores, se limita significativamente el espectro de tutela de los derechos humanos, pues ni se puede controvertir a nivel nacional aquellas reformas constitucionales que limiten el pleno goce de los derechos humanos, ni aquellas interpretaciones que las vulneren. Dicha óptica corresponde a una visión del derecho excesivamente positivista, que pretende excluir la dimensión valorativa y axiológica de dicho sistema normativo, en aras que cualquier contenido puede establecerse en el régimen jurídico vigente con tal de que así lo determine el legislador.

La discusión sobre los límites a la democracia, al establecer un coto vedado, se dio a partir de la postguerra, con las aportaciones de varios juristas, como el caso de Robert Alexy (2009); sin embargo, dichas ópticas siempre dependen, en última instancia, de la voluntad política de los Estados. Poco importa si la razón práctica ha triunfado al mostrar que la dimensión valorativa del derecho debe prevalecer frente a las razones de Estado; o si las trágicas experiencias del nacional socialismo, o de la migración, se han inclinado para darle peso a la fórmula Radbruch, las fuerzas políticas que niegan el imperio de la razón y de la dignidad humana reaparecen al intentar abusar de los límites que establecen los Estados en sus propias concepciones de democracias constitucionales.

Si bien la violación de los derechos humanos, ante el desconocimiento de los compromisos asumidos, trae aparejado incurrir en responsabilidad internacional, varias democracias, como la mexicana, en la medida que instituyan reservas a tratados internacionales en la materia, o simplemente establezcan de antemano la imposibilidad de hacer frente a los derechos humanos amparándose en la supremacía de sus textos constitucionales, pueden hacer caso omiso a las aportaciones señaladas.

Ante dicho contexto internacional surge la interrogante ¿Tienen los Estados que hayan suscrito cualquier tratado internacional en materia de derechos humanos que adoptar un determinado régimen de democracia constitucional con un coto vedado para ser congruentes con estos?

III. Hipótesis

A través de este capítulo se mostrará que los Estados nacionales que hayan suscrito tratados internacionales en materia de derechos humanos, tienen la obligación frente a la comunidad internacional de adoptar regímenes de democracia constitucionales con mecanismos de cotos vedados en sus regímenes interiores para que sean congruentes con dichos compromisos.

IV. Trascendencia de la problemática para el mundo jurídico

- Plantea los posibles retrocesos que las democracias de los países latinoamericanos y de sistemas jurídicos similares de derecho continental europeo pueden incurrir, al adoptar regímenes que anteponen la supremacía constitucional ante un coto vedado.

- Muestra la importancia que tiene adoptar el control de convencionalidad en materia democrática para garantizar que los países adopten sistemas congruentes con los derechos humanos.

V. La dificultad que entraña la problemática consiste en

- Dilucidar los umbrales mínimos del coto vedado que permitan fungir como lineamientos para que las democracias constitucionales puedan garantizar de manera plena los derechos humanos.

- Según dichos umbrales, determinar las limitaciones y alcances de la adopción de un control de convencionalidad en materia democrática.

VI. Metodología y marco teórico

Para comprobar la hipótesis en cuestión se empleará como metodología el estudio de caso, consistente en las consideraciones, la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, que resolvió el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la ponencia del ministro Alberto Pérez Dayán (2019).

Dicho precedente es importante para los fines que se persiguen, pues en él se plantea la imposibilidad de hacer frente a inconsistencias dentro del ordenamiento constitucional a nivel nacional con motivo de la emisión de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los Capítulos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se pretendió consolidar el principio consistente en que ningún servidor público pudiera ganar más que el titular del poder Ejecutivo a nivel nacional. Los razonamientos que se analizarán, y que serán objeto de desarrollo a través de este capítulo, son aquellos que se encuentran en los considerandos sexto y octavo de dicha sentencia, consistentes en establecer la congruencia que tuvo la emisión de la legislación en cuestión con relación a los capítulos 75, 94, y 127 de la carta magna a nivel federal.

Como marco teórico de este capítulo se empleará el post positivismo jurídico, pues es acorde a la hipótesis planteada, ya que permite la ponderación entre principios y su eventual resolución, situación que se da mediante el desarrollo del estudio del precedente en cuestión, donde serán objeto de análisis la división de poderes, la seguridad jurídica y la dignidad humana.

