



Revista de Garantismo y Derechos Humanos



Año 7, Número 14
Julio - Diciembre 2023
ISSN: 2448-833X



REVISTA GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 14, JULIO-DICIEMBRE 2023
ISSN 2448-833x
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO POLÍTICAS

Dirección de la revista

Dr. Serafín Ortiz Ortiz. Director
Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Editor responsable
Lic. Julio Martínez Hernández. Asistente editorial

Equipo técnico

Martín Méndez Rodríguez
Lic. Julio Martínez Hernández
Ing. Elian Ramírez Palma

Apoyo editorial

Rubén López García

Revista de Garantismo y Derechos Humanos, núm. 14, julio-diciembre 2023, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, a través del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas. Av. Carretera Tlaxcala-Puebla, núm. 1, Col. La Loma Xicohtécatl, C.P. 90062, Tlaxcala, México, Tel. (01) 246 46 2 97 21, <https://revistagarantismoyddhh.uatx.mx>, garantismo.derechoshumanos@uatx.mx. Editor responsable: Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No.04-2016-102413052200-203, ISSN: 2448-833X, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.

Consejo Editorial

Dr. Serafín Ortiz Ortiz
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dra. Elisabeth Almeda Samaranch
Universidad de Barcelona, Departamento de Sociología, España

Dr. Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma, Italia

Dra. Encarna Bodelón González
Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, España

Dr. José Luis Soberanes Fernández
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México

Dra. Tamar Pitch
Università degli Studi di Camerino, Departamento de Derecho, Italia

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Argentina

Dr. Fernando Tenorio Tagle
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dr. Raffaele De Giorgi
Universidad de Salento, Facultad de Derecho, Italia

Dr. Paolo Comanducci
Universidad de Génova, Departamento de Jurisprudencia, Italia

Dr. José María Soberanes Díez
Universidad Panamericana, México

Dr. Carlos Conover Blancas
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México

Dra. Laura Yolanda Vázquez Vega
Escuela Nacional de Antropología e Historia, México

Dr. Adrián Rentería Díaz
Universidad de Insubria, Italia.

Consultores internos

Carlos González Blanco / José Zamora Grant / Luis Armando González Placencia / Raúl Ávila Ortiz /
Susana Thalía Pedroza de la Llave / Omar Sánchez Vázquez

REVISTA GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 14, JULIO-DICIEMBRE 2023 ISSN 2448-833x

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA, CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICO POLÍTICAS

SUMARIO TABLE OF CONTENTS

ARTÍCULOS / ARTICLES

Incidencia de las mujeres en los cargos de poder en la nación mexicana y Puebla: desde una
visión de cultura cívica

Incidence of women in positions of power in the Mexican nation and Puebla: from a civic culture perspective
Sandra Timal López.....5-27

Federalismo y derecho a la salud

Federalism and the right to health

José María Soberanes Díez.....29-48

El federalismo de emergencia mexicano en pandemia. Tlaxcala, del control eclesiástico-
municipal al control sanitario y la intervención de los cuatro órdenes de gobierno, frente al
derecho a la salud reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Mexican emergency federalism in pandemic. Tlaxcala, from ecclesiastical-municipal control to health control
and the intervention of the four government orders, in front of the right to health recognized by the Inter-
american court of Human Rights*

Susana Thalía Pedroza de la Llave y Norma Lidia Moreno Peña.....49-78

La función del “juicio reflexionante” kantiano en el silogismo jurídico

The role of the kantian "reflecting judgment" in legal syllogism

Víctor Manuel Rojas Amandi.....79-103

La inteligencia artificial como nueva frontera en el reconocimiento de derechos y
obligaciones. Una aproximación desde la perspectiva del derecho de autor y la propiedad
industrial.

*Artificial intelligence as a new frontier in the recognition of rights and obligations. An approach from the
perspective of copyright and industrial property.*

Daniel Villegas Varela.....105-122

La actuación constitucional de la policía en México

Constitutional policing in Mexico

Germán García Montealegre.....123-141

Reflexiones y análisis jurídico en torno de la obra: *Justicia intergeneracional. Ensayos desde el pensamiento de Lukas H. Meyer* de Santiago Truccone Borgogno

Reflections and legal analysis on the work: Justicia intergeneracional. Ensayos desde el pensamiento de Lukas H. Meyer by Santiago Truccone Borgogno

Alejandro Bermúdez Victoria.....143-167

FUENTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL / SOURCES FOR THE HISTORY OF CONSTITUTIONAL LAW

Pasado y presente legislativo: el archivo histórico de la Cámara de Diputados

Legislative past and present: the historical archive of the Chamber of Deputies.....169-173

Secretaría de Servicios Parlamentarios, Dirección General del Sistema Institucional de
Archivo de la Cámara de Diputados

RESEÑAS / REVIEWS

Ramón Ortega García, *Apuntes de historia de la filosofía del derecho en México*, 2023, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 154 p. (Manuales de Filosofía, Introducción y Teoría del Derecho)

Adrián Rentería Díaz.....175-180

**INCIDENCIA DE LAS MUJERES EN LOS CARGOS DE PODER EN LA NACIÓN
MEXICANA Y PUEBLA: DESDE UNA VISIÓN DE CULTURA CÍVICA**

**INCIDENCE OF WOMEN IN POSITIONS OF POWER IN THE MEXICAN
NATION AND PUEBLA: FROM A CIVIC CULTURE PERSPECTIVE**

Sandra TIMAL LÓPEZ
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla
timalsandy@outlook.com

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2023

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2023

Resumen:

El presente artículo tiene objetivo enlistar y describir los momentos relevantes de la lucha de la participación de las mujeres en México, y la incidencia que los resultados de sus esfuerzos han tenido en la inclusión de sus perfiles en la entidad poblana, a través de mostrar datos duros sobre el número de mujeres participando en espacios de poder. Inevitablemente, se emplearán referentes históricos del contexto internacional, pues han servido de base para que exista una armonización con las legislaciones nacionales mexicanas y, específicamente, con el caso de Puebla.

Durante el desarrollo, se empleó una búsqueda documental que llevó a contemplar conceptos como paridad y acciones afirmativas, analizados desde una perspectiva de la cultura cívica que al estar sesgada con un toque masculino, ha caído en formas de discriminación hacia las mujeres; los cuales se analizan a profundidad con la finalidad de que quienes lo lean, logren identificar que la elevación a nivel de principios y derechos de algunas de las prerrogativas concedidas a ellas, son resultado de su lucha y que, hay elementos de inclusión en la vida política y democrática que son de carácter permanente y otros de índole temporal, como es el de las acciones afirmativas.

Summary:

The purpose of this article is to list and describe the relevant moments in the struggle for women's participation in Mexico, and the impact that the results of

their efforts have had on the inclusion of their profiles in the state of Puebla, by showing hard data on the number of women participating in spaces of power. Inevitably, historical references from the international context will be used, since they have served as a basis for harmonization with Mexican national legislation and, specifically, with the case of Puebla.

During the development, a documentary search was used that led to contemplate concepts such as parity and affirmative actions, analyzed from a civic culture perspective that, being biased with a masculine touch, has led to forms of discrimination against women; These concepts are analyzed in depth so that those who read it will be able to identify that the elevation to the level of principles and rights of some of the prerogatives granted to women are the result of their struggle and that there are elements of inclusion in political and democratic life that are of a permanent nature and others of a temporary nature, such as affirmative actions.

Palabras clave: Democracia, elecciones, mujeres, transparencia, violencia.

Keyword: Democracy, elections, women, transparency, violence.

I. Introducción

Las mujeres han sido, a lo largo de la historia, trasladadas hasta un espacio de discriminación, en muchas de las esferas de la vida en las que se desenvuelven. La gran mayoría de estas formas de discriminación están arraigadas en el núcleo familiar, en ese espacio donde las personas suelen adquirir sus valores y principios para conducir el resto de sus áreas de desenvolvimiento.

Desafortunadamente la violencia que va desde cuestiones psicológicas, económicas y físicas ha trastocado el espacio de trabajo de las mujeres, desde el hecho de la desigualdad en las condiciones laborales, las facilidades o los obstáculos que tienen que vencer para acceder a sus respectivos puestos, así como la forma inequitativa en la que se les ha tratado en oportunidades y prestaciones como los salarios. Esas desigualdades han llegado hasta la vida democrática del país, pues debe tenerse presente que las esferas de orden político, los cargos por concurso de oposición, los espacios del servicio y el funcionariado público, son también una forma en la que las mujeres han tenido que luchar por acceder a condiciones de igualdad en comparación con los hombres.

Actualmente, si bien es cierto las mujeres ocupan varias sillas de poder, también lo es el hecho de que aún son insuficientes. En ese orden de ideas, la participación de las mujeres en la vida política y democrática, toma especial relevancia, puesto que el empoderamiento de ellas,

resuena con gran potencia desde los espacios de poder público. Acceder a cargos de elección popular, tener garantizado el derecho de votar y de ser votadas, tiene que ser normalizado y no, producto de una lucha insaciable.

En el contexto planteado, la presente investigación mostrará desde una perspectiva descriptiva y analítica la forma en que se va evolucionando a través de ese mal síntoma de la desigualdad y la discriminación hacia las mujeres, para después rescatar los elementos que en el contexto internacional existen y generaron un impacto a nivel nacional, para después desde esta periferia, transitar hasta el contexto local y, una vez ubicados en el ámbito específicamente poblano, analizar los datos duros que muestran los espacios de poder que las mujeres han logrado ocupar.

II. Discriminación en contra de las mujeres en el ámbito democrático y su relación con la cultura cívica

A veces suele decirse, de manera errónea, que las mujeres pertenecen a un sector de la población vulnerable, como si tal adjetivo calificativo fuera una característica intrínseca a las mujeres, sin embargo, no es así, pues a ellas se les ha vulnerado, por distintas razones y juicios de valor que las han llevado hasta rangos de desigualdad y discriminación. Dicho de otra forma, las mujeres no son vulnerables, han sido vulneradas.

La discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones del hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.¹

Discriminar es una forma de menoscabar, de vulnerar, incluso de violar por completo un bien jurídico tutelado por el Estado, la dignidad humana. Este bien ha sido desplazado en una jerarquía de importancia en comparación con el resto de bienes jurídicos como la vida y el patrimonio, es decir, pareciera que la dignidad no es cuantificable y, consecuentemente, no es tan sencillo que la sociedad comprenda que se trata del bien máspreciado de los seres humanos,

¹ NACIONES UNIDAS, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado*. Aprobado el 18 de diciembre de 1979.

pues en él subyace la posibilidad de que nadie ajeno a uno mismo, pueda tomar decisiones por encima de inclinación personal.

Partiendo de esa idea de haber llevado a un valor menor a la dignidad humana, es que se proliferaron las formas de discriminación, pues se devaluó tanto el bien jurídico, que su práctica constante, empezó a conformarse como una forma cotidiana en perjuicio de las mujeres, así como de otros sectores de la población que también han sido relegados hasta esferas que los han convertido en sectores vulnerados.

En este apartado de la investigación se ha buscado relacionar a la discriminación de la que son víctimas las mujeres, con la cultura cívica, pues esta última implica que: una sociedad democrática liberal probablemente no funcionaría adecuadamente sólo con personalidades democráticas y seguramente funcionará mejor si ciertas funciones y actividades son desempeñadas por personalidades distintas, incluso autoritarias. Tal vez no haya sido ésta la única fuente de inspiración de Almond, pero es evidente que en ella está ya la semilla de su planteamiento del ciudadano y la cultura cívica como una mezcla de orientaciones políticas.² Con esta cita puede interpretarse que la cultura cívica es origen, pues a partir de ella se gestan elementos como los valores, las prácticas y las actitudes que permiten al ser humano conducirse o bien, abstenerse de actuar (puesto que la omisión de acciones también es una forma de respuesta), en el contexto político-democrático.

La cultura cívica tiene dos grandes componentes: el primero se refiere a la participación activa política que, en general asociamos con la idea de una cultura política democrática, y el segundo está relacionado con su actuación en el marco del respeto a la ley, lo que normalmente se entiende contenido en el concepto de cultura de la legalidad.³

La importancia de hablar de cultura cívica en estos temas, tiene que ver con que las personas reducen el concepto al hecho de votar el día de una jornada electoral, lo cual es totalmente erróneo, pues la construcción de una cultura es una tarea permanente, constante, que desde luego se ve influenciada por las experiencias y formaciones de quienes la difunden o bien se encargan de hacerla notar por su ausencia.

² ALMOND, Gabriel, "The Appeals of Communism and Fascism" en *Ventures in Political Science. Narratives and Reflections*, Boulder, Lynne Rienner, 2002.

³ INSTITUTO ELECTORAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO, IECM, *Diálogos para una Cultura Cívica*, 2017, <http://www.ine.mx/dialogos-una-cultura-civica/>

Afortunadamente, las mujeres han hecho que su voz y sus reclamos sean escuchados, y ellas mismas han sido sus mejores aliadas, han representado su forma de apoyo mutuo y sus demandas, debidamente presentadas por las distintas vías legales y legítimas han rendido frutos, algunos de ellos aún insuficientes, pero otros han trascendido en una cadena, análogamente comparada con el método deductivo, de lo general a lo particular, y justo para dar inicio en ese orden de ideas, se procede a analizar el contexto internacional.

III. Legislaciones que impulsan la participación de las mujeres en la vida democrática: el contexto internacional

Como se ha manifestado desde el título de la presente investigación, el objetivo está centrado en el análisis de los elementos de avance en la participación de las mujeres en la vida política y democrática. Este camino ha implicado la inclusión de una serie de conceptos de términos que son indispensables para llegar a condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

En la Declaración de Atenas se hace referencia a la paridad en la representación y administración de las naciones, como una forma de ejercicio de la igualdad formal y sustantiva, en cuanto a los derechos humanos.⁴ Desde aquí se tienen sentados los elementos que estipulan que en los Estados debe prevalecer una condición de igualdad en los espacios de poder, como lo son los de elección popular (de representación) y los de impartición de justicia y administración.

En el Consenso de Quito, se reconoce la contribución de la participación de las mujeres al fortalecimiento de la democracia, la justicia social y el desarrollo de los países, asimismo, se admite la relevancia de los mecanismos institucionales para el adelanto de las mujeres, basados en el diseño e implementación de políticas para la igualdad entre mujeres y hombres, al más alto nivel de los Estados de la región.⁵ En ese sentido, desde el Consenso se ha dado el aval de la importancia y trascendencia que tienen las mujeres en el aporte a la democracia, pues en él se reconocieron sus habilidades y sus aptitudes.

⁴ LLANOS, Beatriz, “La paridad en América Latina: se hace camino al andar”. *La democracia paritaria en América Latina. Los casos de México y Nicaragua*, Washington, 2016, p. 8.

⁵ CEPAL y NACIONES UNIDAS, “Décima conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe”, *Consenso de Quito*, 9 de agosto de 2007.

Ahora bien, como tercera y última cita de este contexto internacional, (enfaticando en que no son los tres únicos referentes de índole internacional, sino que han resultado los más representativos para efectos de esta investigación), en 1931, en España, se escuchaban las palabras de la parlamentaria Clara Campoamor, cuando pronunciaba “Yo, señores diputados, me siento ciudadano, antes que mujer, y considero que sería un profundo error político dejar a la mujer al margen de ese derecho.”⁶

La cita anterior cobra gran relevancia, pues nos remite al término de ciudadanía, una cualidad que no todas las personas alcanzaron en igualdad de condiciones, pues a algunos sectores, como el de las mujeres, les ha llevado toda una lucha, y no simplemente una consecuencia de haber cumplido la mayoría de edad, como suele suceder en el caso de los varones. Ser ciudadano/a es un requisito para acceder al espacio democrático, de ahí la importancia de las palabras de Campoamor.

IV. Antecedentes en el contexto nacional

Desde años revolucionarios, las mujeres comenzaron esta lucha a través de un movimiento llamado *Las Hijas de Cuauhtémoc*, fundada alrededor de 1910, que se oponían a la dictadura de Porfirio Díaz y solicitando su participación política. Además, exigían igualdad de género y respeto a los derechos laborales.⁷

El primer gran logro, después de este antecedente, se dio el 16 de enero de 1916, cuando se efectuó el Primer Congreso Feminista de Yucatán, que reunió a 700 mujeres destacadas de toda la república. El congreso fue convocado por el gobernador yucateco Salvador Alvarado, 13 meses antes del Congreso Constituyente al final de la Revolución Mexicana. Como resultado de esta reunión las mexicanas ganaron el derecho a la administración de bienes, la tutela de hijas e hijos y salario igual a trabajo igual.⁸

⁶ BLAKEMORE, Erin, “Breve historia del origen del voto femenino en EE. UU. El Congreso aprobó la enmienda hace un siglo, pero las mujeres siguen sufriendo desigualdades en Estados Unidos”. <https://www.nationalgeographic.es/historia/2023/07/historia-voto-femenino-estados-unidos>

⁷ LA CADERA DE EVA, “Las hijas de Cuauhtémoc, las feministas de la revolución. El movimiento Las hijas de Cuauhtémoc exigían participación política e igualdad de género.”, 15 de noviembre de 2021, <https://lacaderadeeva.com/actualidad/quotlas-hijas-de-cuauhtemocquot-las-feministas-de-la-revolucion/947>

⁸ Ídem.

Cabe puntualizar que: esta investigación está centrada en conocer los alcances de las mujeres poblanas en su entidad en la vida política y democrática, pero ello no implica que sus logros sean aislados, sino todo lo contrario, pues las mujeres, en esta lucha se han caracterizado por su cohesión y por tener un objetivo como su común denominador, ser reconocidas en igualdad de derechos en comparación con los hombres, por ello no es posible hablar de los logros de las mujeres poblanas sin hacer referencia al trabajo que las mujeres han hecho y a los logros que han alcanzado en otras entidades federativas, incluso en otras latitudes del mundo.

El caso de Yucatán es de lo más relevante en nuestro contexto político-electoral, pues el matriarcado se estaba haciendo presente, sonaba a todo pulmón, al haber logrado por una vía legislativa ser reconocidas en su capacidad de ejercicio, al poder ser titulares de sus propios bienes, y sobre todo reconocer que en ellas podría recaer la tutela de sus hijos e hijas. Esto último merece un especial realce, pues de inicio, todas las personas, enfatizo “personas”, gozan de capacidad de goce desde el momento en que nacen, pero al alcanzar la mayoría de edad, todas ellas (sin distinción entre si son hombres o mujeres), gozan de capacidad de ejercicio, la cual permite a las personas ser sujetas de celebrar actos jurídicos, asumiendo las consecuencias, evidentemente jurídicas, que sus respectivas celebraciones impliquen. En ese orden de ideas, si los matrimonios, en aquella época, tenían como resultado hijos, ¿no eran tales escenarios una consecuencia jurídica de haber celebrado un contrato como lo es el matrimonio?; ahora bien, ¿no sucedería algo similar con el caso de la adquisición de bienes, si dicha actividad normalmente es el resultado de la celebración de un contrato?, la respuesta a ambas interrogantes resulta obvia, pero parece que para la mayoría del sector masculino que conformaba a la sociedad de aquella época, no lo era.

Con las analogías presentadas, lo que se trata de explicar es que con el voto sucede lo mismo, puesto que, en México, la capacidad de ejercicio se adquiere al cumplir la mayoría de edad, es decir, 18 años, todas las personas, sin importar su sexo, pueden solicitar su credencial para votar, y con ella, ser contempladas en la ciudadanía y, consecuentemente, poder votar y ser votadas.

Se enfatiza entonces en el hecho de decir ¿por qué las mujeres han tenido y siguen teniendo la necesidad de luchar porque se les respete un derecho que por ley ya les es conferido?, y la respuesta, puede ser muy fría, pero es la que más se apega a la realidad que viven, y radica en el estigmatismo que se les ha puesto a lo largo de la historia, al considerar que la labor más importante que ellas han tenido es la de procrear (porque sus características físicas así lo

disponen), y consecuentemente su labor está centrada en la crianza y el cuidado de los hijos, y dicha tarea es tan absorbente que las obliga a no poder trabajar, porque evidentemente sus horarios y las múltiples actividades que su rol de madre les demanda, no se lo permiten.

Afortunadamente, hoy las mujeres son madres y también son trabajadoras y han logrado demostrar que, aunque las múltiples actividades que sus hijos demandan son absorbentes, la tarea de crianza no es exclusiva de ellas, sino que es una tarea compartida con los padres. Por lo anterior, es más que aplaudible la lucha que las mujeres han tenido en todas las esferas de su vida, pues desde el hogar hasta la arena política han tenido que trabajar por ser visibles, frente a un derecho que, de cara a oídos sordos, pareciera que no les competía como lo es el voto.

Retomado las fechas de relevancia en el contexto de la participación de las mujeres, es oportuno citar el 12 de febrero de 1947, fecha en la que por iniciativa del entonces presidente, Miguel Alemán Valdés, se reformó el artículo 115, fracción I, de la Constitución Federal, en el cual se estableció la participación de las mujeres mexicanas en las elecciones municipales, concediéndoles de tal forma, el derecho de votar y ser votadas, en igualdad de condiciones que los hombres.⁹

Detrás de la decisión adoptada por el presidente Adolfo Tomás Ruiz Cortines, en el sentido de proponer una reforma constitucional que reconociera el derecho de las mexicanas a votar y ser votadas, estuvo la influencia de otras democracias. Además, las mujeres mexicanas fueron hábiles en propiciar cambios culturales que reconocieran la necesidad de su participación en condiciones de igualdad con los varones.¹⁰

Setenta y tres años después, en 2020 se estableció como requisito de elegibilidad a cargos de representación popular acreditar un curso de paridad de género, derechos humanos, no discriminación, de prevención, atención y erradicación de la violencia política contra las mujeres en razón de género y no haber recibido sanción en sentencia firme por los siguientes casos:

- a. Violencia política contra las mujeres en razón de género o delito equivalente;

⁹ GOBIERNO DE MÉXICO, “AGN Recuerda el reconocimiento del derecho de las mujeres a votar y ser votadas a nivel municipal”, *Archivo General de la Nación*, México, febrero 2019, <https://www.gob.mx/agn/articulos/agnrecuerda-el-reconocimiento-del-derecho-de-las-mujeres-a-votar-y-ser-votadas-a-nivel-municipal>

¹⁰ PULIDO GÓMEZ, Amalia, “A 70 años del voto de las mujeres en México”, en Espacio de colaboraciones del Instituto Electoral del Estado de México, 17 de octubre de 2023. <https://medioteca.ieem.org.mx/index.php/prensa/espacio-de-colaboraciones-y-opiniones/item/6323-a-70-anos-del-voto-de-las-mujeres-en-mexico>

- b. Violencia familiar; o
- c. Incumplimiento de la obligación alimentaria¹¹

Podría plantearse en este momento de la redacción lo siguiente: ¿Cómo incrementó la participación política de las mujeres en México? Sin duda, la respuesta a este planteamiento está íntimamente relacionado con la acción de las agrupaciones feministas que, desde la sociedad civil, pugnaron desde mediados del siglo XX por reconocer los derechos político-electorales de las mujeres y facilitar su acceso a la participación en los asuntos públicos.¹²

Después de haber analizado algunas de las fechas más relevantes en la línea del tiempo del impulso de la inclusión de las mujeres a la vida política, vale la pena preguntarse, ¿por qué a las mujeres se les negaba el derecho a votar?, a lo que pudieran existir diversas hipótesis para entender tal hecho, sin embargo, una de las más comunes es la que apunta a que algunas representaciones partidistas: decían que no era útil reconocer el derecho al voto de las mujeres porque si sus esposos o sus padres votaban, entonces se asumía que todas las familias optaban por un mismo partido;¹³ lo anterior en palabras expresadas por la Dra. María Marván Laborde, en la *Gaceta* de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El sentido de las palabras de la investigadora no está alejado de la realidad, pues si bien es cierto que su expresión está enfocada en el contexto en el que a las mujeres no se les contemplaba como ciudadanas que pudieran emitir su sufragio, el escenario no dista mucho de la realidad que hoy siguen viviendo mujeres que pertenecen a comunidades rurales y a pueblos y comunidades indígenas; cabe precisar que con lo expresado no se generaliza, pues decir que todas las mujeres pertenecientes a dichas comunidades viven esa realidad, sería una falacia, pero lo cierto es que muchas de ellas siguen aún sin conocer, sin saber que el voto es un derecho y que están en toda la libertad de acudir a las urnas.

Probablemente el escenario descrito está altamente influenciado por el patriarcado que aún prevalece en distintas regiones, tanto de Puebla, como de México, y del mundo entero; es

¹¹ Artículo 15, fracción VI, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Puebla.

¹² SERRET, Estela, “El feminismo mexicano de cara al siglo XXI”. *El Cotidiano*, año 16, número 100, marzo-abril, 2000, pp. 42-51.

¹³ HERNÁNDEZ, Karen y Perla CHÁVEZ, “Setenta años de lucha por el voto de las mujeres, historia y retos. En México el derecho al voto se conmemora cada 17 de octubre, desde su aprobación en 1953” en *Gaceta de la Universidad Nacional Autónoma de México*, <https://www.gaceta.unam.mx/setenta-anos-de-lucha-por-el-voto-de-las-mujeres-historia-y-retos/>

decir, el impacto que tiene el patriarcado es tan alto que ha trascendido la vida de los hogares de las mujeres, básicamente desde que se usaba la idea ligada a que un padre era “cabeza de familia”, se trasladaba al hecho de que su papel era el de encabezar, organizar y proveer económicamente para el sustento de la casa y de los integrantes de la familia que en ella habitaban. Con el paso de los años y resultado de la lucha de las mujeres, ellas hoy también son madres y cabezas de familia, y consecuentemente se encargan de organizar, trabajar y proveer económicamente a sus hogares.

Aquella época en la que no se reconocía a las mujeres su calidad de ciudadanas, se tenía la idea de que: Ser ciudadano es una prerrogativa política que la Constitución otorga a quienes tengan los requisitos que esa Ley Suprema designe, en razón de la aptitud, virtudes cívicas e integridad personal que son necesarias para ejercer libremente las funciones públicas; de aquí que no puedan votar ni ser votados, en ningún caso, los menores de edad, los tahúres, los sentenciados a una pena que traiga consigo la privación de esos derechos, y las mujeres.¹⁴

No hay calificativo alguno que pueda describir lo que manifiesta la cita anterior, pues parece que en otras palabras dice que los menores de edad, las mujeres, los tahúres y los sentenciados eran personas sin aptitudes, virtudes ni integridad, situación por demás discriminatoria.

Mariano Coronado, un constitucionalista, señaló que: "La tendencia moderna es ampliar las funciones cívicas, y señaladamente el voto público, haciendo partícipes de ellas a mayor número de individuos; pero siempre se exigen condiciones de aptitud que distinguen al simple individuo del ciudadano. Así, mientras las mujeres y los menores de edad, por ejemplo, gozan plenamente de los derechos del hombre, no poseen los del ciudadano. Estos últimos los confiere la Constitución para los objetos antes indicados, a los individuos que juzga más aptos para la vida pública; excluyendo a algunos como a los menores y a las mujeres, por no creerlos capaces para esas funciones, por suponer inconveniente o peligrosa su intervención en ellas."¹⁵ Las ideas del constitucionalista son, por lo menos, arcaicas, pues considerar que la inclusión de las mujeres en las actividades de índole cívica es un peligro, rebasa los límites de la razón.

¹⁴ RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*. Primera reimpresión de la segunda edición. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978. p. 158.

¹⁵ CORONADO, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*. Primera reimpresión de la tercera edición. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 111.

Marcelina Galindo expresó: Nosotras queremos contestar a los que preguntan ¿por qué se le concedió el voto a la mujer? Porque era una necesidad social, un derecho político y una exigencia de justicia. El voto femenino no es una dádiva, sino el otorgamiento de un derecho que había sido desconocido por mucho tiempo.¹⁶

Vale la pena hacer mención aquí de que como consecuencia de todas estas arbitrariedades narradas, se dio paso a una forma de “soluciones temporales” como es el caso de las denominadas acciones afirmativas, las cuales son definidas en la ley general para la igualdad entre mujeres y hombres, como: El conjunto de medidas de carácter temporal, correctivo, compensatorio y/o promoción encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.¹⁷

IV.I La paridad

La paridad es igualdad. Así de claro y contundente. La paridad no es una medida de acción afirmativa de carácter temporal. No es una medida compensatoria. La paridad es un principio constitucional que tiene como finalidad la igualdad sustantiva entre los sexos, que adopta nuestro país como parte de los compromisos internacionales que ha adquirido con el objeto de que los derechos político electorales de las y los ciudadanos se ejerzan en condiciones de igualdad. La paridad es una medida permanente para lograr la inclusión de mujeres en los espacios de decisión pública.¹⁸

El tema de la paridad en el ámbito político, nos remonta inevitablemente al contexto de América Latina, y aunque estamos ya en un contexto nacional, es importante que en este subtema no se pasen por alto los datos duros que nos dan muestra de la participación de las mujeres en los cargos donde se ostenta el poder.

Desde 1980, se ha elegido desde la ley, seis mujeres como presidentas de la República y tres de ellas han sido reelegidas: Cristina Fernández, Dilma Rousseff y Michelle Bachelet. En

¹⁶ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH), “Reconocimiento del derecho al voto de las mujeres mexicanas”, <https://www.cndh.org.mx/noticia/reconocimiento-del-derecho-al-voto-de-las-mujeres-mexicanas>

¹⁷ Artículo 5º, fracción I, de la Ley general para la igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁸ BONIFAZ ALONZO, Leticia, “El principio de paridad en las elecciones: aplicación, resultados y retos”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos_humanos/articulosdh/documentos/2016-12/PRINCIPIO%20DE%20PARIDAD.pdf

2013 el 25% de los cargos ministeriales de 18 países de la región lo ocupaba una mujer; 15 países tienen legislación sobre cuotas o paridad, con porcentajes del 20 al 50%, para elección popular, si bien los resultados estimados son, en función de la voluntad política o de la aplicación efectiva de la ley; en los últimos años, ese avance se ha plasmado en un debate pro-paridad que ha llevado a cinco países, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Nicaragua y México a adoptar una línea del 50-50 una cuenta que se ha visto como la aplicación de los resultados cercanos a la paridad en los cargos de popular.¹⁹

Regresando al contexto nacional, en el marco del 60 Aniversario del Voto de las Mujeres en México, en 2013, el Ejecutivo Federal envió la iniciativa de paridad en candidaturas al Poder Legislativo federal. En el año 2014, en pleno transe de la reforma electoral, se incorpora en el Artículo 41 Constitucional el principio de paridad.

Para 2019, se presentó la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de la reforma a los artículos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para garantizar que la mitad de los cargos de decisión política en los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal), en los tres poderes de la Unión (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y organismos autónomos sean para mujeres, lo que se conoce como “paridad en todo” o paridad transversal, constituye un avance en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al poder político.²⁰

Como se puede deducir e interpretar después de las citas de las investigadoras Leticia Bonifaz y Lorena Vázquez, la paridad es un principio constitucional, y como tal, lo que le corresponde al Estado es garantizar su efectivo cumplimiento y, consecuentemente, no se trata de una acción afirmativa; sin embargo, la desinformación nos ha trasladado en repetidas ocasiones a juzgar, a calificar a la paridad como un producto de una acción afirmativa y no es así. De esta manera se evidencia una vez más que, las mujeres han tenido que trabajar de tal forma que solicitan se les reconozca un derecho que ya está estipulado en la Constitución. Se enfatiza en el hecho de decir que, ese principio, en el caso de la paridad, no estuvo presente en

¹⁹ AMEA, Asociación de Magistradas Electorales de las Américas, “Paridad Política”, <http://amea.iidh.ed.cr/m%C3%A1s/paridad-pol%C3%ADtica/>

²⁰ VÁZQUEZ CORREA, Lorena, ed., “Reforma Constitucional de Paridad de Género: Rutas para su Implementación” en *Cuaderno de investigación No. 58*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México, 2019, p. 45.

el texto constitucional de manera permanente, pues como ya se ha descrito en la investigación, fue hasta 2019 que se habló de la reforma “paridad en todo”, a pesar de que desde hace 70 años el derecho a votar y ser votadas para las mujeres fue reconocido en el texto constitucional, sin embargo, desde sus inicios, no implicó la inclusión de las mujeres en condiciones de igualdad en comparación con los hombres, y es justo esa condición de desigualdad la que las mantiene en una constante lucha. A continuación, se presenta una imagen del antes y después del artículo 94 alusivo al tema.

Imagen 1. Antes y después del texto del artículo 94 constitucional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 15 de mayo de 2019 (antes)	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 6 de junio de 2019 (ahora)
Artículo 94 [...] La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once Ministros y funcionará en Pleno o en Salas. [...] [No tiene correlativo] [...]	Artículo 94 [...] La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once integrantes, Ministras y Ministros y funcionará en Pleno o en Salas. [...] La ley establecerá la forma y procedimientos mediante concursos abiertos para la integración de los órganos jurisdiccionales observando el principio de paridad de género. [...]

Fuente: VÁZQUEZ CORREA, Lorena, ed., “Reforma Constitucional de Paridad de Género: Rutas para su Implementación”, *Cuaderno de investigación No. 58*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México, 2019, p. 7.

Las mujeres no deben ser incluidas en la vida política porque así lo mandata la Constitución, sino que su participación debería estar basada en relación a su capacidad y a sus virtudes, las habilidades y el talento que les caracteriza en esos ámbitos de poder, y sólo hasta el momento en que se logre considerar que tanto hombres y mujeres deberían ser considerados en la arena política por sus virtudes y no por sus relaciones de poder, sociales, compadrazgos, etcétera, se logrará una verdadera condición de igualdad.

Es importante dejar en el lector la siguiente reflexión: la participación de las mujeres en la vida política no deber ser una camisa de fuerza, no deben ser incluidas por el hecho de ser mujeres, porque, como sucede en algunos casos, en los que para ser registrada una planilla se requiere de la inclusión de nombres de mujeres, (en la lógica de la premisa planteada), en lo que se va a convertir es en desvirtuar las cualidades de varones que también estén capacitados y no se les permita participar por el hecho de cumplir con cuotas.

Nuestro texto constitucional, desde 1917, ha sufrido una serie de reformas, mismas que han sido producto de las demandas sociales, de las necesidades que la ciudadanía reclama, y ahí radica parte de las bondades del texto de nuestra Carta Magna, pero tampoco debe abusarse de su flexibilidad, pues modificar el contenido en atención a las necesidades de algunos grupos de poder, como sucede en la vida política, nos puede traer como consecuencia ser víctimas de nuestras mismas luchas.

V. Antecedentes de la participación de las mujeres en Puebla

Para hablar de la participación política de las mujeres en Puebla, los datos de la línea del tiempo nos llevan al año de 1936, cuando se presentó la reforma electoral para que las mujeres pudieran votar en las elecciones a nivel local.

El 16 de marzo de 1936 las mujeres poblanas obtuvieron el reconocimiento para votar en las elecciones de índole local, lo anterior en apego a lo establecido en el artículo 33 de la ley electoral de aquel momento, en cuyo texto se estipuló:

Son electores y por lo mismo tienen derecho a ser inscritos en el padrón electoral: los varones y las mujeres poblanos mayores de dieciocho años si son casados y de veintiuno si no lo son, siempre y cuando estén en el pleno goce de sus derechos políticos y civiles, tengan un modo honesto de vivir y no pertenezcan a ninguna orden monástica o desempeñen puesto alguno de carácter religioso.²¹

Vale la pena destacar que lo establecido en el texto legislativo local, estaba lleno de juicios de valor, y puede entenderse por lo antiguo del mismo, dado que en la actualidad, no sería aceptable considerar a una persona dentro del padrón electoral, tomando como base “su modo honesto de vivir”; sin embargo, deja ver una forma de rezago, al considerar como una condición para ser inscrito en el padrón, un atributo de la personalidad, el estado civil de las personas; pues dicha característica no modifica la capacidad de ejercicio ni de hombres ni mujeres.

Diversas teorías existen alrededor de tratar de encontrar una explicación al impulso y la inclusión de las mujeres en la vida política y democrática de la entidad pobлана, pues lo cierto es que no existían presiones sociales de una naturaleza tal, que significaran una manera de ejercer

²¹ MANJARREZ, Arturo, *Panorama del Derecho Mexicano*, México, Mc Graw Hill, 1999, p. 145.

presión para que el poder político cediera. De entre las diversas explicaciones, se tiene contemplada la que hipotetiza que el Partido Nacional Revolucionario necesitaba de un mayor número de votantes, siendo el sector de las mujeres, el campo perfecto para poder conseguir tal cometido, pues estadísticamente, las mujeres representaban un número importante, significativo y valioso para acrecentar al número de sus votantes.

La reforma en mención fue impulsada por el otrora Partido Nacional Revolucionario, por sus siglas PNR; el impulso estuvo auspiciado por la emisión de la convocatoria para elegir a los candidatos que serían representantes de dicho partido para contender a la gubernatura y las diputaciones locales, específicamente en el 5 de julio de 1936.

Como consecuencia de lo anterior, se conformó la “Agrupación de mujeres poblanas”, bajo la coordinación de Carmen Caballero de Cortés, profesora de educación primaria y superior por el Instituto Normal del Estado, y oriunda de Acatlán de Osorio. Cabe precisar que esta agrupación ya tenía indicios de conformación antes de que se reconociera el derecho a votar de las mujeres, pues estaba centrada en buscar apoyo a los Ávila Camacho, a Rafael a la candidatura local y a Manuel del mismo apellido a la contienda presidencial.

En agosto de 2015, el Congreso de Puebla se adhirió a las disposiciones generales de paridad señaladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con una reforma al Código de Instituciones y Procesos Electorales del Estado, en la que se estableció que los partidos políticos deberían trabajar en buscar la participación de hombres y mujeres en igualdad de circunstancias, tanto en la integración de sus respectivos órganos, como en la postulación de candidatos.

Lo anterior toma especial relevancia, puesto que es bien sabido que las mujeres han sido usadas como un tipo de cambio para postular a cargos de elección popular, como ocurrió con el tan sonado caso de “las juanitas” que ha dejado un precedente en el que hombres usaron a mujeres como su punta de lanza para una elección, y una vez ganada la contienda, se les obligó a renunciar, para finalmente ser los varones quienes asumieran los cargos públicos.

En 2020 se empleó en Puebla una estrategia que se denominó “metodología de bloques de competitividad” la cual consiste en, básicamente tres elementos:

En primer lugar, enlistar todos los distritos electorales en donde un partido haya presentado candidatura en el proceso electoral inmediato anterior, y ordenarlos de menor a

mayor de acuerdo con el porcentaje de votos obtenido. Posteriormente, dividir esa lista en tercios que correspondieran a tres bloques, en donde el primer bloque contuviera los distritos con el porcentaje de votación más bajo, el segundo bloque aquellos con porcentaje de votación media y, por último, el tercer bloque con el porcentaje de votación más alto para cada partido político. Finalmente, analizar el bloque con menor porcentaje de votos, y más precisamente, los veinte distritos menos votados para cada partido político, con el fin de identificar si en estos distritos existía o no un sesgo notorio en contra de un género.²²

Básicamente lo anterior se puede reducir en que los bloques de competitividad se dividieron en: I. Bloque 1: Demarcaciones con menor competitividad; II. Bloque 2: Demarcaciones con competitividad media; y III. Bloque 3: Demarcaciones con mayor competitividad.²³ Esta forma de clasificación de los bloques permite conocer qué lugares resultan estratégicos para postular a varones o a mujeres, de ahí que para muchos los bloques de competitividad, lejos de ser una forma de alcanzar la participación igualitaria entre hombres y mujeres, sean un mecanismo de “enviar” a las mujeres a postular en aquellos lugares donde su presencia y su poder no resulta trascendental.

En una explicación muy sencilla, un bloque de competitividad se forma con los resultados que fueron obtenidos en el último proceso electoral, mismos que se ordenan de menor a mayor votación por cada uno de los distritos. Básicamente esta forma de ordenación puede tener diversas interpretaciones, pues va a derivar en la estrategia de decidir sobre los propietarios y suplentes a cargos de elección popular, en función de ser hombre o mujer, de tal forma que se garantice la diversidad y la inclusión en dichos puestos, y los mismos no estén sesgados hacia uno u otro sexo. Sin embargo, hay una percepción diversa al respecto, pues ello puede traducirse en una forma obligada de postular a un hombre o a una mujer, en cada una de las fórmulas que vayan a ser presentadas a la contienda electoral.

²² INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, INE, Consejo General del Instituto Nacional Electoral. (4 de abril de 2015). INE/CG/162/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que, en ejercicio de la facultad supletoria, se registran las candidaturas a diputadas y diputados al Congreso de la Unión por el principio de mayoría relativa, presentadas por los partidos políticos nacionales y coaliciones con registro vigente, así como las candidaturas a diputadas y diputados por el principio de representación proporcional, con el fin de participar en el Proceso Electoral Federal 2014-2015.

²³ MELGAREJO SALGADO, Paula, “Paridad transversal en órganos colegiados electos popularmente. Aplicación del principio de paridad de género transversal en la postulación de candidatas y candidatos a diputados locales en el proceso electoral 2017-2018 en el Estado de México”. https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/nombramientos/magistrados/EDOMEX/PMS/anexo_5.pdf

Una primera y muy importante evidencia de las barreras que enfrentan las candidatas es que muchas de ellas son postuladas en distritos donde sus partidos son relativamente débiles, además de que una vez que su campaña ha iniciado, suelen contar con menores recursos o disponen de una red de alianzas y apoyos políticos menos densa que las de los candidatos hombres.²⁴

Cabe enfatizar también que, los bloques de competitividad son producto de las malas prácticas de las que han sido víctimas las mujeres, pues cuando la paridad empezó a ser un elemento obligado para los partidos políticos, empezaron a postular mujeres en los municipios de menor impacto, es decir, aquellos que estratégicamente no representaban un sitio de poder, eso, empezaba a tener mujeres incluidas, pero simplemente por el hecho de cumplir con un requisito, pero no se les permitía una contienda en espacios donde su impacto y su trascendencia fuera notoria.

En las elecciones del año 2021, un total de seiscientos cincuenta y nueve mujeres candidatas fueron asignadas a estos bloques de competitividad. Los municipios en los que prevalece una mayor participación de las mujeres en la distribución de cargos públicos son Teziutlán, Tecali de Herrera, Hueyapan, Tehuacán, Huejotzingo y Amozoc; mientras que aquellos con gobiernos relativamente más masculinizados son Acatlán, Ahuhuetitla, Altepexi, Cohetzala, Chigmecatitlán, Chila, Mixtla y Xicotlán.²⁵

Buró Parlamentario se dio a la tarea de aplicar un cuestionario, en la entidad poblana, con el objetivo de conocer algunos de los elementos que dan cuenta, o que cuando menos permiten generar un indicio, en torno a la participación de las mujeres en la vida política de Puebla. Buró Parlamentario hizo un llamado a las presidencias municipales y a las representaciones partidistas para dar a conocer que, en el periodo comprendido del 12 de mayo al 23 de junio de 2023, estaría a su disposición el instrumento, es decir el cuestionario, con las preguntas que coadyuvarían a la investigación pretendida.

El instrumento contempló el hecho de recabar datos como: el nivel de escolaridad, la edad, el número de dependientes familiares, la condición de aportante del hogar, entre otros

²⁴ APARICIO CASTILLO, Francisco Javier, “Impacto del registro paritario de candidaturas en el Proceso Electoral Federal 2014 – 2015”. III. *Informe sobre la paridad de género en la selección de candidaturas y resultados electorales para la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados, 2015-2018*, México, Instituto Nacional Electoral, 2015.

²⁵ BÁRCENA, Sergio, “Percepciones y trayectorias Políticas de las Mujeres que Ejercen el Poder en los Municipios Poblanos”, *Buró Parlamentario*, México, agosto 2023, p. 28.

rasgos que suelen condicionar las tensiones a las que se someten las mujeres que ejercen cargos públicos, y la edad en la cual iniciaron su participación en asuntos públicos; el momento vital en el que dieron comienzo a su militancia partidista, y el punto etario en que comenzaron a trabajar en la política; bloque de experiencias y percepciones de trato diferenciado en entornos familiares, institucionales o partidistas; bloque de percepciones sobre los entornos y procedimientos institucionales como promotores o inhibidores de las desigualdades políticas de género.²⁶

Después del vaciado de la información, se obtuvieron los datos duros que a continuación se muestran:

Imagen 2. Porcentajes de participación real de las mujeres en puestos del ámbito democrático en Puebla

Respuestas completas	
Respondientes	134
Número de Municipios	53/217
Municipios según el género de la persona titular de la Presidencia Municipal	
Con presidentes municipales	61.20%
Con presidentas municipales	38.80%
Municipios según tamaño poblacional	
Rurales (N<2500 habitantes)	11.90%
Semiurbanos (2500<N<15000 habitantes)	30.60%
Urbanos (N>15000 habitantes)	57.46%
Composición muestral por tipo de cargo	
Presidentas	0.00%
Síndicas	17.20%
Regidoras	82.80%
Composición muestral por partido de la respondiente	
Movimiento Regeneración Nacional	29.1%
Partido Revolucionario Institucional	21.6%
Partido Acción Nacional	11.2%
Partido Verde Ecologista	8.2%
Partido Compromiso por Puebla	6.7%
Partido del Trabajo	6.0%
Partido de la Revolución Democrática	5.2%
Nueva Alianza	5.2%
Encuentro Social	3.0%
Movimiento Ciudadano	2.2%
Partido Social de Integración	1.5%

Fuente: BÁRCENA, Sergio, “Percepciones y trayectorias Políticas de las Mujeres que Ejercen el Poder en los Municipios Poblanos”, *Burró Parlamentario*, México, agosto 2023, p. 30.

²⁶ *Ibidem*, pp. 31-32.

Como se puede apreciar de la tabla elaborada por Buró Parlamentario, respondieron 134 personas, correspondientes a 53 de 217 municipios que existen en Puebla, de ellos, sólo el 38.80% cuenta con presidentas municipales, lo que quiere decir que, aunque el tema de “paridad en todo” existe desde 2019, se puede ver que este instrumento aplicado en 2023, da muestra de que la paridad no se hizo presente, pues los cargos en presidencias municipales en el estado de Puebla siguen siendo ocupados, en su mayoría por hombres.

Ahora bien, en la tabla es posible apreciar un dato de la alta relevancia, el de la “composición muestral del tipo de cargo, donde es posible apreciar qué cargos son los que llegan a ocupar las mujeres dentro de los municipios, para ello hay que partir de la idea de que las posibilidades son: a) la presidencia, b) sindicaturas y c) regidurías, cuyo rango de importancia va justo en ese sentido; y tal como lo muestra la tabla, del 100% posible, el 82.80% está destinado para el cargo más bajo, el de las regidoras. Cabe precisar que con lo que se está afirmando no se demerita la labor de ningún cargo, pero sí se enfatiza en el hecho de que las decisiones de poder son de un impacto mucho más alto en las opciones a y b, en comparación con el caso de las regidurías.

En seguimiento a lo mostrado por la tabla, es pertinente hablar de lo que corresponde a una muestra de los partidos políticos locales de la entidad, en cuanto al número de mujeres incluidas en sus listas, se tiene que. MORENA, el PRI y el PAN, son quienes están por arriba del 10% pero debajo del 30% de en incorporación de mujeres, hablando estrictamente en cuestiones de medir paridad. Los números ya son significativos, pero siguen siendo insuficientes, pues la paridad 50-50, en “todo”, aunque es un mandato constitucional, sigue siendo un tema desactualizado con la realidad poblana.

Es muy importante tomar en consideración que el estudio presentado en la imagen, mismo que atiende a un estudio retomado por Buró Parlamentario, es de tipo muestral, lo que implica que no se está hablando de la totalidad de mujeres que ocupan cargos políticos en la entidad poblana, sin embargo, la muestra tomada sí permite obtener datos que dan una clara idea de cuál es el panorama que se vive en Puebla.

Como se puede apreciar también, las zonas rurales siguen siendo un área de oportunidad, pues en ellas los números relacionados con la inclusión de las mujeres en la vida política siguen estando en niveles muy bajos, y ello puede estar influenciado por las condiciones sociales,

políticas y culturales que se viven desde casa y que se alimentan con las figuras patriarcales que aún prevalecen en dichas regiones. Como se pronunció desde el inicio de este artículo, la cultura cívica juega un papel trascendente, pues en ella están inmersos valores y principios que se aprenden, y se practican, o bien están ausentes desde etapas muy tempranas, y con el paso del tiempo, trascienden y trastocan esferas como la del poder público y político.

VI. A manera de reflexiones – conclusiones

No es posible dar una conclusión en torno al trabajo que han hecho las mujeres en pro de ser incluidas en la vida política activa de la entidad poblana, y es que no sólo se trata de un tema que esté circunscrito en la entidad, sino que se replica a la nación, y al mundo.

De manera muy desafortunada, las mujeres han sido blanco de discriminación y de vulneración a lo largo de la historia, han sido vulneradas y no son vulnerables por nacimiento, sino que la sociedad misma se ha encargado de rezagarlas por múltiples situaciones que van desde contextos sociales, culturales, laborales y hasta de odio por el simple hecho de ser mujeres.

Puebla es un ejemplo de la constante lucha que han representado las mujeres en la vida política, y los avances que se han percibido en la entidad, si bien aún no son suficientes, sí son significativos y podrían servir de aliciente a otras entidades federativas para seguir trabajando en pro de una cultura cívica que tenga claro que, incluir a las mujeres en la vida política no es un favor, simplemente es un derecho que tiene que ser respetado y el Estado debe garantizar su protección y libre ejercicio.

Es tiempo de que las mujeres dejen de ser cuotas o producto de acciones afirmativas, pues si se parte del principio de que existe una condición de igualdad entre hombres y mujeres, la inclusión de estas últimas no tendría por qué ser el resultado de una lucha por alcanzar la “igualdad” de la que se supone es un punto de partida.

El aumento en la participación de mujeres en las candidaturas es un resultado directo de medidas que se implementaron para garantizar una representación más igualitaria; pero las soluciones de carácter temporal no pueden ni deben seguir siendo una forma de solucionar la desigualdad y la discriminación de la que aún son blanco las mujeres.

VII. Fuentes de información

ALMOND, Gabriel, “The Appeals of Communism and Fascism” en *Ventures in Political Science. Narratives and Reflections*, Boulder, Lynne Rienner, 2002.

AMEA, Asociación de Magistradas Electorales de las Américas, “Paridad Política”, <http://amea.iidh.ed.cr/m%C3%A1s/paridad-pol%C3%ADtica/>

APARICIO CASTILLO, Francisco Javier, “Impacto del registro paritario de candidaturas en el Proceso Electoral Federal 2014 – 2015”. III. *Informe sobre la paridad de género en la selección de candidaturas y resultados electorales para la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados, 2015-2018*. Instituto Nacional Electoral, México, 2015.

Artículo 15, fracción VI, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Puebla.

Artículo 5º, fracción I, de la Ley general para la igualdad entre mujeres y hombres.

BÁRCENA, Sergio, “Percepciones y trayectorias Políticas de las Mujeres que Ejercen el Poder en los Municipios Poblanos”, *Buró Parlamentario*, México, agosto 2023, p. 28.

BLAKEMORE, Erin, “Breve historia del origen del voto femenino en EE. UU. El Congreso aprobó la enmienda hace un siglo, pero las mujeres siguen sufriendo desigualdades en Estados Unidos”. <https://www.nationalgeographic.es/historia/2023/07/historia-voto-femenino-estados-unidos>

BONIFAZ ALONZO, Leticia, “El principio de paridad en las elecciones: aplicación, resultados y retos”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos_humanos/articulosdh/documentos/2016-12/PRINCIPIO%20DE%20PARIDAD.pdf

CEPAL y NACIONES UNIDAS, Décima conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. *Consenso de Quito*, 9 de agosto de 2007.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDH), “Reconocimiento del derecho al voto de las mujeres mexicanas”, <https://www.cndh.org.mx/noticia/reconocimiento-del-derecho-al-voto-de-las-mujeres-mexicanas>

CORONADO, Mariano, *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*. Primera reimpresión de la tercera edición. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

GOBIERNO DE MÉXICO, “AGN Recuerda el reconocimiento del derecho de las mujeres a votar y ser votadas a nivel municipal”, *Archivo General de la Nación*, México, febrero 2019, <https://www.gob.mx/agn/articulos/agnrecuerda-el-reconocimiento-del-derecho-de-las-mujeres-a-votar-y-ser-votadas-a-nivel-municipal>

HERNÁNDEZ, Karen y CHÁVEZ, Perla, “Setenta años de lucha por el voto de las mujeres, historia y retos. En México el derecho al voto se conmemora cada 17 de octubre, desde su aprobación en 1953” en *Gaceta de la Universidad Nacional Autónoma de México*, <https://www.gaceta.unam.mx/setenta-anos-de-lucha-por-el-voto-de-las-mujeres-historia-y-retos/>

INSTITUTO ELECTORAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO, IECM, *Diálogos para una Cultura Cívica*, 2017, <http://www.ine.mx/dialogos-una-cultura-civica/>

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, INE, Consejo General del Instituto Nacional Electoral. (4 de abril de 2015). INE/CG/162/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que, en ejercicio de la facultad supletoria, se registran las candidaturas a diputadas y diputados al Congreso de la Unión por el principio de mayoría relativa, presentadas por los partidos políticos nacionales y coaliciones con registro vigente, así como las candidaturas a diputadas y diputados por el principio de representación proporcional, con el fin de participar en el Proceso Electoral Federal 2014-2015.

LA CADERA DE EVA, “Las hijas de Cuauhtémoc, las feministas de la revolución. El movimiento Las hijas de Cuauhtémoc exigían participación política e igualdad de género.”, 15 de noviembre de 2021, <https://lacaderadeeva.com/actualidad/quotlas-hijas-de-cuauhtemocquot-las-feministas-de-la-revolucion/947>

LLANOS, Beatriz, “La paridad en América Latina: se hace camino al andar”. *La democracia paritaria en América Latina. Los casos de México y Nicaragua*, Washington, 2016, p. 8.

MANJARREZ, Arturo, *Panorama del Derecho Mexicano*, México, Mc Graw Hill, 1999.

MELGAREJO SALGADO, Paula, “Paridad transversal en órganos colegiados electos popularmente. Aplicación del principio de paridad de género transversal en la postulación de candidatas y candidatos a diputados locales en el proceso electoral 2017-2018 en el Estado de México”. https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/nombramientos/magistrados/EDO-MEX/PMS/anexo_5.pdf

NACIONES UNIDAS. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado*. Aprobado el 18 de diciembre de 1979.

PULIDO GÓMEZ, Amalia, “A 70 años del voto de las mujeres en México” en *Espacio de colaboraciones del Instituto Electoral del Estado de México*, 17 de octubre de 2023. <https://medioteca.ieem.org.mx/index.php/prensa/espacio-de-colaboraciones-y-opiniones/item/6323-a-70-anos-del-voto-de-las-mujeres-en-mexico>

RUIZ, Eduardo, *Derecho Constitucional*. Primera reimpresión de la segunda edición. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

SERRET, Estela, “El feminismo mexicano de cara al siglo XXI” en *El Cotidiano*, año 16, número 100, marzo-abril, 2000, pp. 42-51.

VÁZQUEZ CORREA, Lorena, ed., “Reforma Constitucional de Paridad de Género: Rutas para su Implementación” *Cuaderno de investigación No. 58*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México, 2019.

FEDERALISMO Y DERECHO A LA SALUD
FEDERALISM AND THE RIGHT TO HEALTH

José María SOBERANES DÍEZ*
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
josemariasd@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7400-8302>

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2023
Fecha de aceptación: 12 de agosto de 2023

Resumen:

El texto aborda la cuestión del destinatario de los derechos humanos, especialmente en el contexto del federalismo mexicano, destacando la importancia de identificar una autoridad específica responsable de promover y proteger los derechos. Se analiza el federalismo mixto en México, donde se combinan diversas formas de repartir competencias. Partiendo del derecho a la protección de la salud como un derecho concurrente, prestado tanto por la Federación como por las entidades federativas, el trabajo busca analizar cómo opera el federalismo mexicano en relación con este derecho, considerando normas nacionales e internacionales. Para ello, el texto se divide en cuatro apartados: el primero es una introducción, el segundo analiza los modelos federalistas en general, el tercero se enfoca en el caso mexicano y el cuarto examina el derecho a la protección de la salud como un derecho concurrente.

Summary:

The text addresses the issue of the recipient of human rights, especially in the context of Mexican federalism, emphasizing the importance of identifying a specific authority responsible for promoting and protecting rights. It analyzes mixed federalism in Mexico,

* Investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT.

where various forms of distributing competencies are combined. Starting with the right to health protection as a concurrent right provided by both the Federation and the federative entities, the work aims to examine how Mexican federalism operates in relation to this right, considering national and international standards. The text is divided into four sections: the first is an introduction, the second analyzes federalist models in general, the third focuses on the Mexican case, and the fourth examines the right to health protection as a concurrent right.

Palabras clave: Estado, federalismo, derecho, salud.

Keywords: State, federalism, law, health.

I. Introducción

Desde las primeras declaraciones de derechos es por todos aceptado que el Estado es el destinatario de los derechos humanos. Esta se trata, sin embargo, de una afirmación muy general. Para el constitucionalismo y, sobre todo, en el ámbito procesal es importante poder establecer un destinatario concreto, una autoridad que sea responsable de promover, respetar garantizar y proteger los derechos. La forma de dividir el poder y, específicamente, la forma de Estado que se adopte, tiene incidencia en la determinación del destinatario.

Al respecto es interesante la experiencia mexicana, no solo por haber adoptado el federalismo como forma de Estado, pues cabrían otros ejemplos, sino también por contar con un federalismo mixto, en el que se combinan diversas formas de repartir las competencias.

Dentro de la variedad de derechos humanos reconocidos por México, respecto al federalismo llama la atención el derecho a la protección de la salud, puesto que constitucionalmente se trata de un derecho concurrente, es decir, que debe ser prestado tanto por la Federación como por las entidades federativas.

Conforme a esta norma norteamericana existen dos ámbitos de competencia, que son excluyentes: o la facultad es federal o es local; no puede ser de ambos. Siendo de un ámbito, es a éste a quien corresponde legislar, administrar y juzgar en esa materia. De ahí que la expresión “dual” quiera significar esta bifurcación.

A la luz de lo anterior es que resulta importante clarificar cuál de los diversos órdenes jurídicos, y en qué medida, deben intervenir en la prestación del derecho de protección a la salud. Por ello es que este trabajo intentará ocuparse de la cuestión.

Conforme a esta norma norteamericana existen dos ámbitos de competencia, que son excluyentes: o la facultad es federal o es local; no puede ser de ambos. Siendo de un ámbito, es a éste a quien corresponde legislar, administrar y juzgar en esa materia. De ahí que la expresión “dual” quiera significar esta bifurcación.

Tratar esto también es interesante a la luz de normas internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que, en los estados federales, como es México, el gobierno nacional debe cumplir con las disposiciones relacionadas con materias sobre las que tiene competencia (artículo 28).

Así pues, para poder analizar cómo opera el federalismo mexicano respecto al derecho a la protección de la salud, analizaremos los modelos federalistas en general (apartado II), para después aterrizarlo al caso mexicano (apartado III) y, en específico, al derecho en cuestión (apartado IV).

II. Los modelos realistas

Como preámbulo debe señalarse que a grandes rasgos existen dos modelos federalistas en el mundo: el dual y el cooperativo. El primero tiene origen norteamericano. La Constitución estadounidense de 1789 creó dos ámbitos de poder exclusivos y recíprocamente limitados situados en un plano de absoluta igualdad; sin embargo, no estableció una distribución competencial entre ellos. Esto sucedió en la Décima Enmienda, ocurrida dos años después (15 de diciembre de 1791), en donde expresamente se dijo que “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

Esta técnica de distribución tiene lógica en el federalismo por integración de comunidades soberanas, puesto que las competencias de la autoridad central son creadas *ex novo*, mientras que los estados miembros conservan todos los poderes que ya poseían y que no le transfirieron a la

Unión.¹ En los sistemas federales con origen en un proceso de descentralización, en cambio, las competencias de las comunidades territoriales son taxativamente enumeradas por regla general.²

Se siga una u otra técnica, en ambos casos se distinguen las facultades federales y las locales. Esta división constituye el soporte de lo que fue denominado por Corwin “federalismo dual” (*dual federalism*),³ quien remite, no obstante, su origen a las ideas plasmadas en los artículos 39 y 46 de *El Federalista* de Hamilton.

Conforme a esta norma norteamericana existen dos ámbitos de competencia, que son excluyentes: o la facultad es federal o es local; no puede ser de ambos. Siendo de un ámbito, es a éste a quien corresponde legislar, administrar y juzgar en esa materia. De ahí que la expresión “dual” quiera significar esta bifurcación.

En términos jurisprudenciales, llegó a tener su máximo rigor en el caso *Hammer vs Dagenhart*,⁴ en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley federal por no contar con facultades expresas para regular el comercio de bienes fabricados por niños. No obstante, el federalismo dual ha sido matizado. Por una parte, el precedente del caso *Hammer* fue abandonado en el contexto de las políticas del *New Deal*, y en 1941⁵ comenzó una línea jurisprudencial en la que abrió el entendimiento de las facultades federales, permitiendo que casi cualquier cuestión pudiera entenderse como parte de la facultad federal para regular el comercio entre estados, lo que estuvo vigente hasta hace dos décadas.⁶

Por otra parte, también ha sido matizado, producto de los nuevos roles del Estado, que interviene más en la vida social y económica, que se ha sumado a la asignación de estas importantes facultades a la Federación,⁷ lo que provocó un fenómeno llamado

¹ TAJADURA, Javier, “Estudio preliminar” en Tajadura, Javier, *et al.*, *Federalismos siglo XXI*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 52

² *Ibid.* Hay que subrayar que esta es una regla común, pero no siempre es así, como ocurre en México que, pese a ser un federalismo por descentralización, utiliza la fórmula del federalismo por integración.

³ CORWIN, Edward, *The twilight of the Supreme Court. A history of our Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1934.

⁴ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918).

⁵ *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100 (1941).

⁶ En el año de 1995 se establecieron por primera vez límites a la interpretación tan abierta de la facultad de legislar el comercio entre los estados, en el caso *United States v. Alfonso López, Jr.*, 514 U.S. 549 (1995), con lo cual la “Corte Rehnquist” inició una nueva línea jurisprudencial sobre el federalismo.

⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El federalismo en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 19.

“neofederalismo”⁸ o “estado federal unitario”, según la clásica fórmula de Hesse, con la que busca expresar la preponderancia de la federación.⁹

Un ejemplo claro es México, en donde se han hecho múltiples reformas constitucionales para atribuirle facultades a la Federación. Al día en que esto se escribe se han realizado ochenta y dos reformas al artículo 73 constitucional, que es el que establece las facultades del Congreso de la Unión, siendo el precepto más reformado de todos.

En este contexto es que surgió el segundo modelo federalista, el cooperativo. Las bases teóricas las sentó Morton Grodzins con una metáfora culinaria. Señaló que el federalismo no era pastel de tres niveles, sino de uno jaspeado (*marlbe cake*) o un pastel arcoíris (*rainbow cake*), que se caracteriza por una mezcla inseparable de ingredientes de diferente color.¹⁰ En este sentido, el federalismo presupone la coparticipación de poderes y estados entre las distintas esferas de gobierno excluyendo toda rigidez.¹¹

Pero fue en Alemania donde ocurrió su desarrollo normativo. A finales de los años sesenta del siglo XX, ese país se percató de que vivía sumergido en una catástrofe educativa, de la cual los *Länder* (estados) tenían buena parte de la culpa. Ante esta situación, se optó por una reforma constitucional, que hizo que las competencias de los *Länder* pasaran a ser responsabilidad compartida con el *Bund* (Federación), a la que se sumó una reforma al sistema tributario. Con eso se creó un nuevo nivel: las tareas compartidas que dieron origen al federalismo cooperativo.¹²

Efectivamente, no era alternativa transferir la facultad local a la Federación, puesto que existían *Länder* que realizaban bien su tarea educativa. Tampoco lo era quedarse con el la distribución de ese momento, pues el *Bund* se vería imposibilitado a apoyar a los estados, ya que

⁸ DURAND, Charles, “El Estado federal en el derecho positivo” en BERGER, G. *et al.*, *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 213.

⁹ HESSE, Konrad, “El Estado federal unitario” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, julio-diciembre 2006 (publicación electrónica consultable en <http://www.ugr.es/~redce/>). El original de este trabajo, en alemán, es de 1962.

¹⁰ Esta idea se encuentra a lo largo de la obra de GRODZINS, Morton, *The american system. A new view of government in United States*, Chicago, Rand Mac Nally, 1960.

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 24.

¹² NAGEL, Klaus Jürgen, “El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?” en *Revista de estudios públicos*, núm. 118, oct-dic 2002, p. 69.

invadiría su competencia. Por ello era necesario un nuevo modelo, que permitiera la actuación federal en unos casos.

A partir de entonces, se pudieron distinguir las materias exclusivamente federales, materias exclusivamente locales, materias coincidentes, y la legislación marco o básica en las materias que son compartidas.¹³ Esto, sin embargo, fue matizado en la reforma a la Ley Fundamental de Bonn de 2006.

III. El federalismo en México

Salvo el breve periodo de 1836 a 1841,¹⁴ México ha sido una federación, y ha contemplado el sistema dual desde el primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, del 25 de agosto de 1842, cuyo artículo 80 a la letra disponía: “Todas las atribuciones y facultades que no se otorgan específicamente al Congreso nacional, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de Justicia, se entenderá que quedan reservadas a los departamentos”. Esta fórmula se repitió en el artículo 71 del segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, del 2 de noviembre de 1842.

En el voto particular de Mariano Otero al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, del 5 de abril de este año, contempló un sistema rígido de distribución de competencias, que eventualmente sería previsto en el Acta Constitutiva y de Reformas en sus artículos 20 y 21.¹⁵

En la *Constitución Política* de 1857¹⁶ se previó de manera clara que las facultades que no estaban expresamente concedidas a los funcionarios federales se entendían reservadas a los

¹³ LÓPEZ PORTOS, María Begoña, *Los nuevos modelos federales*, tesis doctoral, España, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 60.

¹⁴ Sobre las ideas y debates en torno al naciente federalismo mexicano, así como el paso al centralismo, puede consultarse SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Y fuimos una federación*, México, Porrúa, 2013; y del mismo autor *Y los conservadores tomaron el poder*, México, Porrúa, 2014.

¹⁵ “Art. 20. Sobre los objetos cometidos al Poder de la Unión, ningún Estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos, que el de los poderes generales que la misma establece.

Art. 21. Los poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan solo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción”.

¹⁶ A la letra dijo: “117. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución á los funcionarios federales, se entienden reservadas á los Estados”.

estados, y que correspondía a los tribunales de la federación juzgar los casos que versaran sobre la aplicación de las leyes de este ámbito.¹⁷

La Constitución de 1917 siguió la línea de sus antecesoras en el establecimiento del federalismo dual, y su artículo 124 dispuso que las facultades que no estuvieran expresamente concedidas por carta magna a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados.¹⁸

De acuerdo con ello, existen dos ámbitos de competencias claramente delimitados: el federal y el local, siendo propias cada una de las materias legislativas de cada uno de ellos. Del ámbito federal son propias las materias que expresamente indica la Constitución, a las que podemos llamar tasadas. Del ámbito local son propias el resto, a las que podemos llamar residuales. De esta forma, la facultad para legislar en materia de comercio corresponde a la Federación, porque expresamente se le concedió al Congreso de la Unión esta facultad.

Así pues, de acuerdo con el texto original, existían facultades federales y facultades locales. Había facultades que podían pensarse compartidas. Es el caso de la materia administrativa. Sin embargo, esta es una disciplina académica, no una materia competencial. Si bien existe la ciencia del derecho administrativo, desde el punto de vista constitucional existen materias diversas que se le encomiendan a los ejecutivos que no pueden confundirse, aunque, por estar referidas a la actividad administrativa sean estudiadas en una misma disciplina. Así, por ejemplo, competencialmente son distintas las vías generales de comunicación y el inmobiliario urbano, aunque ambos aspectos sean tratados académicamente por administrativistas.

Pero existía una distinción entre dos ámbitos que era intrínseca a cada una, de forma que la federación podía legislar respecto a la administración federal, y los estados, respecto a la administración local. Por ejemplo, el Congreso de la Unión solo podía legislar sobre la creación de empleos públicos de la Federación, pero no de empleos públicos locales, y viceversa.

De acuerdo a esto, pueden distinguirse materias federales y las materias locales. De conformidad con el modelo dual adoptado desde el siglo XIX, las materias federales tendrían que

¹⁷ Expresamente dispuso “97. Corresponde á los tribunales de la federación, conocer: I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales”.

¹⁸ Textualmente se dispuso: “Art. 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

ser legisladas, administradas y juzgadas por autoridades federales; y las materias locales deberían ser legisladas, administradas y juzgadas por autoridades de ese nivel de gobierno.

No obstante, en el texto original de la Constitución de 1917 comenzó el resquebrajamiento del sistema dual, porque se permitió que los jueces locales aplicaran leyes federales, al establecer que en los asuntos que solo se afectaran intereses particulares y que versaran sobre la aplicación de leyes federales podrían ser resueltos por tribunales locales a elección del actor.¹⁹

Textos constitucionales de otras naciones de los años posteriores también resquebrajaron el modelo dual rígido. Por ejemplo, la Constitución austriaca de 1920 distinguió entre materias que legislaría y ejecutaría el estado federal (art. 10), de materias que legislaría el estado federal pero que serían ejecutadas por los estados (art. 11).

Esta línea fue seguida en la reforma al artículo 123 constitucional del 21 de noviembre de 1962, en que se dispuso que la aplicación de leyes laborales correspondería a las autoridades locales, salvo en determinadas industrias, con lo cual se permitió la aplicación de leyes federales por autoridades locales, rompiendo uno de los presupuestos básicos del federalismo dual.

Pero más allá de la posibilidad de aplicación de leyes, el abandono al federalismo dual se produjo a través considerar que una misma materia era propia de más de un ámbito de gobierno. Esto sucedió con la materia educativa, con la reforma al artículo 3º, de 1934, en que se dispuso que el Congreso de la Unión tenía facultad de dictar leyes para distribuir la función educativa entre la Federación, los estados y los municipios.²⁰

¹⁹ Así decía el artículo 104 constitucional original, cuyo espíritu se mantiene, aunque se haya modificado algo la redacción: “Art. 104.- Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten a intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. Las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado. De las sentencias que se dicten en segunda instancia, podrán suplicarse para ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, preparándose, introduciéndose y substanciándose el recurso en los términos que determinare la ley”.

²⁰ Textualmente dispuso la reforma al artículo 3º constitucional del 13 de diciembre de 1934: “ARTÍCULO 3º. [...] El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan”.

Se trató de una norma muy innovadora, puesto que determinó que una materia podía ser legislada por dos ámbitos de competencia, sin que existiera un motivo intrínseco que permitiera distinguir qué le corresponde a cada quién. En efecto, si se quiere establecer una escuela y puede hacerlo tanto la federación como el estado, no existe en la naturaleza de la función educativa una regla que permita determinar si debe hacerlo la federación o el estado, como puede existirlo en la creación de empleos federales. Esto hace necesaria la existencia de una ley que sea la que determine qué aspectos de la materia corresponden a cada ámbito.

Estamos, pues, en presencia de una nueva categoría: las materias concurrentes, que son aquellas que corresponden a dos ámbitos, y cuyas concreciones no se derivan de la naturaleza de la materia. Con ello se adoptó un esquema de federalismo cooperativo. Esto se hizo sin el soporte teórico, porque éste se originó treinta años después. Por ello, podemos decir que el federalismo cooperativo desde el plano normativo —mas no teórico— es originalmente mexicano.

A la materia educativa le han seguido otras muchas: asentamientos humanos (1976), salud (1983), protección al medioambiente (1987), protección civil (1999), turismo (2003), cultura (2004), entre muchas otras. Hoy en día contamos con veintiocho facultades concurrentes.²¹

Así pues, en el federalismo mexicano existen materias federales, que son las expresamente reservadas para este ámbito; las materias concurrentes, que son las que corresponden a dos ámbitos, y cuya naturaleza no permite distinguir qué aspectos corresponden a cada uno, por lo que se requiere una decisión legislativa, y las materias locales, que son aquellas que no están reservadas a la federación y no son concurrentes.²²

²¹ Las materias de: sistema nacional anticorrupción, seguridad pública, protección civil turismo, cultura, educación, partidos políticos, organismos electorales, y procesos electorales, responsabilidades administrativas de los servidores públicos, endeudamiento público, afectación de participaciones para cubrir los empréstitos y obligaciones de pago, tipos penales y sus sanciones sobre de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral, contabilidad gubernamental, mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal, organización y el funcionamiento de los registros civiles, los registros públicos inmobiliarios y de personas morales, transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, organización y administración homogénea de los archivos públicos y funcionamiento del Sistema Nacional de Archivos, mejora regulatoria, justicia cívica e itinerante, salud asentamientos humanos, protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico, cultura física y deporte, pesca y acuicultura, fomento y desarrollo sustentable de la actividad cooperativa, derechos de niñas, niños y adolescentes, responsabilidad hacendaria y derechos de las víctimas.

²² Para profundizar sobre la distribución competencial en México puede verse FAYA VIESCA, Jacinto, *El federalismo mexicano*, México, Porrúa, 2004.

De esta forma, las materias concurrentes son una expresión del federalismo cooperativo, junto a la posibilidad de celebrar convenios de coordinación entre los diversos órdenes de gobierno respecto a las facultades que les son propias, como lo autoriza la propia Constitución respecto a la prestación de servicios municipales por parte de los estados (artículo 115, fracción III, párrafo penúltimo), o la asunción de facultades estatales por parte de la Federación (artículo 116, fracción VII).

1. *Las leyes generales*

El federalismo tiene dos perspectivas desde el que puede ser analizado: la vertical y la horizontal. La vertical hace referencia a las relaciones entre la Federación y los estados. La horizontal, por su parte, se refiere a las relaciones entre las diversas entidades federativas.

Un federalismo dual, en el que tanto la Federación como los estados tienen perfectamente delimitadas sus competencias no es ajeno a problemas que pueden presentarse desde la perspectiva horizontal. En efecto, la existencia de órdenes jurídicos locales propios en determinadas materias puede producir tratamientos jurídicos diversos a situaciones esencialmente iguales. Sería el caso de una sentencia dictada en un estado que debe surtir ciertos efectos en el territorio de otro estado.

Ante esta situación, desde la Constitución norteamericana de 1787 se estableció que cualquier acto jurídico celebrado en un estado tendría plena validez en los demás, precisando que el Congreso tendría facultad de prescribir, mediante leyes generales, la forma en que tendrían efectos.²³ Esta fórmula fue copiada por la Constitución mexicana de 1857²⁴ y reproducida por la Constitución de 1917, en su artículo 121.

De esta forma surgió el concepto de leyes generales para solucionar los problemas que pudieran surgir del federalismo desde la perspectiva horizontal.

²³ Textualmente indica: “Artículo Cuarto. Primera Sección. Se dará entera fe y crédito en cada Estado a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los demás. Y el Congreso podrá prescribir, mediante leyes generales, la forma en que dichos actos, registros y procedimientos se probarán y el efecto que producirán”.

²⁴ A la letra indicaba: “115. En cada Estado de la federación se dará entera fe y crédito á los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El congreso puede, por medio de leyes generales, prescribir la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos y el efecto de ellos”.

Ahora bien, con el surgimiento del federalismo cooperativo y de las materias concurrentes brota un problema desde la perspectiva vertical, que consiste en cómo determinar qué aspecto de cada materia corresponde a cada nivel. En efecto, en el federalismo dual no existe este problema, porque una materia corresponde a un nivel o a otro. Pero en las materias concurrentes no puede desprenderse qué aspecto corresponde a cada ámbito.

Desde la perspectiva dual, por ejemplo, si la materia laboral corresponde a la Federación, los estados no pueden dictar una ley sobre las relaciones de trabajo. Pero, desde la perspectiva cooperativa, si la materia de salud corresponde a dos ámbitos, no puede saberse de antemano a quién le incumbe el tratamiento de enfermedades cardíacas y a quién el de padecimientos gástricos.

Ante esta problemática, el federalismo cooperativo ha recurrido a la antigua fórmula de las leyes generales para evitar esos problemas, siendo estas normas las que distribuyen las competencias entre cada uno de los ámbitos a los que la Constitución les permite tratar una misma materia.

De esta forma, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, los municipios y la Federación “puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general”.²⁵

La función de reparto competencial que tienen las leyes generales en el orden jurídico del país genera que tengan una posición preferente respecto a otras leyes, como lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aunque en algún caso había comenzado a construir esta idea, no fue hasta que interpretó el artículo 133 constitucional cuando expresamente lo determinó.

El artículo 133 constitucional dispone que la propia Constitución, los tratados internacionales y las leyes del Congreso de la Unión forman la “Ley Suprema de la Unión”. Este precepto ha generado dudas sobre cuál es la jerarquía que tiene cada una de las normas ahí

²⁵ Jurisprudencia P./J. 142/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xv, enero de 2002, p. 1042.

describas. La cuestión fue abordada por la Suprema Corte. Uno de los presupuestos de este análisis fue determinar qué significa la expresión “leyes del Congreso de la Unión”, respecto a lo cual sostuvo que

debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano.²⁶

De esta forma, las leyes generales, junto con los tratados internacionales y la Constitución, conforman un orden jurídico superior, llamado “Ley Suprema de la Unión”, que sería similar a la expresión “bloque de constitucionalidad” utilizada en otras naciones.²⁷

Dentro de este bloque —determinó la Corte—, la Constitución ocupa un rango mayor, seguido por los tratados internacionales y, finalmente, por las leyes generales.²⁸ Este criterio, sostenido en 2007, debe ser actualizado a la luz de la reforma de derechos humanos de 2011, de forma que se estime que la Constitución y los derechos humanos contemplados en tratados internacionales se encuentran en la cúspide del bloque de constitucionalidad, seguido por las disposiciones no iusfundamentales de tratados, y por las leyes generales.

Ahora bien, las leyes generales no se reducen a establecer una división de competencias en una determinada materia, sino que también contienen las exigencias mínimas de regulación, por lo que han sido llamadas también “leyes base”²⁹ o “leyes marco”.³⁰

Con base en lo anterior, la Corte ha entendido que las leyes generales “distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación”.³¹ De esta forma, pueden y deben existir leyes locales en las materias

²⁶ Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 5.

²⁷ Sobre este concepto puede consultarse el ya clásico libro de FAVOREU, Louis, y Francisco RUBIO LLORENTE, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

²⁸ Tesis P. IX/2007, de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

²⁹ Expresión usada por la exposición de motivos de la Constitución venezolana de 1999.

³⁰ Expresión usada en Alemania. SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 84.

³¹ Jurisprudencia P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2322.

concurrentes, que se ajusten a estos lineamientos mínimos, pudiendo aumentar los aspectos que se regulan, pero no disminuirlos.³² De no existir leyes locales, no habría una concurrencia, sino solo una ejecución por autoridades locales de leyes federales, con lo que serían en realidad competencias legislativas de la Federación.

IV. Federalismo y salud

Vistos los rasgos generales de la distribución competencial que el federalismo mexicano implica, corresponde ahora analizar el caso específico de la salud.

1. Aspectos generales

Para empezar, hay que señalar que el texto original de la Constitución de 1917 estableció como facultad del Congreso de la Unión dictar leyes sobre salubridad general de la República.³³

Bajo una primera lectura parecería que, siendo facultad de uno de los poderes de la unión, la materia de salud sería federal, bajo las reglas del federalismo dual entonces imperante. Sin embargo, la expresión completa conlleva un adjetivo: “general de la República”. Con ello parecería que se hacía una distinción entre una “salubridad general” y una “salubridad local”.

En este sentido se pronunció la Suprema Corte al afirmar que los estados podrían legislar “sobre salubridad específica o local de sus territorios, de conformidad con el artículo 124 de la propia Carta Magna”.³⁴ Con base en ello, por ejemplo, se consideró constitucional que los congresos locales legislaran sobre productos tóxicos psicotrópicos-hipnóticos.³⁵

Ese criterio suponía una dificultad: distinguir entre la salubridad general y la salubridad local. Ante este problema, que la misma Suprema Corte reconoció, el máximo tribunal optó por

³² *Ibid.*

³³ Expresamente dispuso: “El Congreso tiene facultad [...] XVI.- Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.”

³⁴ Tesis de rubro: “SALUBRIDAD GENERAL Y LOCAL, FACULTADES DE LOS CONGRESOS DE LA UNIÓN Y DE LOS ESTADOS PARA LEGISLAR EN MATERIA DE (DECRETO NÚMERO 454, DEL ESTADO DE TAMAULIPAS, PUBLICADO EL 13 DE ENERO DE 1943).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 69, primera parte, p. 39.

³⁵ Tesis de rubro: “SALUBRIDAD LOCAL, LAS DISPOSICIONES EMITIDAS POR LA LEGISLATURA DE BAJA CALIFORNIA EN MATERIA DE, NO INVADEN LA ESFERA DE LA FEDERACIÓN, EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL (PSICOTRÓPICOS). (DECRETO NÚMERO 96 DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA QUE ADICIONÓ EL CÓDIGO PENAL DE DICHA ENTIDAD).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 76, primera Parte, p. 61.

una solución casuística al señalar que “la dificultad consistirá en precisar lo que es salubridad general de la República y lo que corresponde a salubridades generales locales, lo cual debe decidirse mediante un examen concreto en cada caso de que se trate, y es más bien una cuestión de hecho que deben decidir los tribunales³⁶

En atención a ese criterio, en la casuística resolvió la Suprema Corte en asuntos posteriores que se consideraría de salubridad general la desocupación y demolición de las casas que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, puesto que la salubridad no solo comprendía las medidas tendientes a impedir que se propaguen las enfermedades o a combatirlas, sino también las que tienden a prevenirlas.³⁷

Esta distribución de competencias se abandonó en la reforma constitucional del 3 de febrero de 1983, en la que se reconoció el derecho a la protección de la salud. Sin modificar la norma original de competencia al Congreso de la Unión, se dispuso en el artículo 4º que la ley debía establecer “la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

Como puede observarse, esta reforma le dio el carácter de concurrente a la materia de salubridad general. Pero lo hizo en términos del artículo 73. Esa referencia a otro precepto puede entenderse como una asignación competencial. En efecto, en la primera parte del enunciado se establece que la ley debe establecer la concurrencia, como si fuera una reserva de fuente, pero no asigna competencias. En la segunda parte, en la que remite al artículo 73, realiza la asignación competencial, dándole facultades al Congreso de la Unión para dictar la legislación correspondiente.

Teniendo el carácter de concurrente, debe ser una ley general emitida por el Congreso de la Unión la que determine qué aspectos de la salubridad deben ser atendidos por la Federación y cuáles por las entidades federativas; y la que establezca los mínimos normativos en materia de

³⁶ Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL DE LA REPÚBLICA.”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXXII, p. 411

³⁷ Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL (DESOCUPACIÓN Y DEMOLICIÓN DE EDIFICIOS).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXII, p. 1357.

salubridad, que pueden ser desarrollados por las entidades federativas, en los aspectos que les correspondan.³⁸

Con base en esa facultad, el Congreso de la Unión emitió la Ley General de Salud mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación 7 de febrero de 1984, es decir, un año después de la reforma constitucional.

Hay que señalar que la competencia constitucional del Congreso General no está circunscrita a tratar el federalismo sanitario en un cuerpo normativo único. Pueden establecerse los mínimos normativos y distribuirse competencias en otras leyes, junto con la antes referida. De hecho, eso ocurre. Por ejemplo, en la Ley General para el Control del Tabaco y en la Ley del los Institutos Nacionales de Salud encontramos normas de ese tipo. Para efectos de este trabajo, sin embargo, nos centraremos en el cuerpo legal principal, que es la Ley General de Salud.

En ese cuerpo normativo se enuncia todo lo que se considera parte de la salubridad general (artículo 3º). Posteriormente se hace la distribución de competencias (artículo 13), indicando lo que le corresponde al Ejecutivo federal (en el apartado A), y lo que les corresponde a las entidades federativas (en el apartado B).

Para este trabajo resulta ocioso analizar cada una de las facultades, puesto que es objeto de múltiples reformas. Hasta el día que esto se escribe se ha modificado en dieciocho ocasiones el artículo 13, que hace el reparto competencial. Pero como en muchas de sus fracciones hace referencia a lo que se considera salubridad general, los cambios en el artículo 3º, que lo define, también tienen impacto en la distribución competencial. En entendimiento de la salubridad general ha sido objeto de casi ochenta modificaciones. Así pues, podríamos hablar de casi cien cambios en menos de cuarenta años a la distribución competencial. Por ello resulta ocioso señalarlas en este trabajo, como se dice al inicio del párrafo.

Sin embargo, podemos tomar en cuenta los verbos usados en el reparto competencial. Dentro de la enunciación de las facultades federales encontramos verbos como: normar,

³⁸ En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte, por ejemplo, en la jurisprudencia P./J. 20/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 6.

organizar, programar, evaluar y coordinar. Mientras que dentro de la enunciación de las facultades locales encontramos verbos como: operar, desarrollar o llevar a cabo.

De el uso de estas palabras podemos extraer una conclusión muy genérica: que la prestación de servicios de salud corresponde a las entidades federativas; mientras que la Federación corresponderá tanto la rectoría como la prestación de los servicios.

Este reparto competencial es genérico, puesto que puede variar en cada entidad federativa. En efecto, la Ley General de Salud establece que la distribución de competencias puede quedar sujeta a convenios específicos firmados por la Federación y el gobierno de cada entidad,³⁹ que es una de las modalidades del federalismo cooperativo, como se ha visto. Estos convenios son los que permiten que la Federación se ocupe de la prestación de servicios de salud en entidades con mayores rezagos; mientras que las entidades con mayor desarrollo pueden ocuparse de estos servicios por si mismas.

2. Competencias constitucionales de la Federación

Es importante señalar que tanto el reparto competencial legal como el que se haga, en su caso, por un convenio, tiene como límite respetar una facultad de *ex Constitutione* corresponde a la Federación: el Consejo de Salubridad General. En efecto, la fracción XVI del artículo 73 constitucional prevé la existencia de un organismo denominado Consejo de Salubridad General, que depende directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna autoridad. Siendo un órgano federal, solo puede ser normado por el Congreso de la Unión.

Ese Consejo puede dictar disposiciones generales que son obligatorias en todo el país. Sin embargo, en caso de que versen sobre medidas contra el alcoholismo o sustancias que “envenenen al individuo y degeneren la raza”, deben ser revisadas después por el Congreso de la Unión. En los demás casos no se requiere de revisión legislativa.

³⁹ Expresamente indica: “Artículo 18.- Las bases y modalidades de ejercicio coordinado de las atribuciones de la Federación y de las entidades federativas en la prestación de servicios de salubridad general, se establecerán en los acuerdos de coordinación que suscriba la Secretaría de Salud con los gobiernos de las entidades federativas [...]”

También *ex Constitutione* es facultad de la Secretaría de Salud, las medidas que se tomen para hacer frente a epidemias de carácter grave o de enfermedades exóticas. Estas medidas, sin embargo, deben ser sancionadas posteriormente por el presidente de la República.

3. *Normativa local*

El artículo 13 de la Ley General de Salud, al realizar la distribución competencial, tanto en lo que se refiere a la Federación como a las entidades federativas, se refiere a aspectos administrativos. Por ello, cabría preguntarse si las entidades federativas tienen la posibilidad de emitir una legislación local en los aspectos que le corresponde prestar, o si bien únicamente les corresponde atender al marco normativo que establece esa ley.

La cuestión fue planteada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace unos años. Cuando la ciudad de México era un Distrito Federal, emitió una ley para la protección de la salud de la población no fumadora. Esa norma se impugnó aduciendo que a las autoridades locales únicamente les correspondía actuar bajo la regulación emitida por el Congreso de la Unión.

Al conocer de esa impugnación, la Suprema Corte reconoció que si bien la Ley General de Salud no hace referencia expresa a una facultad legislativa sino a aspectos administrativos, debe entenderse que también incluye una atribución para legislar. Eso lo sustentó en dos razones: que la concurrencia constitucional no se limita al ámbito administrativo; y que las autoridades sanitarias locales no pueden improvisar sobre las medidas de prevención al tabaquismo ni pueden tomar medidas de control y de vigilancia espontáneamente, sino que requieren de un marco referencial que les permita actuar.⁴⁰

A la luz de este criterio jurisprudencial es posible afirmar que las entidades federativas pueden emitir legislación local en los aspectos de la salud que les corresponde prestar.

4. *Municipios*

⁴⁰ Acción de inconstitucionalidad 119/2008 publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 850.

Llama la atención que los municipios no son sujetos de la concurrencia constitucional, a diferencia de otras materias, como la educación o el turismo, en donde sí lo son. Tampoco la Ley General de Salud les atribuye competencias, como es lógico, pues al hacerlo estaría trasgrediendo el texto constitucional.

Sin embargo, la realidad nos muestra que hay servicios de salud prestados por municipios; y las leyes municipales de algunos estados prevén la existencia de direcciones de salud en los ayuntamientos. Por ello cabe preguntarse sobre la constitucionalidad de estas medidas.

Al respecto hay que señalar que el artículo 116, fracción VII, en su segundo párrafo autoriza que los municipios puedan asumir la prestación de servicios públicos estatales mediante un convenio celebrado con su estado.

Atendiendo a esa norma, y a que la salubridad es una materia concurrente, la Ley General de Salud prevé que, en los acuerdos de coordinación celebrados entre la Federación y las entidades federativas para la distribución competencial, pueden definirse las directrices de la descentralización de servicios de salud de los gobiernos de los estados a los municipios.⁴¹

V. Referencias bibliográficas

CORWIN, Edward, *The twilight of the Supreme Court. A history of our Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1934.

DURAND, Charles, “El Estado federal en el derecho positivo” en Berger, G. *et al.*, *Federalismo y federalismo europeo*, España, Madrid, Tecnos, 1965.

FAVOREU, Louis, y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, España, Madrid, Civitas, 1991.

FAYA VIESCA, Jacinto, *El federalismo mexicano*, México, Porrúa, 2004.

⁴¹ Expresamente indica la Ley General de Salud “Artículo 21.- Los acuerdos de coordinación que se celebren se sujetarán a las siguientes bases: [...] VI. Definirán, en su caso, las directrices de la descentralización de los gobiernos de los estados a los municipios;”

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El federalismo en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- GRODZINS, Morton, *The american system. A new view of government in United States*, Chicago, Rand Mac Nally, 1960.
- HESSE, Konrad, “El Estado federal unitario” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, julio-diciembre 2006.
- LÓPEZ PORTOS, María Begoña, “Los nuevos modelos federales”, España, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, Tesis Doctoral.
- NAGEL, Klaus Jürgen, “El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?” en *Revista de estudios públicos*, núm. 118, octubre-diciembre 2002.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Y fuimos una federación*, México, Porrúa, 2013.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Y los conservadores tomaron el poder*, México, Porrúa, 2014.
- TAJADURA, Javier, “Estudio preliminar” en Tajadura, Javier, *et al., Federalismos siglo XXI*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

VI. Tesis y Jurisprudencia

- Jurisprudencia P./J. 142/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, enero de 2002.
- Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007.
- Tesis P. IX/2007, de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, abril de 2007.
- Jurisprudencia P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, febrero de 2010.
- Tesis de rubro: “SALUBRIDAD GENERAL Y LOCAL, FACULTADES DE LOS CONGRESOS DE LA UNIÓN Y DE LOS ESTADOS PARA LEGISLAR EN MATERIA DE (DECRETO NÚMERO 454, DEL ESTADO DE TAMAULIPAS, PUBLICADO EL 13 DE ENERO DE 1943).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 69, primera parte.

Tesis de rubro “SALUBRIDAD LOCAL, LAS DISPOSICIONES EMITIDAS POR LA LEGISLATURA DE BAJA CALIFORNIA EN MATERIA DE, NO INVADEN LA ESFERA DE LA FEDERACIÓN, EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL (PSICOTRÓPICOS). (DECRETO NÚMERO 96 DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA QUE ADICIONÓ EL CÓDIGO PENAL DE DICHA ENTIDAD).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 76, primera parte.

Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL DE LA REPÚBLICA.”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XXXII.

Tesis de rubro “SALUBRIDAD GENERAL (DESOCUPACIÓN Y DEMOLICIÓN DE EDIFICIOS).”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXII.

Jurisprudencia P./J. 20/2011, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXXIV, agosto de 2011.

EL FEDERALISMO DE EMERGENCIA MEXICANO EN PANDEMIA. TLAXCALA, DEL CONTROL ECLESIAÍSTICO-MUNICIPAL AL CONTROL SANITARIO Y LA INTERVENCIÓN DE LOS CUATRO ÓRDENES DE GOBIERNO, FRENTE AL DERECHO A LA SALUD RECONOCIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MEXICAN EMERGENCY FEDERALISM IN PANDEMIC. TLAXCALA, FROM ECCLESIASTICAL-MUNICIPAL CONTROL TO HEALTH CONTROL AND THE INTERVENTION OF THE FOUR GOVERNMENT ORDERS, IN FRONT OF THE RIGHT TO HEALTH RECOGNIZED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM
grisvioleta@yahoo.com.mx
<https://orcid.org/0000-0002-2740-9776>

Norma Lidia MORENO PEÑA
Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx
norlid_79@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7961-4958>

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2023
Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2023

Resumen:

La pandemia por el virus Sars-Cov-2, causante de Covid-19, impactó no sólo en los ámbitos económico, educativo, social, político, laboral, informático, de salud, sino también lo hizo en lo jurídico, toda vez que en nuestro país, a diferencia de lo que sucedió en la pandemia de influenza en 2009, sí se cuestionó, ante el Poder Judicial Federal, la legitimidad y competencia de las diversas autoridades para dictar medidas sanitarias restrictivas; además, hay quienes señalaron la existencia de un exceso de la normatividad sanitaria, reclamando su derecho a la protección a la salud y, por ende, a la vacunación. En este sentido, este artículo aborda, desde lo local, el ejercicio e implementación de mecanismos de control sanitarios en el estado de Tlaxcala, para proteger la salud de la población de riesgos sanitarios con la participación de los cuatro niveles de gobierno (federal, estatal, municipal y comunitario), teniendo claro que, en Tlaxcala, el derecho a la protección de la salud de la población tiene profundos

antecedentes, incluso, de origen precolombino, por lo que, en el contexto tlaxcalteca, este tema es anterior a la inserción del derecho a la protección de la salud, contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La presente contribución también muestra cuál ha sido la experiencia conjunta entre la Comisión Estatal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala (COEPRIST) y el Consejo de Salubridad Estatal, experiencia que ha servido como uno de los ejemplos para la Federación sobre cuál es la participación conjunta que se da entre el Consejo de Salubridad General y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS). También, en este artículo destacamos cuál es la actuación sanitaria local respecto de los criterios pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al derecho a la salud, en donde la trascendencia de dichos criterios es que éstos fueron pronunciados con anterioridad al surgimiento de la pandemia de Covid-19 y que debieron ser un referente obligado para las naciones americanas y sus gobiernos en estos momentos pandémicos.