Para lograr la viabilidad del objetivo planteado, se propone emplear el modelo de Jerzy Wróblewski como medio para analizar y evaluar el grado de solidez de justificación de la interpretación que en su momento realizó el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). Como bien lo sintetiza Marroquín Zaleta, este modelo parte de la premisa que, ante las diversas posibilidades de interpretación ante un determinado problema jurídico a resolver, el juzgador está vedado de escoger el método de interpretación de manera arbitraria, pues debe guiarse por pautas de racionalidad. (Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo, 2013).

Es decir, no cualquier tipo de argumento o de justificación es adecuada para resolver una problemática; pues se requiere adoptar aquellos razonamientos tanto desde la dimensión interna o formal como externa, que sean óptimos, acordes al contexto en el que esta se resuelve. Esto implica fundar y motivar la línea de argumentación para lograr un adecuado balance entre diversas dimensiones de justificación.

A efecto de emplear de manera óptima el análisis y evaluación de la ponderación realizada a través del precedente en cuestión, se empleará dicho modelo con las siguientes variantes:

1. Descripción de la problemática establecida por el pleno y conclusión a la que se llegó.
2. Análisis y evaluación de la justificación externa e internas.
3. Confrontación de la justificaciones externas e internas realizadas frente a otras alternativas.

VII. Desarrollo

7.1. Descripción de la problemática y conclusión que respaldo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

7.1.1. Problemática planteada
Consistió en determinar si la réplica de disposiciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la ley reglamentaria en materia de remuneraciones, al establecer que ningún servidor público puede ganar más que el titular del poder Ejecutivo implica una omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio, pues ello implicaría violar el principio de seguridad jurídica y de la división de poderes al negar la autonomía financiera del poder Judicial.

7.1.2 Conclusión a la que llegó el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Consistió en que replicar las disposiciones jurídicas constitucionales que establecen que nadie puede ganar más que el titular del poder Ejecutivo, en la ley reglamentaria en materia de remuneraciones, implica incurrir en una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio, ya que conlleva una violación del principio de seguridad jurídica y a la división de poderes al vulnerar la autonomía financiera del poder Judicial.

7.2. Análisis y evaluación de las justificaciones externas e internas empleadas por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Según la metodología planteada se analizará y evaluará la justificación externa e interna empleadas por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello se recuperarán los argumentos más relevantes establecidos en los considerandos séptimo y octavo, al ser estos los que versan sobre los alcances de la omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio en la emisión de la legislación reglamentaria de remuneraciones de los servidores públicos.

Las principales líneas de justificación externa que empleó dicho tribunal constitucional para sostener su conclusión consistieron en el empleo de argumentos auténticos, sistemáticos y teleológicos. En efecto, se recuperó la exposición de motivos y se precisó la finalidad de la reforma constitucional y legal, así como su interpretación en relación con todo el ordenamiento jurídico para precisar si la legislación secundaria era una mera reproducción del contenido de la regulación constitucional.

Dicho tipo de argumentos fueron importantes y relevantes para la conclusión a la que llegó la corte, pues, a través de estos, se precisó la naturaleza de las disposiciones constitucionales como prohibiciones y limitaciones, con lo que se mostró que el legislador, lejos de concretar y precisar los alcances de estas, no logró un desarrollo normativo que diera seguridad jurídica a sus destinatarios: en este caso, a los poderes públicos y demás organismos constitucionales autónomos.

Dicha línea de justificación estableció que la ausencia de bases violentaba la independencia judicial instaurada en el capítulo 94 del ordenamiento constitucional a nivel nacional, así como del capítulo 116, pues de estas no se podría tener certeza sobre la forma en la que se garantizaría un salario justo de los operadores jurisdiccionales, ya que no había manera de determinar en un momento dado cómo se fijaría el salario del titular del poder Ejecutivo.

Esto también implicaba una violación a la prohibición constitucional, consistente en que el salario de los juzgadores no podría ser disminuido durante su ejercicio, pues la reproducción constitucional en la legislación general no genera la posibilidad de tener conocimiento sobre qué medida podría mantener un sueldo estable durante la gestión de aquellos que realizan funciones

jurisdiccionales. La omisión de concretar los lineamientos para fijar los tabuladores de los juzgadores por parte de los legisladores implicó generar un Estado de cosas por el cual se ponía en riesgo que los jueces respondieran a presiones externas e intereses particulares, por ello era imperativo declarar la inconstitucionalidad de la redacción normativa de la legislación en cuestión.