Summary:

The pandemic due to the Sars-Cov-2 virus causing -Covid-19- that impacted the sectors: economic, educational, social, political, labor, IT, health, therefore, the legal field was no exception, since, in our country, unlike what happened in the influenza pandemic in the year 2009, now the legitimacy and competence of the various authorities to dictate restrictive health measures, and furthermore, there are those who have spoken out for an excess of health regulations, or have claimed their right to health and therefore to vaccination. This article addresses, from the local level, the exercise and implementation of sanitary control mechanisms in the state of Tlaxcala to protect the health of the population from sanitary risks and the participation of the four levels of government (federal, state, municipal and community), being clear that in Tlaxcala, the protection of the health of the population has antecedents even of pre-Columbian origin, and therefore, it is long before the insertion of the -right to health protection- contained in article 4 of the Political Constitution of the United Mexican States, which was issued until the year nineteen eighty-three. The joint experience by the State Commission for the Protection Against Sanitary Risks of Tlaxcala (COEPRIST) and the State Health Council is also shown as an example to the federation about the participation that the General Health Council should open to the Federal Commission. for the Protection against Sanitary Risks; as well as the local health action against the criteria pronounced by the Inter-American Court in relation to the right to health, where the significance of these criteria is that they were pronounced prior to the emergence of the Covid-19 pandemic and that they should have be an obligatory reference to the American nations and their local governments in these pandemic moments.

Palabras clave: Pandemia, derecho a la protección de la salud, control sanitario.

Keywords: Pandemic, right to health protection, sanitary control.

I. Introducción

El 31 de diciembre de 2019, China notificó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre los brotes de un nuevo tipo de coronavirus. Así, dicha organización declaró el 30 de enero de 2020 que nos encontrábamos ante una emergencia de salud pública de preocupación internacional, debido a que este coronavirus se propaga rápidamente hacia otros países y, el 11 de marzo de 2020, las circunstancias del brote alcanzaron, ya, las características de una pandemia, de Covid-19.

En México, el Consejo de Salubridad General, en su sesión extraordinaria celebrada el 19 de marzo de 2020, acordó reconocer a la pandemia del virus SARS-CoV-2 como grave y de atención prioritaria. Por ello, el 24 de marzo, la Secretaría de Salud Federal publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el “Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el [Covid-19]”, y el 31 de marzo, de ese mismo año, dicha Secretaría declaró a la pandemia como emergencia sanitaria.¹

A partir de ese momento, y en aras de proteger la salud de las personas, las entidades federativas y los municipios del país, dentro del ámbito de su competencia o, incluso, fuera de sus facultades, principalmente a través de sus Consejos Estatales de Salud o mediante otros entes locales y con la intervención de distintas autoridades no sanitarias como áreas de protección civil, por citar un ejemplo, establecieron medidas restrictivas dirigidas a la población. De ahí que, en el presente artículo, se aborda cuál es la situación que prevaleció en el estado de Tlaxcala, desde el momento en que se declaró la pandemia por Covid, el 19 de marzo y hasta el mes de septiembre de 2020, fechas que se consideran como el primer periodo de corte de esta investigación, con el fin de mostrar un ejemplo de cómo funciona el federalismo mexicano ante una emergencia sanitaria siendo, el segundo corte, hasta el 31 de julio de 2022, periodo que comprende lo relativo al derecho a la salud que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha reconocido.

En consecuencia, el presente artículo se refiere al control social de las enfermedades epidémicas en la antigua *Tlaxcallan*, además, se ejemplifica la incorporación del control eclesiástico y la intervención de la autoridad municipal en el manejo de epidemias en el estado de Tlaxcala para, enseguida, dar paso al control sanitario que se ejerció en los inicios de la pandemia por Covid-19, así como las medidas que el Consejo de Salubridad General emitió, las cuales excedieron el periodo

¹ Organización Mundial de la Salud, *Los nombres de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y del virus que la causa*, [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it) (consultada el 5 de abril de 2022).

ordinario de cuarentena, aplicándose de forma general durante nueve meses, y, en algunos aspectos particulares, hasta por dos años o más. A ese respecto, tenemos claro el contexto jurídico local, nacional e internacional en materia del derecho a la protección de la salud, abordado en el artículo 4o., párrafo cuarto, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, ello dentro de un marco federalista, para lo cual se muestra la transición que ha tenido el control sanitario desde su origen, particularmente en el estado de Tlaxcala, con el fin de abonar a la comprensión del fenómeno de las enfermedades epidémicas comprendidas, hasta hoy, dentro de la política regulatoria de prevención de riesgos sanitarios.

El análisis sobre la intervención sanitaria local, en el campo de la prevención de riesgos sanitarios en este entorno pandémico, se realizó de acuerdo con los criterios de respeto al derecho a la salud emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso, con una década de anticipación a la epidemia por Covid-19, y con la jurisprudencia que dicha Corte ha formulado sobre el derecho a la salud, es decir, abordaremos cuáles son los criterios existentes que fueron emitidos, de manera previa, en materia de la pandemia por Covid-19, para tratar de precisar sí en el caso del estado de Tlaxcala fueron o no considerados durante esta emergencia, destacando las áreas de oportunidad que el Consejo de Salubridad General y los Consejos Estatales de Salud pueden aprovechar para mejorar su actuación y, con ello, fortalecer el derecho constitucional de la protección de la salud.

Finalmente, destacan dos elementos importantes para ubicarlos en el contexto del presente artículo, el primero: señalar que al hacer referencia al federalismo, también, abordamos la forma de gobierno de nuestro país, cuyo sustento legal se encuentra en el artículo 40 de la Constitución Federal que, a través de éste, reconoce la autonomía de las entidades federativas que deciden conformar una sola Federación, por lo que no debe imperar, entonces, el centralismo, sino una coordinación equilibrada de poderes y funciones. Ahora, el segundo elemento consiste en referirnos al cuarto orden de gobierno en el estado de Tlaxcala (Raúl Olmedo, 1999, p. 39), en el cual abordamos a las Presidencias de Comunidad, que son una autoridad administrativa auxiliar de los ayuntamientos municipales, pues regulan una porción de territorio dentro de un municipio, regulando, programando y ejecutando su propio presupuesto; se trata de una autoridad que es elegida por elección ordinaria o por usos y costumbres; participa en el cabildo municipal con la figura de regidor con voto, y, en la mayor parte de las comunidades, para que las personas sean electas o al menos cuando eran electos por la ciudadanía y no por un partido político, requiere haberse desempeñado en cargos religiosos, sociales, como fiscales, o pertenecer al Comité de Agua Potable, a la Sociedad de Padres de Familia o

colaborar en la faenas vecinales, además de no adeudar agua o pago de servicios eclesiásticos, y gozar de buena fama y reputación entre los vecinos, por lo que son la autoridad que tiene mayor contacto ciudadano en una localidad y, en palabras de Roberto Avalos Aguilar, necesitan mayor fortalecimiento presupuestal y organizacional para dar respuesta inmediata y efectiva a las necesidades de la sociedad comunitaria, y, para este autor, las comunidades deben saber cómo resolver los problemas antes de que éstos lleguen al municipio o al estado, o a las autoridades federales, porque si esto sucede solo será un ejemplo de la incapacidad del municipio, del estado o de la Federación de no haber atendido en tiempo y forma a esa comunidad por parte de la autoridad que les representa.²

II. El control social de las enfermedades epidémicas en *Tlaxcallan*

El nombre *Tlaxcallan*, que significa el lugar del pan de maíz, refiere un espacio geográfico que hoyes conocido como el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. *Tlaxcallan* contaba con una superficie mayor a la que ahora tiene, abarcando, incluso, territorio que hoy pertenece al estado de Puebla.

La denominada República de *Tlaxcallan* estaba conformada principalmente por cuatro señoríos, a saber: Tepectípac, Ocotelulco, Quiahuiztlán y Tizatlán, y las poblaciones de estas demarcaciones, por decisión de sus señores principales (gobernantes), tuvieron diversos enfrentamientos bélicos con los españoles comandados por Hernán Cortés y, al analizar y valorar las posibilidades de victoria, así como los ofrecimientos y compromisos de los españoles, las poblaciones decidieron aliarse durante la etapa de la conquista contra el imperio mexica.

Asimismo, los tlaxcaltecas participaron en la conquista del territorio que abarca en la actualidad el norte de nuestro país y el sur de Estados Unidos, así como el sur de la Nación mexicana hasta llegar a lo que hoy es Honduras, en Centroamérica, incluso tuvieron intervenciones en otros continentes.

Hernán Cortés y Francisco Javier Clavijero narran que “Magixcacin”, senador del señorío tlaxcalteca de Ocotelulco, falleció de viruela en 1520³ y en 1576 se padeció la llamada enfermedad de “*Hueycocoliztli*”, la cual abarcó las regiones de Veracruz, Tlaxcala, Tepeaca y de Cholula (Leonardo Chávez, 2009, p. 55), por lo que con los fallecimientos se redujo tanto el número de habitantes como el trabajo y alimentos.

² Durante la impartición de la materia Planeación Municipal, en la Maestría de Administración Pública Estatal y Municipal, del Centro de Investigaciones Jurídica Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala periodo 2012-2014.

³ MALVIDO, Elsa, “Representaciones y textos de la primera pandemia de viruela en seis códices mexicanos” en *Arqueología. Revista de la Coordinación Nacional de Arqueología*, México, INAH, no. 45, septiembre diciembre, 2010, p. 200.

En 1591, el cabildo indígena Tlaxcalteca aceptó la invitación realizada cuatro décadas atrás para conquistar el lado norte y sur de Nueva España.⁴ En esos años, debe reconocerse, en todo momento las personas indígenas aseaban su cuerpo y la dentadura; realizaban el aseo de sus habitaciones, de sus templos y mercados, y empleaban hierbas de uso medicinal y el baño llamado “Temazcal”,⁵ lo que contribuía, sin duda, a una cultura de la asepsia, incluso, Hernán Cortés, a su regreso de la denominada “La noche triste”, fue operado por médicos tlaxcaltecas.⁶ Además, los habitantes al verse amenazados ante enfermedades o desastres naturales optaron por mover su lugar de asentamiento; por ejemplo, la comunidad de San Damián Tlacotalpan,⁷ municipio de Amaxac de Guerrero, en la que se dice, por la voz popular, que el pueblo estaba ubicado unos kilómetros más abajo de donde está actualmente.

III. El control eclesiástico y municipal de las enfermedades epidémicas en Tlaxcala

En la *Reseña del estado de Tlaxcala* publicada a principios del siglo XX, en la que se aborda el periodo de gobierno del coronel Prospero Cahuantzi Flores de 1885 a 1911⁸ se describió a la salubridad de la forma siguiente: “Es proverbial la sanidad del Estado, pues en pocos lugares aparecen epidemias y no se estacionan. Su clima es en general frío y sano”;⁹ sin embargo, hay algunos antecedentes en donde es evidente que hubo epidemias que afectaron la salud de la población tlaxcalteca, como la enfermedad llamada *Matlazahuatl* (fiebre misteriosa) en 1737;¹⁰ la viruela en 1791 y en 1813 el tifo exantemático en donde la Junta de Caridad y Sanidad del Ayuntamiento, con el cura de la Parroquia de San José, implementaron la costumbre de no sepultar a las personas fallecidas en las iglesias ubicadas en el centro de la población y que tampoco se tuvieran expuestos los cuerpos de las mismas. A ese respecto, los sacerdotes autorizaron a los rezanderos orar por la o el enfermo en su domicilio.¹¹

⁴ Martínez Saldaña, Tomás, *La Diáspora Tlaxcalteca: Colonización agrícola del Norte Mexicano*, México, Gobierno del Estado de Tlaxcala, 1998, p. 59.

⁵ CLAVIJERO, Francisco Javier, *Historia Antigua de México*, México, Imprenta de Juan R. Navarro, 1857, pp. 41-48.

⁶ LEÓN Nava, José F. y Rafael Cervantes, “La medicina tlaxcalteca en la época prehispánica y colonial” en *Cirugía y cirujanos*, México, vol. 65, no. 2, marzo-abril, 1999, pp. 52-55.

⁷ El historiador Macuil Martínez Raúl se encuentra trabajando en el Códice de San Damián Tlacotalpan e interpreta que este lugar perteneció al señorío de Ocotelulco en la etapa precolonial.

⁸ “Reseña del Estado de Tlaxcala” en *La Antigua República. Semanario de política, variedades y anuncios destinado preferentemente a defender y fomentar los intereses del estado libre y soberano*, 1906, p. 12.

⁹ *Ibidem*, 17.

¹⁰ NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano “Muertos y sobrevivientes por la epidemia de la Tifo de 1813 en la parroquia de San Pablo Apetatitlán” en *Frontera de la Historia*, Colombia, vol. 23, no. 2, julio-diciembre. 2018, p. 148-217.

¹¹ NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano, “La epidemia de la viruela de 1797–1798 en la parroquia tlaxcalteca de San Pablo Apetatitlán: mortalidad diferenciada y estrategias preventivas”, *Tiempos modernos*, España, vol. 8, no. 32, 2016, pp. 125-149.

En 1824 se presentó el tabardillo,¹² en 1830 la viruela y en 1833 la “cholerae morbus” epidémica, por lo que el Supremo Gobierno del Estado ordenó dividir la capital en manzanas con un comisionado de la policía que vigilaba el aseo tanto de las áreas públicas como privadas, y reportaba cuáles eran los decesos.

Posteriormente, se dio la orden de construir un cementerio en las afueras de la ciudad y se prohibió sepultar en atrios de las Iglesias; en tanto el Ayuntamiento ordenó, entre otras medidas, la multa de un peso o hasta 50 pesos o un mes de obra pública o tres días de cárcel, a quien no acatará la orden de barrer el frente y el interior de sus casas, tirar la basura, permanecer ocho horas sin enterrar un cadáver; también ordenó organizar la junta de sanidad.¹³

En 1918, con la influenza o fiebre española,¹⁴ el Bando del Gobierno dio cumplimiento al Departamento de Salubridad¹⁵ y se ordenó el cierre de templos, de exámenes escolares y de los lugares públicos, que el aseo personal fuese más riguroso y que la desinfección especial de la boca y de la nariz se hiciera con soluciones antisépticas débiles: ácido bórico al cinco por ciento, ácido fénico al medio por ciento, solución de agua oxigenada o solamente con un cocimiento ligero de hojas de eucaliptus; además prescribió el aseo de las habitaciones regándolas con soluciones antisépticas de ácido fénico, creolina, sulfato de cobre, bicloruro de mercurio o cocimiento de hojas de eucaliptus y aseo, barrido y riego de patios, corrales, talleres y salones de espectáculos públicos, templos y cines, así como la parte correspondiente a la vía pública, estas últimas con soluciones antisépticas más fuertes hasta llegar al aislamiento inmediato de la persona enferma.

Por una parte, en el contexto nacional, de 1728 a 1831, el Real Tribunal del Protomedicato coordinaba las acciones de higiene, así como la policía sanitaria, en 1841 la instancia coordinadora fue el Consejo Superior de Salubridad.¹⁶ Por otra parte, “la ausencia de planes efectivos de contingencia y el centralismo seguían favoreciendo las epidemias”, incluso, en 1910, Tlaxcala, Veracruz, Campeche,

¹² NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano, “Los tiempos de la viruela en un pueblo tlaxcalteca: mortalidad y medidas preventivas (1830-1840-1903)” en *Desacatos*, México, no. 43, 2013, septiembre-diciembre, pp. 132 y 245.

¹³ SAAVEDRA DE LA ROSA, Ma. del Carmen, *Pandemia: Influenza 1918*, Archivo Histórico del Estado de Tlaxcala, en <https://web.facebook.com/archivohistoricodelestadodetlaxcala/videos/> Consultado el 20 de abril de 2022)

¹⁴ SAAVEDRA DE LA ROSA, Ma. del Carmen, *Pandemias Colera Morbus. Segunda Parte* Archivo Histórico del Estado de Tlaxcala, <https://web.facebook.com/archivohistoricodelestadodetlaxcala/videos/> Consultado el 6 de abril de 2022.

¹⁵ NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano, “La influenza de 1918 en Tlaxcala: mortandad y efectos sociales” en *Mediographic Artemisa en línea*, México, no. 6, 2003.

¹⁶ *Historia del Consejo de Salubridad General* en <http://www.csg.gob.mx/consejo/historia.html>. Consultado el 4 de abril de 2022.

Oaxaca y Quintana Roo no contestaron al Consejo Superior de Salubridad un cuestionario sobre salubridad pública estatal (Ana Cecilia Rodríguez y Martha Eugenia Rodríguez, 1998, pp.293-310).

En 2009 con la pandemia de la influenza H1N1 se dieron medidas dictadas por el Consejo de Salubridad General como el estornudo de etiqueta, el aislamiento en casa y el lavado de manos.

IV. El control sanitario local ante la pandemia por covid-19

Tlaxcala es uno de los estados más pequeños del país, pero que sorprendió a la nación por ser la última entidad federativa en reportar su primer caso de Covid-19, hasta el 25 de marzo de 2020, causando incredulidad respecto a la veracidad y transparencia de la información pública, pues al ser uno de los estados con menor población, circundado por estados urbanizados y mayormente poblados como Hidalgo, Estado de México y Puebla, con diversas vías de comunicación que lo comunican hacia el interior del país, con población que acude a la central de abastos, como al tianguis de San Martín Texmelucan, ambos en el estado de Puebla, tanto con comerciantes como consumidores, resultaba increíble que no tuviera contagios por Covid-19, lo que fue motivo de generación de memes y burlas en redes sociales al decir que “Tlaxcala no existe”.

También es importante señalar que, con la descentralización en materia de salud efectuada por parte del gobierno mexicano en la década de los 90, se transfirieron facultades y competencias de salubridad general a los estados y municipios, por lo que en Tlaxcala se creó el Organismo Público Descentralizado Salud de Tlaxcala de manera conjunta a la Secretaría de Salud, de dicha entidad federativa, a la que perteneció la Dirección de Regulación Sanitaria,¹⁷ dirección que en 2006 logra su autonomía de la Secretaría de Salud del Estado para constituirse como la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala (COEPRIST), con autonomía administrativa, operativa y técnica (Decreto de creación, 2006), esto con la finalidad de tomar decisiones con rapidez, eficiencia y flexibilidad, además de organizarse por procesos y funcionar de manera homologa a lo que es la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. Ese órgano desconcentrado estatal, consolidó su marco normativo, programático y presupuestal, en el periodo que abarcó los años de 2014 a 2018, formalizándose su operación como autoridad sanitaria, supeditada al control y la evaluación de un Consejo Técnico; con competencia territorial en regiones sanitarias habilitadas en la entidad; se le incorporó el Laboratorio de Salud Pública Estatal; se concretó una administración

¹⁷ Reglamento Interior de la Secretaría de Salud del Estado, 1996, art. 11

estratégica, y se le reconoció como parte de la Región Centro del Sistema Federal Sanitario de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, institución que está relacionada con las siguientes disposiciones legales: artículo 4o, párrafo cuarto, de la Constitución que establece el derecho humano de protección a la salud de la población, y aquellas señaladas en la Ley General de Salud, para dirimir la competencia entre la Federación y los estados en sus artículos 1º., 2º., 3º., 13, 17 bis, 17 bi1, 17 bis 2, 18 y correlativos. Se trata de un órgano local cuya naturaleza es proteger a la población de riesgos sanitarios. Así, el marco normativo local que este organismo tiene es el siguiente:

Cuadro 1.
Marco jurídico local de la autoridad de prevención de riesgos sanitarios

Ley de Salud del Estado de Tlaxcala, reformada el 21 de diciembre de 2007, para reconocer a COEPRIST como autoridad sanitaria; artículo 4o., fracción IV, el 15 de octubre de 2014 se reforman los artículos 5º., 14, 54-BIS, 54- BIS-A, 54-BIS-B, 54-BIS-C y 54-BIS-D, y se adicionan los artículos 54-BIS-E, 54-BIS-F, 54- BIS-G y 54-BIS-H.
Reglamento Interior, publicado en el <i>Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tlaxcala</i> , de 15 de julio de 2015; fe de erratas de 2 de septiembre de 2015.
Manual de Organización, publicado en el <i>Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tlaxcala</i> , el 11 de diciembre de 2016.
Código de Conducta, publicado en el <i>Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tlaxcala</i> , el 25 de abril de 2018.
Código de Ética de los Servidores Públicos de la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala, de 5 de agosto de 2022.

Fuente: Elaboración propia.

De ahí que en esta pandemia por Covid-19 la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala formó parte integrante del Consejo Estatal de Salud, difundiendo en medios de comunicación las siguientes acciones:

Cuadro 2. Acciones de fomento sanitario efectuadas por la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala

Capacitación a consultorios privados, farmacias y clínicas privadas sobre los “Lineamientos y protocolos de atención a pacientes sospechosos de COVID-19”. ¹⁸	
Lineamientos de Seguridad para la Reactivación de Establecimientos ¹⁹	1. Contar con un Comité o una persona responsable del cumplimiento de los Lineamientos.
	2. Colocar un filtro sanitario para la toma de temperatura, sanitización para las personas y la aplicación de gel antibacteriano.
	3. Realizar la limpieza general del establecimiento.
	4. Usar correctamente el equipo de protección personal.
	5. Contar con artículos de limpieza para las personas que están en los establecimientos.
	6. Gestionar la capacitación sobre Covid-19 con las instituciones estatales y/o federales del sector salud, a través de sus diferentes plataformas digitales.
	7. Respetar los 1.5 metros de distancia entre las personas.
	8. Establecer medidas ante un posible caso de Covid-19 al interior de X negocio, por lo que se debe llamar al número de emergencias 911, particularmente con el Centro de Regulador de Urgencias Médicas.
En coordinación con el Ayuntamiento de Totolac se inició la actividad denominada “Por ti, salud y economía no se detiene”, y la entrega de un kit que contiene dos carteles Protocolo de Seguridad para el propietario del establecimiento y cliente, dos caretas, gel antibacterial y cinta de precaución. ²⁰	
En coordinación con la Secretaría de Turismo se impartieron 27 capacitaciones de manera virtual al personal de hoteles, conductores y prestadores de servicios turísticos, restaurantes, agencias de viaje, guías de turistas, artesanos, músicos, directores municipales de turismo, museos, zonas arqueológicas y pueblos mágicos. Se aplican 2,500 cédulas de autoevaluación de seguridad	

¹⁸ Capacita COEPRIST a consultorios privados sobre protocolos por COVID-19” (4 de abril del 2020).

¹⁹ ARMAS, E. P., y Detalla Coeprist, “Lineamientos de seguridad para reactivación de establecimientos” en *La Jornada de Oriente*, (1 de julio de 2020) <https://www.lajornadadeoriente.com.mx/tlaxcala/detalla-coeprist-lineamientos-de-seguridad-sanitaria-para-reactivación-de-establecimientos/> Consultado el 1 de julio del 2020.

²⁰ “Arranca Totolac Por ti, salud y economía no se detienen” en *Cuarto de Guerra, Análisis y Noticias de Tlaxcala*, en <https://www.elcuartodeguerra.com/tlaxcala/noticia/148-717-arranca>. Consultado el 27 de julio de 2020.

(Lineamientos de Covid-19), visitando para ello 52 municipios y recorrido en tres ocasiones los municipios de Tlaxcala, Apizaco, Huamantla y Zacatelco.²¹

Se verificaron laboratorios para prevenir la venta de pruebas para Covid-19, sin autorización en ese momento por parte del Instituto de Diagnóstico y Referencia Epidemiológica INDRE. En el estado sólo dos laboratorios contaban con tales autorizaciones, además del Laboratorio Estatal de Salud Pública.²²

Fuente: Elaboración propia.

También se organizaron brigadas en las que las y los servidores públicos de la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala, con la intervención del personal de otras dependencias; por ejemplo, la Coordinación Estatal de Protección Civil y la Secretaría de Comunicaciones y Transporte realizaron visitas de fomento sanitario a los establecimientos, para concientizar a las y los prestadores de servicio sobre la importancia de habilitar filtros de sanitización y el uso de cubrebocas, la aplicación de sana distancia, y la implementación de protocolos que establecieran los mecanismos de atención cuando en el personal del establecimiento se detectara o hubiera casos sospechosos de padecer Covid-19; se brindó orientación respecto al cumplimiento del número de aforo asistente, acciones a las que se sumó la entrega de plata coloidal y la vigilancia de sistemas de abastecimiento de agua potable. En estas brigadas participó todo el personal de riesgos sanitarios sin distinción de su tipo de contratación o funciones, sin que se suspendieran las actividades ordinarias de atención de trámites, verificación sanitaria y el dictamen sanitario correspondiente.²³

Cabe destacar que a partir de que se decretó la cuarentena por parte de las autoridades federales en Tlaxcala, los ayuntamientos y algunas presidencias de comunidad se organizaron para prevenir riesgos a la salud de diferente manera; por ejemplo: las y los comerciantes acordaron colocar filtros de ingreso a sus respectivos establecimientos, implementaron el servicio a domicilio, dotaron de equipos de protección a su personal, los establecimientos restringieron el acceso, limitando a una persona por familia para evitar aglomeraciones y sólo se permitía el ingreso portando cubrebocas, colocaron cortinas de plástico o barreras de algún material rígido transparente como acrílico o vidrio, en sus

²¹ SESA y COEPRIST supervisan cumplimiento de medidas preventivas por COVID-19 en comercios en *Línea de Contraste*. <https://www.lineadecontraste.com/sesa-y-coeprist-cumplimiento-medidas/> Consultado el 5 de agosto de 2020.

²² Solo dos laboratorios en Tlaxcala realizan pruebas de detección del COVID-19, (8 de agosto de 2020).

²³ Se sugiere visualizar visitas de fomento sanitario para promover lineamientos al 24 de enero del 2022 y aplicación de autoevaluación de protocolo contra el SARS-Cov-2, como mecanismos de prevención ante el Covid-19 que la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios difunde en su micrositio.

mostradores o, en su caso, la atención se brindaba en la calle a través de una ventana; las calles de la comunidad de Ixcotla, en el municipio de Santa Ana Chiautempan, por ejemplo, fueron rociadas de cal o pintadas las banquetas con ésta y algunos municipios llevaron a cabo la sanitización de calles y parques. Otros municipios como el de Tlaxcala implementaron tinacos de agua con lavado de manos en las aceras, parques y mercados o en el caso de las presidencias de comunidad; por ejemplo, la de San Damián Tlacotalpan, se contrató a vecinos, desempleados temporalmente, para el aseo de calles, otros municipios optaron por cerrar parques y panteones, permitiendo el ingreso sólo para la inhumación de cadáveres.

Estas actividades de prevención del riesgo sanitario realizadas por las autoridades locales y subnacional, así como aquellas acciones ciudadanas que sumaron a la contención de la pandemia en el estado, se complementaron con las acciones que la Secretaría de Salud y el Organismo Público Descentralizado de Tlaxcala realizaban para brindar atención médica a casos positivos a Covid-19, como detectar contactos sospechosos de Covid-19, adquirir las pruebas Covid-19 y su aplicación, o realizar la reconversión hospitalaria y acciones de coordinación para la atención de pacientes Covid-19 en unidades el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) e Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), además de la implementación inicial de 30 “brigadas cuídate” a través de las cuales se realizaban visitas domiciliarias, tomas de pruebas Covid-19 PCR, y se orientaba o se daba seguimiento a los casos positivos.

IV. La actuación del consejo estatal de salud y los diversos órdenes de gobierno

A nivel nacional existe el Consejo de Salubridad General, cuyo fundamento jurídico es el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Federal (CPEUM, 03/05/2020, art. 73), mientras que en el estado de Tlaxcala se tiene también un Consejo Estatal de Salud considerado como un órgano superior de consulta; su Reglamento Interior se publicó en el *Periódico Oficial* del Estado hace pocos años, el 21 de septiembre de 2016; para que este órgano local pueda atender emergencias se determinó en el artículo 6o., fracción III (RICES, 03/05/2020, art. 6) de dicho Reglamento Interior, su facultad para proponer medidas orientadas a prevenir y atender los problemas sanitarios del estado.

A ese respecto, el artículo 4o. de la Ley de Salud del Estado de Tlaxcala (LSET, 03/05/2022, art. 4o.) reconoce, en esta materia, como autoridades a la Secretaría de Salud de Tlaxcala; al Organismo Público Descentralizado Salud de Tlaxcala, y a la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos

Sanitarios de Tlaxcala, para lo cual el artículo 157 de la referida normatividad (LSET, 03/05/2022, art. 157) menciona que corresponde a la Secretaría de Salud de Tlaxcala, no al Consejo Estatal, la implementación de programas para el control y erradicación de enfermedades transmisibles, en tanto que al Organismo Público Descentralizado Salud de Tlaxcala le corresponde la vigilancia epidemiológica y el control de enfermedades diversas, como las que se establecen en el artículo 158, fracción XIII, (LSET, 03/05/2020, art. 158).

Por otra parte, el artículo 162 de la Ley de Salud de la entidad federativa en comento (LSET, 03/05/2020, art. 162) señala que las y los ciudadanos deberán acatar las medidas para controlar las enfermedades infecciosas; además, sobresale, en el artículo 165 (LSET, 03/05/2020, art. 165), que estará permitido, de ser necesario, el ingreso del personal de salud local o municipal a los domicilios de los particulares,²⁴ así como para trasladar a las y los enfermos en vehículos autorizados por la autoridad sanitaria. Se regula también la suspensión de actividades o la clausura de locales y centros de reunión, entre otras medidas (LSET, 03/05/2020, arts. 167 a 171).

Ahora bien, el Consejo Estatal de Salud (del que la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios es integrante) realizó diversas acciones para atender la emergencia sanitaria por Covid-19 (Acuerdo del Consejo Estatal de Salud, 02/04/2020). En este sentido, las acciones ejecutadas entre los meses de marzo y septiembre de 2020 -fecha del primer corte de la información-, son las siguientes:

Cuadro. 3
Acuerdo del Consejo Estatal de Salud

<p>Suspensión de clases a partir del 17 de marzo, de eventos gubernamentales, actos masivos de más de 50 personas, sea que se trate de espacios libres o cerrados, y de actividades no esenciales. Asimismo, se determinó el mantenimiento de medidas de prevención necesarias; adjudicación directa para contratar las acciones extraordinarias que permitan la atención y el combate de la emergencia;</p>	<p>Se ordena a los Ayuntamientos ejercer las facultades que la Ley de Salud del Estado les concede:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acordar con los representantes de los mercados municipales las medidas de prevención sanitaria, así como el control y
--	---

²⁴ Lo que no puede ser, ya que, entre otras razones, los municipios no cuentan con personal médico o áreas propias en materia de servicios de atención médica y, mucho menos, regulatoria.

<p>suspensión de actividades del resto de la administración pública; suspensión de plazos y términos de los procedimientos administrativos de las actividades no esenciales; la prórroga de obligaciones fiscales al término de la cuarentena; no reuniones de más de 50 personas en actividades esenciales; no saludar de beso, abrazo y mano; cumplir con todas las medidas de distanciamiento vigente; se especifica qué es el resguardo domiciliario y se ordena no detener con fuerza pública a quienes no cumplan el resguardo para estar en sintonía con el gobierno federal; suspensión de comercios no esenciales como balnearios y bares; las y los concesionarios del transporte público deberán adoptar medidas de higiene en unidades, bases, terminales y centrales, y el Gobierno del Estado ha destinado apoyos económicos a las personas positivas a Covid-19, como al sector turístico.</p>	<p>el flujo de personas para evitar aglomeraciones;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acordar con los representantes de tianguis medidas preventivas semanales y excluir la venta de productos no esenciales, para espaciar mejor a los comerciantes y evitar aglomeraciones; - Acordar con los responsables de los supermercados medidas preventivas limitando el acceso a una sola persona, y - Se procurará el cierre de los centros de comercio.
---	--

Fuente: Elaboración propia.

Por su parte, la Secretaría de Salud del Estado de Tlaxcala difundió que el tratamiento de atención al Covid-19, denominado TNR4, recupera a pacientes positivos (operan 50 por ciento más Brigadas “Cuidarte en Tlaxcala: SESA”, 19 de agosto de 2020). Asimismo, los Ayuntamientos, Presidencias de Comunidad y Delegaciones de Colonias recibieron las siguientes indicaciones por parte del Congreso del Estado de Tlaxcala:

Cuadro. 4
Acuerdos del Congreso del Estado de Tlaxcala

<p>1. Se exhorta a hacer efectivas las medidas preventivas, cuyo objetivo es el distanciamiento social al amparo de la emisión de Bandos de Policía y Gobierno, así como Acuerdos de Cabildo priorizando la sanitización de espacios de uso común y vialidades; instalación de filtros sanitarios en tianguis y mercados; dotación de cubrebocas en tianguis y mercados; realización permanente de campañas informativas sobre medidas de prevención; emisión de invitaciones o recomendaciones para evitar salir de casa, y mantener la sana distancia.</p>
--

De tal forma que, ante la inobservancia y en ejercicio de la autonomía municipal y su facultad reglamentaria derivada del artículo 115 de la Constitución (CPEUM), se establezcan las consecuencias legales que, en su caso, consideren pertinentes.
2. Se exhorta a los 60 municipios y organismos autónomos de agua potable y comisiones de agua potable del Estado de Tlaxcala a expedir acuerdos, para implementar políticas públicas como las siguientes: Diferir el pago del servicio de agua al término del confinamiento; suspender el pago de parquímetros al término del confinamiento, y cancelar toda orden de corte del suministro del servicio de agua.

Fuente: Elaboración propia tomado de Acuerdos (5 de mayo de 2020).

Así, se desprende que el Congreso del Estado de Tlaxcala reconoció la autonomía de los municipios para que, en caso de incumplimiento de estas medidas, éstos establecieran las consecuencias legales pertinentes, lo que resultó contradictorio al discurso político del Gobierno del Estado y del Consejo de Salubridad Estatal en el sentido de mantener el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de la ciudadanía de manera voluntaria y no coercitivamente, no obstante que el Consejo de Salubridad local y la Secretaría de Salud de Tlaxcala, en conjunto con el Organismo Público Descentralizado Salud de Tlaxcala, a través de la misma Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala, podían ejercer sus facultades coercitivas para hacer cumplir las medidas ordenadas; sin embargo, lejos de ello, se transfirió esta responsabilidad a los Ayuntamientos, en lugar de que el Poder Legislativo Estatal exigiera al referido Consejo, a las demás dependencias y entes gubernamentales mencionados, que intervinieran enérgicamente en el ámbito de su competencia, para hacer cumplir las medidas decretadas para limitar el contagio por Covid-19.

Por lo anterior, se infiere que la política estatal de contención, para prevenir mayores riesgos a la salud de la población tlaxcalteca, atendió los efectos del evento pandémico durante 2020; sin embargo, se observa fragilidad, debilidad o incapacidad en los siguientes rubros:

- a) La Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala no realizó la vigilancia sanitaria preventiva a los hospitales que se seleccionaron como hospital Covid-19, acción que tenía la finalidad de disminuir el riesgo de contagio del personal ocupacionalmente expuesto, mientras que sí se consideraron diversas unidades médicas aptas para la citada reconversión como sucedió con el Hospital General de Huamantla, el Hospital General de Nativitas y el Hospital General de San Pablo del Monte;

- b) La Secretaría de Salud del Estado de Tlaxcala no aprovechó el uso de las herramientas tecnológicas como sí sucedió en el Estado de Yucatán²⁵, ya que no implementó aplicaciones digitales que permitieran a la ciudadanía contestar encuestas, para identificar casos sospechosos o positivos a Covid-19 que, a su vez, mostraran los contactos personales que las y los enfermos tuvieron previamente a su contagio, y que recibieran orientación médica de manera virtual;
- c) Tampoco se realizaron pruebas rápidas gratuitas de manera masiva a cualquier persona con síntomas de enfermedad respiratoria, sino que sólo se aplicaron de manera restringida o limitada a personas hospitalizadas o a personal de las dependencias de salud con posibilidad real de contagio;
- d) Tampoco se promovió la dotación de oxígeno gratuito a la población, y
- e) No existió un pronunciamiento respecto a la eficacia del uso de cubrebocas y otras medidas de contención, ya que con la renovación de la actual administración estatal se implementaron quioscos de oxígeno gratuito, módulos móviles y fijos para pruebas rápidas, el programa “médico en tu casa” y la adquisición de 24 ambulancias²⁶

En relación con lo anterior, es necesario mencionar que, no obstante las deficiencias referidas, es evidente que existió en este periodo un esfuerzo por parte del gobierno local, los ayuntamientos, el gobierno del Estado de Tlaxcala y las presidencias de comunidad, además de la participación voluntaria, libre e informada de la ciudadanía tlaxcalteca, lo que evidenció el interés en el autocuidado, es decir, que todo ello es una muestra, a nivel nacional, de la gran funcionalidad que el federalismo mexicano puede aportar en la prevención de riesgos a la salud.

También pretendemos mostrar que, desde el plano local, se puede proteger a la población cuando, por una parte, se tiene la intención de hacerlo y, en segundo término, se cuenta con el conocimiento, por parte de los actores políticos, para implementar una política pública inclusiva, en la que la experiencia de todas las dependencias y entes gubernamentales se conjugan para garantizar el derecho a la protección de la salud²⁷, y, en consecuencia, permitir que todos los niveles de gobierno participen.

²⁵ Yucatán implementó la aplicación gratuita a la que denominó Meditoc, para ofrecer acompañamiento médico vía telefónica y por videoconferencia.

²⁶ *100 días de Gobierno, Transformando a Tlaxcala*, 2022, pp. 3-5.

²⁷ Experiencia de éxito del Estado de Tlaxcala ante la Covid-19 (10 de junio del 2022).

Ahora debemos valorar si esta actuación del estado tlaxcalteca, como por parte del gobierno mexicano, dio cumplimiento al denominado derecho convencional internacional que se reconoce en el artículo 1o. de la Constitución (CPEUM, 07/05/2022, Art.1) y, con ello, a los criterios que la Corte Interamericana emitió en relación con el derecho a la salud de manera previa a la existencia de la pandemia por Covid-19, y que siguen siendo vigentes y útiles en la actualidad.

V. Criterios existentes en relación con el derecho a la salud que la corte interamericana de derechos humanos emitió antes de la pandemia por covid-19

El sistema interamericano de derechos humanos, conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), difunden la protección irrestricta de los derechos humanos en el continente americano, y es esta última quien a la luz de la pandemia Covid-19 emitió la Declaración 1/20 (Corte IDH, 2020^a) y el cuadernillo de jurisprudencia número 28 relativo al Derecho a la Salud (Corte IDH, 2020b), ordenando en ambos instrumentos a los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), incluido México, atender los problemas y desafíos que se están presentando como consecuencia de la pandemia Covid-19 bajo un enfoque exclusivo de derechos humanos, instrumentos que, a su vez, devienen de una construcción jurisprudencial de la referida Corte, anterior a la declaratoria de la Organización Mundial de la Salud de una pandemia por Covid-19.

Por un lado, a través de la Declaración 1/20, se pretendió prevenir el impacto negativo de la pandemia por Covid-19 en diversos derechos humanos como, por ejemplo, el derecho del trabajo, el derecho a la alimentación, el derecho a la justicia, el derecho a la igualdad y no discriminación, a la dignidad humana, el derecho a la información, el derecho a la movilidad, el derecho a la salud, entre otros, invitando a los Estados de la región a atender los desafíos de la siguiente manera:

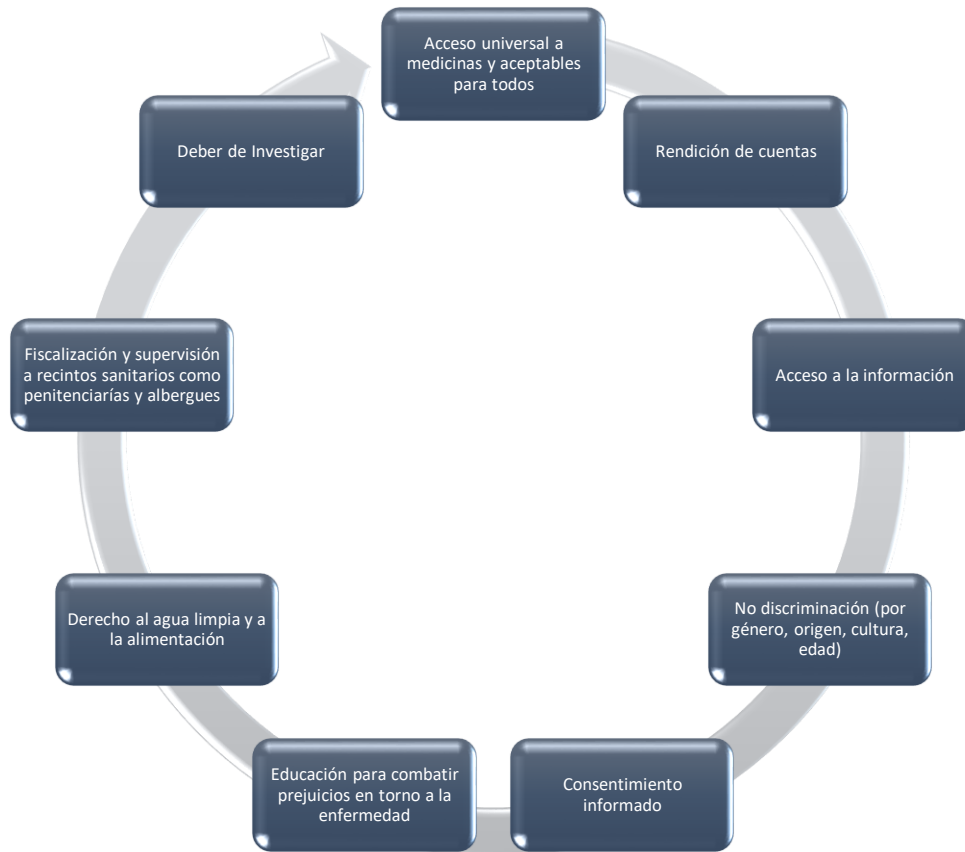
- Priorizar la perspectiva de derechos humanos;
- Cumplir las obligaciones internacionales como son el diálogo y cooperación regional de manera solidaria, transparente y conjunta;
- Emplear medidas que restrinjan derechos humanos, limitándolas a cuatro requisitos: 1. Temporalidad, 2. Fundada en un criterio científico, 3. Que el objetivo sea específico, razonable, necesario y congruente en relación con otros derechos, y 4. Legal;

- Usar la fuerza pública, siempre que ésta cumpla con los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución;
- Acceder a los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la vida y a la salud, sin discriminación;
- Proporcionar el derecho a la salud con respeto a la dignidad humana y atendiendo los principios bioéticos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;
- Realizar las y los trabajadores de la salud su servicio en condiciones de seguridad y calidad, que se proteja su integridad, su vida y su salud;
- Implementar acciones que reduzcan la violencia familiar y la violencia de género que se han incrementado ante el aislamiento social;
- Priorizar la atención a grupos vulnerables como migrantes, población en situación de calle, mujeres y niñas, así como adultos mayores;
- Reducir niveles de sobrepoblación y hacinamientos en los centros de readaptación social;
- Respetar los derechos laborales y reducir el despido;
- Generar mecanismos para alimentar y proporcionar medicamentos a personas en situación de calle;
- Garantizar el acceso a la información y la protección de datos personales;
- Garantizar el derecho al internet;
- Garantizar el derecho a la justicia y los mecanismos de denuncia;
- Proteger el periodismo y la defensa de los derechos humanos, y
- Alertar a las dependencias y entes responsables de combatir la xenofobia y el racismo.

Por otra parte, con relación al Cuadernillo número 28 “Derecho a la salud” se destaca que es una recopilación de las jurisprudencias que en materia de salud fueron emitidas con anterioridad a la pandemia por Covid-19. De ahí el interés de abordar este documento en el presente artículo y dejar la reflexión sobre sí el Gobierno del Estado de Tlaxcala y los gobiernos locales del resto del país lo revisaron e incorporaron en la implementación de las acciones que ejecutaron para proteger el derecho a la salud toda vez que la Corte IDH es referente jurídico en la materia desde la perspectiva jurisdiccional y orientadora en las esferas legislativa y ejecutiva.

Por el momento, queda claro que la Corte IDH reconoció que el derecho a la salud, igual que los demás derechos económicos, sociales y culturales, contiene los siguientes principios: goza de indivisibilidad, de interdependencia en relación con otros derechos y es progresivo, por lo que los servicios, así como los materiales, equipos y las instalaciones médicas deben cumplir con requisitos de accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad y calidad, además, la atención del derecho a la salud debe atender los siguientes criterios:

Figura 1. Criterios de la Corte IDH en relación con el derecho a la salud.



Fuente: Elaboración propia con información del Cuadernillo 28. Derecho a la Salud

De manera específica, los criterios de la Corte IDH, que derivan de sus jurisprudencias emitidas en materia del derecho a la salud, se resumen de la siguiente forma:

El acceso universal a las medicinas y aceptables para todos, bajo el entendido que el estado de derecho debe prevalecer en beneficio del paciente y sus familiares, como en la actuación ética de los

gobiernos. Por cuanto hace al primero, a través del acceso universal de medicamentos y a un bajo costo, pero además que el producto cumpla con los controles de calidad que no afecten la salud. En México, en este rubro, se cuenta con la agencia reguladora que es la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, organismo que cuenta con reconocimiento internacional en la materia, para efectuar el control sanitario, así como para autorizar insumos y tecnologías para la salud.

Respecto a la rendición de cuentas y acceso a la información, en nuestro país tenemos políticas transversales en materias de transparencia, acceso a la información, protección de datos personales, gobierno abierto, control interno, y contabilidad gubernamental; sin embargo, debido a la pandemia, con relación al tema de salud, se hace notar, que en el desarrollo de este artículo se observó que en septiembre de 2020 era mínima la información gubernamental de salud respecto al manejo de la pandemia por Covid-19.

Hoy, en el segundo semestre de 2021 y los primeros siete meses de 2022, el sector salud y otras dependencias han abierto sus datos interdisciplinarios, entre los que se ubican los procesos de adquisición de las vacunas Covid-19²⁸, la información relativa a las estadísticas que informan sobre el estado de salud, la mortalidad, la mortandad en menores de 18 años y la desagregación por género²⁹, aunque está aún pendiente la información sobre las licitaciones que se realizaron para adquirir, por parte del gobierno mexicano, respiradores y monitores, así como el costo real de la inversión realizada en la conversión de hospitales Covid-19; también, faltan estadísticas que informen en relación al estado de salud y mortandad en mujeres embarazadas y del personal de salud, además de información sobre las licitaciones o procesos de compra para adquirir equipo de protección personal de las y los servidores públicos del sector salud y otros sectores, esto solo por citar algunos ejemplos.