La corte argumentó que dicha omisión violenta el principio de división de poderes, pues con ello deja al libre arbitrio de manera injustificada a los demás entes gubernamentales de fijar salarios, a efecto de que los operadores jurisdiccionales respondan a las exigencias de otros poderes, es decir, dicha regulación implicaría subordinar al poder Judicial al poder Legislativo y Ejecutivo.

El capítulo 8° de la legislación en cuestión estableció que el poder Judicial fijaría sus salarios según el Manual de Percepciones de los Servidores Públicos, el cual estaría a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ello sometería la autonomía financiera de fijar los proyectos presupuestarios a lo que se dicte por el poder Ejecutivo. Es decir, aunado a una incertidumbre que generó la redacción legal, el poder Judicial debía depender de las directrices de otro ente y se haría nugatoria cualquier autonomía financiera.

Con ello, la corte razonó que se violentaba la esencia de poder que debía fijar a favor de los demás poderes y organismos constitucionales autónomos para lograr un sistema adecuado de pesos y contrapesos de una democracia constitucional. Se precisó que era importante garantizar el sistema de división de funciones para que a través de este se evitara el abuso del poder, situación que acontecía según la redacción de la legislación reglamentaria en materia de remuneraciones de los servidores públicos.

El silogismo jurídico que se desprende a través de dichos razonamientos para conformar la justificación interna a la que llegó el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sería el siguiente:

Premisa Mayor:

En aquellas circunstancias en las que el poder Legislativo tenga la obligación de concretar principios y prohibiciones constitucionales a través de bases y lineamientos en la legislación ordinaria, se considerará omisión legislativa relativa en competencia en ejercicio obligatorio y, por ende, un acto inconstitucional, al violar el principio de seguridad jurídica y división de poderes, si este emite una legislación reglamentaria que se reduzca a reproducir en susodicho ordenamiento secundario dichos supuestos.

Premisa Menor:

El Congreso de la Unión emitió legislación, al atender de manera obligatoria el mandato de concretar las disposiciones constitucionales en materia de regulación de las remuneraciones de los servidores públicos en todos los niveles de gobierno, donde se limitó a reproducir los principios constitucionales y prohibiciones en la materia sin consumarlos.

Conclusión:

El Congreso de la Unión incurrió en un acto inconstitucional de omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatoria, pues no fue capaz de concretar los principios y prohibiciones establecidos en el texto constitucional tratándose de las remuneraciones del servicio público, al emitir la legislación secundaria en la materia.

7.3. Evaluación de la justificación externa e internas, empleadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

La problemática que representa la línea de justificación empleada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en que la conclusión no se puede tratar como una condición suficiente y necesaria, pues esta tiene como fundamento un principio constitucional que está en plena discordancia con el principio de división de funciones establecido en la fracción II, del capítulo 127, de la carta magna, consistente en que ningún servidor público puede ganar más que el titular del poder Ejecutivo.

Dicho tribunal constitucional asume que basta con que se concreten los principios del tabulador del presidente de la república, incluida la remoción de las inconsistencias legales por las que se somete el anteproyecto del presupuesto a las directrices de la Secretaría de Hacienda para garantizar una legislación reglamentaria que sea acorde a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, se reitera que dicha línea de justificación no garantiza el contesto para que se dé el fin que persiguió en su momento la corte, ya que esto implica asumir que todos los poderes y organismos constitucionales autónomos están al servicio del poder Ejecutivo.

El operador jurisdiccional parte del supuesto que la fracción II, del capítulo 127 de la carta magna es acorde al principio de división de poderes, pues, a criterio de este, así lo quiso el Constituyente Permanente, situación que para ello citó la exposición de motivos del momento en el que se realizó la reforma constitucional en la materia (2019). Aunado a lo anterior, la corte ha sentado jurisprudencia desde la novena época, donde ha precisado que los controles de constitucionalidad no pueden hacer frente a reformas al ordenamiento constitucional vigente, la cual se cita en su integridad debido a la importancia que tiene para este capítulo:

> A**CCIÓN 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 capítulo 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 capítulo 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 capítulos 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 (2002).

La línea de justificación de la corte implica incurrir en una petición de principio, ya que se reduce a establecer que es correcto todo aquello que se instaura en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, esto sería recobrar el absurdo que estableció Robert Alexy (2009) al señalar que se podría precisar que puede incluirse en un ordenamiento de dicho rango que *"X es una república soberana, federal e injusta"* (Alexy, 2009). Es decir, los textos constitucionales deben

mantener cierta congruencia entre los principios que enuncian, pues de lo contrario se pueden cometer injusticias y arbitrariedades.

La actitud del tribunal constitucional mexicano implica una conducta contraria a la razón práctica, tal como se muestra del criterio obligatorio que se citó. En el caso en concreto, se muestra cómo dicha línea de razonamiento valida el absurdo por el cual se presupone que todos los salarios de todos los servidores públicos deben tomar como referente al presidente de la república. Se afirma dicho supuesto ya que no existe justificación alguna para precisar ese parámetro. Esto sólo acontecería si efectivamente todos los poderes fueran idénticos en sus funciones, situación que no acontece.

Con esto no se pretende que se confunda el hecho que todos los poderes y organismos constitucionales autónomos pueden, en su momento, tener la misma importancia para controlar el posible abuso de poder. El hecho de que la delegación de facultades en la democracia implique establecer entes públicos, y que estos cumplan en igualdad de importancia una función, no implica que ello conlleve a que da lo mismo fijar el sueldo de un poder, o un organismo constitucional autónomo que de otro.

El hecho que el Constituyente Permanente en el Estado mexicano haya fijado un poder en especial debió de implicar una justificación que mostrara que esto era lo correcto. Sin embargo, tal como se muestra en las transcripciones de las exposiciones de motivos, dicha situación jamás ocurrió. El legislador no dio razones a favor de dicho supuesto, ya que también presupuso que era lo justo. Sería muy riesgoso, en todo caso, buscar en el pensamiento del productor normativo constitucional dicha cuestión, ya que esto implica un imposible en términos epistemológicos (Vidal, 2018).

Se debe buscar fuera de dicha exposición de motivos alguna justificación o indicios que apunten a la teleología que permita que el titular del poder Ejecutivo sea el referente para fijar el salario de los demás poderes y organismos constitucionales autónomos. Sin embargo, se establece que esto sólo sería posible en la medida de que todos los entes públicos son idénticos, situación que ya se precisó que no acontece. La única forma por la cual la fracción II del capítulo 127 podría ser consistente con el principio de división de poderes sería si se admitiera que cada función que desempeña cada poder y organismo constitucional autónomo tendrá un tabulador propio según la naturaleza de sus actividades.

La redacción actual de dicho numeral no deja entrever manera de compatibilizar ese supuesto, pues trata igual, no que es igual, incurre con ello en un acto discriminatorio, inequitativo e injusto, en perjuicio tanto del principio en cuestión como de la seguridad jurídica de los mexicanos. Esto se debe a que el salario del poder Judicial y de los demás poderes y organismos constitucionales autónomos siempre precisarán de los lineamientos, prohibiciones y limitaciones del poder Ejecutivo. Eso es equivalente a una dependencia entre todos los órganos del Estado y este último ente público, sin que exista forma de conciliar dicho supuesto.

Por lo tanto, se corrobora que la conclusión a la que llega el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se sigue de los razonamientos esgrimidos que establecen que es necesario concretar las bases para fijar los tabuladores del titular del poder Ejecutivo para garantizar la constitucionalidad de la legislación reglamentaria en materia de remuneraciones de los servidores públicos, a fin de que se surta tanto el principio de seguridad jurídica y de división de poderes.

7.4. Alcances de la resolución en el mundo jurídico:

En la medida de que el tribunal constitucional mexicano sostenga la postura consistente en que cualquier contenido que esté en el texto fundamental a nivel constitucional es válido, no se podrá contar con un marco jurídico que garantice en mayor medida la congruencia entre sus principios y llegar a absurdos, que inclusive ha establecido la corte al señalar que los estatutos integrados en el ordenamiento constitucional a nivel federal no pueden ser contradictorios entre sí, situación que

Marroquín Zaleta y otros han criticado, pues implica confundir inconstitucionalidad con la posibilidad de que existan antinomias entre preceptos constitucionales, criterio que a continuación se cita dado su importancia, ya que dicho operador jurisdiccional no se ha apartado de esa óptica:

> **"CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI.** 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. (1972)

Los alcances de determinar la inconstitucionalidad de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los capítulos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los términos propuestos tiene un impacto negativo en la adhesión al Estado de derecho, pues el grado de certeza que pretende dotar a la población no es consistente con los valores propios de una democracia constitucional, donde cada poder y organismo constitucional autónomo debe aspirar a un presupuesto acorde con sus necesidades y no determinado de manera subordinada a otros.