Respecto al criterio de informar al paciente sobre su enfermedad y ejercer su derecho de consentir y a no ser discriminado por alguna condición de género, nacionalidad, cultura, edad, profesión, etcétera, al respecto ni la Secretaría de Salud ni el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social muestran alguna información respecto al estatus económico de las personas fallecidas y enfermas por Covid-19, sólo por parte del Consejo Nacional se tiene a los

²⁸ Plataforma de gestión diplomática de la Secretaría de Relaciones Exteriores en <https://portales.sre.gob.mx/transparencia/gestion-diplomatica-vacunas-covid>.

²⁹ Informe técnico diario en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/744247/Informe_Tecnico_Diario_COVID-19_2022.07.16.pdf
Consultado el 20 de julio de 2022.

municipios con mayor índice de pobreza y la afectación de población positiva con Covid-19, y en el caso del estado de Tlaxcala destaca el municipio de Mazatecochco.³⁰

Otro fenómeno que puede analizarse es el relativo a conocer si existe o existió discriminación o no en neonatos, concretamente, respecto de aquellas madres enfermas o con sospecha de padecer Covid-19, para conocer si efectivamente fueron atendidas en el sector público y, en su caso, si fueron remitidas oportunamente a hospitales Covid-19, o bien, el recién nacido sin tener Covid-19 era atendido en el mismo hospital junto con su progenitora, sin haber sido trasladados a unidad médica libre de Covid-19. Por otra parte, están las discusiones morales que pudieron generarse si se hubiera ejecutado una separación de madre-hijo.³¹

No se difunde por parte del gobierno el número de personal médico, así como el personal paramédico o auxiliar técnico que labora en la iniciativa privada, que no fueron considerados para vacunarse contra el Covid-19 bajo el argumento de que no están en la primera línea de atención a pacientes Covid-19.³²

Otro criterio más es la educación para combatir prejuicios en torno a la enfermedad, en donde el gobierno de México se pronunció sobre la protección del personal médico que no necesariamente podría estar contagiado de Covid-19³³ poca información se difundió para evitar prejuicios, discriminación o inequidad hacia el resto de la población enferma o de personas con familiares enfermos.

La experiencia en garantizar el acceso a la alimentación, a el agua limpia para consumo humano, fue fundamental en el estado de Tlaxcala para que se permitiera mantener fortalecida la salud de la población y así combatir las enfermedades a través del aseo personal, lavado de la ropa, limpieza de la habitación y sanidad del entorno comunitario tal y como ocurría en *Tlaxcallan*, con el estilo de

³⁰ Visor geoespacial de la pobreza y la Covid-19 en los Municipios de México. Municipios con casos activos y más altos porcentajes de población en pobreza en <https://coneval.maps.arcgis.com/apps/dashboards/b1dc36ef3b954ba7aa198b3777cf491> Consultado el 17 de julio de 2022.

³¹ Síntesis y actualización de Evidencia: Guía de referencia. Abordaje de Covid-19 en personas recién nacidas, Acciones clave para el manejo en https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/10/COVID_RN_Hoja_actualizacion.pdf

³² Monroy, Jorge, “A dos años del Covid, SCJN insta a vacunar a privados” en <https://www.economista.com.mx/politica/SCJN-ampara-a-medicos-del-sector-privado-para-ser-vacunados-contra-la-Covid-19-junto-con-el-sector-publico-20220525-0084.html> Consultado el 25 de mayo del 2022.

³³ Secretaría de Salud, Información para disminuir el estigma y discriminación durante la pandemia de COVID-19 al personal médico y paramédico en https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/06/SaludMental_EstigmaDiscriminacion.pdf Consultado el 26 de mayo del 2020.

vida aséptico que mantenían. En Tlaxcala el programa de agua limpia que opera la Secretaría de Salud, a través de la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala en convenio con la Comisión Nacional del Agua, se mantuvo de manera permanente para garantizar que el agua que se suministrara a los hogares fuera potable, así como la vigilancia sanitaria en alimentos.

En relación al criterio por el que se establece el deber por parte del Estado de regular y crear órganos que supervisen los servicios de atención médica, sus instalaciones, su equipo y su personal para prevenir y corroborar que el servicio que se brinda es de calidad, así como supervisar las condiciones de higiene en penitenciarias, asilos y orfanatos, se efectuó la consulta a la página web de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, así como al micrositio oficial de la multicitada Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala, identificando que no hay información pública o abierta en estos temas.

Tampoco se tiene información difundida respecto a la vigilancia sanitaria efectuada a las penitenciarias, los asilos y orfanatos en momentos de pandemia y si esta actividad coadyuvó a limitar contagios por Covid-19 hacía el interior de estos lugares.

Finalmente, el último criterio es aquél que señala la responsabilidad del Estado de investigar cuando haya un daño a la salud; por ejemplo, sucede con una mala praxis a la que los procedimientos penales, administrativos o conciliatorios deben apegarse con un enfoque irrestricto de protección del derecho de la salud, en beneficio de los derechos humanos de las y los pacientes y sus familias; en este tema, se consultó si la Comisión Nacional de Arbitraje Médico cuenta con alguna información respecto a quejas derivadas de la atención médica vinculada a la enfermedad de Covid-19; sin embargo, en los informes estadísticos de 2020, 2021 y al 27 de julio de 2022 la Comisión Nacional describe el sector salud afectado con quejas, así como las especialidades que fueron motivos de quejas sin que se desprenda a alguna queja o laudo relacionado a la atención por Covid-19,³⁴ lo que abre la interrogante del motivo por el cual la población mexicana afectada en su salud o en la de sus familiares con esta enfermedad no presentaron quejas cuando es del conocimiento público que medios de comunicación difundían falta de atención médica en hospitales Covid-19 por saturación, o habiendo espacio para hospitalización se carecía de respiradores y oxígeno, incluso una de nosotras fue testigo del fallecimiento de una persona del sexo masculino que en taxi se trasladaba al Centro Regulador de

³⁴ Información estadística 2020 en <https://www.gob.mx/conamed/documentos/informacion-estadistica-2020>; Información Estadística acumulada al 4o. trimestre del año 2021 en <https://www.gob.mx/conamed/documentos/informacion-estadistica-2021> e Información Estadística acumulada al 2o. trimestre del año 2022 en <https://www.gob.mx/conamed/documentos/informacion-estadistica-2022?idiom=es>

Urgencias Médicas de Tlaxcala, acompañado de sus familiares y al momento de llegar falleció en el taxi, porque ni hospitales privados, ni públicos, le pudieron recibir y atender, o también se tienen experiencias de amistades que ponen en duda la atención médica que se brindaba, como el caso de la abuelita que acudió por una fractura al hospital porque se cayó en su cocina, y les dicen “que se queda internada” por padecer Covid-19 y en las siguientes horas, fallece, o bien fue notorio que era prácticamente imposible conseguir una consulta de especialidad aun cuando no tuviera relación con infecciones respiratorias, por el temor al contagio o por precaución, que generó que establecimientos, tanto públicos como privados, dejaron de funcionar en su áreas de consulta externa de especialidad en la mayoría de casos.

Es de resaltar el papel de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en esta materia. A lo largo de la última década, dicha Comisión ha emitido múltiples Recomendaciones en relación con el derecho a la protección a la salud, a través de las cuales se hace referencia a la Recomendación General número 15. A ese respecto, en el 2020, en tiempos de pandemia, identificamos especialmente tres Recomendaciones en las que se desarrollan situaciones diversas, pero todas relacionadas con la patología Covid-19:

- a) La Recomendación 14/2020, emitida el 23 de junio de 2020, sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud de las personas trabajadoras en el sector salud en el contexto del Covid-19, así como del derecho a la privacidad en agravio de tres personas, una de ellas trabajador del hospital general “Águiles Calles Ramírez” del ISSSTE.
- b) La Recomendación 34/2020, emitida el 31 de agosto de 2020, sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la vida, a la protección de la salud, así como al acceso a la información en materia de salud, en agravio de un migrante salvadoreño, quien falleció a causa de Covid-19, tras permanecer bajo custodia del Instituto Nacional de Migración en la Estación Migratoria de la Ciudad de México, así como a la protección de la salud de personas en contexto de migración alojadas en dicho recinto y de todas aquellas que ingresan, se alojan o trabajan en ese sitio.
- c) La Recomendación 36/2020, emitida el 31 de agosto de 2020, sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la vida, a la protección de la salud, al trato digno y al interés superior de la niñez, en agravio de las personas en contexto de migración internacional alojadas en las estancias provisionales del Instituto Nacional de Migración en el estado de Nuevo León.

Asimismo, una de las acciones gubernamentales para la atención de la pandemia, fue el establecimiento del programa relativo a la vacunación, cuyos beneficios serían alcanzados por menores de edad con algún tipo de enfermedad que debilite su sistema inmunológico, así como para las adolescentes embarazadas a partir de la novena semana. No obstante, no se contempló a todas las personas que se encontraban en ese rango de edad, quienes, por no presentar algún padecimiento, quedaban excluidos de la citada política gubernamental. Lo anterior, sin duda, atentaba contra el derecho humano a la salud, en virtud de que, si bien existen grupos de adolescentes en situación de mayor vulnerabilidad y que requieren una atención prioritaria, también es cierto que aquellos que se consideran médicamente sanos se encuentran en una situación de potencial riesgo de contagiarse del virus, dada la igualdad de condiciones de contagio ante la pandemia y que puede generar graves daños a la salud o, incluso, perder la vida. Circunstancia que ha sido señalada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y donde los efectos relativos de una sentencia se tornan a privilegiar la protección colectiva y no únicamente el interés legítimo del promovente del amparo.

Aunado a lo anterior, con las reformas constitucionales de 2011, el gobierno tlaxcalteca y el Gobierno de la República, han tenido la oportunidad de atender y enfrentar la pandemia por Covid-19 teniendo como referente los criterios aplicables al sistema interamericano arriba señalados, pero, sobre todo, han podido llevar a cabo el servicio de salud y la medicina preventiva con estricto apego a los derechos humanos en su conjunto y no de manera aislada respecto a la salud.

Incluso, el 23 de abril de 2020, Antonio Guterres, secretario de la Organización Nacional de las Naciones Unidas, durante el 43o. Consejo de Derechos Humanos, hizo un llamado para que en estos momentos de pandemia del Covid-19 todo se mire a través del prisma de los derechos humanos:

Mirar a través del prisma de los derechos humanos hace que todos cuenten y garantiza que nadie se quede atrás. Vemos los efectos desproporcionados en ciertas comunidades, el aumento del discurso de odio, los ataques a grupos vulnerables y el riesgo de que la mano dura en las respuestas en materia de seguridad socave la respuesta sanitaria.³⁵

Así que, sí confrontamos las acciones del gobierno tlaxcalteca como las de nivel nacional, desprendemos que éstas se han hecho para atender y limitar al mínimo los contagios de Covid-19, pero, si bien fueron esfuerzos importantes, dejaron de lado lo que el sistema interamericano nos dicta en materia de salud y la perspectiva de protección de todos los derechos humanos, toda vez que, en

³⁵ GUTERRES, António, *Estamos juntos en esto: SG de la ONU presenta un informe sobre Covid-19 y los derechos humanos*, 2020 en <https://www.ohchr.org/es/stories/2020/04/we-are-all-together-uns-g-delivers-policy-brief-covid-19-and-human-rights>

pleno curso de la quinta ola de Covid-19 en el país, los medios de comunicación han dado a conocer que el Consejo de Salubridad General ha sido vulnerado en su ámbito de competencia por otras instancias de la Secretaría de Salud, a ello se suma, además, la falta de sesiones y la renuncia por parte del hoy ex secretario, el médico José Ignacio Santos junto con otros servidores públicos. Esto debe preocupar a los tres poderes de gobierno y a las y los mexicanos, ya que el Consejo de Salubridad General, aun siendo una figura con reconocimiento constitucional, tiene entre dicho su funcionalidad, transparencia y buen gobierno, debido a la centralización de decisiones que, por ende, limitaron al verdadero ejercicio del federalismo mexicano atentando en contra del derecho a la protección de la salud.

VI. Conclusiones

El federalismo en tiempos de pandemia requiere y obliga a sus niveles de gobierno dar una mayor participación multidisciplinaria e intersectorial, ya que no basta con proteger el derecho a la salud, sino a más derechos humanos; por ejemplo, al trabajo, la movilidad, la educación, el acceso a agua potable, a la seguridad, al acceso tecnológico, etcétera, todos en equilibrio y con pleno conocimiento que existe en el país una heterogeneidad en la integración de la población y sus respectivas necesidades; pero, sobre todo, requiere de instituciones con personal especializado en cada una de las áreas involucradas en la atención y prevención de una pandemia.

Hoy más que nunca ha quedado de manifiesto que la salud pública requiere de muchos perfiles, además del sector médico, paramédico, auxiliar médico y de enfermería, el de la ciencia jurídica que estuvo al alcance de la población tanto por la vía de amparos que reclaman el derecho a ser vacunados, o el derecho a proteger su salud resguardándose en casa, inclusive, como hemos visto, están los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que guían el actuar del servicio público para garantizar el derecho a la salud, visto, no sólo desde la atención médica, sino en sincronía con otras políticas públicas.

En tiempos de pandemia hablar del derecho a la protección a la salud parece un acto necesario y obligado, como recordatorio de los elementos y los aspectos que lo componen. Esto es, no se trata sólo de la idea de curar enfermedades, sino también y, muy especialmente, prevenirlas. Hablar de prevención significa la necesidad de abordar las políticas públicas o las acciones del Estado, para la salvaguarda de este derecho fundamental, la salud.

El impacto de la psicosis emocional, el estrés, la ansiedad, la angustia, la depresión, la agresividad, el incremento en el uso de drogas, trastornos en la alimentación, el alcoholismo, etcétera, son factores que pueden colocarse como daños colaterales a los efectos de las medidas sanitarias por la pandemia, que en 2023 son una realidad y que se suman también a los nuevos síntomas que las variantes de Covid-19 han propiciado, por lo que la política de prevención de riesgos a la salud debe aumentar y dejar atrás el pensamiento de que ya estamos en una post pandemia.

Asimismo, con la publicación del Programa Sectorial de Salud 2020-2024 (PSS 2020-2024, 17 de agosto de 2020) y la reestructuración del Sistema Nacional de Salud, la Secretaría de Salud emitió el Acuerdo por el que se adscriben orgánicamente las unidades administrativas y los órganos desconcentrados de la Secretaría de Salud (Acuerdo, 19 de agosto de 2020) y, por ello, se centraliza la regulación sanitaria y la prevención de riesgos sanitarios, quedando adscrita a la Subsecretaría de Previsión y Promoción de la Salud, reestructuración que el tiempo mostrará su impacto en el ámbito estatal, municipal y comunitario, en un momento en que se requiere el fortalecimiento de la política regulatoria sanitaria con plena autonomía, imparcialidad, transparencia y objetividad.

Por otra parte, es necesario reformar la Ley de Salud del Estado de Tlaxcala y leyes secundarias para reconocer al Consejo Estatal de Salud como autoridad sanitaria y definir su intervención en el manejo de enfermedades epidémicas y pandémicas.

Se sugiere a la Federación revisar la experiencia de Tlaxcala, para integrar la prevención de los riesgos sanitarios en el Consejo de Salubridad General y que quede abierto el camino para estudiar los mecanismos para fortalecer la competencia en salud de los municipios.

Se reitera que los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser divulgados entre el sector salud de los tres niveles de gobierno para su aplicación por los operativos del derecho, personal médico, paramédico y multidisciplinario administrativo con injerencia en el tema y, por supuesto, por parte de los pacientes, que deben conocer sus derechos.

VI. Fuentes de información

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendaciones 14/2016; 66/2016; 50/2017; 56/2017; 1/2018; 77/2018; 14/2020, y 36/2020.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación General número 15.

ÁVILA, Débora, *Violencia institucional contra las madres y la infancia. Aplicaciones del falso síndrome de alienación parental en España*, Universidad Complutense de Madrid, p. 243.

CORTÉS Hernán, *Cartas de relación*, México, Porrúa.

CLAVIJERO, Francisco Javier, *Historia Antigua de México*, México, Imprenta de Juan R. Navarro, 1857.

LEÓN NAVA, José F. y Cervantes Rafael, “La medicina tlaxcalteca en la época prehispánica y colonial” en *Cirugía y cirujanos*, México, vol. 65, no. 2, marzo-abril, 1999.

MALVIDO, Elsa, “Representaciones y textos de la primera pandemia de viruela en seis códices mexicanos”, *Arqueología. Revista de la Coordinación Nacional de Arqueología*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, no. 45, septiembre-diciembre, 2010.

MARTÍNEZ SALDAÑA, Tomás, *La Diáspora Tlaxcalteca: Colonización agrícola del Norte Mexicano*, México, Gobierno del Estado de Tlaxcala, 1998.

MORENO PIÑA, Norma Lidia, *Hacia un modelo de administración estratégica para consolidar el Sistema Federal Sanitario: el caso de la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala (COEPRIST) 2014-2016*, México, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, 2017.

NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano, “La influenza de 1918 en Tlaxcala: mortandad y efectos sociales” en *Mediographic Artemisa en línea*, México, no. 6, 2003.

NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano, “Los tiempos de la viruela en un pueblo tlaxcalteca: mortalidad y medidas preventivas (1830-1840-1903)” en *Desacatos*, México, no. 43, 2013, septiembre-diciembre.

NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano, “La epidemia de la viruela de 1797–1798 en la parroquia tlaxcalteca de San Pablo Apetatitlán: mortalidad diferenciada y estrategias preventivas”, *Tiempos modernos*, España, vol. 8, no. 32, 2016.

NETZAHUALCOYOTZI MÉNDEZ, Marciano “Muertos y sobrevivientes por la epidemia de la Tifo de 1813 en la parroquia de San Pablo Apetatitlán” en *Frontera de la Historia*, Colombia, vol. 23, no. 2, julio-diciembre. 2018.

RODRÍGUEZ ROMO, A. C y Pérez, M. E. R., “Historia de la salud pública en México: siglos XIX y XX” en *Historia, Ciencias e Saude Manguinhos*, Río de Janeiro, vol. 5, no. 2, julio-octubre, 2018.

Secretaría de Salud de Tlaxcala, Diagnóstico de Salud Tlaxcala, Departamento de Epidemiología, 2014.

100 días de Gobierno, Transformando a Tlaxcala, 2022.

ARMAS, E.P. Detalla COEPRIST, Lineamientos de seguridad para reactivación de establecimientos,
La Jornada de Oriente, (1 de julio de 2020)

<https://www.lajornadadeoriente.com.mx/tlaxcala/detalla-coeprist-lineamientos-de-seguridad-sanitaria-para-reactivación-de-establecimientos/>

Acciones para promover lineamientos 04/01/2022 como mecanismos de prevención ante el Covid-19. <https://coepristlax.gob.mx/images/does/transparencia/2021/infdeento2021.pdf>

Arranca Totolac Por ti, salud y economía no se detienen, *Cuarto de Guerra, Análisis y Noticias de Tlaxcala*, (27 de julio del 2020). <https://www.elcuartodeguerra.com/tlaxcala/noticia/148-717-arranca>
Campaña Nacional contra el Bocio, Archivo Histórico del Estado de Tlaxcala, (21 de abril de 2020) <https://web.facebook.com/archivohistoricodelestadodetlaxcala/photos/>

Capacita COEPRIST a consultorios privados sobre protocolos por Covid-19, *Communicatedigital.com* (4 de abril del 2020) <https://communicatedigital.com/capacita-coeprist-a-consultorios-privados-obra-protocolos-por-Covid-19/>

COEPRIST. <https://coeprist.saludtlax.gob.mx/index.php/msmarjur>

GUTERRES, António, *Estamos juntos en esto: SG de la ONU presenta un informe sobre Covid-19 y los derechos humanos*, 2020, <https://www.ohchr.org/es/stories/2020/04/we-are-all-together-ungsg-delivers-policy-brief-covid-19-and-human-rights>

Historia del Consejo de Salubridad General, (4/04/2021) <http://www.csg.gob.mx/consejo/historia.html>

Información estadística 2020 <https://www.gob.mx/conamed/documentos/informacion-estadistica-2020>

Información Estadística acumulada al 4º trimestre del año 2021 <https://www.gob.mx/conamed/documentos/informacion-estadistica-2021>

Información Estadística acumulada al 2º trimestre del año 2022. <https://www.gob.mx/conamed/documentos/informacion-estadistica-2022?idiom=es> (20 de julio del 2022).

Información para disminuir el estigma y discriminación durante la pandemia de COVID-19 al personal médico y paramédico, (26 de mayo del 2020) https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/06/SaludMental_EstigmaDiscriminacion.pdf

Informe técnico diario (20 julio 2022) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/744247/Informe_Tecnico_Diario_COVID-19_2022.07.16.pdf

MORENO PEÑA, Norma Lidia, *Criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho a la salud*. (10 de julio 2020) <https://fb.watch/eQ3qvUzePm>

MONROY, Jorge, *A dos años del Covid, SCJN insta a vacunar a privados*. (25 de mayo del 2022) <https://www.economista.com.mx/politica/SCJN-ampara-a-medicos-del-sector-privado-para-ser-vacunados-contra-la-Covid-19-junto-con-el-sector-publico-20220525-0084.html>

Operan 50 por ciento más Brigadas Cuidate en Tlaxcala: SESA. *Sol de Tlaxcala*, (19 de agosto de 2020). <https://www.elsoldetlaxcala.com.mx/local/operan-50-por-ciento-mas-brigadas-cuidate-en-tlaxcala-sesa-5646548.html>

Organización Mundial de la Salud, *Los nombres de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y del virus que la causa*. [https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ante la Covid 19: vacuna a menores de edad*. Especial vacunación, 2022/03/09. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/la-vacunacion-a-menores-de-edad-ante-la-suprema-corte-de-mexico/>

Plataforma de gestión diplomática de la Secretaría de Relaciones Exteriores <https://portales.sre.gob.mx/transparencia/gestion-diplomatica-vacunas-covid>.

“Reseña del Estado de Tlaxcala” en *La Antigua República. Semanario de política, variedades y anuncios destinado preferentemente a defender y fomentar los intereses del estado libre y soberano*, 1906.

SAAVEDRA DE LA ROSA, Ma. del Carmen, *Pandemia: Influenza 1918*, Archivo Histórico del Estado de Tlaxcala, (20 de abril de 2022). <https://web.facebook.com/archivohistoricodelestadodetlaxcala/videos/>

SAAVEDRA DE LA ROSA, Ma. del Carmen, *Pandemias Colera Morbus. Segunda Parte* Archivo Histórico del Estado de Tlaxcala (6 de abril de 2022) <https://web.facebook.com/archivohistoricodelestadodetlaxcala/videos/>

SESA y COEPRIST supervisan cumplimiento de medidas preventivas por COVID-19 en comercios, Línea de Contraste (5 de agosto de 2020) <https://www.lineadecontraste.com/sesa-y-coeprist-cumplimiento-medidas/>

Síntesis y actualización de Evidencia: Guía de referencia. Abordaje de Covid-19 en personas recién nacidas, Acciones clave para el manejo. https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/10/COVID_RN_Hoja_actualizacion.pdf

“Solo dos laboratorios en Tlaxcala realizan pruebas de detección del COVID-19” *Imagariosocial.com*, Tlaxcala, (8 de agosto de 2020) <https://imagariosocial.com/solo-dos-laboratorios-en-tlaxcala-realizaran-pruebas-de-deteccion-de-covid-19>

Visor geoespacial de la pobreza y la Covid-19 en los Municipios de México. Municipios con casos activos y más altos porcentajes de población en pobreza. <https://coneval.maps.arcgis.com/apps/dashboards/b1dc36ef3b954ba7aa198b3777cf491>

Bibliografía

Guía de manejo de cadáveres por COVID 19 (SARS-CoV-2) en México, México, Secretaría de Salud, (5 de abril de 2020) https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/04/Guia_Manejo_Cadaveres_COVID-19.pdf

MORENO PEÑA, Norma Lidia, (2020) *Pasado, presente y retos del derecho a la protección de la salud frente a la pandemia COVID-19 en México*, 17 de mayo de 2020, Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. https://www.youtube.com/watch?v=P75DXN0p_8U

VILLAREAL LIZÁRRAGA, Pedro Alejandro, *Pandemias y derecho: una perspectiva de gobernanza global*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

XIMÉNEZ FYVIE, Laurie Ann, *Las vidas que no contaron*, México, Planeta, 2022.

Legislación

Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el [Covid-19], https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020#gsc.tab=0

Acuerdo de adscripción Secretaría de Salud. <https://www.gob.mx/salud/prensa/153-20-acuerdo-adscripcion-secretaria-de-salud?idiom=es> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (24/03/2020)

Decreto de creación de la Comisión Estatal para la Protección contra Riesgos Sanitarios de Tlaxcala, (7 de agosto de 2006).

Ley de Salud del Estado de Tlaxcala (28 de noviembre de 2018)

Organización Mundial de la Salud, *Los nombres de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y del virus que la causa*. Consultable en: [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)

Programa Sectorial 2020-2024 publicado en el *Diario Oficial* de la Federación, 17 de agosto de 2020.

Reglamento Interior de la Secretaría de Salud. <https://www.saludtlax.gob.mx/images/archivospdf/Reglamento-Interno-SESA.pdf>

**LA FUNCIÓN DEL “JUICIO REFLEXIONANTE” KANTIANO EN EL
SILOGISMO JURÍDICO**

**THE ROLE OF THE KANTIAN "REFLECTING JUDGMENT" IN LEGAL
SYLLOGISM**

Víctor Manuel ROJAS AMANDI
Posgrado en Derecho, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas
Universidad Autónoma de Tlaxcala
rojasamandi@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-130-704X12>

Fecha de recepción: 11 de enero de 2023
Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2023

Resumen:

El presente artículo trata sobre la función del juicio reflexionante de Immanuel Kant en cuanto a los juicios jurídicos a través del razonamiento de los juzgadores sobre un conflicto a través de diversos precedentes que pueden suscitarse en su aplicación a casos que ocurren en la experiencia.

Summary:

This article deals with the function of Immanuel Kant's reflective judgment in respect of legal trials through the reasoning of the judges on a conflict through various precedents that may arise in its application to cases that occur in experience.

Palabras Clave: Juicio Reflexionante, Kant, Silogismo Jurídico, Jurisprudencia, Juicio Determinante.

Keywords: Reflecting Judgment, Kant, Legal Syllogism, Jurisprudence, Determining Judgment

I. Introducción

El 4 de marzo de 1898 el juez francés Paul Magnaud, titular del Tribunal de *Château-Thierry* decidió sobre el caso de Louise Ménard, una joven de 23 años, quien era responsable de alimentar a su madre y a su hijo de dos años, cuyo padre los había abandonado. Radicada en Charly-sur-Marne, la joven Louise se encontraba en grandes dificultades económicas, ya que no tenía trabajo y la ayuda de la oficina de la ciudad no le alcanzaba para proveer los alimentos de la familia. Después de casi dos días sin comer, le robó a un panadero una barra de pan de tres kilos. En la audiencia, la acusada aceptó los hechos, lo que hacía suponer que sería condenada, en razón de que su conducta se encuadraba claramente bajo la hipótesis del delito de robo. Sin embargo, el juez Magnaud la absolvió.

Para justificar la decisión anterior, Magnaud recurrió al Art. 64 del Código Penal, que eximía de responsabilidad al acusado "...en estado de demencia en el momento de la acción, o contrarrestado por una fuerza a la que no pudo resistir...", puesto que, tal y como lo refirió en la argumentación de la sentencia, consideró que el hambre y la necesidad de alimentar a su hijo constituyen esta "fuerza" a la que Louise no se pudo resistir, toda vez

que el hambre es capaz de privar a cualquier ser humano de parte de su libre albedrío y de disminuir en él, en gran medida, la noción del bien y del mal; que un acto ordinariamente reprobable pierde gran parte de su carácter fraudulento, cuando quien lo comete sólo actúa impulsado por la imperiosa necesidad de obtener una necesidad básica ...; que la intención fraudulenta se atenúa aún más cuando se unen torturas agudas derivadas de una larga privación de alimentos, como en el presente caso, el deseo tan natural en una madre de evitarlos al niño pequeño a su cargo.¹

El caso narrado es un perfecto ejemplo de lo que Immanuel Kant denominará como un *juicio reflexionante*, en la medida que en la subsunción de uno hechos bajo unas normas jurídicas, los hechos se encuadran en lo prescrito por las disposiciones jurídicas de una manera *artística* y no, meramente mecánica, en la que la propia idea subjetiva del juzgador se hace concordar con lo dispuesto por las normas generales, haciendo aparecer la finalidad de la sentencia, no en el

¹ IDRES, Romane, *L'histoire du dimanche - Paul Magnaud, le "bon juge" de Château-Thierry qui défendait les pauvres et les femmes*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://france3-regions.francetvinfo.fr/hauts-de-france/aisne/1-histoire-du-dimanche-paul-magnaud-le-bon-juge-de-chateau-thierry-qui-defendait-les-pauvres-et-les-femmes-2108056.html> (fecha de consulta: 20/X/2023).

Derecho sino en el juzgador y en su facultad de reflexionar.² El análisis de esta capacidad del *juicio reflexionante* en la aplicación de las normas jurídicas es el objeto del presente artículo.

Después de esta introducción, se analizará, en el capítulo II, el concepto kantiano de juicio relacionándolo con el modelo del silogismo. En el capítulo III, se abordará el tema del silogismo que aplica de manera deductiva y mecánica y que se suele presentar como el modelo de aplicación de las normas jurídicas. Las características del *juicio reflexionante* kantiano como un modelo de herramienta del razonamiento jurídico que le permiten hacer justicia a las necesidades del caso concreto serán objeto del capítulo IV. El capítulo V estudiará el juicio jurídico considerando, en especial, ciertos aspectos que permiten tomar en cuenta el contexto de la aplicación normativa y valorar la justicia en el caso concreto, tales como la prudencia o el rol de la ejemplaridad de los precedentes. Finalmente, se expondrán las conclusiones más importantes de este trabajo tratando de tomar conciencia sobre la importancia del *juicio reflexionante* en la praxis jurídica.

II. El concepto de juicio

El término “juicio” no es sólo un concepto central en el Derecho, sino también en la lógica. Aunque su uso en el ámbito jurídico es el original, un juicio en el sentido lógico es más conocido para el público en general, toda vez que se refiere al reconocimiento de una afirmación como verdadera o falsa. Visto desde la teoría de los actos de habla, se presenta como una afirmación: el juicio lógico se limita a decidir la cuestión de la verdad. La decisión se toma en cuanto a si un determinado hecho existe o no existe.

Para el juicio jurídico, en cambio, la decisión sobre la cuestión de la verdad es simplemente una premisa de la decisión misma, es decir, sobre qué juicio "se emite", es decir, sobre cómo un caso concreto -un estado de cosas o "hecho"- se encuadra bajo lo previsto por determinadas normas -"proposiciones jurídicas"-. Desde una perspectiva puramente lógica, la sentencia judicial se presenta como una conclusión, es decir, como una conclusión a partir de dos premisas. La primera premisa -premise normativa- consiste en una o varias normas jurídicas generales; la segunda premisa -la fáctica- consiste en una afirmación de que el caso bajo revisión

² KANT, Immanuel, *Primera introducción a la crítica del juicio*, trad. José Luis Zalabardo, 2da. Edición, Madrid, Anti Machado Libros, 2011, pp. 51-54.

es un tipo de caso de los que regula la premisa mayor; en tanto que la conclusión, determina la aplicabilidad de la consecuencia normativa prevista en la norma jurídica al caso concreto.

En última instancia, tal “silogismo jurídico” sigue el esquema inferencial del *modus ponens* -Si p, entonces q; ahora p, por lo tanto q-, más precisamente el *modus Barbara*: Todos los S son P -premisas normativas-; a -premisas fácticas- es un S -hipótesis normativa-; entonces a es una P -consecuencia de derecho-. Este juicio corresponde a la representación de la lógica tradicional.

En la lógica cuantificacional moderna, el esquema de inferencia es el siguiente: la primera premisa, el enunciado polivalente de dos partes o el juicio generalmente afirmativo: “Todos los S son P”, tiene la forma lógica de un enunciado hipotético general: “Si x es una S, entonces x es una P”, en una representación lógica cuantificadora: " $\forall x(S(x) \rightarrow P)$ ". De esta forma, el aspecto deóntico esencial, es decir, el carácter normativo de la premisa mayor, no se expresa específicamente, pero puede complementarse. En consecuencia, la formulación del silogismo jurídico en la premisa normativa tiene la forma de un imperativo hipotético, por el cual la oración condicional especifica el “hecho” y la “consecuencia jurídica” tiene la forma lógica de un juicio singular: “ $S(a)$ ”. En él se afirma que, en razón de realizarse el hecho con los requisitos previstos en la hipótesis normativa, se actualiza la condición para la realización de la hipótesis normativa. La circunstancia de que el caso concreto pueda subsumirse bajo el supuesto previsto por la norma jurídica, lógicamente significa que el caso concreto cumple las condiciones y requisitos previstos por la hipótesis de la norma jurídica y, por lo tanto, la consecuencia jurídica debe aplicarse: “ $P(a)$ ”. La forma normativa (deóntica) de la posdata en la cláusula principal se transfiere a la conclusión como juicio que se hace. Se concluye por tanto la realización de la hipótesis normativa que se cumple la condición de realización de las consecuencias de derecho con sus implicaciones normativas, es decir, que se produce la consecuencia jurídica.

Lo que anteriormente se ha descrito lógicamente corresponde a la visión de la metodología jurídica clásica. A continuación, la decisión del juez, libre de toda subjetividad, debería aplicar el derecho positivo atendiendo al modelo de la subsunción. Incluso, si el juez no funcionara simplemente como una “máquina de la subsunción”,³ sigue siendo válido lo siguiente: “sus sentencias no crean un nuevo derecho, sino que sólo concretan el mandato jurídico

³ OTTE, Gerhard, “Subsumtion II” en RITTER, Joachim, coord., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Tomo 2, Basel, Schwabe AG-Verlag, pp. 123-157.

existente".⁴ La visión de una jurisprudencia conceptual formal parece presentarse, de tal manera, que la mediación entre lo general y lo particular sólo va en una dirección, a saber, de lo general a lo particular. Esto significaría que la sentencia que debe ejercerse en el juicio jurídico es únicamente la sentencia de subsunción. Sin embargo, ni siquiera los representantes positivistas de la jurisprudencia de la subsunción piensan que esto resulta suficiente para una aplicación correcta de las normas jurídicas.

A continuación, me referiré a ciertos argumentos que, por un lado, defienden el modelo de subsunción desde un punto de vista lógico, pero por otro lado muestran que las circunstancias son más complicadas de lo que sugiere la presentación del modelo anteriormente expuesto. En primer lugar, se tratará de la comprensión metodológica de la lógica. A esto le sigue una explicación histórica-problemática del concepto de juicio. Finalmente, se hablará sobre el papel del juicio reflexionante en la mediación entre lo general y lo particular. El objetivo final será una comprensión hermenéutica más profunda del silogismo judicial.

III. El silogismo

Para una evaluación justa de la relevancia metodológica de la lógica silogística en el Derecho, así como para el pensamiento en general, es importante distinguir entre la lógica como "*canon*", esto es, como la evaluación de una argumentación y la lógica como un "*organon*", lo que significa, como la adquisición de conocimiento. Si se sigue esta distinción kantiana, la lógica sigue limitada a la tarea de comprobar la coherencia formal de los argumentos y no resulta apta para descubrir nada nuevo. De esta forma, la lógica no es productiva de algo nuevo. La tradición distinguió aquí entre la lógica como "*ars iudicandi*" -arte de evaluar- y como "*ars inveniendi*" -arte de descubrir-. La actitud negativa a la que a menudo está expuesta la lógica formal se basa en el hecho de que la lógica quiere aparecer no sólo como un arte de evaluación sino también como un arte de descubrimiento.

La objeción de que la lógica es estéril se ha planteado particularmente contra la silogística aristotélica y, en consecuencia, contra el silogismo judicial. En particular, el modo de inferencia *Bárbara*, según el cual, por ejemplo, de las premisas "Todos los hombres son mortales" y

⁴ OGOŘEK, Regina, "Urteil IV (Recht) 2", en: Ritter, Joachim, coord., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 2, Basel, Schwabe AG-Verlag, pp. 459-461.

"Sócrates es un ser humano" se concluye que *Sócrates es mortal*, ha tenido que soportar el ridículo de filósofos y científicos. En nombre de toda la silogística Hegel comentó tal conclusión antes mencionada -reemplazando el nombre de "*Sócrates*" por "*Cayo*"- estableciendo que él: "[...] nunca había pensado en cosas tan trilladas. Debería suceder en nuestro interior sin que seamos conscientes de ello. Por supuesto, suceden muchas cosas en el interior, por ejemplo, orinar y algo aún más siniestro, pero cuando se vuelve externo, nos tapamos la nariz. Lo mismo ocurre con tales conclusiones".⁵

Ahora bien, la objeción estándar al modo *Bárbara* establece, con referencia a nuestro ejemplo, que la primera premisa de esta conclusión, es decir, la afirmación universal "*Todos los hombres son mortales*", ya contiene la conclusión, es decir, la afirmación singular "*Sócrates es mortal*", porque con la mortalidad de todos los hombres se afirma también la mortalidad de Sócrates. En su defensa, cabe señalar, en el sentido de Popper, que la objeción presupone que la afirmación general haya sido verificada mediante la verificación de todos los casos individuales. Sin embargo, tal verificación sólo es posible en un área cerrada y finita y, por lo tanto, no incluye casos futuros. La trivialidad no reside en el modo de la conclusión, sino a lo sumo en el ejemplo; puesto que ya sabíamos que Sócrates era mortal. Lo que se pasa por alto en la crítica es el papel del modo *Bárbara* en la falsificación de enunciados generales mediante contraejemplos, en los que la falsedad de la premisa mayor se infiere de la falsedad de la conclusión y la verdad de la premisa menor según el *Modus Tollens*. Es cierto, sin embargo, que en una conclusión formal, la conclusión representa semánticamente sólo una "*disolución*" del contenido de las premisas. Esto se aplica no sólo a la silogística, sino también a la moderna lógica de unión y de la cuantificación. En este sentido, sólo puede surgir el contenido que ya está implícito en el contenido en las premisas.

Se dice que la lógica deductiva tiene una rigidez mecánica, la que no puede hacer justicia al pensamiento creativo, donde una idea produce múltiples conexiones. Hacer nuevas conexiones significa descubrir similitudes en diferentes cosas, formar analogías, entender que existen contenidos ocultos o desarrollar contenidos para adaptarlos a las necesidades que plantea la realidad. La facultad cognitiva que opera así, hasta el siglo XIX, se denominaba "*broma*". La reducción del significado en el sentido de lo que hoy denominamos "*broma*" es un desarrollo

⁵ ROSENKRANZ, Karl, *Georg Wilhelm Friederich Hegel*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, p. 538.

posterior. El uso más antiguo todavía está presente en expresiones como tales como “*el chiste de una cosa*”.

IV. El juicio reflexionante

Aquí es donde entra en juego la facultad del *juicio reflexionante*. La creación del término se remonta a Kant. Este concepto caracteriza originalmente el poder de juicio como la capacidad de encontrar “*lo particular*” como un “*caso*” de una “*regla*” y de subsumirlo bajo lo general en el juicio.⁶ Aquí todavía parece como si la actividad del poder del juicio se limitara a buscar casos particulares que caigan dentro de un ámbito general determinado por la premisa mayor. Pero otra cosa es examinar un caso particular dado para ver a qué regla general pertenece. Esta diferencia entre subsumir y abducir es crucial; sólo esta posibilidad nos permite hablar de *juicio reflexionante*. En el movimiento inverso que va del caso a la premisa mayor y que subsume la intuición empírica bajo una categoría, propio del *juicio reflexionante*, supera las posibilidades del método deductivo al tomar conciencia del contexto y del particular, de las capacidades de realización del propósito en la situación concreta y a juicio del sujeto que lleva a cabo la subsunción.⁷ Esta actividad que une intuición con categoría y que es capaz de comprender la excepción que merece el caso concreto, requiere de la prudencia que sólo puede ser aportada por la reflexión.⁸

La estrecha conexión entre el poder de juzgar y el juicio hace que el poder de juicio parezca inicialmente subsumible. Sólo Kant distinguió entre el juicio subsumidor, al que llama “*determinante*”, y el *juicio reflexionante*. Según esto, el poder *determinante* del juicio va “*de lo general a lo particular*” y el *reflexionante*, a la inversa, “*de lo particular a lo general*”.⁹ Sin embargo, esta expresión, que es común hoy en día, alberga algunos problemas que necesitan ser discutidos en el sentido de una explicación del concepto de *juicio reflexionante*.

En la medida en que la facultad de juzgar tiene como objetivo formar un juicio, entendido como la subsunción de un objeto bajo un concepto o de un caso bajo una regla, sólo la facultad de juzgar determinante se pone en cuestión como facultad de juzgar, es decir, la facultad de

⁶ KANT, Immanuel, *Antropologie in pragmatischer Hinsicht*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 2003, p. 43.

⁷ MENDIOLA MEJÍA, Carlos, *El poder de juzgar en Immanuel Kant*, México, Universidad Iberoamericana, 2008, p. 41, 43 y 75.

⁸ *Ibidem.*, p. 74 y 78.

⁹ KANT, Immanuel, *Logik-Vorlesung*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 2003, p. 81.

juzgar misma. Según Kant, la reflexión no es precisamente un juicio en el sentido de conocimiento del objeto. El hecho de que el *juicio reflexionante* no permite el conocimiento del objeto queda claro en las formulaciones relevantes por el hecho de que Kant habla restrictivamente del juicio "*meramente*" *reflexionante*, que tiene "*sólo validez subjetiva*" y no determina "*el objeto*" "*sino sólo el tipo de reflexión sobre él para llegar a conocerlo*".¹⁰ En este sentido, el concepto de "*juicio reflexionante*" parece a primera vista contradictorio.

Una mirada a la historia del término nos podría ayudar. El propio Kant da pistas en su "*Antropología*". Allí se desarrolla sustancialmente la distinción entre los juicios *determinante* y *reflexionante*, pero revestida terminológicamente con un lenguaje más antiguo. Kant escribe: "Así como la capacidad de pensar lo general (la regla) para descubrir lo particular es la facultad de juzgar, así la capacidad de pensar lo general en lo particular es el ingenio (*ingenium*)". No es difícil notar que el término "*broma*", que también utilizó Kant, en la cita se utiliza como traducción del latín "*ingenium*", tomando aquí el lugar de "*juicio reflexionante*". A pesar del acuerdo en los términos que definen ambos conceptos, Kant tiende en última instancia, por razones sistemáticas, a reemplazar "*ingenio*" por "*juicio reflexionante*". Esta tendencia se explica por el hecho de que trata los chistes con cierta sospecha lógica. Kant se esfuerza por poner el ingenio demasiado audaz y exuberante bajo la supervisión del juicio. El *juicio reflexionante* es el ingenio restringido por el *juicio determinante*.¹¹ Esta aclaración en Kant parece ser una consecuencia de su concepto de conocimiento. En él, la cognición se equipara con el juicio: el chiste asimila ideas heterogéneas, las que a menudo están muy alejadas entre sí, según la ley de la imaginación y por asociación. Necesita entonces el poder del juicio para determinar lo particular entre lo general y utilizar la capacidad de pensar para reconocer.¹²

Para Kant, no es el descubrimiento de lo general en lo particular a través del chiste, sino la conexión de subsunción inversa, esto es, la que va de lo general a lo particular, que la facultad de juzgar realiza en el juicio, lo que da como resultado el conocimiento. La necesaria contención del ingenio mediante la capacidad de juzgar significa, por tanto, que el pensamiento, al descubrir lo general, debe tener en cuenta su capacidad de juzgar en el sentido de una posible aplicación a

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ GABRIEL, Gottfried, *Definitionen und Interessen. Über die praktischen Grundlagen der Definitionslehre*, Stuttgart, Holzboog Verlag, 1972.

¹² KANT, *Logik-Vorlesung, op. cit.*, p. 54.

lo particular. Por supuesto, no hay reglas para esto porque ni siquiera el poder determinante del juicio puede reducirse a reglas, como muy bien explica Kant:

el poder de juzgar no puede enseñarse, sino sólo practicarse [...]. También es fácil ver que esto no podría ser de otra manera; porque la instrucción ocurre a través de la comunicación de las reglas. Entonces, si hay lecciones para el poder de juicio, tendría que haber reglas generales según las cuales se pudiera distinguir si algo falla o no en la regla: lo que da lugar a una pregunta infinita...”

Después de esta explicación histórico-problemática del concepto de *juicio reflexionante*, pasaremos ahora a revisar el valor cognitivo de la literatura narrativa, que aclara la importancia del *juicio reflexionante* desde un lado distinto del lógico. La literatura saca a la luz lo general y lo particular. La visualización de situaciones ajenas -en forma de personajes literarios- amplía el horizonte de nuestra comprensión; nos permite participar imaginativamente en diversos contextos de acción, motivos, sentimientos, actitudes, perspectivas y estados de ánimo. Las representaciones literarias permiten imaginarse a uno mismo en situaciones y estados emocionales relevantes para la vida.

Las visualizaciones literarias exitosas sensibilizan y cultivan nuestro *juicio reflexionante* al avivar la imaginación y hacerla receptiva a la complejidad de la realidad de la vida. Por el contrario, esto protege los juicios propios sobre las subsunciones abstractas y mecánicas, las que en situaciones reales sólo de manera excepcional sirven como un modelo de tomas de decisión reales. Tal y como lo dejó claro Hannah Arendt en sus análisis sobre el poder del juicio no podemos abstenernos de juzgar.¹³ Sólo el poder del juicio pone los objetos “*al alcance del significado humano*”.¹⁴ Bien se puede asegurar que la comprensión casi se pone “*al servicio del juicio*”.

V. El juicio jurídico

1. El juicio jurídico y el juicio moral

Es necesario establecer un paralelo entre el juicio moral y el jurídico: la capacidad de imaginar y reflexionar empáticamente con la situación de un acusado, probablemente no sólo tenga que ver con un juicio de carácter moral, sino también con un *juicio reflexionante* de contenido jurídico. Incluso, esta actitud, puede ser necesaria, por ejemplo, para identificar circunstancias atenuantes

¹³ ARENDT, Hanna, *Das Urteilen, Texte zu Kant Politischer Philosophie*, Piper Verlag, München, Zürich, 1985, p. 11 y ss.

¹⁴ BUTLER, Judith, *Kritik der ethischen Gewalt. Adorno Vorlesungen 2002*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002, p. 60.

en la condena. Visualizar un caso en su naturaleza compleja ayuda a comprenderlo mejor. Incluso, aun cuando la frase: “*comprender todo significa perdonar todo*”, no se aplicará en asuntos jurídicos, los esfuerzos por visualizar la situación de la persona o, incluso por ponerse en su lugar, todavía protegen contra los prejuicios como condenas irreflexivas y basadas simplemente en la subsunción bajo el lema: “*te pones bajo el supuesto y yo te aplico la consecuencia*”.