Este criterio corresponde a una visión limitada del derecho, al intentar simplificar un fenómeno que cada vez es más complejo, que lo hace suponer el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el precedente en cuestión. En este sentido, la evaluación de la línea de justificación externa e interna que adoptó dicho tribunal constitucional es deficitaria por carecer de razonabilidad entre sus premisas y conclusiones. Es, por lo tanto, indispensable necesario que se haga frente a dicha problemática, según la óptica de entender el fenómeno jurídico por parte de dichos operadores jurisdiccionales para estar en mejor disposición de coadyuvar a fortalecer el Estado de derecho.

7.5. Propuesta: confrontación de la justificación externa e interna frente a otras alternativas: la implementación de un control de convencionalidad en materia democrática:

La alternativa que tuvo, y que aún tiene, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en abandonar aquella línea de justificación interna y externa que adopta aquellos criterios que impiden que las reformas constitucionales sean objeto de escrutinio de consistencia entre los diversos principios propios de una democracia constitucional. Esto implica aceptar que es válido reconocer, como señaló Josep Aguiló Regla (2019), que existe un paradigma o núcleo esencial propio de dicho régimen (Pp.-85-11).

No son pocos los autores que han sostenido esto de la democracia, así como del régimen de derechos humanos al intentar establecer un coto vedado intocable para configurar lo que señalaba Ferrajoli como una esfera de lo indecidible (Derechos y Garantías, 2010). Estas teorías inician, en su

mayor parte, con el hecho de establecer un necesario puente entre el derecho y la moral, tal como lo señala Atienza (2014), para mostrar que, sin este enlace por parte del sistema jurídico, se pueden caer en los absurdos señalados.

El problema de estas posturas que abogan por reconocer la importancia que juega la razón práctica en la configuración del derecho no estriba en su validez, sino en que depende de la voluntad política del Estados su adopción; donde la mayor parte se refugia en su soberanía y en la supremacía de sus constituciones políticas, precisamente para desconocer la fuerza que implican las reglas del discurso práctico para la configuración de sus sistemas normativos. Se reitera que estos establezcan de antemano reservas en sus ordenamientos constitucionales frente a los tratados internacionales de derechos humanos, o que los configuren de tal manera para impedir el pleno goce de las libertades básicas a favor de su población.

Esta problemática sólo se resuelve si se asume la postura por parte de los Estados consistente en el deber ético de respetar un coto vedado democrático que se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos. Es decir, así como existe una obligación de adecuar el marco normativo en razón de dichas prerrogativas, también esta se entiende en razón de cómo deben plasmarse ciertos elementos de la democracia, dicho de otro modo, que también existe un control de convencionalidad en materia democrática.

Ante esta línea alterna de justificación surge la siguiente interrogante ¿Cuáles serían los componentes de una democracia constitucional para que se pueda aplicar a nivel internacional y cómo se desprende esta de los derechos humanos?

Para responder a dicha cuestión se debe partir del supuesto de que si se acepta que cualquier concepto jurídico de democracia es una condición suficiente y necesaria para que un país contribuya a hacer frente a la dignidad humana, se incurre en la falacia de negación del antecedente; pues no toda adscripción del significado jurídico de dicha forma de gobierno es equivalente. La construcción lógica del argumento se cae en la dimensión material de sus componentes, ya que unos podrían ser excesivos o defectuosos.

Si bien pueden existir varias posturas epistémicas en este aspecto, se pueden señalar dos ópticas fundamentales: una visión débil y una fuerte. La primera agota el concepto de democracia en la emisión de sufragio, acorde a una postura positivista del derecho y no cognoscitivista entre el derecho y la moral. Puede tener diversas modulaciones en la medida que admita más derechos fundamentales y principios para permitir que se lleve a cabo, como es el caso de la igualdad y la libertad; sin embargo, pretende que su núcleo esencial se termina en las mayorías; y en donde la función de adjudicación del derecho no necesariamente debe respetar principios axiológicos donde se establezca un puente necesario con algún tipo de moral. La visión débil de dicho concepto es de naturaleza procedimental.