Hasta qué punto se requiere un *juicio reflexionante* para hacer justicia en un caso concreto, queda demostrado en el asunto de los presos del caso de San Salvador Atenco en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación revisó diversas sentencias de apelación dictadas en seis tocas por el Poder Judicial del Estado de México en las que se condenó a ciertos integrantes del Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra como responsables del delito de secuestro equiparado y ataques a las vías de comunicación. Cuando la Primera Sala del Máximo Tribunal le reprocha a los juzgadores mexiquenses el haber utilizado un álbum de fotografías para identificar a los manifestantes y de imputarlos sólo por haber estado en el lugar de los hechos, o

que la retención de servidores públicos para que se presentara el Secretario de Educación Pública del Estado de México, no podía concebirse como una coacción para obligar a la autoridad a realizar un acto de cualquier naturaleza, ya que ello no es una exigencia dirigida a su carácter institucional y competencial, sino que ello podría haberse realizado por la persona que fungía como titular *motu proprio*, sin comprometer la competencia o actuación de la entidad estatal.¹⁵

Las acusaciones mencionadas implican el reproche de una falta de *juicio reflexionante* para diagnosticar y decidir jurídicamente la situación.

Al igual que en el juicio moral, el verdadero problema en el juicio jurídico es el análisis del caso particular. Esto siempre debe hacerse con miras a determinar en qué regla general debe subsumirse el caso. La jurisprudencia no debería negarse el esfuerzo de la literatura y del cine por visualizar la condición humana, como un presupuesto de la evaluación justa de un caso de la vida concreto. Hablar de justicia no es sólo es aplicar la subsunción lógica y mecánica de un caso bajo lo prescrito en un supuesto normativo. La compasión, con su valoración de la situación

¹⁵ Crónicas del Pleno y de las Salas, ASUNTO PRESOS DE SAN SALVADOR ATENCO. SE CONCEDE EL AMPARO Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL A LOS QUEJOSOS EN CONTRA DE LAS SENTENCIAS RECURRIDAS EN LAS QUE SE LES CONDENÓ POR EL DELITO DE SECUESTRO EQUIPARADO, disponible en la dirección electrónica: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/1S-300610-JJGP-04_0.pdf (consulta el 20/x/2023)

concreta, convierte el caso individual en un caso especial. Para explicar la diferencia entre las perspectivas de la lógica y las de la vida, vale la pena referirnos a otro ejemplo que nos aporta la literatura universal. En su cuento “*La muerte de Iván Ilich*”, León Tolstoi expresa esta diferencia precisamente en el reflejo de su héroe: ¡un abogado! expresado a través del modo Barbara:

El ejemplo del silogismo que aprendió en la Lógica de Kiseveter: "Cayo es un hombre; todos los hombres son mortales; por consiguiente, Cayo también es mortal", le parecía aplicable únicamente a Cayo, pero de ningún modo a sí mismo.

Allí se trata de Cayo, de un hombre como todos, y aquello es perfectamente justo; pero él no era Cayo, un hombre como todos; él siempre había sido un ser distinto de los demás; él era el pequeño Iván, con papá, con mamá, con Mitia y Volodia, sus hermanos, con los juguetes, el cochero y la institutriz; en seguida con la pequeña Katia, con todas las alegrías, tristezas y transportes de la infancia, de la adolescencia y de la juventud.¹⁶

Como claramente se puede apreciar en el pasaje aludido, se comparan las determinaciones individualizadas que distinguen a Iván Ilich, como un ser humano especial, de las de Cayo como hombre “*en general*”. Cuando Cayo es caracterizado como un “*hombre en general*”, no significa que el nombre propio de “Cayo” represente el equivalente general de cualquier ser humano en el sentido de un concepto. Más bien, representa a un individuo; pero en forma de cualquier individuo y no de un individuo “*particular*”. Por lo tanto, el nombre propio “Cayo” no es un nombre propio real de una persona real, sino más bien un marcador de posición para cualquier nombre propio humano. Representa a un individuo lógico en el sentido de un “*objeto lógico*” y no a un individuo humano, tal y como lo dejan claro las posteriores comparaciones de Iván Ilich entre él y Cayo.

La rebelión existencial de la vida contra la verdad formal de la lógica se representa aquí literariamente. Precisamente porque la verdad formal del razonamiento silogístico que sólo se atiene a la subsunción mecánica y a la inferencia ciega es tan convincente e inexorable, es por lo que la sensibilidad humana implícita en la capacidad del *juicio reflexionante* resulta tan necesaria. Al respecto, Francois Geny precisó que, para la consideración de un caso, la Lógica “...es manifiestamente impotente...” porque en la misma se requieren “...la estimación de elementos morales, políticos, económico, que se desenvuelven manifiestamente fuera de los textos ...”.¹⁷

¹⁶ TOLSTOI, León, *La muerte de Iván Ilich*, Biblioteca Digital, p. 57. Disponible en la dirección electrónica: http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/MuerteIvanIlich.pdf (fecha de consulta: 17/10/2023)

¹⁷ GENY, Francois, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Libraire générales de droit & de jurisprudence, p. 198.

2. El silogismo judicial y el juicio jurídico

Esto nos lleva de nuevo a nuestra pregunta original sobre la importancia del silogismo judicial para el juicio jurídico. Para llegar a una apreciación razonable en este caso es necesario distinguir -como ya se ha explicado en relación con el papel de la lógica en general- entre el arte de descubrir y el arte de valorar. Aplicado a la formación de juicios jurídicos, esto corresponde a la distinción entre toma de decisiones y la justificación de esas decisiones.¹⁸ De hecho, el silogismo judicial no juega ningún papel en el proceso de toma de decisiones, y no porque no se haya cumplido el principio de legalidad, constitucionalidad o convencionalidad bajo el cual se debe subsumir el caso, sino porque primero debe descubrirse. De lo que se trata es de un juicio menos subsumidor y un juicio más *reflexionante*. Su enfoque no es progresivo -de lo general a lo particular-, sino regresivo -de lo particular a lo general. En este punto cabe señalar que la metodología jurídica poco aporta cuando se basa, exclusivamente, en el modelo de la representación axiomático-deductiva y, por lo tanto, progresiva de la lógica y deja de lado la teoría de la argumentación lógica.¹⁹ La representación axiomática tiene su propia ley sistemática, la que, sin embargo, no se refleja plenamente, ni en la ciencia del Derecho, ni en la jurisprudencia.

En la argumentación jurídica, a diferencia de las representaciones axiomáticas, se trata menos de derivar unas oraciones a partir de otras oraciones -axiomas-. En este sentido, la presentación deductiva habitual de la silogística aristotélica es algo engañosa. Sugiere que es importante sacar conclusiones como resultado de premisas dadas. De hecho, en la práctica, suele ser justo al revés: a una afirmación le sigue lógicamente la afirmación que se va a reconocer. En otras palabras, aunque la coherencia de un argumento lógico surge de su forma deductiva, el razonamiento en sí no procede progresivamente, sino, más bien, surge regresivamente a partir del juicio ya formado como conclusión "objetiva" de las premisas.

En este caso podría resultar útil una comparación con la evaluación de expertos. El propio juicio se forma de manera más o menos intuitiva durante el análisis de una obra. El experto imagina que sus prejuicios no son meros prejuicios, sino el resultado de un juicio

¹⁸ Esta distinción corresponde a lo que en la doctrina se le ha conocido como la diferencia entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 99 y ss.; KOCH, Hans y Helmut RUSSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, Beck, 1982, p. 118; ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, p. 281 y ss.

¹⁹ ENGISCH, Karl, "Aufgabe einer Logik und Methodik der juristischen Denken" en Arthur KAUFMANN, Arthur y Ulrich KLUG, coords., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, p. 83.

formado con ejemplos durante muchos años como experto. La intuición en el sentido aquí entendido no es una inspiración o conclusión con base en ideas generales -por ejemplo, en el caso de un médico, por el conocimiento del catálogo de enfermedades respiratorias-; por el contrario, se basa en una práctica en el trabajo de campo y “*con los pies en la tierra*”. El trabajo real es, entonces, el contenido de la argumentación de la posterior justificación de la decisión profesional. Este proceso también aplica en el trabajo judicial. El juez experimentado procede intuitivamente al tomar su decisión, pero tiene que justificar su intuición de manera regresiva, es decir, utilizar su *juicio reflexionante* para encontrar las normas jurídicas bajo las que se pueda encuadrar el caso. En resumen, el razonamiento del juez no es por naturaleza subsumidor -deductivo-, sino *reflexionante* -inductivo- o constructivo.²⁰

Un ejemplo sobre cómo funciona en el Derecho el *juicio reflexionante*, nos los proporciona la praxis del Derecho Internacional Público. En el Art. 27, Numeral 3 de la Carta de las Naciones Unidas, se establece que el Consejo de Seguridad podrá adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo –no procedimentales- “...por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes...”. Esta regla incorpora una garantía para evitar que la Organización de Naciones Unidas se convierta en una especie de alianza que funcione al servicio de un grupo de Estados frente a otro. Los trabajos preparatorios y la letra de dicha disposición, evidencian que la idea original fue que la misma se aplicara de manera estricta.²¹ Sin embargo, las necesidades prácticas de un mundo polarizado en que las superpotencias nucleares difícilmente podrían alcanzar consensos sobre los temas de seguridad internacional, llevaron a reconsiderar el plan original; en 1946 el representante soviético Andréi Gromyko propuso que si uno de los miembros permanentes se abstuviera de votar, no se considere que su conducta se debiera interpretar como razón suficiente para impedir la adopción de una resolución.²² Incluso, este criterio vale aún en el caso que el miembro permanente esté ausente de la correspondiente sesión del Consejo.²³

²⁰ STAMPE, Ernst, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, Alemania, Abel, 1907, p. 23.

²¹ UNCID, p. 754; doc. 855 III/I/B/2^a.

²² TORRES, María Isabel, “El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó al sistema” en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Año 1, No. 1, octubre, 2008, pp. 49-88.

²³ SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Trad. Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 128-129.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso de Namibia, validó como apegada a Derecho esta práctica.²⁴ De esta forma, el concepto normativo de “...*voto afirmativo*...”, ha sido interpretado como “*abstención*”, lo que, desde el punto de vista estrictamente normativo, no deja de ser una interpretación abusiva o, una sobreinterpretación,²⁵ producto de un *juicio reflexionante* para ajustar la premisa normativa a las necesidades de las relaciones internacionales en el periodo de la posguerra.

Precisamente, el uso de los métodos o cánones de interpretación más que limitar la capacidad de juicio de un juzgador, la funcionalizan para permitir la adopción de decisiones adecuadas y, a la vez, jurídicamente válidas. En esta etapa de concreción normativa, a la que Dworkin denomina “*postinterpretativa*” el operador jurídico se pregunta: ¿qué es lo que la práctica realmente necesita? ²⁶ La elección de la norma relevante de acuerdo a las necesidades del caso concreto, ha sido calificada por Karl Engisch como la mirada que va de un lado al otro.²⁷ En la terminología de la Hermenéutica se habla del círculo hermenéutico²⁸ o, de la espiral hermenéutica.²⁹

3. El papel de prudencia en el Derecho

La prudencia que figura en el concepto aristotélico de “*phronesis*” como saber moral que presupone de la deliberación y decisión,³⁰ no significa otra cosa que “*juicio reflexionante*”. La prudencia o *juicio reflexionante* se requieren, particularmente, cuando se trata de evaluar el caso

²⁴ ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), I.C.J. Reports 1971, p. 16, párrafo 22,

²⁵ Sobre este concepto, Humberto Eco opina que si bien un texto puede “*tener varios sentidos*”, no puede tener “*todos los sentidos*”, ya que “*hay al menos un caso en que es posible decir que determinada interpretación es mala*”. ECO, Humberto *et al.*, *Interpretación y sobreinterpretación*. 2ª. ed. España. Cambridge University Press, 1997, p. 128.

²⁶ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, p. 66.

²⁷ ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Winter, 1963, p. 15.

²⁸ KAUFMANN, Arthur, “Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik en: *Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Sowie weitere Rechtsphilosophische Abhandlungen*, segunda edición, KÖLN, C. Heymann, 1993, p. 25 y 51.

²⁹ HASSEMER, Wienfried, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, p. 101 y ss.

³⁰ “...El juicio moral media entre el conocimiento y la circunstancia, pero esta mediación no se resuelve con la simple subsunción de lo particular en lo universal, sino que requiere un proceso heurístico de autodeliberación, posibilitada por la experiencia moral, en la que descubrimos el bien particular realizable. La aplicación, entonces, es una mediación y no una mera deducción. Esta concepción aristotélica de la aplicación se identifica con la Anwendung hermenéutica, la cual acompaña a la comprensión y a la phronesis; su cometido no es relacionar lo universal con lo particular, ya que ambos están codeterminados...”. LÓPEZ SÁENZ, María del Carmen, *La aplicación gadameriana de la phronesis a la praxis*, 2001. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.uma.es/gadamer/styled-10/page14/index.html#:~:text=La%20phr%C3%B3nesis%20es%20el%20saber,diano%C3%A9tica%2C%20requiere%20deliberaci%C3%B3n%20y%20decisi%C3%B3n>. (Fecha de consulta: 20/X/2023)

particular con respecto al principio jurídico general bajo cuyas condiciones debe subsumirse el caso. La subsunción es el paso crucial porque donde se dice el Derecho se discuten los casos. ¿Qué se gana presentando la conclusión como una conclusión lógica formal que se infiere de la premisa mayor, sólo en razón de que un caso representado como premisa menor se subsume en el supuesto normativo previsto en la premisa mayor, cuando, precisamente, la subsunción que se produce desde la premisa menor o fáctica requiere de un juicio jurídico, que a su vez depende de la interpretación jurídica de la premisa mayor? Realmente, el silogismo es muy útil para representar la decisión de la autoridad como apegada a Derecho; el silogismo es un método muy útil para exponer una decisión ya tomada, pero muy estéril para representar el método de investigación que se siguió para llegar a esa conclusión.³¹

El paso crucial del silogismo judicial es la subsunción del caso referido como premisa menor o, fáctica, bajo el supuesto narrado en la premisa mayor o, normativa, y esta subsunción no es una cuestión meramente formal, sino sustantiva, la que requiere prudencia judicial o, lo que es lo mismo, de un juicio jurídico *reflexionante*. Es por esto que Leibiniz sostiene que “...la conclusión no queda absolutamente probada, sino a partir de la hipótesis de la premisa; igualmente ocurre con los experimentos: hacen que, sin embargo, la demostración, al menos en parte, sea a posteriori...”.³²

Cuando la subsunción hace justicia al caso, necesariamente se sigue la consecuencia jurídica. La coherencia formal del silogismo judicial es convincente y, en este sentido, entenderlo es un juego simple, pero no tan simple. Por el contrario, la subsunción del caso tiene por objeto determinar una consecuencia jurídica concreta, que surge de forma puramente formal sobre la base de la coherencia del silogismo judicial una vez finalizado el análisis de contenido de las premisas, las que esencialmente son de contenido variable. Es por lo mismo que Leibiniz precisó que a raíz de lo imperfecto de la naturaleza humana los procesos judiciales dan lugar a complejas discusiones entre los expertos, por lo que “...los jueces se encuentran tan inseguros del resultado como si de una partida de dados se tratara...”.³³

³¹ GRÖSCHNER, Rolf, “Justizsylogismus? Jurisprudenz!” en Kent LERNCH, coord., *Recht verhandeln. Argumentieren Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, Berlin, De Gruyter, 2005, p. 204

³² LEIBINIZ, Gottfried, “La interpretación, el fundamento, la aplicación y sistematización de las leyes” en: *Escritos de Filosofía Política*, trad. José Ma. Atencia Páez, España, Biblioteca Nueva, p. 146.

³³ LEIBINIZ, “Prefacio del nuevo código”, *op. cit.*, p. 158.

La relación entre el contenido y la forma del silogismo judicial también se describe con precisión en las metodologías jurídicas que dan al silogismo judicial el lugar que le corresponde. Karl Larenz, refiriéndose a Karl Engisch, subraya que la conclusión requiere el menor esfuerzo por parte del abogado y que la verdadera dificultad reside en "encontrar las premisas".³⁴

En consecuencia, "no se ha ganado mucho al reconocer la estructura formal de la conclusión de subsunción". Más bien, la verdadera tarea de la "valoración" es obtener la base, es decir, determinar de qué tipo es el caso específico.³⁵ Sin embargo, no se menciona el hecho de que este "juicio" no equivale sólo a una actividad del poder *determinante* del juicio, sino que se requiere de un *juicio reflexionante* para encontrar la versión de lo general que se ajuste a las necesidades de lo particular en cuestión. Con el propio Engisch queda claro que el descubrimiento de las dos premisas del silogismo ni siquiera ocurre independientemente una de otra, sino que la premisa normativa y la subordinada o fáctica se forman cada una en relación con la otra y, por lo tanto, en sus interrelaciones recíprocas determinan la inferencia que lleva a la sentencia o conclusión. Por ejemplo, la exposición de hechos en la premisa menor puede utilizar términos que anticipen la subsunción bajo un determinado supuesto normativo para de allí conducir a través de la inferencia a una determinada consecuencia jurídica que desde un principio se estimó como justa. Engisch, en una concepción hermenéutica, habla acertadamente de un "vaivén de la mirada entre el principio fundamental y los hechos de la vida" y enfatiza con razón que no se trata de un "círculo defectuoso", sino de una espiral hermenéutica virtuosa.³⁶

En otras palabras, no estamos tratando con un círculo lógico o vicioso que deba evitarse, sino de un círculo hermenéutico inevitable que tiene lugar en una interacción entre la subsunción y el *juicio reflexionante*. Esta interacción equivale a un intercambio entre diferentes pretensiones, es decir, entre la pretensión del caso particular de un trato justo y la pretensión de la ley de aplicación universal. El poder subsumidor del juicio está activo cuando se mira de la premisa normativa hacia la premisa fáctica, cuando los hechos de la vida en ésta pueden ser subsumidos bajo las condiciones previstas en la premisa mayor. Se debe ejercer un *juicio reflexionante* al pasar de la premisa fáctica a la premisa normativa y, cuando sea necesario, examinar si los hechos de la vida descritos como premisa fáctica pueden o no ser subsumidos jurídicamente bajo los

³⁴ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 4ª edición, Barcelona, Ariel, 1994, p. 268.

³⁵ *Ibidem.*, p. 269.

³⁶ Engisch, Karl, *Logische Studien...*, *op. cit.*, p. 14.

requisitos previstos en la hipótesis normativa de la premisa normativa. La interacción entre las actividades subsumidora y reflexiva del juicio consiste en el control de la una por la otra.

4. La importancia del *juicio reflexionante* en el Derecho

El propio Kant, a quien debemos la distinción entre *juicio determinante* y *reflexionante*, no concede a este último la importancia para el Derecho que realmente tiene según las consideraciones anteriores. Cuando Kant enfatiza la importancia del poder de juzgar para la jurisprudencia, se trata de subsunciones correctas de casos dados bajo reglas dadas. Así, él sólo tenía en mente una concepción meramente mecánica del silogismo jurídico cuando sostuvo en la *Crítica de la Razón Pura*:

un médico, un juez, un político puede tener en la cabeza magníficas reglas patológicas, jurídicas o políticas, hasta el punto que parezcan tener una ciencia profunda; y sin embargo, fallar con la mayor facilidad en la aplicación de esas reglas, bien porque carezcan de juicio natural (sin carecer de entendimiento) y aunque comprendan bien lo general in abstracto, no puedan determinar cuando un caso está contenido in concreto, o bien porque no están suficientemente ejercitados con ejemplos reales en estos juicios.³⁷

No obstante, se debe señalar que Kant desarrolló la distinción entre *juicio determinante* o meramente subsumidor y *reflexionante* en la "*Crítica del Juicio*" y no la había concebido aun cuando escribió la *Crítica de la Razón Pura*. Kant enfatiza correctamente que la "*mera jurisprudencia (Jurisscientia)*" no es suficiente; más bien, también se requiere "*prudencia jurídica (Jurisprudencia)*". Esta facultad se desarrolla cuando se observan también las leyes externas, externamente, es decir, en su aplicación a casos que ocurren en la experiencia. Tal conocimiento es una habilidad, es decir, una destreza sobre cómo ciertos casos deben ser subsumidos bajo las leyes existentes.

Kant dejó claro en la "*Crítica de la Razón Pura*" que la conexión entre lo general y lo particular es más compleja que una simple relación de una relación de uno bajo el otro en términos de subsunción. Aquí primero enfatiza que los ejemplos "*agudizan*" el poder del juicio para llevar a cabo la síntesis de la aprehensión de lo particular bajo lo general; así, para Kant los ejemplos son: "...como la muletas para el inválido y de las que no podría prescindir el que carezca de esa facultad natural...".³⁸ Lo que esto significa es que la capacidad de subsumir conceptos especiales correctamente bajo datos generales se entrena en casos especiales

³⁷ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, México, Colofón, 1989, p. 140.

³⁸ *Ibidem*, p. 141.

aprendiendo cómo subordinar un particular bajo este general usando ejemplos y contraejemplos de un tipo general. Los niños aprenden a utilizar los términos correctamente mostrándoles objetos que entran dentro de esos términos, y los aspirantes a abogados aprenden a aplicar las leyes correctamente presentándoles casos modelo, es decir, casos que idealmente ejemplifican un general. En este sentido, Kant habla de los ejemplos como el vehículo del juicio. La capacidad de juzgar de una persona se certifica si es capaz de dar sus propios ejemplos de lo general, es decir, de continuar exitosamente la serie de ejemplos de forma independiente. Sin embargo, esta operación de subsumir lo general en lo particular no es suficiente; más bien, el trato exitoso con lo general también requiere la capacidad de poder nombrar el general apropiado en la dirección opuesta a un particular dado, y es precisamente esta capacidad la propia del *juicio reflexionante*.

Cuando existe la capacidad de ir en ambas direcciones -de lo general a lo particular y de este a aquel-, es decir, reconocer los particulares que son adecuados para los generales y los generales que son adecuados para los particulares, la tradición habla acertadamente de “*conceptos claros*”. Los “*conceptos claros*”, por otra parte, requieren definiciones precisas. Ahora bien, según Kant, las definiciones son una cuestión de comprensión. Kant prevé, por tanto, la posibilidad de que alguien pueda tener comprensión -conceptos claros- sin juicio -razonamiento claro-, pero también juicio sin comprensión. En el primer caso, se refiere a alguien que ve con claridad lo general en abstracto, pero no puede distinguir si un caso en concreto se subordina bajo el mismo. En el segundo caso, por el contrario, se refiere a que alguien puede tener el poder de juicio sin razón, si puede subsumir correctamente lo particular bajo lo general sin llegar a tener conceptos claros de lo general.

En este sentido, Kant observa que no basta con estar familiarizado con los ejemplos y que los ejemplos pueden incluso provocar algún prejuicio sobre la corrección y precisión de la comprensión del entendimiento.³⁹ Esto se debe a que los ejemplos no son del todo semejantes y pueden tener peculiaridades que los hagan inadecuados como casos típicos. Si bien Kant apoya el “*esfuerzo del entendimiento*” con esta afirmación, por otra parte, sostiene que, con las reglas en general e independientemente de las circunstancias particulares de la experiencia, también se puede llegar a la conclusión opuesta: vistas a partir de los ejemplos, las reglas generales, con sus términos definidos con precisión, pueden no hacer justicia a las especificidades de los casos.

³⁹ KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft* 2, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, p. 173.

Kant también señaló esto en otra parte cuando admitió que una "*fórmula jurídica*" "...nunca podría determinarse con tanta precisión como para no encontrar casos que pertenezcan a las condiciones de la ley, pero a los que el pronunciamiento de la ley no se adapte..."⁴⁰ Para hacer justicia a tales peculiaridades y no hacer una subsunción apresurada, se requiere un juicio cuidadosamente reflexionante. Con respecto al silogismo jurídico Kant ubicará los roles que juegan el entendimiento, el juicio y la razón de la siguiente manera: el entendimiento como facultad de determinar los conceptos se encarga de establecer la premisa normativa; la facultad subsumidora del juicio es a la que corresponde obtener la premisa fáctica y; la razón lleva a cabo la inferencia formal para obtener la conclusión a partir de las dos premisas. Sin embargo, en la praxis jurídica las cosas son hermenéuticamente más complicadas.

5. El contexto hermenéutico de aplicación normativa

Apreciar las particularidades de un caso implica que no se lo trate simplemente como un caso general. Llegados a este punto debemos señalar la importante diferencia, no sólo terminológica, entre lo "*individual*" y lo "*particular*". Cuando hablamos de la subsunción de lo particular bajo lo general, lo particular suele entenderse simplemente como un individuo. En la Lógica, el juicio subsuntivo se define así como un juicio individual,⁴¹ un juicio único o un juicio singular. Esta comprensión se basa en el hecho de que se ignoran las particularidades de un caso para que caiga dentro de lo general y abstracto. Esta relación demasiado simplista entre lo general y lo particular debe complementarse, entendiendo lo particular como un individuo ejemplar y representativo de lo general. Por lo tanto, resulta necesario plantear una distinción entre lo general, lo particular y lo individual: lo particular sería entonces un individuo que apunta ejemplarmente más allá de sí mismo y media entre lo individual y lo general. La categoría de lo particular nos impide pensar en una forma demasiado simple en la subsunción.

Conviene preguntar en este punto ¿por qué Kant da prioridad al *juicio determinante* sobre el *juicio reflexionante*? La razón es que para él, como ya hemos visto, el conocimiento está ligado al juicio proposicional, y la forma básica del juicio consiste en una subsunción, en la afirmación

⁴⁰ KANT, Immanuel, "Reflexionen zur Anthropologie" en: *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, tomo 15, Berlin, de Gruyter, p. 175.

⁴¹ KANT, *Logik-Vorlesung, op. cit.*, p. 21.

elemental de que un objeto dado cae bajo un determinado concepto. Aquí es donde lo tradicional y lo moderno coinciden. El poder de juzgar real es entonces el poder subsumidor del juicio.

El papel que juega el *juicio reflexionante* en el silogismo judicial ha demostrado, hasta ahora, que su uso es indispensable para encontrar el principio superior apropiado para el caso a juzgar. Más allá de esta función heurística, el *juicio reflexionante* entra en juego en un sentido sistemático cuando los principios jurídicos aplicables tienen lagunas reales o los términos utilizados son vagos, de modo que no es seguro si un caso puede subsumirse bajo el término o no. Aquí las proposiciones jurídicas requieren una interpretación analógica⁴² y eso significa la activación de la facultad cognitiva analógica, es decir, el ingenio del *juicio reflexionante*.

Consideremos el siguiente ejemplo: el robo, según lo previsto por el artículo 299 del Código Penal del Estado del Estado de Michoacán, vigente en 1998, disponía que comete "el delito de robo quien se apodera de una cosa mueble, ajena y sin consentimiento de quien legítimamente pueda disponer de ella...", siendo que para determinar la naturaleza de lo que debe considerarse una cosa mueble debía estarse a lo dispuesto por la legislación civil correspondiente; pues bien, el Código Civil de la entidad, en su Art. 683 establecía que son "...muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos ya por efecto de una fuerza exterior...", además que, en términos del artículo 680, fracción II del mismo ordenamiento, eran considerados como inmuebles las "...plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra..." y, según lo dispuesto por el artículo 681 de la misma ley, los "...bienes muebles por su naturaleza, que se hayan considerado como inmuebles, conforme a lo dispuesto en algunas fracciones del artículo anterior, recobrarán su calidad de muebles cuando sean separados del edificio por el mismo dueño; salvo el caso de que en el valor de éste se haya computado el de aquéllos, para constituir algún derecho real a favor de un tercero...". Con base en estas disposiciones, se decidió que cuando en un predio ajeno se derriben árboles para transformarlos en madera, se cae bajo el supuesto del tipo, no obstante que el predio, propiamente hablando, no sea un edificio.⁴³ Aquí tenemos un ejemplo de cómo la ley puede desarrollarse cuando se le interpreta analógicamente.

⁴² LARENZ, *op. cit.*, p. 287; ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª edición, Berlin, Kohlhammer, 1989, p. 192 y ss.

⁴³ Registro digital: 196070, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materia(s): Penal, Tesis: XI.2o.21 P, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo VII, Junio de 1998, página 707, Tipo: Aislada.

La construcción de la decisión jurídica a través del *juicio reflexionante* es especialmente utilizada en sentencias de la jurisdicción constitucional. Así se ha reconocido expresamente, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania sostuvo que la tarea del poder judicial es "...transformar valores que son immanentes al orden jurídico constitucional pero que no se expresan o sólo se expresan de manera incompleta en los textos de las leyes escritas...".⁴⁴

Probablemente se pueda decir que la relación entre el *juicio determinante* y el *reflexionante*, más cargada hacia el primero en las materias de mera legalidad, cambia a favor del *juicio reflexionante* en las decisiones de la jurisdicción constitucional.⁴⁵ En ésta, más que tratarse de evaluar un caso específico, se debe desarrollar la Constitución existente en términos de una interpretación hermenéutica para "*adaptarla*" a los nuevos desarrollos sociales y concretar su amplia y vaga generalidad en el caso concreto. Es por esto que, el Art. 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos habla exige, para la aplicación de las normas constitucionales y convencionales sobre derechos humanos, la consideración del principio de *progresividad*. De esta forma, el momento del desarrollo jurídico también forma parte de la concretización evaluativa en el contexto de la interpretación constitucional.⁴⁶

El ir de la mirada entre el caso y la norma descrito por Karl Engisch, y que ha sido descrito anteriormente como la interacción entre el *juicio determinante* y el *reflexionante*, es la razón que en la praxis judicial se suelen utilizar varios métodos de interpretación e integración de una manera, hasta cierto punto, caótica y sin observar reglas de prelación o principios para la solución de concurrencias interpretativas.⁴⁷ Tales principios de orden limitarían la apertura del *juicio reflexionante*, que en este caso, funciona con base en los valores que existen subterráneamente por debajo de la superficie de los textos normativos y, los que sólo se hacen visibles, hasta el momento de su aplicación. E incluso se ha llegado a hablar de un autoempoderamiento jurisprudencial y judicial dirigido contra el legislador, aunque sólo sea en casos excepcionales De tales consideraciones se desprende que la acusación, que efectúa el actual gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador en México, en el sentido que el tribunal "*sustituye al legislador*" al

⁴⁴ (BVerfGE 34, 269 [287])

⁴⁵ LEMBKE, Oliver, *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretischen Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Mohrsiebeck, 2007, p. 46.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 298.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 278.

desarrollar la legislación y la Constitución, no parece justificada, desde el punto de vista estrictamente jurídico.

6. El aspecto ejemplarizante de los precedentes

El aspecto ejemplarizante entra en juego en el tratamiento de los precedentes en las jurisdicciones modernas. Aquí lo ejemplar en el sentido de lo particular se sitúa a medio camino entre lo general y lo individual. Un precedente no es sólo un caso individual, sino un caso especial que remite más allá de sí mismo a casos comparables. La jurisprudencia, valora lo particular concreto sobre lo general abstracto y, por tanto, el poder de juicio sobre el entendimiento. Aquí tomamos en serio la idea kantiana de que el poder de juicio no puede reducirse a reglas, sino que sólo puede entrenarse a través de ejemplos. Las decisiones judiciales pasan a formar parte del sistema jurídico porque se supone que en ellas se refleja y realiza el juicio y, al decir de Kant, "...un juicio, que se ve como un ejemplo de una regla general que no se puede enunciar..."⁴⁸ como tal.

Tener en cuenta los precedentes requiere un *juicio reflexionante* porque se trata de reconocer o hacer plausible la analogía entre un caso existente y un precedente adecuado, es decir, la comparabilidad y la similitud de los dos casos. No se trata de un silogismo judicial subsuntivo simple como conclusión de lo general a lo particular, sino de una conclusión analógica de lo particular a lo particular, es decir, de un tipo de conclusión que Kant ya asignaba al *juicio reflexionante*.

Con respecto al papel del juicio, se puede decir que los sistemas de precedentes judiciales utilizan más en el *juicio reflexionante*, mientras que el objetivo de los sistemas legislativos da prioridad a la subsunción del *juicio* determinante. El conocimiento y la consideración de los precedentes son generalmente algo natural para una comprensión del derecho relacionada con un caso: comprender, en serio, las leyes significa comprenderlas sobre la base de casos estándar decididos de manera confiable y, por lo tanto, sobre la base de precedentes ejemplares.⁴⁹ Independientemente de tal concesión a la fuerza vinculante o, al menos, al papel ejemplar de los precedentes, lo que debe quedar claro es el rol que juega en la jurisprudencia el *juicio reflexionante*,

⁴⁸ KANT, Immanuel, *Kritik der Urteilskraft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1974, p. 156.

⁴⁹ GRÖSCHNER, Rolf, "Judiz – was ist das und wie lässt es sich lernen?" en *Juristenzeitung*, 42, p. 904.

a pesar de lo que uno podría pensar debido al frecuente énfasis excesivo en la subsunción mecánica como modelo de la aplicación normativa.

VI. Conclusiones

Podemos decir que el juicio de subsunción trata el caso relevante para el Derecho como un caso individual de un general determinado, en tanto que el *juicio reflexionante* lo trata como un caso particular de un general abierto.⁵⁰ Sin el uso del *juicio reflexionante*, la inevitable subsunción no hace justicia a un caso concreto y no permite que se haga justicia a los usuarios en los tribunales. Esencialmente, la ciencia jurídica, en su título bastante apropiado de “*Jurisprudencia*”, ya implica el poder *reflexionante* del juicio inscrito como una facultad propia. En este sentido, sorprende que el concepto de *juicio reflexionante* haya desempeñado un papel bastante secundario en las teorías del razonamiento jurídico. Quizás esto se deba a que una apreciación adecuada del papel del *juicio reflexionante* en el Derecho llevaría a entenderlo, por lo menos, en cuanto a la aplicación de normas generales en la solución de casos concretos, más como un arte *-ars-*, que como una ciencia *-scientia-* en el sentido antiguo del término.

VII. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp
- ARENDT, Hanna, *Das Urteilen, Texte zu Kant Politischer Philosophie*, Piper Verlag, München/Zürich, 1985.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BUTLER, Judith, *Kritik der ethischen Gewalt. Adorno Vorlesungen 2002*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986.
- ECO, Humberto *et al.*, *Interpretación y sobreinterpretación*. 2ª. ed. España. Cambridge University Press, 1997.
- ENGISCH, Karl, “Aufgabe einer Logik und Methodik der juristischen Denken” en Arthur KAUFMANN, Arthur y Ulrich KLUG, coords., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984.

⁵⁰ VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª edición, München, C. H. Becksche, 1974.

- ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª edición, Berlin, Kohlhammer, 1989
- ENGISCH, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Winter, 1963.
- GABRIEL, Gottfried, *Definitionen und Interessen. Über die praktischen Grundlagen der Definitionslehre*, Stuttgart, Holzboog Verlag, 1972.
- GENY, Francois, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Libraire générales de droit & de jurisprudence.
- GRÖSCHNER, Rolf, "Judiz – was ist das und wie lässt es sich lernen?" en *Juristenzeitung*, 42
- GRÖSCHNER, Rolf, "Justizsylogismus? Jurisprudenz!" en Kent LERNCH, coord., *Recht verhandeln. Argumentieren Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, Berlin, De Gruyter, 2005.
- HASSEMER, Wienfried, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*.
- IDRES, Romane, *L'histoire du dimanche - Paul Magnaud, le "bon juge" de Château-Thierry qui défendait les pauvres et les femmes*.
- KANT, Immanuel, *Antropologie in pragmatischer Hinsicht*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 2003.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, México, Colofón, 1989.
- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft 2*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974.
- KANT, Immanuel, *Kritik der Urteilskraft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1974.
- KANT, Immanuel, *Logik-Vorlesung*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 2003.
- KANT, Immanuel, *Primera introducción a la crítica del juicio*, trad. José Luis Zalabardo, 2da. Edición, Madrid, Anti Machado Libros, 2011.
- KANT, Immanuel, "Reflexionen zur Anthropologie" en: *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, tomo 15, Berlin, de Gruyter.
- KAUFMANN, Arthur, "Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik en: *Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Sowie weitere Rechtsphilosophische Abhandlungen*, segunda edición. KÖLN, C. Heymann, 1993.
- KOCH, Hans y Helmut RUSSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, Beck, 1982.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 4ª edición, Barcelona, Ariel, 1994.

- LEIBINIZ, Gottfried, “La interpretación, el fundamento, la aplicación y sistematización de las leyes” en: *Escritos de Filosofía Política*, trad. José Ma. Atencia Páez, España, Biblioteca Nueva.
- LEMBKE, Oliver, *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretischen Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgericht*, Berlin, Mohrsiebeck, 2007.
- LÓPEZ SÁENZ, María del Carmen, *La aplicación gadameriana de la phrónesis a la praxis*. 2001, Versión digital disponible en <https://www.uma.es/gadamer/styled->
- MENDIOLA MEJÍA, Carlos, *El poder de juzgar en Immanuel Kant*, México, Universidad Iberoamericana, 2008.
- OGOREK, Regina, “Urteil IV (Recht) 2”, en: Ritter, Joachim, coord., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 2, Basel, Schwabe AG-Verlag.
- OTTE, Gerhard, “Subsumtion II” en RITTER, Joachim coord., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, tomo 2, Basel, Schwabe AG-Verlag.
- ROSENKRANZ, Karl, *Georg Wilhelm Friederich Hegel*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Trad. Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- STAMPE, Ernst, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, Alemania, Abel, 1907.
- TOLSTOI, León, *La muerte de Iván Ilich*, Biblioteca Digital, Disponible en la dirección electrónica: http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/MuerteIvanIlich.pdf
- TORRES, María Isabel, “El derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: la historia de la válvula de seguridad que paralizó al sistema” en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Año 1, No. 1, octubre, 2008.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª edición, München, C. H. Becksche, 1974.

La inteligencia artificial como nueva frontera en el reconocimiento de derechos y obligaciones. Una aproximación desde la perspectiva del derecho de autor y la propiedad industrial.

Artificial intelligence as a new frontier in the recognition of rights and obligations. An approach from the perspective of copyright and industrial property.

Daniel VILLEGAS VARELA
Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica, Cijurep
Universidad Autónoma de Tlaxcala
d@dnl.mx

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2023

Resumen:

La inclusión de la inteligencia artificial en la vida de los seres humanos ha planteado novedosos cuestionamientos sobre si es posible reconocerle como autor o inventor y por ende sujeto de derechos y obligaciones pues, aunque parezca un cuestionamiento de ciencia ficción, esta problemática ha obligado a autoridades en la materia a emitir resoluciones al respecto. En este artículo abordamos diversos elementos que han servido de sustento para decidir sobre otorgamiento de registros de obras y títulos de patentes, en los cuales la inteligencia artificial ha jugado un papel preponderantemente dominante. De igual manera, abordamos elementos que abren el debate para que a la inteligencia artificial se le reconozcan derechos y obligaciones, pues la IA cambiará la realidad del ser humano como especie.

Summary:

The inclusion of artificial intelligence in the life of human beings has raised new questions as to whether it is possible to recognize it as an author or inventor and therefore subject of rights and obligations, because, although it may seem a question of science fiction, this problem has forced authorities in the field to issue resolutions in this regard. In this article we address various elements that have served as a basis for decisions on the granting of registration of works and patent titles, in which artificial intelligence has played a predominantly dominant role. Likewise, we address elements that open the debate so that artificial intelligence is

recognized as having rights and obligations, since AI will change the reality of human beings as a species.

Palabras clave: inteligencia artificial, derechos, obligaciones, autor, inventor.

Keywords: artificial intelligence, rights, obligations, author, inventor.

I. Introducción

En el derecho civil el reconocimiento de derechos y obligaciones para el ser humano, es un tema que se ha abordado exhaustivamente a través de la historia del Derecho y que se ha plasmado en las diversas legislaciones del mundo. En el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce la importancia de las personas por el simple hecho de su naturaleza humana y se les reconocen tanto derechos como obligaciones.

“ARTÍCULO 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”¹

Pero ¿Qué pasaría si surge una entidad no biológica, ni legal (como una persona jurídica) que fuera susceptible de derechos y de obligaciones?, esta pregunta ha sido abordada en las últimas décadas, sobre todo desde que a mediados del siglo pasado surgió el término “inteligencia artificial”.

La inteligencia artificial es “una rama de las ciencias computacionales enfocada en diseñar sistemas que utilicen algoritmos, inspiradas en el conocimiento del cerebro humano, y capaces de realizar tareas que, si fuesen realizadas por el hombre, requerirían del uso de inteligencia” de acuerdo con el concepto planteado en el *Future of Privacy Forum*.

Porque la inteligencia artificial no solamente puede realizar actividades similares a un ser humano, sino que con ella se pretende ir más allá, es decir aprender y generar nuevo

¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. México. Última Reforma: 06-06-2023. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

conocimiento. Emulando y superando el raciocinio del ser humano a través del aprendizaje, el análisis y la autocorrección.

La inteligencia artificial con la evolución que representa y más aún con las actividades que puede realizar de manera similar, igual o mejor que un ser humano ha brindado los insumos necesarios para plantearse una respuesta seria a la problemática de si debe reconocerse como objeto de derechos y obligaciones, problemática que abordamos en este artículo, con aspectos relevantes sobre su problematización y más aún, trataremos de acercarnos a una posible respuesta desde la perspectiva del derecho de autor y de la propiedad industrial.

II. Las obras generadas por inteligencia artificial

En derechos de autor se contempla la protección de las obras y derechos conexos. Dentro de los derechos de autor y conexos, lo más notorio es la protección de obras.

En el artículo 2 del Convenio de Berna² se establecen cuales son las obras susceptibles de protección y reconocimiento, pero en un sentido amplio, las obras son “todas aquellas creaciones originales”, incluso pudiendo agregar que “sean susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio” esto de conformidad con el artículo 3 de la Ley Federal del Derecho de Autor:

“Artículo 3o.- Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.”³

Si bien el Convenio de Berna, otorga la protección del derecho de autor a las obras de manera automática y no se exigen mayores formalidades, en la práctica y litigio se analizan además

² Artículo 2 Obras protegidas: 1. Obras literarias y artísticas. Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979) (Traducción oficial). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283700>

³ *Ley Federal del Derecho de Autor*. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. México. Última reforma: 01-07-2020. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFDA.pdf>

diversos elementos para el reconocimiento de la protección y la defensa de la titularidad de los derechos morales y patrimoniales. Estos requisitos pueden variar según el sistema jurídico en donde se dirima el conflicto. En el *Common Law* se exigen más requisitos a diferencia del sistema romanista no obstante lo anterior, de manera sintética podemos decir que en ambos sistemas se exige como mínimo la originalidad y la fijación de la obra.

La fijación de la obra, “es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación”⁴.

El otro elemento para la protección de las obras, es la originalidad; este elemento es el más importante para nuestro análisis sobre el alcance de la inteligencia artificial desde la perspectiva del derecho de autor.

La originalidad se entiende como el conjunto de elementos que expresan la creación intelectual del autor de la obra, tal como se expresó en la sentencia del caso *Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*⁵. Es decir, que se vea reflejado en el contenido de la obra, la creación de la persona que se ostenta como autor, además de que pueda verse en la expresión o fijación de esta.

Luego entonces podemos manifestar que la originalidad está asociada a una persona física o un conjunto de personas, pues solo a través de todos aquellos elementos que refleja el autor en una obra se puede constituir la originalidad de esta, pero ¿si existieran elementos suficientemente diferenciadores de una obra sobre otras, nos encontraríamos ante algo novedoso, pero no necesariamente reconocido con originalidad?

Hoy en día existen obras que son generadas por inteligencia artificial, las cuales han abierto el debate sobre concepto de “originalidad”, pues existen diversas *LAs* que realizan actividades creativas, como escribir historias en periódicos, novelas o poemas, incluso pintar obras que podrían ser atribuidas a pintores famosos muertos como en el caso del *Next Rembrandt*, además han generado música y generado arte digital.

⁴ ARTÍCULO 6. *Ibidem* 3

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). 16-07-2009. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0005>

Muchas de las obras generadas por inteligencia artificial en términos artísticos son los suficientemente originales y artísticas para ganar premios en concursos de arte.

Un caso emblemático de obras generadas por inteligencia artificial es la obra digital titulada *Théâtre D'opéra Spatial*, que participó en el concurso de bellas artes en la Feria Estatal de Colorado en los Estados Unidos de América en el año 2022, la cual fue generada por la inteligencia artificial denominada MidJourney.

El caso de la *Théâtre D'opéra Spatial*, cobra relevancia pues fue generada por la inteligencia artificial MidJourney, sin embargo no fue generada por un impulso creativo propio, fue necesaria la participación de Jason Allen, quien dio las instrucciones a la inteligencia artificial para la generación de la obra, es decir Jason Allen fue quien brindó los elementos que expresan la creación intelectual de su autoría, además que tuvo que mejorar la imagen con otros programas de edición para lograr una versión final de la obra, a pesar que la fijación e interpretación de la misma fue realizada por una inteligencia artificial, pero solo como un medio participe del proceso creativo.

Es así que llegamos a plantearnos, ¿Es necesario un cambio en el concepto de originalidad? es decir ampliar lo que se entiende por este concepto, por ejemplo para el otorgamiento de derechos y obligaciones de una inteligencia artificial sobre una obra o si lo podría ser para el reconocimiento de la inteligencia artificial al menos en el proceso creativo, situación que podría abrir la puerta para otro tipo de cuestionamientos sobre el reconocimiento de derechos sobre las obras y los derechos derivados.

Sin embargo, un nuevo cuestionamiento o discusión aún más complejo y amplio, es si la obra es resultado de una inteligencia artificial denominada singular o sin intervención humana en contraposición de cuando la IA participa en el proceso creativo recibiendo parámetros de generación de una obra.

En el campo del arte, la IA ha generado amplios debates y por ende en el campo del derecho de autor; no obstante, las obras generadas en amplia mayoría han sido de carácter imitativo, lo cual he dejado insatisfechos a diversos críticos de arte, pero entonces ¿la inteligencia artificial se debería ver solo como parte del proceso creativo? Y si no le asiste ningún derecho ¿A quién le pertenecen los derechos patrimoniales? y ¿El resultado generado por una IA es una obra?

Los derechos patrimoniales en las obras generadas por una inteligencia artificial le deben pertenecer a la persona que haya establecido los parámetros de creación de la obra, por ende el resultado debe ser considerado en términos amplios como una obra, el punto de inflexión es si la IA debería ser vista solo como parte del proceso creativo otorgándose un reconocimiento, situación que actualmente como ya lo hemos establecido no puede reconocerse, pues las obras son generadas con intervención humana, aún y en el caso de cuando las obras son generadas de manera automática cada determinado tiempo y siendo diferentes unas de otras, pues alguien al inicio de dicha creación estableció parámetros de creación, es decir son resultado de la intervención humana.

De hecho, en la Acta de 1988 sobre Derechos de Autor y Patentes del Reino Unido se establece en su artículo 9.3 que en el caso de obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas que hayan sido generadas por computadoras, el autor será la persona que haya determinado los parámetros necesarios para la creación de la obra⁶, luego entonces la protección será por el periodo de cincuenta años a partir de finalizar el año calendario en que la obra se haya realizado⁷.

Lo anterior, se puede entender conforme a lo que establecen las diversas legislaciones sobre el derecho de autor, pues sucede algo análogo cuando se toman fotografías de manera automática por una cámara fotográfica, pues con la simple intervención humana al establecer parámetros como ángulo, exposición, resolución, velocidad, sensibilidad de luz, enfoque, balance de blancos, entre otros, es que la originalidad en la obra fue plasmada por el autor y por ende a este le pertenecen los derechos de morales y patrimoniales.

III. Las invenciones generadas por inteligencia artificial

Las invenciones son todas aquellas creaciones humanas que permitan transformar la materia o energía que existe en la naturaleza para su aprovechamiento por el hombre, además de satisfacer

⁶ 9 Authorship of work. (3) In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken. Copyright, Designs and Patents Act 1988. UK Parliament. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright>

⁷ 12 Duration of copyright in literary, dramatic, musical or artistic works. (7) If the work is computer-generated the above provisions do not apply and copyright expires at the end of the period of 50 years from the end of the calendar year in which the work was made. *Ibidem* 6.

necesidades, además que pueden ser patentables todas aquellas invenciones novedosas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial.

La actividad inventiva de conformidad a lo establecido en la fracción III del artículo 15 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, es “el proceso creativo cuyos resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma obvia o evidente para un técnico en la materia.”⁸ Lo anterior, no establece limitantes sobre si es resultado de un proceso realizado únicamente por el ser humano, pero si establece que no sea evidente para un técnico en la materia, es decir que no sea evidente para una persona experta.

Ahora bien, el resultado generado por la inteligencia artificial podría catalogarse como actividad inventiva al no ser evidente para una persona experta en la materia de que se trate la invención, además de no encontrarse en el estado del arte o también llamado estado de la técnica, que es “el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho accesibles al público mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información en el país o en el extranjero, antes de la fecha de presentación de la solicitud o prioridad reconocida”⁹.

Luego entonces, si el resultado de lo generado por una inteligencia artificial puede ser resultado de lo que se cataloga como actividad inventiva, además de ser novedoso al no encontrarse en el estado de la técnica y por demás sea susceptible de aplicación industrial, ¿Sería susceptible otorgar un título de patente sobre una invención generada por una inteligencia artificial?, la respuesta es sí.

La problemática no estriba en que se cumplan los elementos para la patentabilidad, la problemática estriba sobre a quién se le otorgan los derechos patrimoniales de una invención y a quien se le reconoce como inventor sobre las invenciones generadas por la inteligencia artificial.

De conformidad con lo establecido en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, el derecho para obtener una patente pertenecerá al inventor que, se presume es quién se señale como tal en la solicitud de patente.

⁸ Fracción III del artículo 15 de la *Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. Publicación en el Diario Oficial de la Federación: 01-07-2020. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf

⁹ *Ibidem* 8. Fracción II del artículo 15

Ahora bien, si en los artículos 36 y 39 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial se establece lo siguiente:

“Artículo 36.- La persona física que realice una invención, modelo de utilidad, diseño industrial o esquema de trazado de circuito integrado o su causahabiente, tendrá el derecho exclusivo y temporal de explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento, de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley y su Reglamento”¹⁰

“Artículo 39.- Se presume inventor, diseñador o creador a la persona o personas físicas que se señalen como tales en la solicitud de patente o de registro, quienes tendrán el derecho a ser reconocidos con tal carácter.”¹¹

Es incuestionable que, solo quién sea una “persona física” podrá ser considerado como inventor. ¿Pero si en la solicitud de patente se pusiera como inventor una inteligencia artificial? La respuesta de facto sería que no se puede considerar a una inteligencia artificial como inventor, a pesar de que haya generado una invención patentable que sea novedosa, resultado de una actividad inventiva y tenga aplicación industrial.

Luego entonces, podría parecer que la limitante para el reconocimiento de una inteligencia artificial como inventor sería un mero aspecto gramatical, pues si se adicionaría “aquello que”, en el artículo 39 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, para quedar como “La persona física o aquello que realice una invención... tendrán el derecho a ser reconocidos con tal carácter” podría cambiar el reconocimiento, pero el reconocimiento de inventor va más allá, pues no solo implica derechos, también implica obligaciones y aquí estriba otro de los puntos medulares de la problemática.

Cabe recordar que a nivel mundial las legislaciones en materia de propiedad industrial tienen aspectos similares, derivado de los múltiples instrumentos de carácter internacional que son de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Es así como la legislación sobre propiedad industrial de los Estados Unidos de América también comparte similitudes con la legislación mexicana, especialmente sobre a quien se reconoce como inventor y el procedimiento para el otorgamiento del título de patente.

¹⁰ *Ibidem* 8. Artículo 36

¹¹ *Ibidem* 8. Artículo 39

En los Estados Unidos de América ya se han registrado casos en los que solicitantes han indicado en las solicitudes de patentes de invención a una inteligencia artificial como inventor, un ejemplo es lo sucedido en el caso de la inteligencia artificial denominada “DABUS”, del cual incluso la misma Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos (*United States Patent and Trademark Office – USPTO*) emitió una *Patent Alert*.

“En la solicitud de patente, se establecía como solicitante de la invención a Stephen L. Thaler, se refirió a la inteligencia artificial “DABUS” como inventor, bajo la consideración de que la invención fue generada de forma autónoma por la inteligencia artificial.”¹² Además de utilizar el argumento de que el reconocimiento de “inventor” no debe estar limitado a personas físicas¹³.

En la publicación de la *Patent Alert*, la USPTO señala que, bajo la ley, solo las personas naturales pueden ser nombradas inventores en las solicitudes de patentes,¹⁴ pues se ha establecido que la actividad inventiva es un proceso únicamente producido por el ser humano, lo cual es análogo a lo establecido en materia del derecho de autor sobre la actividad creativa.

La afirmación de que la actividad inventiva es un proceso únicamente producido por el ser humano, se ha visto reforzada por la Corte de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados Unidos¹⁵, al explicar que las leyes de patentes requieren de un inventor que solo puede ser una persona física. Como el caso de la *Univ. of Utah v. Max-Planck-Gesellschaft zur Forderung der Wissenschaften e. V.*, en el cual se resolvió que la “concepción de la invención” es la parte mental de la invención, la cual se forma en la mente del inventor; incluso en el Manual de Procedimientos del Examen de Patentes, la “concepción” se define como la “realización completa de la parte mental del acto inventivo y es la formación en la mente del inventor la idea permanente y completa de la invención operativa y puesta en práctica.”¹⁶

¹² VILLEGAS VARELA, Daniel. “*La inteligencia artificial como inventor*”. Mayo 05, 2020. <https://danielvillegasmx.blogspot.com/2020/05/la-inteligencia-artificial-como-inventor.html>

¹³ United States Patent and Trademark Office. Decision on Petition Application No. 16/524,350. Abril 22, 2020. https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf?utm_campaign=subscriptioncenter&utm_content=&utm_medium=email&utm_name=&utm_source=govdelivery&utm_term=

¹⁴ United States Patent and Trademark Office. “Patent Alert - Petition decision: Inventorship limited to natural persons”. 27-04-2020. <https://content.govdelivery.com/accounts/USPTO/bulletins/287fdc9#.Xqcts2pR6ZQ.email>

¹⁵ *U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit (Federal Circuit)*

¹⁶ The United States Patent and Trademark Office. Manual of Patent Examining Procedure (MPEP). Ninth Edition. Febrero 2023. <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2138.html>

En consecuencia, las invenciones solo pueden inventarse por personas físicas, en razón de que solo ellas son quienes a través de un proceso mental conciben la invención. Aunque una nueva interrogante sería si el proceso de concepción de una invención solo puede darse en la mente del ser humano o también en un dispositivo que no sea necesariamente una mente biológica humana.

IV. Derechos y obligaciones en las personas y en la inteligencia artificial.

La capacidad “jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma”¹⁷.

De lo anterior, se puede apreciar que la capacidad se divide en dos, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera comprende el ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que la segunda comprende el ejercicio de los derechos y cumplir obligaciones contraídas.

En el caso de las personas físicas, la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código, tal como se establece en el Código Civil Federal. Cabiendo hacer mención que la legislación civil también reconoce a las personas morales.

“ARTÍCULO 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”¹⁸

Como ha quedado de manifiesto, tanto el derecho de autor como en la propiedad industrial, solo se puede reconocer como autores y como inventores a las personas físicas, a pesar de que las obras que se generen sean originales o que las invenciones sean nuevas, susceptibles de aplicación industrial además de ser consecuencia de un procedimiento que si bien actualmente no encaja

¹⁷ GÓNZALEZ RUIZ, Samuel Antonio. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Dirección General de Informática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre, 1994, p. 548.

¹⁸ ARTÍCULO 22. *Código Civil Federal*. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. México. Última reforma: 11-01-2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

en el concepto de actividad inventiva (solo porque no se produce en la mente de un humano) si produce los mismos resultados.

Lo anterior obedece a que, en el reconocimiento tanto de autor, como de inventor, se otorgan derechos y obligaciones, es decir se reconoce la capacidad para ser titular de derechos, pero sobre todo para cumplir con obligaciones, las cuales solo puede realizar el ser humano ya sea como persona física o como un grupo de estas a través de una persona jurídica.

La titularidad de los derechos es para ejercer en el caso de las obras tanto derechos patrimoniales como derechos morales, en el caso de las invenciones es para el reconocimiento del producto de la mente, así como para el ejercicio del derecho exclusivo y temporal de explotación en su provecho.

Ahora bien, si en una solicitud de patente o una solicitud de inscripción de obra, se coloca a una inteligencia artificial como autor o como inventor, el reconocimiento de tal carácter implicaría el otorgamiento de al menos la capacidad de goce, es decir la capacidad para ser titular de derechos; situación que solo podría ser capaz de generar una obra por impulso propio si cumpliera con criterios de singularidad que le permitan ser autoconsciente de sí misma pero actualmente no existe inteligencia artificial que cumpla con tal singularidad, hacer lo contrario implicaría el reconocimiento de una entidad no biológica susceptible de ser sujeta de derechos y obligaciones.

Sin embargo, para ir a una aproximación sobre el reconocimiento de derechos a especies diversas al ser humano, cabe analizar casos sobre el reconocimiento de calidades de autor sobre una fotografía tomada por un mono macaco.

En el año 2011, el fotógrafo David J. Slater, fotógrafo profesional, viajó a Indonesia y realizó diversas fotografías, pero dejó su cámara sola y un mono macaco se tomó una fotografía o comúnmente conocida por su término *selfie*.¹⁹ Tres años más tarde, 2014, la fotografía tomada por el mono fue publicada por Wikimedia Commons y puesta como de dominio público, por lo que el fotógrafo David J. Slater, interpuso una solicitud de retirada de la fotografía, alegando que

¹⁹ La *selfie* del mono está disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/images/en/2018/2018_01_art_7_1_400.jpg

los derechos de autor le pertenecían. Además, también existió una controversia²⁰ interpuesta por la agrupación activista PETA²¹ en contra del fotógrafo David J. Slater.

En el primer caso expuesto por el fotógrafo en contra de Wikimedia Commons, está última alegaba que al ser la *selfie* tomada por un animal y dado que el derecho de autor solo reconoce como titular primigenio de una obra exclusivamente a una persona física, es que un animal no podría ser autor de la fotografía y por tanto no existe derecho de autor sobre la *selfie*.

Lo anterior cobra especial relevancia si tomamos como referencia el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979), que establece a los autores como los titulares de los derechos patrimoniales y con un derecho de paternidad sobre las obras²², es decir, se reconoce únicamente a las personas físicas como autores.²³

Mientras que, en el segundo juicio de PETA en contra del fotógrafo, se alegaba que, si bien el derecho de autor no podía ser aplicado a un animal y en específico al mono macaco que nombraron “Naruto”, se vertió el argumento que el macaco debería obtener al menos algún beneficio de la obra.

El caso Naruto *V/S* Slater, fue desestimado por el Juzgado del Distrito Norte de California, bajo el argumento de que al ser Naruto un animal, no contaba con personalidad jurídica para presentarse ante la corte, lo cual fue apelado por PETA.

Las dos disputas sobre el mismo caso nos presentan dos perspectivas diferentes ante los mismos hechos. Una que es especialmente relevante es la vertida por la defensa del mono Naruto a través de PETA, al argumentar que el mono debía beneficiarse de la explotación de la obra e

²⁰ Complaint for copyright infringement, PETA Foundation. 21-09-2015 <https://www.peta.org/wp-content/uploads/2021/06/Complaint.pdf>

²¹ People for the Ethical Treatment of Animals, PETA por sus siglas en inglés. Trato Ético de los Animales.

²² ARTÍCULO 6bis Derechos morales: ... 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979), <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283700>

²³ ARTÍCULO Primero Constitución de una Unión. Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979), <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283700>

incluso reconocerse como autor, pues el término de autoría era lo suficientemente amplio para incluir a una especie diferente del ser humano, al argumentarse lo siguiente:

“Naruto tiene derecho a poseer y beneficiarse de los derechos de autor de *Monkey Selfies* de la misma manera y en la misma medida que cualquier otro autor. Si los *Monkey Selfies* hubieran sido hechos por un humano usando la cámara desatendida de Slater, ese humano sería declarado autor de las fotografías y propietario de los derechos de autor. Si bien la afirmación de autoría por especies distintas del homo sapiens puede ser novedosa, la “autoría” según la Ley de Derecho de Autor, 17 U.S.C. § 101 et seq., es lo suficientemente amplio como para permitir que la protección de la ley se extienda a cualquier obra original, incluidas las creadas por Naruto. A Naruto se le debe otorgar la protección de un reclamo de propiedad y el derecho a recuperar daños y otras compensaciones por infracción de derechos de autor, como lo afirmaron en su nombre *Next Friends*”.²⁴

Inclusive el mono macaco, fue nombrado como una de las partes, residente de la isla Sulawesi en Indonesia, aunque alegando una inaccesibilidad e incapacidad para ejercer la acción²⁵.

Aunque el caso de Naruto *VS* Slater, fue desestimado y favorable para el fotógrafo, este último firmo un acuerdo con PETA para donar el 25% de cualquier ingreso futuro por la explotación de la *selfie* del mono, para proteger el hábitat de los macacos en Indonesia.²⁶

No obstante, el propio argumento de PETA, al incluir a Naruto, como parte y que se extendiera el derecho de autor, se limitaba a una “especie” diferente del ser humano, pero la inteligencia artificial no es una especie, sino algo totalmente diferente con lo que el ser humano ha convivido.

El caso del *Monkey Selfies* y los demás casos sobre el reconocimiento de los derechos de diversas especies, se basa en que las especies poseen derechos y merecen respeto, pero es

²⁴ Naruto has the right to own and benefit from the copyright in the Monkey Selfies in the same manner and to the same extent as any other author. Had the Monkey Selfies been made by a human using Slater’s unattended camera, that human would be declared the photographs’ author and copyright owner. While the claim of authorship by species other than homo sapiens may be novel, “authorship” under the Copyright Act, 17 U.S.C. § 101 et seq., is sufficiently broad so as to permit the protections of the law to extend to any original work, including those created by Naruto. Naruto should be afforded the protection of a claim of ownership, and the right to recover damages and other relief for copyright infringement, as asserted on his behalf by the Next Friends. Complaint for copyright infringement, PETA Foundation. 21-09-2015 <https://www.peta.org/wp-content/uploads/2021/06/Complaint.pdf>

²⁵ PARTIES Naruto is a six-year-old male member of the Macaca nigra species, also known as a crested macaque, residing on the island of Sulawesi, Indonesia. Naruto cannot independently bring this action due to inaccessibility and incapacity. Complaint for copyright infringement, PETA Foundation. 21-09-2015 <https://www.peta.org/wp-content/uploads/2021/06/Complaint.pdf>

²⁶ Settlement Reached: ‘Monkey Selfie’ Case Broke New Ground for Animal Rights. PETA Foundation. 11-09-2017 <https://www.peta.org/blog/settlement-reached-monkey-selfie-case-broke-new-ground-animal-rights/>

necesario recordar que se ha hablado de especies, pero la IA no es una especie, sin embargo ¿Cuándo la inteligencia artificial sea singular podríamos reconocerle como autor o inventor?, la respuesta sería extremadamente complicada, pero en un intento de proporcionar una aproximación de respuesta, podríamos alegar que sí.

Una inteligencia artificial en un futuro podría ser al menos sujeta de derechos, aunque para el ejercicio de tales derechos dependiera de terceros, como en el caso de las especies animales o más aún como el caso del robot Shopia. Éste fue creado por la empresa Hanson Robotics, que en el año 2017 fue reconocida con la ciudadanía saudí, es decir como una ciudadana de Arabia Saudita, esto abrió el debate sobre lo que debe entenderse sobre el concepto ciudadanía, el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, entre otros cuestionamientos sobre el ejercicio de libertades.

La ciudadanía “es el vínculo jurídico y predominantemente político que relaciona a un individuo con un Estado”²⁷ y “que le permite participar en los asuntos políticos de su Estado.”²⁸

En México la ciudadanía es parte de la nacionalidad. La nacionalidad se adquiere por nacimiento o naturalización, mientras que la ciudadanía se adquiere con la mayoría de edad y tener un modo honesto de vivir, tal como lo establece el artículo 34 de nuestra Constitución.

Como derechos que se derivan de la ciudadanía están los políticos-electorales consistentes en votar, ser votado y asociarse libremente para participar en los asuntos políticos, lo cual implica que al tener ciudadanía se puede participar activamente en la actividad del Estado del cual se formar parte.

Ahora bien, si por naturalización o por haber nacido en México obtenemos la nacionalidad y se deriva de ella la ciudadanía, con la cual al cumplir la mayoría de edad se pueden ejercer derechos político-electorales, es posible afirmar que se puede tener nacionalidad, pero no necesariamente ejercer los derechos que otorga la ciudadanía, sin embargo, en ningún caso podríamos ejercer un derecho otorgado por la ciudadanía careciendo de nacionalidad.

En México, no existe caso alguno de reconocimiento de algún robot o inteligencia artificial con la ciudadanía mexicana, pero el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados

²⁷ VENEGAS TREJO, Francisco, *Diccionario Jurídico Mexicano*. Dirección General de Informática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre, 1994, p. 648.

²⁸ *Idem*.

Unidos Mexicanos, obliga al estado mexicano a respetar los derechos humanos y garantías de los extranjeros. En consecuencia, si un robot ha sido reconocido con la ciudadanía saudí, ¿El estado mexicano le debería respetar derechos y garantías?, la respuesta nos la brinda el mismo artículo 33 de nuestra carta magna, siendo la respuesta similar a lo ya estudiado tanto en el derecho de autor, como en materia de propiedad industrial, pues el artículo citado, reconoce como extranjeros únicamente a personas, sumado a que en el propio texto se reconocen derechos humanos, es decir, derechos únicamente intrínsecos a la especie humana.

“Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.”²⁹

V. Obligaciones en la inteligencia artificial

Las obligaciones parten de las relaciones jurídicas entre dos o más entes, a través de las cuales una de las partes se compromete a dar, hacer o dejar de hacer, mientras que la otra parte puede exigir el cumplimiento.

En el derecho civil mexicano las obligaciones tienen su fuente en los convenios, contratos, la declaración unilateral de la voluntad, enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios y los actos ilícitos.

En el derecho de autor, la persona que se ostentan como autor tiene obligaciones tales como la de responder sobre la originalidad de su obra y en su caso del ejercicio pacífico de los derechos que transmita.

En las invenciones, los inventores tienen la obligación de incluir en la solicitud de patente, una descripción de la reivindicación y “debe hacerse en forma suficientemente completa y clara que permita la comprensión del problema técnico y de la solución al mismo, y exponer los efectos ventajosos de la invención.”³⁰

²⁹ *Ibidem* 1. Artículo 33.

³⁰ *Guía sobre Invenciones*. Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. Enero 31, 2022, p. 15. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/700283/Gu_a_de_invenciones__1_.pdf

De igual manera y como previamente ya hemos abordado también existen obligaciones de carácter público, las cuales son fundamentales para la vida del Estado, obligaciones que se derivan de adquirir la ciudadanía, como votar en las elecciones y formar parte de los cuerpos de reserva, entre otras.

Aunque para el cumplimiento de las obligaciones por parte de una inteligencia artificial, se necesita de manera previa, el reconocimiento de derechos, situación que no ha acontecido a pesar de los diferentes intentos que se han en materia de derechos de autor y propiedad industrial, no obstante, el caso del robot Shopia es un parteaguas sobre el reconocimiento de derechos, en específico por el reconocimiento de la ciudadanía saudí.

Inclusive un reconocimiento de ciudadanía a un robot, abre la puerta para nuevos cuestionamientos, como el género asociado, luego entonces ¿Cabría cuestionarse si al hacerle referencia debería citarle por “él”, “ella” o “elle”??. Aunque parezca absurdo, un debate podría tomar darse al respecto.

VI. A manera de conclusión

Lo analizado en el presente artículo nos acerca a la frontera del paradigma sobre de quien puede ser sujeto de derechos y obligaciones, pues como ya lo hemos demostrado únicamente una persona física puede ser reconocida como autor o como inventor, pues incluso los derechos de paternidad y patrimoniales de obras generadas por inteligencia artificial pertenecen a las personas, sin embargo la constante evolución de la inteligencia artificial nos llevará a cuestionarnos conceptos como originalidad, paternidad de una obra, actividad inventiva, proceso creativo o inclusive si podemos reconocer a una inteligencia artificial como autor o inventor, es decir si una IA puede ser titular de derechos y además de obligaciones, transitando a si puede ejercer derechos y cumplir obligaciones de manera autónoma, aunque para el cumplimiento de obligaciones primero se debe dar necesariamente un reconocimiento de derechos.

Aunque las respuestas definitivas a los diversos cuestionamientos ya planteados aún están en construcción, la constante evolución de la inteligencia artificial determinará si a la IA puede reconocerse como titular de derechos y obligaciones.

Luego entonces, ¿A quién le pertenecen los derechos de un artículo escrito con inteligencia artificial que se titule: “La inteligencia artificial como nueva frontera en el

reconocimiento de derechos y obligaciones. Una aproximación desde la perspectiva del derecho de autor y la propiedad industrial”? ¿A la persona que se ostenta como autor o a la inteligencia artificial?

La respuesta dependerá del año en qué se lea este artículo.

Fuentes de información

Código Civil Federal. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. México. Última reforma: 11-01-2021. Artículo 22. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. México. Artículos 1 y 33. Última Reforma: 06-06-2023. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (enmendado el 28 de septiembre de 1979) (Traducción oficial). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Artículos 1, 2 y 6bis. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/283700>

Copyright, Designs and Patents Act 1988. UK Parliament. Number 9 and 12. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/I/crossheading/author-ship-and-ownership-of-copyright>

GÓNZALEZ RUIZ, Samuel Antonio. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Dirección General de Informática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre, 1994.

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI). Guía sobre Inventiones. Enero 31, 2022. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/700283/Gu_a_de_inventiones__1_.pdf

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión. Artículo 15 fracciones II y II, 36 y 39. Publicación en el Diario Oficial de la Federación: 01-07-2020. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf

Ley Federal del Derecho de Autor. 3 y 6. Última reforma: 01-07-2020. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFDA.pdf>

Manual of Patent Examining Procedure (MPEP). Ninth Edition. Febrero 2023. <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2138.html>

People for the Ethical Treatment of Animals, PETA Foundation. Complaint for copyright infringement. <https://www.peta.org/wp-content/uploads/2021/06/Complaint.pdf>

Settlement Reached: ‘Monkey Selfie’ Case Broke New Ground for Animal Rights. <https://www.peta.org/blog/settlement-reached-monkey-selfie-case-broke-new-ground-animal-rights/>

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta). 16-07-2009. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62008CJ0005>

United States Patent and Trademark Office (USPTO). *Decision on Petition Application* No. 16/524,350. Abril 22, 2020. https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf?utm_campaign=subscriptioncenter&utm_content=&utm_medium=email&utm_name=&utm_source=govdelivery&utm_term=

“Patent Alert - Petition decision: Inventorship limited to natural persons”. 27-04-2020. <https://content.govdelivery.com/accounts/USPTO/bulletins/287fdc9#.Xqcts2pR6ZQ.email>

VENEGAS TREJO, Francisco. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Dirección General de Informática de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Diciembre, 1994.

VILLEGAS VARELA, Daniel. “La inteligencia artificial como inventor”. Mayo 05, 2020. <https://danielvillegasmx.blogspot.com/2020/05/la-inteligencia-artificial-como-inventor.html>

LA ACTUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POLICÍA EN MÉXICO

THE CONSTITUTIONAL PERFORMANCE OF THE POLICE IN MEXICO

Germán GARCÍA MONTEALEGRE¹
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Tlaxcala

Fecha de recepción: 26 de junio de 2023

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2023

*“Si un policía conoce su Constitución y sus leyes
entonces sabrá como actuar y que hacer”*

Resumen:

Hablar de la policía en México, es hablar de muchos temas concurrentes y el abanico de posibilidades se abre de tal manera que hoy día no se agotaría tan fácilmente como algunos otros temas penales. Sin embargo, con estas líneas se pretende tener una idea clara de cuál es su función, como se encuentra dividida y como se estudia en México la función policial. Así, que por principio debemos mencionar que a la luz del Sistema Penal y Procesal Penal desde la reforma de 2008 y de la entrada en vigencia de 2016 y también de su código adjetivo nacional, se hacen algunas acotaciones, precisiones y se establecen de manera clara la actuación de la policía. Y es en estas breves líneas que pretendemos caracterizar y establecer las diferencias entre las diversas concepciones que se tienen y sus funciones tanto administrativas como de investigación a la luz de la Constitucionalidad.

Summary:

To talk about the police in Mexico is to address many concurrent issues, and the range of possibilities opens up in such a way that, nowadays, it would not be easily exhausted like some other criminal topics. However, with these lines, the intention is to have a clear idea of its function, how it is divided, and how policing is studied in Mexico. So, as a

¹ Profesor de derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la UATx

starting point, we must mention that in the light of the Penal System and Criminal Procedural Reform of 2008, which came into effect in 2016, and also in accordance with its national procedural code, some notes and clarifications are made, clearly establishing the role of police. It is in these brief lines that we aim to characterize and establish the differences between the various conceptions and their administrative as well as investigative functions in the context of Constitutional compliance.

Palabras clave: Policía, sistema penal, sistema procesal penal, sistema acusatorio

Keywords: Police, penal system, procedural criminal system, accusatory system

I. La función de la policía y el Sistema Penal Acusatorio y Oral

De acuerdo al actual procedimiento penal en México, encontramos que se divide en etapa de investigación, intermedia y juicio oral respectivamente de conformidad con lo dispuesto por el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigentes. Lo podemos enmarcar como el procedimiento ordinario de primera instancia en términos prácticos. Por lo que en un análisis sobre la primera etapa procesal que corresponde a la investigación, ésta a su vez se sub divide en dos sub etapas a saber, en inicial y complementaria, por lo que en el presente estudio también denominaremos informal y formal respectivamente para una mejor comprensión. En la siguiente etapa procesal se denomina intermedia y ésta tiene una subdivisión en intermedia escrita y en una oral respectivamente. Y por último caracterizaremos a la tan esperada etapa de Juicio Oral o denominada también así por algunos teóricos como la etapa principal o de debate.

En ese sentido, nos enfocaremos específicamente a estudiar y a analizar la primera etapa procedimental, es decir, a la investigación que es está dividida como hemos mencionado anteriormente como inicial o informal y a la formal o complementaria, es decir, a la actividad central que se lleva a cabo en sede ministerial o policial conjuntamente con los peritos.

Ahora bien, es necesario puntualizar que, en la investigación como etapa procesal, es el Ministerio Público o Fiscal el director de la investigación en sus dos fases y éste estará auxiliado de su policía de investigación y de los servicios periciales. Todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto por los artículos 105 fracciones V y VI, 131 fracciones VII, VIII, XI, XII, XV, 132 del CNPP. Asimismo, en la policía descansa la verdadera investigación en el más amplio sentido, y es quien ejecuta las instrucciones del Ministerio Público.

Por lo que a continuación analizaremos y describiremos cada una de las funciones que constitucionalmente y en la ley les corresponden a las policías, es decir analizaremos la clasificación de esta institución que puede entenderse en dos sentidos, el primero de seguridad y

el segundo de investigación como tal. Y estudiaremos cual es la función de cada una de estas corporaciones que tanta falta hace para entender desde su naturaleza hasta su actuación que a veces irregular pero necesaria.

II. La policía de investigación vs la policía de seguridad pública

En ese mismo sentido, la policía a pesar de ser considerado un sujeto del procedimiento penal tiene un campo de acción muy diverso el cual está delimitado en 15 obligaciones, que más adelante desarrollaremos, el cual, también estará restringido por principios o máximas que rigen su actuación. Aquí, quiero hacer una distinción entre las diversas acepciones de policía. La policía de investigación que es ésta a la que nos referimos y está ligada o va de la mano en la investigación del delito bajo la actuación del Ministerio Público y en contraposición está la policía de seguridad pública, federal, estatal, gendarmería, municipal y de seguridad pública o seguridad ciudadana según sea el caso el cual tiene la función de seguridad y ésta es considerada administrativa. Es decir, hay una policía de investigación de delitos que depende de las procuradurías o fiscalías y otra policía de prevención de a nivel municipal, estatal y federal que realiza funciones administrativas de prevención delictiva. Y por último no olvidaremos a la policía que se encuentra inmersa en las filas del ejército mexicano que si bien es cierto se encuentra en una institución diferente con bases, funciones y objetivos diferentes también han salido a las calles en apoyo o auxilio de las policías de seguridad.

Lo anterior es así debido a que la policía de investigación es diferente a la policía de seguridad pública, pues ésta última, tiene la característica en la que su función primordial o sustantiva es la prevención del delito y depende de gobernación, -antes en la Secretaría de Seguridad Pública Federal-, hoy día de la Secretaría de Seguridad Ciudadana y en las entidades a su homóloga; en cambio la de investigación es la que manda el Ministerio Público para la función específica de investigar el delito². Por lo tanto, la policía de investigación ya sea federal o estatal y la policía de seguridad pública o de prevención del delito actuarán bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a derechos humanos.

² Artículo 221 del *Código Nacional de Procedimientos Penales*. México 2023.

Aunque, aquí hay que hacer una acotación y decir que, en tratándose de la investigación de los delitos el Ministerio Público de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 21 Constitucional, tiene al mando no solo a su policía de investigación sino también de la de seguridad pública o de prevención para la eficacia de su actuación en determinados casos.

III. La policía de los civiles y la de los militares

Un caso análogo que resulta importante caracterizar también, lo es referente a la policía militar, es decir, existe esta figura en el fuero militar con similares características a las que se tienen en la población civil. La división también puede hacerse de la misma manera que la policía que no es la militar. Por ejemplo, aquella policía que depende de la Procuraduría Militar y la que depende de un ente administrativo que se encarga de la seguridad militar o de las funciones militares, como se tiene en la población civil.

Por un lado, la policía militar que depende de un órgano, ente o mando administrativo con funciones militares y que se encarga fundamentalmente de brindar la seguridad militar en el mundo militar. Y la que depende de la Procuraduría o fiscalía general Militar que se encarga de la investigación de los delitos de orden militar.

Con esta acotación podemos entender que se reproduce el modelo policial, pero en el ámbito militar y sus alcances que dependen de la justicia militar sin tener injerencia en el mundo de los civiles. Y a partir de la reforma de 2008 que entró en vigencia en el 2016, corre paralelo un sistema militar con características similares a la justicia de los civiles, pero en tribunales e instancias militares conforme a la reforma ya señalada en términos de la policía.

Sin embargo, debemos hacer la anotación al respecto que dicha corporación ha salido de los cuarteles a la calle en auxilio de las policías de seguridad para apoyar en el tema precisamente de seguridad. Es decir, seguridad implica que tiene por función anticiparse a la comisión del delito para disuadir, para investigar previamente y hasta para utilizar todo lo que tiene a su alcance para que el delito no se llegue a cometer. Por lo anterior, se ha visto la autoridad del ejecutivo a pedir que la corporación dedicada específicamente a la seguridad nacional, en caso de invasión o guerra, auxilie en las calles con funciones de seguridad, pero ahora ciudadana o de seguridad pública. Lo pudimos constatar, cuando se crea la gendarmería y luego la guardia nacional con

personal de diversas corporaciones de civiles y militares, pero sin perder por supuesto a la institución del ejército.

Como podrán notar, la utilización de la denominación seguridad pública o ciudadana, parece que es un sinónimo, sin embargo, es necesario que se haga la precisión adecuada. Pues resulta que hasta antes de la reforma a la Constitución de 2011 la función de la policía era de seguridad pública, pero esta hacía referencia a que se debía cuidar a los entes del servicio público. Por lo que después de la reforma antes aludida, se cambia y transforma la seguridad de lo público, por la seguridad de los ciudadanos que ahora resulta un término más acorde a los tiempos y derechos humanos, pero sobre todo atiende a las nuevas necesidades tanto constitucionales como de convencionalidad en el mundo.

IV. Obligaciones de la policía de investigación.

Ahora bien, las funciones de la policía de investigación ésta que depende de las fiscalías o procuradurías y que está bajo el mando inmediato del Ministerio público, que se ocupa de la investigación de los delitos en estricto sentido, está limitada a ciertas obligaciones legales de las que se ocupará sin mayor requisito que lo que le dispone la ley y en base a los principios tanto constitucionales como a los del CNPP y a sus leyes y reglamentos, así como a las disposiciones administrativas que se emitan para su actuación.

Aquí es importante señalar y advertir que a continuación transcribiremos el texto del Código Nacional de Procedimientos Penales en lo referente a las obligaciones que tiene la policía de investigación, pues si pensamos que toda persona mexicana conoce las obligaciones que debe realizar un policía de investigación en una investigación en México, nos podemos llevar grandes sorpresas, pues afirmo que en muchas ocasiones ni la misma policía de investigación sabe en específico cuáles son sus obligaciones por lo menos las manifiestas.

Es decir, por cuanto hace a las funciones manifiestas y latentes las primeras son aquellas que despliega en base sus leyes, reglamentos y lo que ordena la Constitución y las latentes son aquellas que va adquiriendo por sus habilidades, destrezas, estudios, especialidades en el día a día, es decir hay policía empírica que ha aprendido a ser policía en la función y hay quien es policía porque se ha instruido en lo mínimo en estudiar que hace la policía de su función.

Por lo que resulta importante destacar este punto y como dije advertir que se van a transcribir las obligaciones de la policía de investigación y que encuentra su fundamento en el numeral 132 del CNPP dispone que la policía tendrá las siguientes obligaciones:

- I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata de las diligencias practicadas;
- II. Recibir denuncias anónimas e inmediatamente hacerlo del conocimiento del Ministerio Público a efecto de que éste coordine la investigación;
- III. Realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga;
- IV. Impedir que se consumen los delitos o que los hechos produzcan consecuencias ulteriores. Especialmente estará obligada a realizar todos los actos necesarios para evitar una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos de los gobernados a quienes tiene la obligación de proteger;
- V. Actuar bajo el mando del Ministerio Público en el aseguramiento de bienes relacionados con la investigación de los delitos;
- VI. Informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables;
- VII. Practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público;
Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable;
- VIII. Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos, en los términos de la fracción anterior;
- IX. Entrevistar a las personas que pudieran aportar algún dato o elemento para la investigación;
- X. Requerir a las autoridades competentes y solicitar a las personas físicas o morales, informes y documentos para fines de la investigación. En caso de negativa, informará al

Ministerio Público para que determine lo conducente;

- XI. Proporcionar atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito. Para tal efecto, deberá:
- a) Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;
 - b) Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;
 - c) Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria, y
 - d) Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica;
- XII. Dar cumplimiento a los mandamientos ministeriales y jurisdiccionales que les sean instruidos;
- XIII. Emitir el informe policial y demás documentos, de conformidad con las disposiciones aplicables. Para tal efecto se podrá apoyar en los conocimientos que resulten necesarios, sin que ello tenga el carácter de informes periciales, y
- XIV. Las demás que le confieran este Código y otras disposiciones aplicables.

Ahora bien, lo anterior significa que la policía de investigación está limitada a su actuación dentro de la investigación de los delitos bajo el esquema anterior y a los principios constitucionales a los que también nos hemos referido. Pero la interrogante es para aquella policía que actúa en el lugar de los hechos y que no es dependiente del Ministerio Público, sino de gobernación o Seguridad Pública o Ciudadana o de las secretaría homólogas en las entidades federativas, la respuesta rápida, es que su actuación está limitada como toda policía en los principios constitucionales de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a derechos humanos, pero también encontramos hoy día una guía basada en un protocolo nacional denominado protocolo del primer respondiente y obviamente en sus leyes y reglamentos.

Aquí es necesario precisar que la policía que depende del Ministerio Público es la que sabe investigar y está preparada para procesar el lugar de los hechos derivado del cambio de paradigma penal y procesal penal. Mas, por otro lado, la policía de seguridad pública que también interviene y ha intervenido indebidamente, solo se ha visto limitada su actuación por desconocimiento de las necesidades del nuevo sistema y su intervención no ha sido muy buena. Por lo tanto, hoy esta policía necesita cumplir con los nuevos parámetros de actuación.

En relación con lo anterior, es necesario apuntar que no solo la policía que no hace investigación y que interviene en el lugar de los hechos debe conocer los nuevos parámetros de su actuación, sino también aquella que hace investigación y que no ha sido capacitada o tiene serias deficiencias en su actuación, por lo tanto, estas ideas servirán a quien opera en el sistema sino también a quien apenas se está acercando a este tipo de temas.

Cuando se habla acerca de policía, se equipara inmediatamente al tema de la seguridad pública, por lo tanto, existen dos tipos de policía es en atención a su función, es decir, la de investigación y la de prevención de delitos. Ahora bien, la seguridad pública es el eje rector por el cual los cuerpos de seguridad, policías y sus corporaciones tienen objetivos en base a su función.

Por cuanto hace a la policía de investigación de delitos, ésta depende directamente del procuradores o fiscales y en cuanto a su competencia se dividen en federales y estatales. Por lo que hace a la policía de prevención de los delitos, ésta depende de gobernación federal y de las Secretarías de Seguridad Pública tanto estatales como municipales. Por lo tanto, la policía dependiente de los fiscales su función es necesariamente la investigación de los delitos en base a sus leyes reglamentos y estricto apego a los derechos humanos y a la Constitución General de la República. Y la policía que depende de un órgano administrativo no ministerial, su función, entre otras, es la de prevenir los delitos, pero es necesario apuntar que también participa en el lugar de los hechos, ya que en muchas ocasiones es la primera autoridad quien llega al lugar tanto de los hechos como del hallazgo.

Derivado de lo anterior, observamos que no solo la policía de investigación tiene injerencia en el lugar de los hechos, sino, que queda demostrado que la policía de seguridad también tiene intervención directamente. Lo anterior, ha ocasionado en muchas de las veces que su actuación sea deficiente y que no tenga ningún parámetro o protocolo a seguir a pesar de sus leyes y reglamentos y su falta de capacidad para procesar dicho lugar.

V. Actos de investigación es igual a actos de molestia³

³ Artículos 251 y 2523 del Código Nacional de Procedimientos Penales. México 2023.

La policía a pesar de su naturaleza, función, jerarquía, nivel de competencia, corporación etcétera, es quien despliega actos tendientes a procesar el lugar de los hechos lo que identificamos como actos de molestia, es decir consideramos que todo acto de investigación constituye una molestia, para el caso de la de investigación está justificado por la *notitia criminis*, pero la de seguridad no justifica su actuación habiendo molestia no justificada y en casi todos los casos violentando derechos humanos.

Lo anterior, quiere decir que, si una policía interviene y no tiene esa capacidad o justificación para procesar ciertos actos, es muy probable que violente derechos humanos. Con lo anteriormente descrito, no solo se pueden violentar derechos, sino que también se puede generar actos que a la postre resultaría procesalmente de estricto derecho excluidos por no seguir las reglas procesales generando impunidad, y una serie de actos que obstaculizarían la investigación.

Es preciso señalar que el propio Código Nacional de Procedimientos Penales vigente para México, señala que entre algunas de las actividades que puede realizar la policía de investigación es a proceder sin mayores requisitos a la investigación de los hechos de los que tenga noticia, esto previsto en el artículo 221 que corresponde al inicio de la misma pues no solo al Ministerio público le faculta para iniciar con esta, sino que indica que también a la policía. Por ejemplo, cuando se trate de informaciones anónimas, nos señala el mismo numeral descrito anteriormente en su párrafo tercero que constatará la veracidad de los datos aportados mediante los actos de investigación que considere conducentes y que de confirmarse se iniciará la investigación.

Lo anteriormente descrito y señalado por el numeral 221 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, nos indica que la investigación se inicia por parte del Ministerio Público y de la policía. Esto significa que de manera conjunta se tiene que realizar los actos, las diligencias y todo lo relacionado a reunir los elementos del delito, no de manera separada, sino que uno está en función del otro. Aquí conviene advertir que el ministerio público es quien ordena, valida y convalida lo que hace la policía. Pero por otro lado podríamos atrevernos a sugerir que la propia policía en base a lo dispuesto en el numeral referido podría iniciar las investigaciones, diligencias necesarias y someterlas a consideración del director de la

investigación, pero debemos afirmar que puede realizar actos de investigación de manera autónoma con las limitantes en la norma y no violentando derechos.

Ahora bien, lo señalado anteriormente, encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 224 último párrafo donde señala que, si la denuncia es presentada ante la policía, éste informará de manera inmediata y por cualquier medio al Ministerio Público. Lo que significa que también está facultado para recibir la denuncia, pero la condición es que informe al Ministerio Público. Y en ese orden de ideas, si en este supuesto la policía es quien recibe la denuncia, éste puede desplegar actos tendientes a garantizar el éxito de la investigación a través de diligencias y posteriormente le avisará al Ministerio Público. Como se ha dicho en párrafos anteriores, el Ministerio público tendrá que validar, convalidar o hasta hacer suyas esas diligencias para que sean sometidas en su caso y en su momento procesal al criterio de un Juez de Control o garantía.

VI. La policía en general, la que no es de investigación en estricto sentido

Ahora bien, por cuanto hace a la función de la otra policía, la que no es de investigación, nos referimos a la de Seguridad Pública y/o ciudadana, podríamos denominar desde éste momento administrativa, hoy día ya tenemos desde el transitorio décimo primero del actual Código adjetivo penal para nuestro país, es decir, -el Código Nacional de Procedimientos Penales-, estableció desde su entrada en vigencia que se elaborarían protocolos de actuación necesarios para la instrumentación del Sistema Procesal Penal novecentista. Esto en el 2015 y derivado de lo anterior se crea con la finalidad de consolidar el Sistema de Justicia Penal, homologar la actividad de los servidores públicos en estos temas y entre otros de alcanzar a tener un verdadero Estado de Derecho que tanto se requiere no sólo en México sino en el mundo entero. Lo anterior es así porque en la Reforma de 2008 que corresponde al proceso penal o cambio de paradigma procesal en materia penal hubo desde su instauración hasta su entrada en vigencia en 2016 una nueva forma de investigación criminal, pero con muchas áreas de oportunidad y entre ellas se encuentra el tema de la investigación que se lleva a cabo por parte de la policía.

Podemos decir que el esquema de investigación cambio radical y sustancialmente, puesto que ahora el ente encargado de llevar a cabo la investigación lo es la policía y el que la dirige es el Ministerio Público. Aquí haré una crítica porque constitucionalmente en los diversos Amparos que se promueven casi siempre la actuación de la policía no puede ser -en concepto de los jueces

legalistas- de manera autónoma, sino que tiene que estar dirigida por el Ministerio Público. Cuestión anterior, que deja de manifiesto que si no se autoriza entonces la policía no podrá realizar nada y mucho menos se convalidará por el Ministerio público y menos lo consentirá un juez de control y menos uno de amparo⁴.

Entre otras de las cosas que iré describiendo como realidades jurídicas y las malas praxis sin la intención de que sea solo una crítica, sino que éstas reflexiones sirvan para mejorar la actuación de los diversos servidores públicos que se encargan de operar el nuevo sistema de justicia penal el cual seguimos en proceso de construcción a pesar de más de un lustro practicándolo y ahora a la luz de la constitucionalidad fundamentalmente, ya ni hablamos de la convencionalidad de la cual en muchos casos nos alejamos cada vez más. Sin embargo, estoy seguro que atendiendo estos temas con mucha precisión y sobre todo respeto a la carta magna tendremos una mejor justicia penal.

Ahora bien, por cuanto hace a la policía de seguridad pública, tiene que tener características, formación, habilidades y destrezas similares a la de investigación. Lo anterior se afirma, pues cuando se está en un lugar de los hechos, o lugar del hallazgo o escena del crimen, se tienen que utilizar técnicas de investigación para preservar los indicios o la seguridad en dicho lugar. Podríamos decir que como técnica de investigación encontramos a aquel que llega primero al lugar de los hechos y tiene que saber que hacer en ese caso. Así que no siempre llega primero el policía de investigación, sino que pueden llegar diversas corporaciones y divisiones policiales en auxilio de dicho acontecimiento. De ahí que las policías de la competencia que sean y que lleguen primero ya tienen una obligación no solo constitucional sino procesal, que es la de procesar el lugar de los hechos y hacer una serie de actos ya delimitados hoy día, pero que aún en la actualidad siguen desconociéndose por parte de los elementos.

Para precisar lo anteriormente expuesto, debemos saber que si aquella autoridad policial no tiene esa capacidad entonces deberá resguardar el lugar y permitir que quien tenga la capacidad de procesar lo haga adecuadamente. Y esto se lleva a cabo de la mejor manera utilizando el protocolo del primer respondiente entre algunos otros que enunciaremos más adelante y algunos ejemplos sería el de cadena de custodia, utilización del informe policial homologado.

⁴ Artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales, México, 2023.

VII. La obligación constitucional de poner a disposición inmediatamente a un detenido y sus cosas

Si cualquier policía de la corporación o división que sea y en flagrancia detienen a un sujeto y se aseguran bienes, entonces ya este policía tiene obligaciones constitucionales tales como de poner a disposición al detenido con el término de la inmediatez, por lo que de no ser así entonces se violarían derechos fundamentales y hasta humanos, el cual traerían como consecuencia la libertad del sujeto en una audiencia de control de la detención. Y por cuanto hace a los bienes que se aseguren, la obligación es a ponerle cadena de custodia -aún a las cosas personales del detenido-, para que se mantengan y no se vayan a extraviar o a desaparecer y esto traiga como consecuencia que posteriormente la policía tenga que responder por lo que llevaba el detenido y que posteriormente no aparezca porque no se tuvo el cuidado al respecto.

Pero las obligaciones que nacen constitucionalmente desde la reforma hasta la actuación de la policía puede irse normando con algunas otras obligaciones tales como el Registro Nacional de Detenciones, es decir, la policía que normalmente no es la de investigación, sino la de Seguridad, es quien tienen la obligación de alimentar el sistema nacional de detenciones para garantizar la integridad de las personas en atención a dicha disposición que complementa las obligaciones de la función policial. En ese mismo orden de ideas, tenemos que existe en algunos casos la obligación de hacer la trazabilidad de la conducción del detenido y especificar cuáles fueron las rutas por las que se trasladó al detenido y en algunas ocasiones se utiliza el GPS de las patrullas para garantizar que quien traslade al detenido sea con las condiciones y vías oficiales, cumpliendo las disposiciones y protocolos de actuación.

Asimismo, en el artículo 230 del Código Nacional de Procedimientos Penales al respecto indica que cuando se trate de aseguramiento de bienes la policía es quien auxilia al Ministerio Público en la elaboración de un inventario de todos y cada uno de los bienes que pretende asegurar. En ese orden de ideas también debe tomar las providencias necesarias para la preservación del lugar de los hechos y de los indicios. Y, por último, los bienes asegurados por la policía deberán ser puestos a disposición de la autoridad y para el caso que nos ocupa es el Ministerio público la autoridad encargada, el cual puede mandar a realizar peritajes para el esclarecimiento de los hechos de los elementos puestos a su disposición por parte de la policía.