En cambio, la versión fuerte pretende establecer un nexo necesario con los derechos; es decir, las democracias sólo existen en la medida que estos logren establecerse. El tipo de derechos que se requieren son todos aquellos que sean necesarios para garantizar la dignidad humana como fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Se trata de una postura que guarda un nexo con la óptica epistemológica del post positivismo, la cual admite que hay un puente o enlace directo con la moral, que se desprende del discurso práctico racional a manera como lo ha mostrado Robert Alexy (Pp. 87-94), en la que la doctrina de los iguales implica las condiciones en las que la ideología de las partes sea efectivamente libre y equitativa igual este discurso avala modulaciones, como lo señala Atienza, en que, lejos de ver al derecho como una especie de discurso práctico racional, se establecen aquellos cimientos que hacen de este la base sin que el derecho se pierda del todo en el terreno de la axiología.

En cuanto a las consecuencias, la perspectiva procedimental es deficitaria argumentativamente. Esto se debe a que, al partir desde una visión no cognoscitiva del derecho, permite que el operador jurisdiccional, y equivalentes, decidan con alto grado de discrecionalidad, sobre todo cuando incurren debates donde se involucran principios axiológicos.

A comparación de la visión procedimental, la óptica fuerte de la democracia es válida, pues admite una mayor congruencia al establecer los nexos no sólo con una moral que se desprende no de una ideología, sino que es resultado del diálogo entre todos los actores involucrados, a manera de lo que Rawls (2005) definiría como la razón pública. En cuanto a sus consecuencias y utilidad, dicha postura permite hacer frente al déficit en la argumentación del discurso mediante diversas metodologías de la deliberación pública que surgirán con el tiempo. Esto se debe a que adopta una visión cognoscitivista, objetivista y constructivista con relación a la moral, que le permite adoptar una visión crítica del discurso en todas sus facetas tanto en el debate público como en aquellas funciones de adjudicación del derecho.

Esta visión de la democracia pone en el centro la dignidad humana como base del discurso, ya que, tal como lo señala Robert Alexy (Pág. 70, 2009), sólo en la medida que se trate a la persona como fin en sí misma, y no como medio, puede lograrse un discurso. Esto permite que puedan entrar reglas tan elementales en la construcción de la democracia, como es el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre otros; donde la voluntad de la libertad está enlazada con aquellas condiciones por las cuáles las personas pueden tener los medios para decidir por sí mismas.

De esto se desprende que no puede existir democracia sin derechos humanos. Se trata de un binomio indisoluble que repercute en la conformación de la primera, donde esta se traduce en una prerrogativa de toda la humanidad, como lo señala la Carta Democrática Interamericana en su capítulo 1º (2001). Entre los diversos componentes que integrarían dicho derecho de todos los pueblos, a manera de obligación, y que se establecen en el mencionado documento serían, los siguientes:

a) El respeto y pleno goce de todos los derechos humanos.
b) El acceso al poder por parte de la población de manera periódica y su determinación.
c) La sujeción del poder al Estado de derecho.
d) La celebración de elecciones libres y justas a través del sufragio universal y secreto.
e) El régimen plural de partidos y demás organizaciones políticas.
f) La transparencia de las actividades gubernamentales.
g) La gestión pública de calidad.
h) La división de poderes.[130]

Estos componentes serían el coto vedado y, por ende, comprenderían el marco que deberían fungir para implementar el control de convencionalidad en materia democrática. Con ello se comprende la unificación entre régimen de gobierno y derechos humanos de manera indisoluble, sin los que no podría darse uno u otro escenario. Esto tiene repercusiones trascendentales, pues implica que los países, al comprometerse con cualquier postulado internacional de derechos humanos, necesariamente se involucran con ese núcleo esencial para adoptar una democracia con dichos supuestos.