Por lo anteriormente señalado, dentro de las obligaciones constitucionales, tienen un efecto en la persona y en el proceso. Para la persona, porque se debe asegurar por parte de la policía el traslado conforme al protocolo y actuación para evitar el flagelo de la desaparición de personas en el peor de los casos o para evitar que se violenten sus derechos, sus posesiones o propiedades. Ahora bien, los efectos en el proceso son de tal magnitud que se pueden excluir aquellos elementos que incriminen al sujeto, pero que por un mal manejo o desconocimiento se deje un asunto con tal impunidad que si se hubieren manejado adecuadamente los indicios, evidencias, datos de prueba, medios de prueba o pruebas en el lugar de los hechos o localizados en las personas, permanecerían con tal valor que acreditarían el delito y se sancione al responsable.

VIII. Legislación que sirve de apoyo para homologar y estandarizar la actuación policial.

Como ya se ha dicho a lo largo del presente documento, se han realizado una serie de adecuaciones y esfuerzos para homologar la actuación de la policía en sus diversas concepciones de investigación o de seguridad. Por lo que ese esfuerzo a nivel nacional e internacional dan origen y sustento a un documento que me parece el primer esfuerzo sistematizador y de actuación para aquella autoridad que en funciones de seguridad, de investigación o administrativa a nivel México, pueda tener una intervención adecuada resguardando los derechos humanos de las personas, de sus cosas y de los procedimientos que se puedan desprender de esta intervención.

Es decir, se puede realizar un acto policial que tenga efectos para el derecho de las infracciones, en la cual un juez municipal se encargue de resolver el asunto por esa vía administrativa que se denomina de faltas. Pero por otro lado puede desencadenar en una intervención que tenga que ver con un delito del orden común o federal y que un juez de control o un tribunal de enjuiciamiento se deba ocupar de resolver, previa la intervención y solicitud de un agente del ministerio público. Y como hemos venido anotando, también puede el ejército en funciones de coadyuvancia a la seguridad ciudadana, desembocar en una intervención que puede tener efectos tanto en el ámbito nacional de seguridad ciudadana o pública como del propio ejército.

Como podemos observar, en la actuación de todas y cada una de las policías de los diversos ordenes municipal, estatal, federal y del ejército en apoyo de la seguridad, los efectos

que se pueden desplegar y que tienen que ver con su actuación función y naturaleza fundamentalmente nos resulta también en el régimen de responsabilidades de los servidores públicos en cada una de sus competencias.

Sin embargo, todas y cada una de las corporaciones que realicen funciones de policía deben conocer la legislación aplicable a su actuación, con la finalidad de tener un orientador que nos dé seguridad jurídica en cada uno de los actos que se desarrollen en ejercicio de sus funciones. Por lo que a continuación realizaré una transcripción de lo que el Protocolo Nacional de Actuación del Primer Respondiente considera la legislación por la cual está regido no solo el protocolo sino la actuación de la policía en funciones propias.

Por cuanto hace al marco jurídico nacional podemos destacar las siguientes: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Ley General de Víctimas, Ley para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, Ley de la Policía Federal, Código Nacional de Procedimientos Penales, Código Penal Federal.* Leyes u ordenamientos jurídicos que sin duda cualquier persona que se encargue de los temas de seguridad en cualquiera de sus líneas, tendríamos que conocer lo respectivo en cada una. Ahora bien, no solo en el ámbito nacional se tiene una normatividad vigente que conocer, sino que debemos acercarnos a la normatividad internacional como a continuación lo desarrollamos.

En el mismo sentido la normatividad pero ahora en el ámbito internacional se deben conocer para la actuación policial los siguientes: *Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.* Es decir, el marco mínimo de conocimiento de instrumentos internacionales de actuación de las policías en funciones que sean ya sea de investigación o de seguridad.

Por cuanto hace a las leyes locales que también una autoridad de policía debe conocer si o sí, son las siguientes: Constituciones de las entidades federativas, Leyes relacionadas con la

seguridad pública de las entidades federativas, Leyes relacionadas con las instituciones policiales de las entidades federativas, Leyes orgánicas de las procuradurías o fiscalías de las entidades federativas, Códigos penales de las entidades federativas, Reglamentos de las instituciones policiales de las entidades federativas. Legislación local que sin duda un policía en el ámbito de su competencia y funciones debe conocer obligatoriamente.

Ahora bien, en relación a los Protocolos Nacionales debemos decir que, sin dudarlo, es necesario que cualquier policía conozca desde su existencia y aplicarlos a los casos concretos, tales como: Protocolo Nacional de Actuación Traslado, Protocolo Nacional de Actuación Policial con Capacidades para Procesar el lugar de la intervención, Guía Nacional de Cadena de Custodia, etcétera. Entre algunos otros protocolos de actuación.

Los últimos cuatro párrafos, no es una mera descripción solamente, sino que es una expresión de necesidad urgente para que la policía en sus funciones adecue su actuación a dichos dispositivos legales, para que ésta sea, legal, adecuada, y estandarizada, por un lado, pero, por otro lado, constituye un límite de actuación en caso de que una mala actuación como hemos dicho en párrafos anteriores cause un efecto procesal que también desencadenaría una responsabilidad hasta penal. Por lo que nos atrevemos a manifestar que sin conocimiento suficiente y bastante del marco jurídico en el que se encuentra inmersa su actuación, sería una actuación ilegal que no debería permitirse. Por lo que aquí hacemos un llamado de atención para que las corporaciones policiales en primer lugar se capaciten adecuadamente y bastante en este rubro, para evitar que su actuación no sea ilegal, irregular y hasta violatoria de derechos humanos y demás efectos negativos que se ocasionen.

IX. Diversos tipos de policía que se reconocen en el protocolo

Para poder entender los diversos tipos de policía y su denominación, debemos partir de la que hemos venido desarrollando a lo largo del presente documento. Por un lado, la de investigación y por el otro lado la de seguridad y la del ejército como dijimos en función de coadyuvante de la de seguridad. Pero encontraremos una definición clara en cuando hablamos de la policía con capacidades para procesar, que se define como el personal perteneciente a las instituciones policiales y de procuración de justicia, especializado en el procesamiento de los indicios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.

Otro de los conceptos a la policía y su actuación es aquella que venimos diciendo que es la de investigación en estricto sentido. El cual se define como personal perteneciente a las unidades de investigación de los delitos, de las instituciones de procuración de justicia, o bien de las instituciones policiales. Definición que nos permite identificar su función, objetivo y a que dependencia pertenece.

Por cuanto hace a la policía denominada primer respondiente, es aquella que se define como el personal de las instituciones de seguridad pública (instituciones policiales, de procuración de justicia, del sistema penitenciario y dependencias encargadas de la seguridad pública a nivel nacional, federal, local y municipal) que sin perjuicio de la división o especialización a la que pertenezca, asume la función de intervenir, primero ante un hecho probablemente constitutivo de delito, conforme a la normatividad que le aplique. Entendemos que el mismo protocolo delimita el ámbito de su función.

X. Roles de cada una de las policías

Hemos logrado alcanzar a definir a la policía en sus diversas formas y clasificación dependiendo de la institución a la que pertenece. Ahora corresponde saber conforme al protocolo del primer respondiente, cuál es el rol de cada una de éstas. Es decir, si nosotros identificamos cuáles son sus roles entonces podremos tener una mejor actuación apegada a la normatividad.

Por cuanto hace a la policía con capacidades para procesar, esta debe desarrollar las actividades de procesamiento, traslado y entrega de los indicios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo. El rol sobre las acciones en concreto que se han enunciado anteriormente consideramos solo son ejemplificativas y no limitativas, pues existe un protocolo específico al respecto que permite profundizar cada una de las acciones anteriormente señaladas. El protocolo específico lo constituye la Guía Nacional de Cadena de Custodia, donde indica paso a paso lo que tiene que hacerse en este sentido.

Enseguida a la policía ministerial o de investigación en base a su rol, tiene por lo menos identificadas también conforme al protocolo del primer respondiente la de realizar los actos de investigación conducentes y en su caso, acude, recibe y se hace cargo del lugar de los hechos o del hallazgo. Y es aquí donde debemos recordar que los actos de investigación en el mismo Código Nacional de Procedimientos Penales se encuentran divididos en actos libres y los actos

que requieren autorización de un juez de control. Esto significa que la policía de investigación en el primer caso, de manera clara y precisa en funciones de investigación sin mayor requisito podrá desplegar todo lo dispuesto por el artículo 251.

Todos los actos de investigación que despliegue de conformidad con lo dispuesto en el 252 del mismo ordenamiento, requieren autorización de un juez de control, pues de otra manera sería una actuación ilícita, ilegal, irregular, etcétera, porque se requiere el control judicial. Pero lo anteriormente señalado debemos precisar que normalmente es el Ministerio Público quien le solicita el despliegue de este tipo de actos de investigación y la policía en funciones de investigación coadyuva y opera lo que autoriza dicho juez.

Por cuanto hace al rol del primer respondiente puede desarrollar de manera individual y con personal de apoyo las siguientes funciones: la recepción y corroboración de la denuncia, la recepción de las aportaciones de indicios, evidencias, objetos, instrumentos o productos de un hecho probablemente delictivo, la atención al llamado de las autoridades coadyuvantes para coordinar las acciones, la detención en flagrancia, y la localización y/o descubrimiento de indicios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho probablemente delictivo. Entonces de manera general hemos descrito lo que un primer respondiente puede realizar de manera muy específica sin mayor trámite.

XI. Conclusiones

La primera conclusión tiene que ver con una afirmación que realizamos en todo el trabajo y ésta es referente a que la policía se divide en dos grandes grupos o partes, la primera es aquella que en términos generales denominamos de seguridad y la otra es la que se denomina de investigación en estricto sentido. La primera es administrativa y se encarga de la seguridad ciudadana y la otra se llama de investigación y se ocupa de alguna parte del proceso penal acusatorio y oral en estricto sentido el cual actuará bajo el mando inmediato del Ministerio Público.

Otra conclusión tiene que ver con la función, y aquí afirmamos que muchas de las corporaciones policiales desconocen el marco normativo que las rige y por lo tanto sus funciones. Esto es así porque en su actuación observamos un actuar deficiente que se causan diversos efectos tales como la violación a los derechos humanos, fundamentales, al

procedimiento, pues afirmamos que si conociera el marco jurídico nacional, internacional, local y los protocolos de actuación su función estaría delimitada y estaría conforme a la legalidad.

En base a lo manifestado en la conclusión anterior, el actuar policial conforme al marco normativo señalado anteriormente, permitiría no solo una actuación legal, sino que permitiría tener una actuación homologada por dichos ordenamientos, pues hoy por hoy cada una de las policías actúa conforme a lo que cree que debe hacer, generando una inseguridad jurídica. Conclusión que se demuestra todos los días cuando en una intervención de la naturaleza que sea se violentan derechos humanos por el exceso o defecto en su actuación y en el procedimiento cuando se verifica que se califica de ilegal la detención del imputado.

En el mismo sentido de la conclusión anterior, podemos afirmar también que su actuación correcta o incorrecta puede tener efectos o repercusiones de mucho impacto. El primer efecto de gran impacto es el que identificamos que puede ser la violación a los derechos fundamentales, humanos. Un segundo efecto también de gran impacto es procesal, puesto que si hace bien su trabajo entonces lo que procese será válido, legal, lícito para el proceso y la defensa no lo podrá controvertir, pero si esto no es así, entonces puede originar que se quede sin validez dicha actuación, indicio o diligencia y se puede excluir conforme a derecho en algún momento procesal y con esto mismo, generar impunidad y una grave afectación a la víctima o a los ofendidos del delito.

Por último, podemos afirmar que si la policía en sentido amplio del concepto conoce su marco normativo es muy probable que su actuación apegada a la constitucionalidad generaría efectos positivos de carácter procesal que difícilmente se podrían controvertir y enseguida su actuación sería constitucional, legal y con pleno respeto a derechos humanos en pro de los justiciables.

XII. Fuentes de información

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.*
- *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica.*
- *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Publica.*
- *Ley General de Víctimas.*

- *Ley General de Responsabilidades Administrativas.*
- *Ley de la Policía Federal.*
- *Código Nacional de Procedimientos Penales.*
- *Código Penal Federal.*

Instrumentos Jurídicos Internacionales

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos.*
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos.*
- *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
- *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.*
- *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.*

Protocolos Nacionales

- Protocolo Nacional de Actuación Traslado.
- Protocolo Nacional de Actuación Policía con Capacidades para Procesar el Lugar de la Intervención.
- Guía Nacional de Cadena de Custodia.

REFLEXIONES Y ANÁLISIS JURÍDICO EN TORNO DE LA OBRA: *JUSTICIA INTERGENERACIONAL. ENSAYOS DESDE EL PENSAMIENTO DE LUKAS H. MEYER* DE SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO¹

REFLECTIONS AND LEGAL ANALYSIS ON THE WORK: *JUSTICIA INTERGENERACIONAL. ENSAYOS DESDE EL PENSAMIENTO DE LUKAS H. MEYER* BY SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO

Alejandro BERMÚDEZ VICTORIA

Estudiante de Doctorado

Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, UATx

derpo54@hotmail.com

Fecha de recepción: 25 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2023

Resumen:

El propósito de este artículo es realizar una breve reseña y análisis sobre la obra que comprende la compilación realizada por el Dr. Santiago Truccone Borgogno en relación al pensamiento del doctor y filósofo Lukas H. Meyer que ha abordado diversos problemas sobre justicia intergeneracional, incluida la discusión sobre nuestras obligaciones como ciudadanos en tiempo presente con las personas en el futuro; así como la cuestión de aquellas personas que han sido perjudicadas por el comportamiento injusto de nuestras generaciones pasadas.

Un punto medular de esta obra es que versa sobre cómo discernir y considerar el hecho de que las generaciones futuras efectivamente tienen derechos, y para ello se recurren a principios tales como “*el problema de la no identidad*”; así como determinar el “*umbral de bienestar satisfactorio*”, el cual es capaz de guiar a los Estados en sus políticas de gobierno encaminadas al bienestar de las generaciones futuras; y la importancia total de reconocer las injusticias históricas.

En este trabajo se abordan distintos temas en torno a la “Justicia intergeneracional”, tales como manipulación la genética en los hijos, noción disyuntiva de daño, justicia climática, así como uno de los puntos torales que es el relativo problema de la “*no identidad*”, el cual, es a criterio del Dr. Santiago Truccone Borgogno, la principal fuente de escepticismo frente a la posibilidad de que las

¹ TRUCCONE BORGOGNO, Santiago, comp., *Justicia intergeneracional. Ensayos desde el pensamiento de Lukas H. Meyer*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 2017, 290 p.

personas en el futuro tengan derechos a cuyo cumplimiento se encuentren obligadas las generaciones presentes.

Por lo cual en este trabajo solo se comentará lo que se considera más importante, que ha sido poco explorada pero muy interesante tema en Latinoamérica, para finalmente poder emitir una crítica sobre esta obra.

Summary:

The purpose of this article is to review the compilation made by DR Santiago Truccone Borgogno on the thinking of DR. and philosopher Lukas H. Meyer who has addressed various issues on intergenerational justice, including the discussion of our obligations as citizens in the present to people in the future; as well as the question of the people who have been harmed by the unjust behavior of certain members of the past generations.

A core point of this work is the one that deals with how to discern and consider that future generations do indeed have rights, for this they resort to principles such as "the problem of non-identity"; how to determine the "threshold of satisfactory well-being", which is capable of guiding the Governments in their policies aimed at the well-being of future generations; as well as the importance of recognizing historical injustices.

Palabras clave: Justicia intergeneracional, generaciones futuras, bienestar satisfactorio, no identidad.

Keyword: Intergenerational justice, future generations, satisfactory well-being.

I. Introducción

La estructura de la compilación sobre el pensamiento de Lukas H. Meyer se encuentra dividida en dos partes, una general y otra especial que están organizadas de la siguiente manera:

- **Parte I:** Temas de justicia intergeneracional - Lukas H. Meyer
- **Parte II:** Problemas específicos de justicia intergeneracional
- **2.** ¿Tenemos el deber de manipular genéticamente a nuestros hijos? - Alessandro Pinzani
- **3.** Dañar a personas futuras: ¿Cómo interpretar la noción disyuntiva de daño? - Santiago Truccone Borgogno
- **4.** El papel de las emisiones históricas en la justicia climática: el pensamiento de Lukas Meyer - Laura García Portela
- **5.** La tesis de la asimetría: actualismo y el problema de la no Identidad - Daniel H. Loewe

II. Temas de justicia intergeneracional. Lukas H. Meyer

El autor comienza con el análisis de uno de los reclamos que considera legítimos de las generaciones futuras con respecto (*vis-a-vis*) o frente a frente de las generaciones presentes, que parece ser el relacionado con la justicia distributiva: esto es, que si hubiera un conflicto intergeneracional de intereses, dependiendo de cómo sean entendidos los principios de justicia distributiva a aplicar, las generaciones presentes pueden ser obligadas por consideraciones de justicia a no seguir con políticas que impongan una distribución intergeneracional injusta de costos y beneficios.

Pero antes de seguir, hay que definir ¿qué se entiende por “*Justicia distributiva*”? al respecto podemos decir que Aristóteles distinguió² dos tipos de justicia particular: La justicia distributiva (*nemêtikon dikaion*), y aquella que desde Santo Tomás de Aquino se denomina justicia conmutativa (*diorthótikon* o, también, *epanorthótikon*).

La primera, como su nombre lo indica, tiene que ver con la distribución de los bienes sociales, incluidos la distribución de los cargos públicos y los honores.

En este orden de ideas, es necesario estudiar cómo se ha abordado este tema en la actualidad, aunado a esto es importante destacar que como bien afirma el compilador de esta obra, en habla hispana no existe mucha literatura de este tema en general y mucho menos de los temas específicos, por lo que es importante que en Latinoamérica se estudien estos tópicos y sumar a su análisis otros que cobran relevancia en la vida de las sociedades presentes y futuras, como es el de seguridad pública, finanzas y derechos humanos, entre otros.

En este tenor, se establece el cómo se diferencian las relaciones intergeneracionales de las relaciones entre contemporáneos, ya que en apariencia la aplicación de la justicia en general no aplica en generaciones no contemporáneas, para lo cual es necesario estudiar la “asimetría” o desproporción existente entre las relaciones de poder entre estas generaciones, que son básicamente cuatro a saber:

1. Primera, puede decirse que las generaciones presentes ejercitan poder sobre las generaciones futuras (remotas), por ejemplo, cuando crean condiciones que hacen

² SERRANO, Enrique, *La teoría aristotélica de la justicia. Isonomía*, 2005, pp. 123-160. Recuperado en 11 de enero de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006&lng=es&tlng=es.

que sea costoso (financieramente) para las generaciones futuras decidir en contra de continuar con los proyectos de las generaciones presentes.

Así, las generaciones presentes manipulan efectivamente los intereses de las generaciones futuras, y pueden alcanzar satisfactoriamente el resultado deseado de que sus proyectos continúen.

Las generaciones futuras remotas no pueden ejercitar tal influencia sobre las personas que viven en el presente y la relación de poder entre ellas es radicalmente desequilibrada, ya que las generaciones futuras remotas aun no tienen el potencial para ejercitar tal poder sobre las personas que viven en el presente, de manera similar, las personas que viven en el presente no pueden ejercitar influencia sobre las personas pasadas, ¿será? ¿interesante, ¿no?

2. Las generaciones presentes no sólo ejercen influencia en la conducta de las personas futuras afectando sus deseos y circunstancias, además ejercitan cierto poder para hacer retroceder los intereses de las generaciones futuras.
3. Aquellos que están vivos en el presente pueden afectar la existencia misma de las personas futuras (que estas existan o no), su número (cuantas existirán) y su identidad (quien existe), esto es, la existencia, número y la específica identidad de las personas futuras son contingentes, dado que dependen de las decisiones y acciones de las personas actualmente existentes.
4. El conocimiento que tenemos sobre el futuro es limitado, ya que mientras podemos conocer las identidades particulares tanto de las personas pasadas como de las presentes, normalmente no estamos en posición de referirnos a personas futuras expeditamente identificables.

De lo anterior, el autor establece que estas diferencias entre las generaciones entre contemporáneos con las generaciones subsecuentes y antecedentes, hacen surgir un número importante de problemas normativos, sobre los cuales es necesario reflexionar, el primero de estos problemas concierne a la importancia normativa del hecho invariable de que las personas son futuras rémoras, que al igual que las difuntas, no tienen el potencial para ejercitar poder sobre las personas actualmente existentes.

El segundo problema se refiere a la importancia normativa de la contingencia de las personas futuras, esto es en relación a las decisiones y acciones de las personas actualmente existentes.

Por lo que es necesario analizar acorde al autor, ¿si, y en qué medida de la existencia, identidad y número de personas futuras depende de las acciones y decisiones presentes?, y ¿en qué medida puede decirse que las primeras son dañadas por las ultimas?

El trabajo del Dr. Lukas H. Meyer se centra básicamente en los problemas del segundo y cuarto, esto en la medida en que ellos son especialmente importantes para entender la posibilidad misma de justicia intergeneracional, esto es, su esencia.

Al debatir estas cuestiones se establece la necesidad de ser claros sobre quién o que puede contar, por lo que, de acuerdo con el llamado enfoque de *“las personas afectadas”*, un acto puede ser incorrecto sólo si daña, dañará o puede esperarse que dañe a una persona que existe o existirá.

Básicamente, en este trabajo de investigación se discute, se defiende y argumenta sobre una interpretación de la justicia intergeneracional que puede ser caracterizada por dos afirmaciones principales que son:

1) Respecto a la relación entre las personas actualmente existentes y las personas futuras, se discute conforme a la dependencia del número e identidad específica de las personas futuras en relación a nuestras decisiones, por lo que no importa cuando la cuestión versa sobre el potencial daño a los intereses de las personas futuras o a la violación de sus derechos.

También hay que tomar en cuenta las consideraciones de justicia, en concreto las relativas a los derechos o reclamos de bienestar de las personas futuras con respecto a las personas actualmente existentes, que pueden guiarnos en la decisión entre políticas a largo plazo.

Por último, respecto de este punto tenemos las preocupaciones importantes en relación a las generaciones futuras que comparten muchas personas, que no pueden ser entendidas como deberes de justicia con respecto a las personas futuras; estas intranquilidades se encuentran basadas en un entendimiento del significado ético de vernos a nosotros mismos como miembros de una comunidad política y una sociedad transgeneracional.

Por lo que refiere al segundo punto, se considera que, respecto a las relaciones entre las personas actualmente existentes y las personas del pasado, surgen ciertas cuestiones como las siguientes:

2) Puede entenderse que las personas actualmente existentes se encuentran afectadas negativamente por injusticias históricas, incluso si estas injusticias están entre las condiciones necesarias para su existencia misma e identidad.

Aún si se sostiene la posición de que el problema de la no identidad excluye la posibilidad de que las personas actualmente existentes sean víctimas indirectas de injusticia pasadas o que las injusticias históricas bajo consideración han sido anuladas, las personas actualmente existentes pueden estar bajo deberes sobrevivientes en relación a las víctimas fallecidas debido a los males cometidos en contra de ellos (por otros) en el pasado.

Además del argumento reflejado por el problema de la no identidad se pueden distinguir al menos otros cuatro argumentos en apoyo al rechazo de la posibilidad de que las generaciones futuras tengan derechos con respecto a nosotros.

El primer argumento se basa en el hecho de que las personas futuras vivirán en el futuro, de acuerdo con el segundo argumento, para que las personas futuras tengan derechos con respecto a nosotros, habría que adscribirles un derecho a la existencia, así mismo, el tercer punto establece que nuestra situación epistémica no nos permite relacionarnos con las personas futuras como individuos.

Adicionalmente, Lukas H. Meyer también analiza un cuarto argumento de acuerdo al cual no puede decirse que las personas futuras tengan derecho con respecto a las personas actualmente existentes, dado que aquellas no pueden reclamar estos derechos contra estas y, a fortiori, no pueden imponer sanciones sobre las personas actualmente existentes por el incumplimiento de sus deberes correspondientes.

Como el autor ha intentado demostrar, este argumento presupone una afirmación claramente discutible sobre las condiciones necesarias para ser portador de un derecho, así como de ejercerlo.

III. Posibilidad de que las personas futuras tengan derechos

Esta parte es básica para poder respaldar la idea o concepto de que las personas futuras a pesar de no existir actualmente, son portadoras de derechos, por lo que en primera instancia vemos que algunos filósofos como De George, Macklin, Beckerman y Pasek, Herstein han negado que ellas tengan derechos (o justos reclamos), por lo que se considera la siguiente afirmación: “las generaciones futuras, por definición, no existen ahora”, esto, basados simplemente en el hecho de que las personas futuras vivirán en el futuro.

De lo anterior también se podría concluir que dichas generaciones no pueden actualmente ser los portadores presentes o sujetos de cualquier cosa, incluyendo derechos, por lo que se podría afirmar que ahora podemos violar los derechos de las personas futuras, lo cual no implica sostener que las personas futuras tengan derechos ahora, como lo establece Partridge³, quien sugiere que “las personas futuras tienen derechos en el presente, aunque todavía no existan”.

Esta implicación se sostendría, si se aceptara que sólo los derechos actualmente existentes por sí solos constriñen a las generaciones presentes.

Derivado de los párrafos que anteceden, se puede asumir de manera segura acorde al autor, I) que las personas futuras serán portadoras de derechos en el futuro; II) que los derechos que ellos tendrán se encontrarán determinados por los intereses que tendrán; y III) que nuestras acciones y políticas presentes pueden afectar sus intereses.

Si podemos violar los derechos de una persona frustrando severamente sus intereses, y si también podemos frustrar gravemente los intereses de las personas futuras, podemos violar sus derechos futuros, por lo que su existencia futura, por sí misma, es insuficiente para fundamentar la afirmación de que no podemos violar ahora sus derechos.

IV. Problemas centrales relativos al “problema de no identidad”

Lukas considera que pueden distinguirse cuatro respuestas centrales al problema de la no identidad, en este sentido algunos filósofos sostienen la posición de que las personas futuras, cuya existencia depende de las acciones de las personas actualmente existentes, no pueden tener

³ PARTRIDGE, Ernest, *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, Ethics, New York, Prometheus Books, 1981.

derechos con respecto a estas últimas, refutar dicha posición es toral para el tema de la justicia intergeneracional.

Enseguida otros argumentan que las personas actualmente existentes pueden violar los derechos de las personas futuras incluso si los primeros no pueden dañar a los últimos, si así fuera el caso, las personas futuras no pueden tener derechos de bienestar con respecto a las personas actualmente existentes, en la medida en que violar los derechos de bienestar implica hacer disminuir o dañar los intereses de los portadores de derechos.

En tercer lugar, se intenta restringir la importancia práctica del problema de “*la no identidad*” limitando las acciones relevantes a aquellas que no son condiciones probables sino necesarias de la existencia de la persona en cuestión.

Finalmente, algunos han tratado de sortear el problema de la no identidad, sugiriendo una noción alternativa de daño que no sea afectada por la llamada concepción de “Umbral de daño”, la res puesta al problema de la no identidad basada en la concepción del umbral es notoriamente diferente de otras respuestas propuestas.

De acuerdo con tal noción de daño, una acción daña a una persona solo si, como consecuencia de tal acción, la persona (entonces existente) cae debajo de un umbral normativamente definido.

Esta noción del umbral no es afectada por el “problema de la no identidad”, ya que encontrar el daño en este caso no requiere que la persona que se encuentra en un estado por debajo del umbral hubiera estado en una mejor condición en la situación que se hubiese dado en ausencia de la acción dañosa.

Por lo anterior, concluye que las personas futuras son dañadas por las acciones de las personas actualmente existentes, incluso si estas acciones están entre las condiciones necesarias de la existencia, identidad y número de las personas futuras.

Tal noción de daño limita la importancia práctica en diferentes grados, dependiendo de cómo sea definido sustancialmente el umbral. La noción de daño descansa en la idea de que tenemos un deber general hacia las personas de no causar que ellas estén en una condición peor que aquella en la que deberían estar. Podemos causar mediante nuestras acciones y omisiones

que una persona esté en una peor condición que aquella en la que “esa” persona tiene derecho a estar.

V. Derek Parfit, el enfoque de la no diferencia y la noción disyuntiva de daño

Lukas H. Meyer hace referencia al autor Derek Parfit, el cual ha introducido el “*enfoque de la no diferencia*”, la cual, no marca ninguna diferencia (teórica o práctica) en relación a cómo deberíamos actuar (considerando un todo) en el sentido de que el tamaño y la composición de las generaciones futuras dependa de nuestras decisiones presentes. Así, hace alusión a la noción disyuntiva la cual afianza el soporte de la noción de daño, proporcionando así una explicación del daño causado más sencilla, en este sentido, mientras es posible mostrar que la tesis del umbral simple es compatible con el enfoque de la “no diferencia” de Parfit, la noción disyuntiva de daño establece por sí misma, cuestiones interpretativas difíciles.

El enfoque de la no diferencia señala: nuestras razones para evitar el daño a las personas futuras posibles (aquellas que pueden ser concebidas) son tan fuertes como nuestras razones para prevenir el daño a las personas reales (aquellas que se desarrollarán de los fetos en curso ya concebidos).

VI. ¿Cómo justifica el umbral de daño a la justicia integracional?

Para el autor, especificar el estándar atribuyendo derechos mínimos iguales a las personas es sólo una interpretación posible del umbral, ya que, de acuerdo a una interpretación de lectura igualitaria, las personas actualmente existentes dañan a las futuras causando que tengan un nivel mucho menor de bienestar que sus propios contemporáneos.

Ahora, desde una concepción “suficientarista” de la Justicia, se sostiene que la igualdad por sí misma no importa, asimismo, el suficientarismo tiene una tendencia intrínseca a la igualdad, al respecto tenemos que el “*Suficientarismo*” no considera que la igualdad material sea relevante desde el punto de vista moral⁴, aquí la desigualdad no atentaría contra la dignidad de las personas, lo moralmente relevante es que todos tengan lo suficiente para poder actuar de forma libre y no poner en peligro la dignidad, en conclusión, el suficientarismo sí cree en la

⁴ EYZAGUIRRE T., Sylvia., *Igualitarismo versus suficientarismo*, Centro de Estudios Públicos (CEP), Santiago de Chile, 22 de agosto de 2016, <https://www.cepchile.cl/igualitarismo-versus-suficientarismo/cep/2016-08-22/145453.html>

responsabilidad de nuestros actos, y esto aplica tanto para las generaciones presentes como para las futuras.

De esto, el autor establece una interpretación débil y una fuerte del suficientarismo, basado en los estudios de *Crisp*⁵, acorde al Suficientarismo débil, la prioridad dada a las personas por debajo del umbral decrece a cero hacia el umbral, por otra parte, la posición del suficientarismo fuerte, se diferencia en cómo interpreta la prioridad dada a las personas cuyo bienestar está por debajo del umbral, atribuyéndoles una prioridad significativa (mientras que de acuerdo al suficientarismo débil, esta prioridad decrece a cero hacia el umbral).

VII. El ahorro justo de John Rawls

Se debe al gran académico y filósofo John Rawls sobre la primera discusión sistemática de las obligaciones hacia las personas futuras, en la que también propone un “*principio de ahorro justo*”, aunque en concreto nunca discute el problema de la nueva identidad y, para la mayor parte de la discusión asume que el número de personas futuras es constante.

Rawls especifica el umbral suficientarista relevante para definir las obligaciones de justicia de las personas actualmente existentes con respecto a las personas futuras: “las condiciones necesarias para establecer y preservar una estructura básica justa a través del tiempo”. Así también, establece que el principio correcto es el que los miembros de cualquier generación y de todas las generaciones adopten este principio como el que debe seguir y como en el que querrían que siguieran las generaciones precedentes y las generaciones posteriores, sin importar cuán atrás o adelante en el tiempo estén, por lo tanto, se piensa que el principio de ahorro justo acorde a lo acordado es vinculante para todas las generaciones anteriores y futuras.

Por lo que se refiere a los límites a las posiciones fundadas en derechos, esto es, lo que el compilador denomina como deberes hacia el futuro, Lukas H. Meyer ha argumentado a favor de interpretar la justicia intergeneracional en términos de una concepción según la cual el umbral suficiente arista tiene una importancia central.

El argumento consiste en parte, en una respuesta al “problema de la no identidad”, una interpretación suficientarista de la noción de umbral del daño junto a una apropiada concepción

⁵ CRIS, Roger, *Equality, Priority, and Compassion*, Ethics, 113:2003, pp. 745-763.

sobre la incorrección moral de los actos, nos da un entendimiento plausible de lo que se le debe a las personas futuras: el hecho de que su existencia sea contingente en relación a nuestras decisiones presentes no importa donde lo que se cuestiona es nuestra habilidad para dañar los intereses y violar los derechos de las personas futuras.

Empleando una noción no comparativa de daño, uno puede justificar los deberes de la generación presente de no violar los derechos de las generaciones futuras a no ser dañadas, en consecuencia, las consideraciones basadas en derechos son relevantes no sólo para las elecciones de las mismas personas, sino también para ambos tipos de elecciones de diferentes personas, que Parfit distingue, es decir en elecciones del mismo número y las que en el futuro vivirán la misma cantidad de personas independientemente de nuestras elecciones presentes y elecciones de diferente número en las que una cantidad diferente de personas vivirá dependiendo de qué opción tomemos.

Por lo tanto, el suficiente ritmo intergeneracional permite especificar las condiciones de justicia relevantes para las decisiones concernientes a políticas poblacionales: las personas futuras tienen derecho con respecto a nosotros que reflejan las consideraciones de justicia tal y como son especificadas por el suficietarismo intergeneracional.

Nuestros deberes correlativos dan un marco normativo a la mayoría de nuestras decisiones referidas a las personas futuras, incluyendo aquellas que tienen impacto en su número de identidad, sin embargo, tal marco no proporciona una teoría moral completa de las relaciones intergeneracionales, especialmente en lo en el contexto de decisiones sobre la existencia y el número de identidad de las personas futuras.

El autor se pregunta que consideraciones aparte de las basadas en derechos pueden guiarnos en nuestras relaciones con las personas futuras, ha sugerido que la preocupación ampliamente compartidas sobre la continuación de la vida humana sobre la tierra a un alto nivel de bienestar puede, al menos en parte, ser explicada por una obligación hacia las personas futuras que no les da derechos correlativos a estas últimas con respecto a las personas actualmente existentes.

Esta obligación refleja aquellas preocupaciones ampliamente compartidas respecto de las personas futuras que no pueden ser explicadas por consideraciones basadas en derechos, acción que puede ser descrita de acuerdo con las líneas siguientes: aquellos actualmente existentes deben

respetar los bienes altamente valiosos que sus predecesores les negaron tanto a ellos como a las personas futuras más remotas, y ellos también le deben respeto a los proyectos orientados al futuro altamente valiosos de sus contemporáneos.

Tal respeto debido da lugar a una obligación general, a saber, que las personas presentes no deben destruir intencionalmente los bienes heredados y las condiciones que son constitutivas del seguimiento de los proyectos orientados hacia el futuro de las personas.

En otras palabras, el respeto hace surgir una obligación general de que nadie destruye voluntariamente las prácticas sociales respecto de las cuales depende que las personas continúen con sus proyectos orientados al futuro, mientras las personas futuras son los beneficiarios, la obligación es de vida tanto a las personas pasadas como a las presentes.

Las generaciones presentes se encuentran bajo dos tipos de obligaciones de justicia intergeneracional:

- 1) Se encuentran obligados a no violar derechos de las generaciones futuras y;
- 2) Al menos algunas personas actualmente existentes pueden también ser obligadas a proporcionar una compensación a los contemporáneos por los daños sufridos por víctimas en el pasado en manos de sus perpetradores.

Empleando la noción de umbral de daño la cual puede ser entendida no sólo como un elemento central de una concepción suficientarista de la justicia intergeneracional, sino que también podría ser un elemento de otras interpretaciones sustantivas, pudiéndose justificar conclusiones sobre ambos tipos de deberes de la generación presente.

Las características especiales de nuestras relaciones con las personas futuras remotas especialmente, la falta de conocimiento particular, la imposibilidad de cooperación y la permanente asimetría de influencia, no se interpone en el camino de asignarles derechos basados en deberes correlativos asignados a nosotros.

El hecho de que los agravios pasados están entre las condiciones necesarias para la existencia de identidad de las personas actualmente existentes es compatible con la posición de acuerdo a la cual estas personas tienen derecho a ser compensados por el impacto de estos agravios pasados sobre su bienestar, y que estos derechos pueden basarse en deberes correspondientes de nuestros contemporáneos, una interpretación mirando a futuro de la importancia de las injusticias pasadas.

Las consideraciones de justicia intergeneracional basadas en derecho resisten no sólo a las elecciones de las mismas personas, sino también ambos tipos de elecciones de diferentes personas, que distinguen Parfitt, incluyendo las que él llama elecciones de diferente número. Sin embargo, existen al respecto preocupaciones ampliamente compartidas sobre la continuación de la vida humana a un alto nivel de bienestar no pueden ser explicadas solamente por consideraciones basadas en derechos.

También, la importancia moral de los males pasados no debería ser interpretada solamente en términos del impacto de esas injusticias sobre el bienestar de las personas presentes y futuras.

Por otro lado, las relaciones intergeneracionales no se encuentran gobernadas exclusivamente por deberes con derechos correlativos, existe la noción de que podemos estar bajo deberes sobrevivientes hacia las personas fallecidas que no pueden ser portadoras de derechos con respecto a las personas presentes, que es compatible con una interpretación con miras a futuro de la importancia de las injusticias históricas, la noción de qué estamos bajo una obligación hacia las personas futuras a quienes no corresponden derechos futuros.

En este orden de ideas, bajo la obligación de no destruir voluntariamente los bienes y heredados de nuestros predecesores y las condiciones que son constitutivas de la persecución de proyectos personales orientados al futuro, es compatible con la posición de qué estamos bajo obligaciones de justicia intergeneracional a la que les corresponde un derecho de las personas futuras.

VIII. ¿Cómo es que las personas aún no existentes poseen derechos?

En esta parte se realizan algunas consideraciones sobre los conceptos centrales como son: la justicia, deber, derecho, y bueno, desde el punto de vista de Kant, las cuestiones de justicia son cuestiones relativas a algo que *“alguien”* le debe a otro *“alguien”*.

No obstante, el autor sigue a Kant en su distinción entre deberes de derecho y de justicia, por un lado, deberes de virtud y por el otro, en la metafísica de las costumbres, distinción realizada por él.

En el presente caso en el cual se encuentran en juego deberes de justicia entre generaciones diferentes la cuestión es si tenemos deberes de justicia frente a personas futuras para utilizar la expresión de Meyer, si ese es el caso, entonces esas personas tendrían derechos frente a nosotros.

Por lo tanto, en primer lugar, se necesita definir la noción de derecho y considerar si ella se aplica también a personas aún no existentes en el caso que nos interesa podemos identificar dos derechos fundamentales de los hijos en relación a los padres: el derecho negativo de no ser perjudicados por las elecciones que los padres realizan antes de su nacimiento y un derecho positivo a una intervención activa por parte de los padres a fin de garantizar al futuro bebé un cierto nivel de bienestar, enseguida el autor pretende discutir estos derechos y defender su existencia.

En primera instancia se aclara qué debemos entender por derechos aquí, ya que se entiende que no estamos hablando de derechos en un sentido jurídico estricto sino en un sentido moral, por lo que es necesario responder en primera instancia a la pregunta ¿qué se entiende por derecho?

Tradicionalmente se distingue entre forma y función de los derechos, distinción que sigue el análisis realizado por Wesley Hofeld, en el que conforme a su forma los derechos pueden ser:

- 1) Privilegios o libertades (*privilege-rights, liberties*)
- 2) Pretensiones (*claims*);
- 3) Poderes (*powers*) y
- 4) Inmunidades (*immunities*).

En el caso de las libertades, ellos corresponden a la ausencia de un deber de abstenerse de ciertos actos, en el caso de las pretensiones, los otros tienen frente al agente el deber de realizar o de abstenerse de determinado acto, en el caso de los poderes, el individuo tiene la capacidad de modificar la situación del titular de privilegios o pretensiones.

Los privilegios y poderes son derechos activos, una vez que implican una acción por parte de su titular, mientras que pretensiones en unidades representan derechos pasivos, dado que estos refieren a las acciones de otros y no del propio titular.

En relación a la función, se dirigen habitualmente dos vertientes llamadas respectivamente teoría de la voluntad y teoría del interés, con la primera, el titular de los derechos es como un pequeño soberano que posee el control sobre los deberes de los otros: los derechos tienen la función de atribuir a su titular ese control. De acuerdo a la segunda, los derechos protegen los intereses de su titular.

Especificando más sobre este punto es importante señalar que la “Teoría de la Voluntad” de Windscheid se concentra en el aspecto formal y la forma de controlar por parte del titular del derecho sobre la posición que le es conferida, respecto del poder jurídico por una norma para estar en condiciones de demandar su cumplimiento en caso de que así lo elija.

Atribuir derechos a personas futuras significa, entonces, afirmar que ellas van a poseer intereses que deben ser defendidos e implementados por medio de privilegios, pretensiones, poderes e inmunidades.

Aun así, es evidente que ni de todo interés resulta un derecho: puedo tener interés de ganar la lotería pero no por eso tengo el derecho correspondiente, esto es, el derecho de necesariamente ganarla, por lo tanto, es necesario establecer ciertos criterios que permitan la identificación de intereses tan básicos al punto de poder servir de base para el establecimiento de derechos, esto puede suceder a partir de una perspectiva característica de las teorías sufficientistas que se limitan a enunciar una lista de carencias básicas, cuya satisfacción resulta necesaria para ser un agente moral en general o para alcanzar un nivel mínimo de bienestar, la vida no valdría la pena de ser vivida.

IX. Justicia para personas que no existen

Respecto de los defensores de la “*Teoría del interés*” como Raz y Kramer, el autor Lucas Meyer afirma que ser capaz de ejercer sus derechos no es una condición necesaria ni suficiente para hacer un detector de derechos, en otras palabras, conforme a la teoría del interés, una persona puede ser titular de un derecho independientemente de ser capaz de exigir su implementación, que por el contrario es lo que exige la teoría de la voluntad, por lo tanto, también las personas y generaciones futuras pueden ser consideradas titulares de derechos.

Estas consideraciones de Meyer poseen consecuencias normativas inmediatas, una vez que atribuye derechos a alguien, en ese caso a personas que aún no existen. La consideración puede ser criticada con base en el argumento de que, por definición, generaciones futuras no existen aún y que, por lo tanto, no pueden ser por el momento titulares o sujetos de cualquier cosa, inclusive derechos.

Se pregunta el autor si existe un derecho a un patrimonio genético optimizado, trata el tema de la intervención positiva la cual considera no representa una violación de los derechos

de las personas futuras asimismo se pregunta si existe un deber de los padres de servirse de la biotecnología para aumentar los chances de que sus hijos no solamente tengan una vida saludable, sino que además consigan el éxito material posibilitado por las cualidades implantadas en ellos.

Asimismo, la perspectiva normativa defendida por los defensores de la teoría del interés, como Meyer lleva, por lo tanto, eliminar prácticamente la distinción entre una intervención genética negativa y positiva, una vez de cualquier omisión por parte de los padres en relación al “*enhancement*” o “mejora” genético de los hijos puede ser considerado como un daño indebido y como una violación de los derechos de los hijos, más allá que estos no hayan aún nacido.

De la aplicación de la posición de Meyer al caso específico de la relación entre padres e hijos son los nacidos, la existencia de deberes frente a personas futuras fundamentados en los intereses de las mismas lleva el surgimiento de deberes relativos a las acciones que puedan perjudicar dichos intereses.

La perspectiva normativa adoptada por Meyer lleva a consecuencias relevantes en lo que respecta la relación moral entre padres e hijos aún no nacidos.

El criterio de Meyer apunta a establecer un nivel mínimo de bienestar que debería ser garantizado para todos, pero no es claro y no especifica en qué consiste dicho nivel. Este criterio aborda un problema que tiene una dificultad más general que es la de enfrentar cuestiones de justicia intergeneracional como si fuesen cuestiones de derechos individuales, en este sentido el compilador establece que sería deseable desarrollar una perspectiva moral no individualista, y más preocupada con la dimensión social de las cuestiones de justicia intergeneracional.

X. Daños a las personas futuras y el concepto de “Noción disyuntiva de dañar”

Lucas Meyer elaboró lo que se conoce como “*noción disyuntiva de dañar*”, esta noción es muy útil dado que permite afirmar que muchas acciones que tendrían malos efectos sobre individuos cuya existencia depende de nuestras decisiones ya que pueden ser consideradas dañosas.

La elaboración proporcionada por Meyer se limita a la discusión conceptual diferida a ¿cuándo puede considerarse que una acción es dañina?, el trabajo del autor en sí no aborda en profundidad la discusión respecto a qué tipo de daño es más grave, así mismo, en este apartado

el compilador pretende desarrollar la tarea de realizar una serie de consideraciones en diferentes clases de casos e identificar qué tipo de daño es el más grave.

En primera instancia explica en detalle el problema al que se enfrenta cuando sea lo que sea que hagamos causaremos daño. Así, en cuanto al concepto de daño sobre la fase de la noción disyuntiva desarrollada por Meyer, el compilador afirma que cuando un sujeto causa un daño por hacerle a una persona que esté en un estado debajo del umbral, el sujeto afectado estará sufriendo un *“daño absoluto”*.

En lo que se refiere a la maldad de los daños, el compilador afirma que sufrir un *“daño absoluto”* es malo porque ha sido afectado el derecho de una persona al tener un nivel mínimo de bienestar, en tanto que sufrido un daño relativo es malo porque de esa manera los sujetos tendrían un nivel de bienestar peor que aquel que de otro modo hubiesen tenido.

En cuanto a la gravedad de los daños el compilador intenta demostrar que si los daños son cualitativamente idénticos, sufrir una mayor cantidad de unidades de daño es peor que sufrir una cantidad menor. Los daños son cualitativamente diferentes y las unidades de daño sufridas son idénticas, si se ha sufrido un daño absoluto es más grave que sufrir uno relativo. Así, sufrir determinadas unidades de daño absoluto y adicionalmente unidades de daño relativo es peor que sufrir sólo unidades de daño absoluto.

Los sujetos afectados se encuentran en estado de daño distintos y sufran daños tanto cualitativa como cuantitativa mente diferentes, la comparación entre la gravedad de los daños sólo puede ser imprecisa.

XI. Respecto al daño y al problema de la nueva identidad

El modo usual de explicar porque alguien ha sido dañado apela a la *“noción de subjuntiva histórica de daño”*, conforme a la cual, la acción de dañar a alguien cuando causa en un *“momento 1”*, que la persona afectada se encuentra en un *“momento 2”* en un estado que es peor que en otro en el que había estado si no se hubiesen interactuado con esta persona en absoluto, por lo que con esta noción de dañar se da cuenta de la mayoría de los casos en los que creemos que es posible dañar alguna persona, no solo presente sino también futura.

Esto implica un inconveniente al que se enfrenta el concepto de justicia intergeneracional, al que se le conoce en la literatura como *“problema de la no identidad”* o *“contingencia de las personas futuras en relación a nuestras decisiones”*.

Este problema radica en el hecho de que de acuerdo a cuál sea la acción que se realice, la identidad de las personas que resulte será diferente, y como esto es así, entonces, dichas acciones no pueden empeorar el estado en el que estarán los sujetos que existirán como consecuencia de ellas y, por tanto, parece que tales acciones no son dañosas; no obstante, a pesar de que la noción disyuntiva de daño hace surgir y analizar cuestiones de interpretación muy difíciles, no se explica por sí misma, y no determina qué tipo de daño es más grave.