Es decir, en la medida que un país intente establecer una configuración constitucional que no considere dichos elementos, violaría ese núcleo esencial en un primer nivel del discurso práctico racional en sede interna y, por otro lado, conculcaría un compromiso internacional al aceptar en cualquier tratado en materia de derechos humanos, según el vínculo indisoluble en cuestión. Como bien lo señala Josep Aguiló, se estaría ante un Estado seudoconstitucionalista, donde se podrían dar cualquiera de los siguientes males:

[130] Si bien la Carta Democrática Interamericana hace una división entre componentes esenciales y fundamentales de la democracia, se considera que todos son indispensables, pues no se puede imaginar, por ejemplo, una democracia sin transparencia y que a la vez garantice derechos humanos. Es decir, no existe razón suficiente para separar ambos supuestos.

a) El mal de la arbitrariedad.
b) El mal del autoritarismo.
c) El mal del despotismo.
d) El mal de la exclusión social (2019).

De ello se desprende que, además de ser un deber ético por parte de los Estados el reconocer un núcleo esencial democrático que está fuertemente atado a los derechos humanos, y que responde a la razón práctica, también corresponde esto a un deber internacional que se desprende de sus obligaciones asumidas al momento de celebrar cualquier tratado de derechos humanos. Ante esto surge también la interrogante ¿Esto implica necesariamente la construcción de un constitucionalismo global? La respuesta es en sentido afirmativo.

El poder propio de un solo país jamás será suficiente para hacer frente a fenómenos que afectan a nivel global, desde el cambio climático, la pobreza, entre otros. Es decir, la insuficiencia de las democracias para hacer frente a estas cuestiones no estriba tanto en la corrección de los principios que esgrimen, sino a un contexto global, donde los problemas rebasan fronteras. Como bien lo señala Manuel Atienza, ante este tipo de contrariedades, se establece la pretensión de buscar nuevas formas de aplicar la democracia que haga frente a estos retos, que busquen unificarnos en una democracia a nivel global.

Negar que la democracia pueda tener mecanismos de control por la comunidad internacional es incongruente con la esencia del control en materia de los derechos humanos. Al final de cuentas, estos no se aplican en el vacío sin afectar el diseño de políticas públicas, o las demás instituciones públicas. Tan es así que los tratados internacionales en esta materia, una vez adoptados, obligan a que las autoridades, en sus esferas internas, adopten los mecanismos legislativos y de otra índole para poder hacer frente a sus obligaciones.

Tratar de negar que se puede controlar el contenido democrático a nivel internacional, bajo el argumento de soberanía, o al citar aspectos culturales implica incurrir en una petición de principio. Esto se debe a que, en el caso de la autonomía que gozan los países para limitarse, sólo puede ser un argumento en tanto esta sea legítima y acorde al principio de dignidad, es decir, que sea producto del discurso práctico racional; lo mismo aplica para las cuestiones culturales, de lo contrario se admitiría que todo tipo de cultura y todo tipo de democracia, por más injusta que sea, es válida, lo cual es una incongruencia.

Cabe resaltar otra incongruencia que se presentaría en caso de no admitir la validez de contar con un control de convencionalidad en materia democrática: consistente en que con ello se negaría el valor de la persona como tal, como eje básico de lo que se ha de entender por dignidad. Así como el control de convencionalidad en materia de derechos humanos busca hacer patente este principio, se queda corto en la medida que admite dar un trato diferenciado a los no nacionales; situación que deja de surtir efecto al completar dicho argumento con la visión fuerte de la democracia, es decir, si todos son personas y todos son dignos, ninguna frontera puede ser un obstáculo para desconocer su dignidad.

Esta afirmación no implica desconocer la dificultad de aplicarla a nivel global, ante un contexto en el que, pese a que ya se mencionó la debilidad del argumento de la soberanía; es un factor determinante. El problema de no abogar por la postura consiste en sus consecuencias. Al desconocer una visión fuerte de la democracia que trasciende fronteras, y que debe aplicarse a favor de la persona, se permite que subsistan fenómenos injustificados, como la mercantilización excesiva de las relaciones particulares en perjuicio del núcleo esencial de los derechos humanos.

El discurso actual de la visión débil de la democracia trae como consecuencia que se adopten posturas incongruentes en relación con problemas globales, como el cambio climático y la pobreza,

entre otros fenómenos que involucran a toda la humanidad, donde las fronteras ya no pueden ser excusas para evitar una crisis que ponga en riesgo el futuro de las siguientes generaciones. A manera de ejemplo, el ciudadano, por lo general, siempre gozará de más derechos que el extranjero, que el migrante, situación que no ocurre cuando se adopta una visión fuerte de la democracia, pues el discurso práctico impide desconocerlo como persona, donde la frontera se difumina como consecuencia lógica, así como desde la óptica de la dimensión pragma-dialéctica del discurso.

Aceptar esta postura conlleva reivindicar la teleología del capítulo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de toda convención; la oportunidad de toda persona de gozar de una movilidad que le permita un nivel de vida adecuado. Esto conlleva a que se construya un constitucionalismo global de manera necesaria, pues la democracia se reivindica como una condición sin la cual la persona no puede lograr su dignidad. Ello se traduce a que, sin importar el lugar en donde esta se encuentre, debe gozar con una gestión pública de calidad, donde pueda acceder al debate público para contribuir a mejorar sus condiciones, y la única manera de hacerlo es si existe un consenso global para que esto ocurra, bajo pena de incurrir en las inconsistencias señaladas.

Por lo tanto, la alternativa del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en adoptar una línea de justificación que admita el deber ético y jurídico de reconocer que existe un núcleo esencial democrático al cual está comprometido no sólo desde la óptica del discurso práctico racional, sino como obligación que se desprende de los compromisos asumidos con la comunidad internacional. Es por ello que no puede sostener la visión limitada y contraria a los derechos humanos y a la democracia constitucional, por el cual, cualquier contenido puede caber dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

VIII. **Conclusiones**

A través de este capítulo se mostró mediante el estudio de caso de la acción de inconstitucionalidad 105 /2018 y su acumulada 108/2018 que resolvió el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que los Estados nacionales que hayan suscrito tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen la obligación, frente a la comunidad internacional, de adoptar regímenes de democracia constitucionales con mecanismos de cotos vedados en sus reglamentos interiores para que sean congruentes con dichos compromisos.

Esto implica que los cotos vedados se traducen en adoptar mecanismos de control de convencionalidad en materia democrática por parte de los países, como es el caso mexicano, para hacer frente a los compromisos asumidos en materia de derechos humanos, pues el núcleo esencial de las democracias constitucionales parte de la indisolubilidad entre dicho régimen de gobierno y dichas prerrogativas, el cual no puede ser negado bajo pena de que se incurra en el mal de la arbitrariedad, autoritarismo, el despotismo y de la exclusión social.

En este sentido el reto de la comunidad internacional no consiste en aceptar el binomio democracia-derechos humanos, sino en llevarlo a cabo frente a un contexto de problemas globales que requieren que se cuente con un balance de razones institucionales y de una dimensión valorativa que reivindique a la persona desde la base de su dignidad, es decir, se requiere establecer los lineamientos y metodología de progresividad para transitar de manera más o menos uniforme hacia un concepto fuerte de democracia, donde se establezcan los mecanismos de control a nivel internacional que hagan posible que cualquiera pueda desarrollar su proyecto de vida.

IX. Referencias bibliográficas

Carta Democrática Interamericana. (11 de septiembre de 2001). Obtenido de Organización de Estados Americanos: https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

CONSTITUCION FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SI., Amparo en revisión 8165/62 (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 22 de marzo de 1972).

Contradicción de Tesis 105/2018 y su acumulada 108/2018 (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 20 de mayo de 2019).

J. Rawls, *Political Liberalism. Expanded Edition.* (2005) New York: Columbia. University Press.

293/2011, C. d. (2013). *Sentencias y Datos de Expedientes.* Obtenido de Suprema Corte de Justicia de la Nación: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659

299/2013, C. d. (2014). *Sentencias y Datos de Expedientes.* Obtenido de Suprema Corte de Justicia de la Nación: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=153439

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., Recurso de reclamación 592/2001-PL (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 25 de febrero de 2002).

Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *Doxa*, 67-84.

Atienza, M. (2014). *El Derecho como Argumentación.* Barcelona: Ariel.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs.* London: Belknap Press.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y Garantías.* Ciudad de México: Trotta.

Regla, J. A. (2019). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. *Doxa*, 85-100.

Vidal, I. L. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica.* Valencia: Tirant lo blanch.

Wrobléwski, J. (2018). *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica.* Buenos Aires: Ediciones Olejnik.

Zaleta, J. M. (2013). *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo.* Ciudad de México: Porrúa.