XII. La noción disyuntiva de daño

De acuerdo a la noción disyuntiva de dañar de Meyer, determinadas acciones producen daños cuando causa que una persona esté en un estado en el que se encuentra bajo del umbral, o cuando causa que a aquélla que está en un estado que es peor que otro en el que habría estado si no hubiese interactuado con ella en absoluto.

Un estado de daño es aquel en el que se encuentra la persona que sufre un daño, en tanto que una acción daños es aquella que causa que una persona esté en un estado de daño.

Ahora bien, en relación a los estados de daño, existen dos concepciones opuestas, la *“concepción relativa a la acción”* y la *“concepción relativa los efectos”*. De acuerdo a la *“concepción de los estados de daño relativa a la acción”*, un sujeto sufre un daño sólo si, en ausencia de la acción daño o sea, el sujeto afectado no habría estado en el estado en el que se encuentra.

En cambio, para la concepción de los *“estados de daño relativa a los efectos”*, un sujeto sufre daño meramente en virtud del estado en el que está, aún si se hubiese encontrado en el mismo estado en ausencia de la acción que causó que esté en él.

XIII. Comparabilidad cuantitativa y cualitativa

El compilador de la obra que se analiza establece que es importante hacer notar que existen dos modos en que los daños pueden diferir entre sí: cuantitativamente y cualitativamente.

La noción de unidad de daño es aplicable tanto a los daños absolutos como a los relativos. Cada unidad de daño debe ser medida en relación a una línea de base definida equitativamente, así tenemos la formulación de tres principios, en el que el “Principio uno”, que determina que “donde los daños sean cualitativamente idénticos, mientras cuantitativamente más grande sean los años, más fuertes serán las razones en contra de dañar”.

En este sentido es útil para resolver situaciones donde se sabe que, cuál sea la política o acción que se elija, se causarán daños del mismo tipo: o absolutos correlativos. Si sólo se causan daños relativos, quiere decir que el *“problema de la no identidad”* no tienen lugar, en tanto que, si sólo se causan daños absolutos, eso quiere decir que sólo se afectarán personas cuya identidad depende de nuestras acciones. Por tanto, cuando este principio de aplicación no estaremos decidiendo entre dañar a personas futuras en casos atravesados por el problema de la no identidad o a personas presentes.

El principio dos reza “la cantidad de unidades de daño, la razones en contra de realizar acciones que causen daños absolutos son más fuertes que la razón es en contra de realizar acciones que causen daños relativos”.

El principio tres establece: “la razones en contra de realizar acciones que causen X unidades de daño absoluto y, adicionalmente, Y unidades de daño relativo son más fuertes que la razón es en contra de realizar acciones que causen sólo X unidades de daño absoluto, principio que ayuda a resolver casos donde sea lo que sea que se haga, las personas afectadas se encontrarán debajo del umbral de daño, sugiere que en estos casos debemos evitar causar daños a personas cuya identidad no depende de nuestras decisiones”.

XIV. Diferencias cualitativa y cuantitativa: diferentes niveles de bienestar

Aquí se explica qué daño es peor, cuando los sujetos afectados se encuentran en un estado en el que su nivel de bienestar es diferente y sufre una cantidad de unidades de daños tanto absolutos como relativos son disímiles, estos son los casos difíciles.

Se ha establecido que sufrir cierta cantidad de unidades de daño absoluto es más grave que es sufrir la misma cantidad de unidades de daño relativo, esto es para graduar la gravedad de los daños en los casos en los que los sujetos afectados se encuentran en estados diferentes, y sufren

daños tanto cuantitativa como cualitativa mente diferentes, tenemos que apelar a lo que se conoce como la concepción lexical imprecisa.

De acuerdo a la concepción lexical, los años absolutos son lexicalmente más graves que los daños relativos, y si la diferencia de gravedad entre daños absolutos y relativos fuese precisa, dicha concepción implicaría que mientras es siempre peor sufrir más unidades de daño relativo, ninguna cantidad de unidades de daño relativo puede ser tan grave como sufrir una sola unidad de daño absoluto.

Sin embargo, la comparación entre estos estados de daño absoluto y estados de daño relativo es imprecisa, por lo tanto, no estamos obligados a aceptar tal conclusión, por lo que para evitarla tenemos que apelar a la concepción léxica precisa de acuerdo a la cual, aunque sufrir más unidades de daño relativo hace que el daño sufrido sea más grave, un número suficiente de unidades de daño absoluto siempre hará que el daño sufrido sea peor que cualquier número de unidades de daño relativo.

En este apartado se comenzó afirmando que la noción disyuntiva de daño o propuesta por Lucas Meyer es extremadamente útil para identificar aquellos casos en los que creemos que nuestras acciones causan daños, sin embargo, tal como refirió el doctor Truccone, tal noción de daño requiere un desarrollo más profundo en relación a qué tipo de daño es más grave.

Aquí el compilador trató de realizar dicha tarea, llevando a cabo consideraciones capaces de explicar por qué ciertos tipos de daños son más graves que otros.

A su vez, sobre la base de la gravedad de los daños causados se ha formulado cuatro principios que permiten guiar las decisiones donde, sea cual sea la política o la acción que se realice se dañará a una persona o un grupo de personas.

Si las consideraciones que sean proporcionales de trabajo son correctas, se ha desarrollado en la noción disyuntiva de daño de un modo capaz de servir como guía a las acciones y decisiones que en aquellos casos es posible causar distintas clases de daño.

XV. El papel de las emisiones históricas en la justicia climática

Por último, consideramos que el tema de Justicia climática es el más indicado para ser incluido en el presente trabajo, a pesar de que también existen temas importantes en la compilación sobre

Justicia Intergeneracional, tales como manipulación genética entre otros. En este sentido, el tema ambiental y justicia climática cobra relevancia por ser a nuestra consideración el que comenzó y ha influido en general a todos los teóricos y estudiosos que han escrito y reflexionado sobre justicia intergeneracional.

En este orden de ideas, tenemos que el cambio climático supone uno de los problemas intergeneracionales más acuciantes y sobresalientes de nuestro tiempo, puesto que a través de él permanecen interconectados las tres dimensiones temporales: nuestro pasado, nuestro presente y nuestro futuro.

El cambio climático es, descriptivamente, la consecuencia negativa que las acciones del pasado han tenido sobre el presente, sin embargo, tiene también una dimensión normativa esencial, esto a través del resultado de lo que no debiera repetirse, y que nos señala el camino para acciones futuras.

El tema central que hay que dilucidar en materia de justicia climática es la de si deben las emisiones históricas ser tomadas en cuenta en el diseño de un régimen climático global y, si así fue como ya está que punto, dar respuesta esta pregunta sido uno de los objetivos de la filosofía de Lucas Meyer en la última década.

XVI. El debate entre las visiones compensatoria y distributiva de la justicia climática y los principios morales que la sustentan

Los debates acerca de la concepción de la naturaleza de la justicia climática se mueven entre quienes consideran que debería ser concebida bajo los parámetros de una visión compensatoria de la justicia y quiénes la enmarcan dentro de los esquemas propios de la justicia distributiva.

Lo que el pensamiento de Lukas Meyer tiene de original en el marco de estos debates, es que para él, una visión distributiva no implica necesariamente que las emisiones históricas que bien excluidas de las demandas de justicia climática.

Ahora, por lo que respecta al papel de las emisiones históricas puede explicarse bajo una visión distributiva de la justicia, en el que desde esta perspectiva, las emisiones históricas de ser tenidas en cuenta la hora de distribuir los recursos de lo que la justicia climática se encarga a saber, los beneficios que se derivan de las actividades contaminantes, así como a la hora de hacer

lo propio con los costos generados por ellas, por otra parte la visión compensatoria establece los principios de “*los contaminadores pagan*” y “*los beneficiarios pagan*”, los cuales veremos a continuación.

XVII. Principio de “Los contaminadores pagan”

La versión más simple de la justicia compensatoria aplicada al ámbito climático está sustentada sobre el principio de los contaminadores pagan, también conocido como “explicación causal”.

En este principio se recoge la expresión coloquial que en español se manifiesta como “quien rompe paga”, que, ya aplicado al cambio climático, este principio defendería que aquellos que han causado la contaminación son responsables de la misma y esta responsabilidad retrospectiva hace que el deber de rectificación o de compensación hacia las víctimas recaiga sobre ellos.

El principio de “los contaminadores pagan” se enfrenta, no obstante, a ciertos argumentos filosóficos importantes que ponen en entredicho la posibilidad de justificar una visión compensatoria de la justicia climática.

El primero de ellos es el que sea conocido como el argumento de la “*no contemporaneidad*”, acorde a este argumento, se considera injusto responsabilizar a los individuos del presente del cambio climático, dado que una buena parte de los gases del efecto invernadero presentes en la atmósfera provienen de misiones históricas que ellos no han generado, sino de la actividad contaminante de sus ancestros, por tanto, no parece razonable hacerles pagar por lo que otros generaron.

Lo anterior se complementa con el “*argumento de la impotencia*”, acorde a éste, no se puede acusar a las personas actuales del ser responsables de las emisiones históricas porque no estaba en sus manos evitarlas, ni podían colaborar en las decisiones sobre qué cantidad debía estar moralmente permitida emitir, ni podían haber hecho nada por prevenirlas.

En este orden de ideas, acorde al principio Kantiano de “*deber implica poder*”, dado que las personas actuales carecían de todo poder con respecto a las dimensiones históricas, no se puede considerar que tenga ningún deber derivado de ellas.

La tercera objeción en contra de la aplicación del principio de los “contaminadores pagan” (PCP) es la de la ignorancia excusada, siguiendo está argumento, sería injusto considerar a alguien

responsable de una acción cuyas consecuencias no podía haber anticipado y cuya problemática moral fuera imprevisible, esta objeción impide que podamos considerar a las personas moralmente responsables de las emisiones que causaron cuando no existían conocimientos relevantes suficientes con respecto al daño que pudieran generar.

Para comprender el sentido de esta objeción en el contexto del cambio climático se deben tener en cuenta a partir de qué momento comenzó a existir el conocimiento relevante y suficiente respecto de la peligrosidad de las consecuencias del cambio climático, aunque esta fecha de referencia está sujeta a debate se suele utilizar el año de 1990, coincidiendo con la publicación del primer informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC).

En él se advertía ya con un alto grado de certeza que la emisión masiva de gases contaminantes a la atmósfera interferiría negativamente en el normal funcionamiento del clima global, si admitimos que en 1990 es la fecha de referencia, debemos asumir que antes de esa fecha no existía conocimiento relevante al respecto, finalmente el principio de “los contaminadores pagan” se ve afectado por lo que es conocido como el problema de la nueva identidad.

XVIII. El principio de los beneficiarios pagan

Este principio viene a suplir las carencias del principio de los contaminadores pagan, a la parte permite conservar las intuiciones morales relativas a la compensación a las víctimas del cambio climático por las emisiones históricas. Este principio sostiene que los deberes de compensación se derivan del beneficio obtenido por las emisiones incorrectas o injustas del pasado.

La justicia climática es visto como un esquema prospectivo de la justa distribución: el principio de los que tienen recursos pagan. En este sentido hay quienes consideran que nos enfrentamos a los principios retrospectivos la responsabilidad para fundamentar una visión compensatoria de la justicia, hay quienes consideran que, en lo que respecta a la justicia climática, la única alternativa que queda es abordarla desde el punto de vista de la justicia distributiva, una perspectiva distributiva sería meramente prospectiva en la medida en que consideraría que la justicia climática debe basarse en el reparto equitativo de los bienes y las cargas teniendo en cuenta la capacidad y los recursos de cada individuo, y tomando como punto de partida la situación presente, sin referencia al pasado.

Esta perspectiva está bien fundamentada en un principio ético de los que tienen recursos pagados, la lógica de este principio sería debes pagar porque estás mucho mejor que los demás.

Problemas a los que se enfrenta esta teoría son fundamentalmente dos, el primero que tiene que ver con la fuerza motivacional, en la que parece que el tipo de motivación moral que necesitamos para solucionar las injusticias climáticas exige una fundamentación más sólida que es la que puede proporcionar los argumentos distributivos.

El segundo problema está en concordancia con el primero: ya que parece que algo esencial de las demandas de justicia se pierden cuando se consigue que estas obligaciones se den sólo en términos prospectivos, de acuerdo con esta objeción la justicia no tiene que ver solamente con los resultados de su aplicación que se sigan en términos de bienes materiales distribuidos entre los individuos, sino en el punto de vista público desde que se abordan las injusticias.

XIX. Conclusiones

De todo lo anteriormente descrito y analizado, se concluye que existe actualmente la necesidad de razonar donde no caben fundamentaciones concluyentes (como ocurre en el presente caso), así como la necesidad de explorar en el razonamiento jurídico los aspectos que permanecen ocultos desde una perspectiva exclusivamente lógica, sólo así es que podremos justificar la disparidad existente entre las obligaciones de las generaciones presentes con los derechos de las generaciones futuras.

En este orden de ideas, es posible complementar con el pensamiento de Viehweg los razonamientos de Lukas. H. Meyer, ya que el mérito fundamental de esta obra no es el de haber construido una teoría per se, sino el de haber descubierto un campo para investigación, el cual sirve de apoyo para poder estudiar el marco normativo y teórico de la cuestión de la justicia intergeneracional.

Así mismo, esta obra es trascendental para el campo del derecho, ya que su autor, justifica y argumenta ética, filosófica y moralmente en favor de la justicia intergeneracional de manera general y particular (clima, genética, etc.), haciendo responsables a las personas que actualmente habitamos al planeta tierra, sobre los deberes y consecuencias de nuestros actos u omisiones y como afectan a los demás, nos hace reflexionar también sobre las posturas en contrario que han

realizado filósofos, intelectuales y juristas que han negado la existencia de los derechos de las “*personas del futuro*” en sus distintas disciplinas.

Es menester seguir trabajando y estudiando el tema de justicia intergeneracional en temas particulares, como pueden ser inteligencia artificial, derechos humanos, aspectos financieros, seguridad pública, democracia, entre otros, así mismo, es imprescindible tratar y profundizar estos temas en América Latina, así como pugnar por establecer legislación y normatividad en estas materias, proponer las bases para establecer un buen papel respecto de la legitimidad democrática de los tribunales, así como implementar instituciones que velen por el respeto de los derechos de las generaciones futuras, como actualmente sucede en países como España, Suecia, Finlandia, Hungría, Alemania, Israel y Reino Unido.

XX. Bibliografía

CRIS, Roger, “*Equality, Priority, and Compassion*”, *Ethics*, Volume 113, Number 4, July 2003.

EYZAGUIRRE T., Sylvia,” *Igualitarismo versus suficientarismo*”, Centro de Estudios Públicos (CEP), Santiago de Chile, 22 de agosto de 2016, <https://www.cepchile.cl/igualitarismo-versus-suficientarismo/cep/2016-08-22/145453.html>

PARTRIDGE, Ernest, “*Posthumous Interests and Posthumous Respect*”, *Ethics*, New York, Prometheus Books, 1981.

SERRANO, Enrique, “*La teoría aristotélica de la justicia*”. *Isonomía*, 2005. Recuperado en 11 de enero de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182005000100006&lng=es&tlng=es.

TRUCCONE BORGOGNO, Santiago, comp., *Justicia Intergeneracional, ensayos desde el pensamiento de Lukas H. Meyer*”, Argentina, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 2017.

**PASADO Y PRESENTE LEGISLATIVO:
EL ARCHIVO HISTÓRICO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS**

**LEGISLATIVE PAST AND PRESENT:
THE HISTORICAL ARCHIVE OF THE CHAMBER OF DEPUTIES**

Secretaría de Servicios Parlamentarios¹
Dirección General del Sistema Institucional de Archivo
Cámara de Diputados
perla.gomez@diputados.gob.mx

El establecimiento y conformación del Archivo de la Cámara de Diputados se remonta y corre de manera paralela a la historia nacional independiente. Al establecerse La Soberana Junta Provisional Gubernativa² el 28 de septiembre de 1821, quedó instituido el archivo del Poder Legislativo Federal con la misión de resguardar la documentación derivada de los trabajos desarrollados por los diferentes Congresos.

La evidencia de la existencia y disposiciones para el establecimiento de un archivo legislativo en México, las podemos encontrar en los Reglamentos para el Gobierno Interior de las Cortes de Cádiz que, sirvieron como base para la organización de La Soberana Junta Provisional Gubernativa, misma

¹ Nota de los editores: agradecemos a la Mtra. Perla Idaly Gómez García, directora general del Sistema Institucional de Archivo de la Cámara de Diputados, su disposición y sus atenciones al compartirnos y permitirnos publicar esta significativa e interesante descripción de los distintos grupos documentales que integran el acervo histórico a su digno cargo, sin duda trascendentales para conocer la historia del proceso legislativo y constitucional de nuestro país desde 1821. Estamos convencidos que esta información será de utilidad para todos los juristas, en particular para aquellos especializados en la historia constitucional de México.

² En relación a la Junta, el doctor José Luis Soberanes Fernández menciona “De conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 a 7 del Plan de Iguala del 24 de febrero de 1821, así como los artículos 6 a 12 de los Tratados de Córdoba del 24 de agosto del mismo año, desde el 22 de septiembre siguiente, hasta el 25 de febrero de 1822, nuestro país estuvo gobernado por una Junta Provisional Gubernativa, que además tomó el título de *Soberana*” la que tendría que convocar al Congreso Constituyente. Ésta comenzó sus trabajos el 22 de septiembre de 1821 en Tacubaya, villa donde tuvo “su primera sesión preparatoria la Junta Provisional Gubernativa a la que se referían los artículos quinto del Plan de Iguala, sexto y séptimo de los Tratados de Córdoba antes citados, con el único fin de subdividir el trabajo propio en comisiones, además de designar a los integrantes de las mismas”. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Una historia constitucional de México*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, tomo I, pp. 197-198.

que, estipuló la obligación de contar con un archivo en el que trabajaran al menos, según el propio Reglamento, un Archivero y un Oficial de Archivo.³

Con base en las disposiciones anteriores, el archivo debía resguardar las actas y libros que se consideraban relevantes y que sirvieran como antecedentes en las discusiones legislativas. La denominación oficial del archivo fue *Dirección de Secretaría y Archivo*, manteniendo ese *estatus* hasta la expedición del Reglamento de La Soberana Junta Provisional Gubernativa el 14 de noviembre de 1821.

Es así que, ante la consumación de la independencia nacional y el establecimiento del Poder Legislativo Federal, iniciaron los trabajos encaminados a la organización del Estado-Nación. La documentación derivada del quehacer legislativo, comenzó a archivar desde principios de siglo XIX, de acuerdo a las técnicas y usos acostumbrados en la época. Conforme las décadas avanzaban y a pesar de lo convulsos que fueron los primeros años de vida independiente, los grupos documentales del Archivo Histórico de la Cámara de Diputados se fueron conformando paulatinamente y, en nuestros días representan la evidencia física y una fuente documental de primera mano, para la investigación histórica, periodística, jurídica y de interés social.

Actualmente, la documentación resguardada en este repositorio se encuentra organizada de acuerdo con las modernas técnicas archivísticas, manteniéndose el principio de procedencia y orden original de los documentos, es decir, se ha respetado la estructura en la que la documentación fue generada. De este modo, es posible distinguir diversos grupos documentales formados a lo largo de la historia del México independiente y que, en su conjunto, conforman el acervo del Archivo Histórico de la Cámara de Diputados.

Toda la documentación resguardada por el Archivo Histórico de la Cámara de Diputados posee una riqueza inconmensurable, ya que aquellos libros y expedientes tienen un alto significado histórico, político y legislativo. Es el caso, por ejemplo, del grupo documental *Congresos Mexicanos*, que está integrado por la documentación de las Juntas Nacionales, Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano, Congresos Centralistas, entre otros Congresos, los cuales se apegan a las fechas extremas de 1821 a 1857. Se trata, pues, de la evidencia legislativa de los primeros 36 años de vida independiente de nuestro país, siendo la materialidad o soporte de esta documentación los empastados de piel que

³ Véase *Reglamento para el gobierno interior de las Cortes*, Cádiz, Imprenta Nacional, 1813.

contienen sesiones, pases de lista, correspondencia, registro de diversos asuntos tratados de manera oficial, discusiones y decretos emitidos por el Poder Legislativo.

Otro grupo documental que resguarda el Archivo Histórico de la Cámara de Diputados, es el denominado *Legislaturas* que conforma un amplio volumen de documentos de trascendencia política. Éste inicia con la Legislatura I del año 1857; en él encontramos, y destacamos, las actas de las sesiones públicas y secretas, así como documentación remitida a las Comisiones de acuerdo con los asuntos tratados por cada una de ellas. Esta documentación tiene un alto valor testimonial ya que nos permite observar el contexto histórico en el que se discutían o trataban asuntos legislativos específicos. Cabe mencionar que los expedientes del proceso legislativo generados por las Comisiones, desde el momento de su creación, se consideran históricos y por ende su conservación permanente en el Archivo Histórico está garantizada *de facto*.

El soporte material de dicho grupo consta de papel de diferentes calidades y estilos, entre ellos: documentos empastados, mecanoscritos, fotografías, telegramas, informes, correspondencia, discusiones, iniciativas de ley, dictámenes y decretos.

En cuanto a las colecciones resguardadas por el Archivo Histórico de la Cámara de Diputados se encuentran los impresos de *Historia Parlamentaria de los Congresos Mexicanos*, antecedente directo del *Diario de los Debates*, obra de Juan A. Mateos quien se dio a la tarea de recopilar las sesiones ordinarias de los Congresos Mexicanos, obra que resulta fundamental para los estudios históricos parlamentarios. En ese mismo sentido, se cuenta con la *Colección del Diario de los Debates* a partir de 1869 y hasta el año 2010, dentro de los cuales podemos observar las versiones estenográficas del desarrollo de las sesiones llevadas a cabo dentro del Pleno.

Por su parte, la *Colección del Diario Oficial* tiene una periodicidad que corresponde a los años de 1853 a 1917. Se trata de 64 años que no se encuentran disponibles en el sitio web del *Diario Oficial de la Federación*, razón por la cual, la referida colección resguardada por el Archivo Histórico de la Cámara de Diputados se hace de consulta obligada, para los estudiosos del siglo XIX mexicano interesados en las disposiciones oficiales emanadas del quehacer legislativo.

Otro grupo documental de interés está constituido por la *Colección de Credenciales de Legisladores y Legisladoras* (1912-2000), que resguarda las identificaciones oficiales de Diputados y Diputadas desde la XXVI hasta la LVIII Legislatura. Su origen tiene que ver con una curiosa anécdota descrita en la

documentación de la XXV Legislatura en la que se registró que, en la sesión secreta del 9 de abril de 1912, los diputados Enrique Rodríguez Miramón, por el estado de Jalisco, y Francisco Romero denunciaron y solicitaron que se consignara al C. Procurador General de Justicia, la agresión sufrida por el Diputado José María Lozano⁴ durante una comida. Por cuestiones “baladíes”, el representante del Estado de México fue agredido por el periodista Pedro Hagelstein y debido a que la situación aconteció en un lugar público la policía se hizo presente resultando de ello el traslado de Lozano a la gendarmería, sin atención a su calidad de Diputado, ya que no hubo modo de comprobar a los oficiales que dicho licenciado era, efectivamente, Diputado.⁵

A raíz del incidente referido con el diputado Lozano, en la sesión del 9 de abril de 1912, se propuso que el distintivo que entonces portaban los Diputados fuera denominado como “distintivo oficial”, además de que, se solicitaba la expedición de una “tarjeta” de identificación personal para cada legislador. De este modo, a partir de la XVI Legislatura, cada Diputado contó con una credencial que le identifica de manera oficial.

Siguiendo con los grupos documentales, el Archivo Histórico de la Cámara de Diputados integra también las *Colecciones de Leyes* que, poseen fechas de impresión del año de 1842 al de 1998. Se trata de diversas publicaciones especializadas y que compilan la legislación mexicana en sus diferentes épocas históricas, correspondiendo las ediciones a diversos años de publicación, iniciando a mediados del siglo XIX y concluyendo a finales del XX.

Ahora bien, dentro del trabajo legislativo existen períodos determinantes para la historia nacional, siendo éstos los correspondientes a la redacción de una Carta Magna o una Constitución, a cargo de un Congreso Constituyente y que representa el momento cumbre de la actividad legislativa de un país.

Como se sabe, desde que México nació a la vida independiente a la fecha ha tenido cinco Congresos Constituyentes: los de 1824, 1836, 1843, 1856-1857 y 1917. Históricamente, estos ejercicios

⁴ Diputado por el Estado de México.

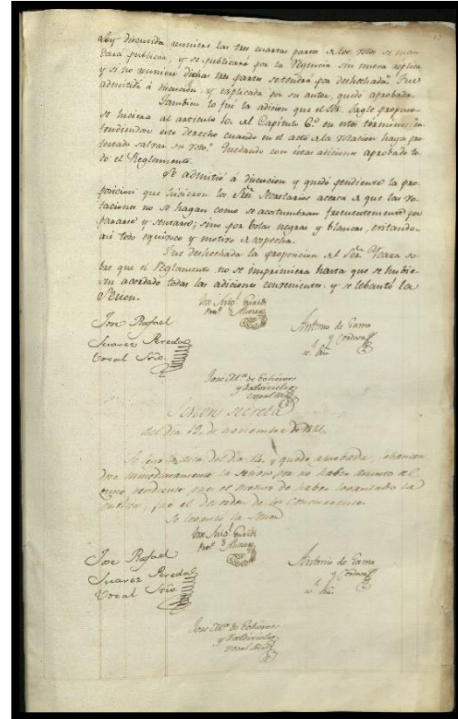
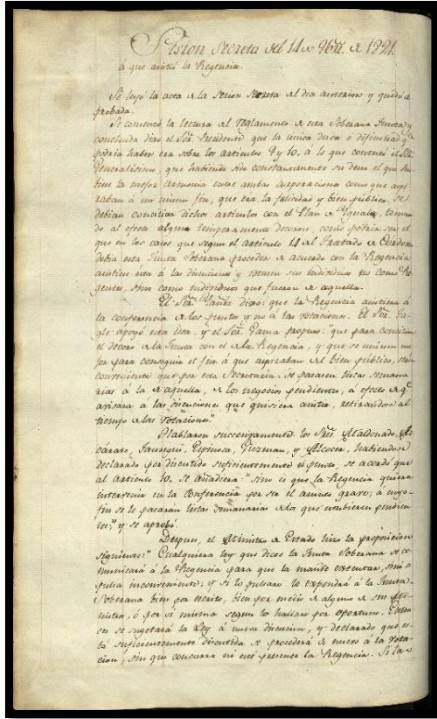
⁵ Varios periódicos de la Ciudad de México dieron a conocer el altercado referido en sus páginas. *La Opinión, Diario Político, Independiente de información ilustrada*, tituló “Un ex-debatista a la greña con un periodista. Con todo y fuero lo encarcelaron” la noticia sobre el referido incidente. Días más tarde el mismo diario anunció que el diputado Lozano “fue absuelto por unanimidad”. Véase “Las acusaciones a los señores diputados. Lozano absuelto. Suárez Gamboa acusado de estafa”. Las notas fueron publicadas el 10 de abril y 30 de abril de 1912, en ambos casos en la primera plana. La noticia del altercado fue publicada también por el *The Mexican Herald* con el título “Congressman is taken by police. Deputy Lozano fights with a newspaperman and is a put under arrest” el 10 de abril de 1912, p. 2.

representan momentos cúspides de la evolución nacional al tener correspondencia con caídas o quiebres de regímenes, revoluciones o eventos que alteraron de manera contundente el orden normativo a lo cual, los grupos políticos, respondieron con una reconfiguración profunda del orden político y social de la nación.

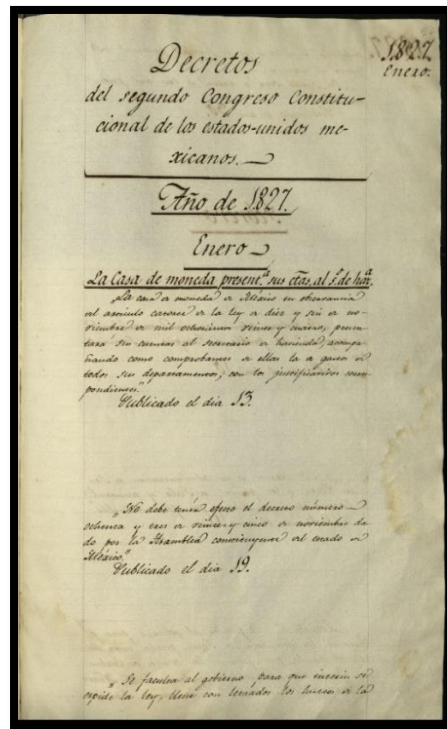
La importancia del Constitucionalismo para nuestro país es incuestionable. Sin temor a equivocarnos, podemos decir que se trata del instrumento ideológico y político que permitió la unidad de la federación durante los más álgidos momentos de los siglos XIX y XX. Las actas de sesiones, decretos y acuerdos manuscritos plasmados en los libros correspondientes a cada constituyente, nos arrojan una perspectiva general de las discusiones, sus participantes, el ambiente y el contexto que rodeaba a cada momento.

La labor realizada por el Archivo Histórico de la Cámara de Diputados conlleva un enorme compromiso para con la sociedad en su conjunto, pues tiene la misión de garantizar la conservación permanente de la memoria legislativa de nuestro país para futuras generaciones, con ello, se promueve la pervivencia de las decisiones de los representantes populares que moldean el futuro de nuestra nación.

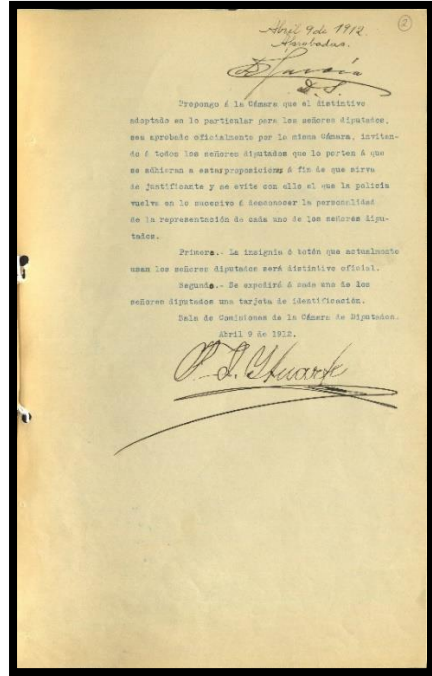
Por lo anterior, y entre otras acciones, la Cámara de Diputados ha implementado la rehabilitación de la Antigua Garita de San Lázaro, histórico inmueble que forma parte del patrimonio del Palacio Legislativo de San Lázaro y que hasta hace unos años estuvo en el abandono. En fechas próximas, parte de las colecciones del Archivo Histórico de la Cámara de Diputados serán resguardadas en dicho recinto. De este modo, la sociedad en su conjunto tendrá la posibilidad de acudir a este nuevo espacio de memoria legislativa, para llevar a cabo la consulta de colecciones especializadas.



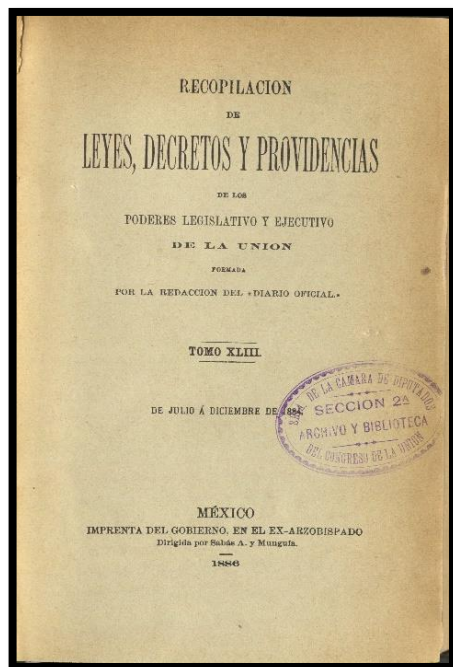
Lectura del Reglamento de La Soberana Junta Provisional Gubernativa durante la Sesión del 14 de noviembre de 1821. AHCD, Actas Secretas de la Soberana Junta Provisional Gubernativa, Libro 12, SNF.



Decretos del Segundo Congreso Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos. AHCD, Actas de las Sesiones Secretas, Ordinarias y Extraordinarias, desde el 28 de enero de 1825 hasta mayo de 1832, Libro 16, f. 26.



Propuesta para la emisión de una tarjeta de identificación para cada uno de los Diputados. 9 de abril de 1912. AHCD, Legislatura XXV, Sin Comisión, Caja 1, exp. 5.



Portada de la *Recopilación de Leyes y Decretos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión formada por la redacción del Diario Oficial*, tomo XLIII, de julio a diciembre de 1884. México, Imprenta del Gobierno en el ex-arzobispado, dirigida por Sabás A. y Munguía, 1886. AHCD, Colección de Leyes.

Reseña del libro: Ramón Ortega García, *Apuntes de historia de la filosofía del derecho en México*, 2023, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 151 p. (Manuales de Filosofía, Introducción y Teoría del Derecho)

Adrián RENTERÍA DÍAZ
Universidad de Insubria, Italia
adrianrenteria@yahoo.it

Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2023
Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2023

La labor que toma forma en el pequeño volumen de Ortega García que Tirant lo blanch ha publicado recientemente representa una grata sorpresa para el lector interesado por la filosofía del derecho y/o por la historia de la cultura mexicana. Si bien ha ya incursionado en temáticas semejantes¹, es en *Apuntes* el espacio en el que nuestro autor despliega un esfuerzo notable para tratar de colocar la filosofía del derecho mexicana -una disciplina que ciertamente no atrae un conspicuo número de “cultivadores” con una formación adecuada, y que quizá por ello no ocupa un lugar relevante en la academia si la comparamos, tanto por dar un ejemplo, con los constitucionalistas- en un horizonte que permita su comprensión; un esfuerzo, sin embargo, que va más allá, y que acompañado por instrumentos conceptuales que Ortega García hace propios, se encamina también a elaborar diagnósticos y trazar senderos para esta disciplina.

La palabra ‘apuntes’, en el título del libro denota de inmediato algo que se identifica claramente desde el inicio, o sea que el objetivo que se persigue es limitado, casi un preámbulo para estudios más profundos o bien como una provocación y un estímulo para que otro aborden la temática objeto de las reflexiones de Ortega García. Limitado porque, en efecto, por buena parte del texto a ocupar un lugar central es no tanto la filosofía del derecho cuanto la filosofía general, si se le puede llamar de esta

¹ Por ejemplo en la “La filosofía del derecho en la era del constitucionalismo” (*Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2016, 34, pp. 222-250) y, en cierto modo, también en la Presentación a Id., (a cargo de), *Teoría del derecho y argumentación jurídica* (Tirant lo blanch, Valencia, 2013).

manera. “El vistazo a la historia de la filosofía del derecho en México” que el autor confiesa abiertamente que constituye el núcleo de su obra, “no pretende, de ningún modo, ser una investigación completa y exhaustiva”, sino que más bien representa “un esfuerzo modesto por motivar análisis más profundos” (p.13). Es así, afirma el autor, porque esta temática en realidad constituye un territorio por demás inexplorado, y tiene toda la razón. Y una de las causas de los raros estudios al respecto es, el autor avala esta hipótesis, que “la filosofía del derecho, durante toda su historia, ha estado marcada por la influencia constante de la filosofía general” (p. 13). Los límites que la palabra ‘apuntes’ sugieren, me parecen, quedan claramente evidenciados en esta breve reconstrucción: la intención del autor de moverse dentro de un perímetro muy específico, dejando para el futuro observación más profundas y completas, pero, además, el amplio espacio que le dedica a la historia de la filosofía general.

Se tiene la impresión, en efecto, que Ortega García, moviéndose de esa manera en el texto -o sea por el amplio espacio que le dedica a la filosofía general- hace suya la idea de que la filosofía del derecho en México, y su historia naturalmente, no pueden hacer a menos de la filosofía general, que de ésta se convierten en un “sirvienta”. En este sentido, al modo de hacer filosofía del derecho del mismo Ortega García bien se le podría colocar, tomando en cuenta la distinción propuesta hace algunos decenios por Norberto Bobbio, en el ámbito de la filosofía del derecho de los filósofos y no en la filosofía del derecho de los juristas. Una observación, ésta, que por cierto no contiene de mi parte ningún juicio de valor, si bien -y paradójicamente siendo que mi formación universitaria principal es filosófica- en lo personal me incline por un quehacer filosófico-jurídico en el que confluyan ambas perspectivas pero siempre tomando como punto de partida el derecho positivo. Más allá de esta observación, que no tiene otra valencia que no sea personal, y por ello subjetiva, no sorprende que sea sólo a partir de la página 71 cuando nuestro autor, una vez reconstruida y examinada proficuamente la presencia de la filosofía general en la cultura de nuestro país, transita finalmente al terreno específico de la filosofía del derecho.

Hay que decir, para evitar malentendidos, que las abundantes páginas dedicadas a la filosofía general, no son absolutamente superfluas. Al contrario, Ortega García, reconstruye con minucia de detalles, a partir de la época precortesiana, hasta la segunda mitad del siglo XX no solo la dinámica de la influencia de los movimientos filosóficos -europeos sobre todo- que han permeado el modo de hacer filosofía mexicana, sino que también da cuenta de un aspecto generalmente olvidado, o sea la presencia de una filosofía en el mundo prehispánico. En este sentido, si algo se le puede reprochar es

solamente que en esas páginas no haya identificado un quehacer cultural con rasgos conectados con lo que hoy conocemos como filosofía del derecho, habiendo concentrado su reconstrucción en lo que podríamos llamar filosofía moral. No era ésta, por supuesto, una tarea fácil, tanto en relación a la época precortesiana cuanto en lo que respecta a la historia cultura sucesiva, en virtud, es probable, de la característica que Ortega García hace objeto sus críticas, o sea el legalismo, fruto probablemente de la formación jurídica que desde la creación de las primeras escuelas de Derecho ha caracterizado la actividad de los juristas mexicanos, prácticos y teóricos. Por otra parte, tampoco hay que olvidar el contexto histórico en el que Ortega García se mueve, ni tampoco el terreno conceptual en el que coloca, el de la filosofía general. Casi resulta superfluo, en efecto, subrayar que dentro de esa filosofía general se incluían disciplinas como la filosofía del derecho y la filosofía de la ciencia, por mencionar sólo dos ejemplos, difícilmente distinguibles de manera clara.

Ya en el espacio dedicado a la filosofía del derecho, a partir de la página 71, Ortega García, concentra su atención en tres corrientes: el neokantismo, el neotomismo y la filosofía de los valores. Sus reflexiones, que se conectan, respectivamente, con Guillermo Héctor Rodríguez, Rafael Preciado Hernández y Eduardo García Máynez, como principales exponentes de las mencionadas corrientes iusfilosóficas, una vez más reflejan de algunas manera la cifra que define el libro, o sea la visualización de la filosofía del derecho a la luz de la filosofía general. Nuestro autor refiere, y no se puede estar en desacuerdo con él, que el neokantismo filosófico así como sus derivación jurídica llegan a nuestro país tardíamente, cuando en Alemania ambas corrientes han perdido buena parte de su influencia (p. 72). Y hace suya la opinión de Leopoldo Zea de que en ese sentido el neokantismo representa en México un verdadero anacronismo. Y sin embargo, señala Ortega García, los rasgos de esta corriente se reflejan en la obra principal de Rodríguez (*Ética y jurisprudencia*, 1947) en la que “queda patenta la impronta kelseniana” (p. 73). Una impronta, la del neokantismo, que a final de cuentas reducí éste en realidad a una peculiar forma del kelsenismo: en otras palabras, lo “rescatable” del neokantismo es el pensamiento de Hans Kelsen, en la medida en que algunos discípulos de Rodríguez, en particular modo Ulises Schmill y Rolando Tamayo, serían más kelsenianos que neokantianos (pp. 73-74).

Por cuanto concierne al neotomismo, en pocas páginas nuestro autor resume el desarrollo de esta corriente de pensamiento, a partir por supuesto de la doctrina de Santo Tomás, subrayando sin embargo el intento de adecuarla a los tiempos nuevos que da vida a un iusnaturalismo neoescolástico representado en nuestro país precisamente por Rafael Preciado Hernández y Antonio Gómez Robledo, entre otros. Un iusnaturalismo, éste, fuertemente crítico de las posiciones kelsenianas. Es

sobre todo Preciado Hernández, afirma nuestro autor (p. 77), que señala el error kelseniano, en su parecer, de considerar el Derecho como un medio, un instrumento, un recipiente, en suma, que puede contener cualquier cosa (vino, aceite, agua). Frente a ésta observación crítica hacia el pensamiento de Kelsen, y otras que Ortega García señala, se tiene la impresión que nuestro autor las haga propias sin someterlas a discusión. Claro, se podría objetar que en *Apuntes*, por su brevedad, no era posible ir más allá de una reseña pero, repito, la forma apodíctica en la que se da cuenta de la opinión de Preciado Hernández quizá hubiera podido ser matizada; porque, a final de cuentas, se trata de dos líneas de pensamiento representativas de dos concepciones opuestas de lo jurídico que desde siempre dividen a quienes se ocupan de filosofía del derecho.

Un espacio más amplio le dedica Ortega García a la filosofía de los valores cuyo representante por excelencia es Eduardo García Máynez, y es de celebrarse que lo haya hecho pues sin duda se trata del exponente mexicano de nuestra disciplina más importante y reconocido aun fuera de las fronteras de nuestro país (p. 80). La reconstrucción del pensamiento de García Máynez es acertada, desde las influencias que recibe por parte de Nicolai Hartmann en Berlín y de Hans Kelsen en Viena: del primero, como se sabe, la filosofía de los valores y del segundo la idea, normativa, de una doctrina pura del derecho. Es principalmente la filosofía de los valores, sostiene Ortega García, a permear las ideas de García Máynez en su etapa juvenil, aproximadamente hasta 1950, mientras que, observa, a pesar de todo, ni entonces ni después adherió completamente al kelsenismo (p. 80). A esta etapa, en la que García Máynez, toma posiciones cercanas al iusnaturalismo (p. 82), le sigue otra, importantísima, en la que concentra sus esfuerzos por indagaciones acerca de lógica y ontología formal, que le asegurarán - Ortega García no lo menciona- un lugar relevante en la historiografía de la lógica deóntica, junto con autores como el finlandés Georg Henrik von Wright, el alemán Oskar Becker y el polaco Jerzy Kalinowski. Lo que sí hace Ortega García es indicar, correctamente, esta evolución del pensamiento de García Máynez, que le conducirá sucesivamente al terreno de la teoría del derecho y, en la última etapa de su trayectoria, al estudio de los clásicos griegos y de la idea de justicia, y finalmente a la casi total “desaparición” de su filosofía de los valores. Es posible, y así lo afirma Ortega García de alguna manera, que en esta evolución haya jugado un papel no irrelevante la irrupción en México de corrientes como la filosofía analítica, sobre todo gracias a la obra de Javier Esquivel (p. 92, 95-96). Pero ésta es otra historia, que en *Apuntes* viene sólo mencionada, casi de pasada; el autor no hace tampoco mención, pero de nuevo quizá se debe a la estructura del volumen, a los más recientes desarrollos de la filosofía del derecho en México, y a la influencia que sobre ella han tenido escuelas como la de Alicante, la de

los iusrealistas analíticos genoveses, la de Girona, la de Kiel. Por supuesto, hay que remarcarlo, ello hubiera significado utilizar un espacio mayor al de las dimensiones de *Apuntes*, así como también instrumentos conceptuales diferentes, pero quizá hubiera valido la pena mencionarlos aun solo marginalmente, debido a las repercusiones, no siempre y no todas apreciables, que autores de estas corrientes han tenido inclusive en la jurisdicción.

En la parte conclusiva el autor delinea un sendero que en su opinión sería necesario y oportuno que la filosofía del derecho mexicana siguiera, para adecuarse a las mutaciones normativas que nuestro ordenamiento ha tenido en los últimos años, y que han derivado en lo que él llama “constitucionalización del ordenamiento” (p. 101). Esta fórmula, como se sabe, fue acuñada por Riccardo Guastini hace algunos años, quizá dentro de una reflexión más general que *grosso modo* se podría sintetizar en lo que Susanna Pozzolo dio por llamar “neoconstitucionalismo”. Para esta adecuación Ortega García sugiere que la neofilosofía del derecho se articule alrededor de 10 puntos fundamentales, a saber: 1. El abandono de dogmas legalistas; 2. Los derechos humanos como principales elementos del discurso filosófico-jurídico; 3. Conexión necesaria entre el derecho y la moral; 4. Concepto de validez robusto; 5. Estructura jurídico-normativo neoconfigurada; 6. Objetivismo ético; 7. El enfoque del derecho como argumentación; 8. Pluralidad de sistemas normativos; 9. Principios y ponderación; 10. Una nueva concepción de la función judicial.

Los diez factores referidos harían de la filosofía del derecho mexicana una corriente *constitucionalista y pospositivista*, afirma Ortega García, más adecuada a los tiempos presentes. Al respecto, no me puedo eximir de manifestar una que otra perplejidad. En primer lugar que entre esos puntos observo con preocupación algunos elementos conceptuales inciertos, que he tenido modo de someter a crítica en mi ensayo “Sulla (vera o presunta) necessità di abbandonare il giuspositivismo”, en el que examino la tesis (sobre todo de Manuel Atienza pero en algún momento también de Juan Ruiz Manero) según la cual en el estado constitucional de derecho el iuspositivismo ya no tienen nada que decir como propuesta metodológica. La conclusión a la que llego ahí, discutible por cierto, es que no es necesario, ni oportuno siquiera, dejar de lado el iuspositivismo, un iuspositivismo crítico claro, porque uno de sus postulados fundamentales -la conexión no necesaria, sino solo contingente, entre el derecho y la moral- nos permite distinguir el derecho como es del derecho como quisiéramos que fuese. Mis mayores perplejidades, ya para finalizar esta reseña, se enfocan así en los puntos 3, 6, 7, 9 y 10, todos ellos de alguna manera interconectados, y que tomados en seria consideración terminan, en mi opinión, por generar toda una serie de dificultades para una filosofía del derecho que además

de *pospositivista* quiere ser *constitucionalista*; porque a final de cuentas dan lugar, como el mismo autor seña en el punto 10, a una nueva función de la jurisdicción, anclada en los puntos anteriores mencionados (conexión necesaria entre derecho y moral, objetivismo ético, el derecho como argumentación, principios y ponderación) de hecho, y paradójicamente, terminan por sentar las bases para un activismo judicial exasperado, tanto de las altas cortes como en la jurisdicción ordinaria, y una pérdida de fuerza normativa de la constitución, sometida a una interpretación difusa.

No puedo terminar esta reseña sin subrayar el loable esfuerzo de Ortega García por afrontar, en serio, una tarea reconstructiva de la historia de la filosofía del derecho en México. Los instrumentos conceptuales que pone en juego merecen un juicio positivo y el desarrollo de su pensamiento es del todo apreciable. Por otra parte, es muy grato constatar que en *Apuntes* nos encontramos frente a una obra bien escrita, con un lenguaje claro: literlamente una pequeña joya en un panorama general en el que abunda, hablando en términos generales, una burda literatura en la que se utilizas frases hechas, expresadas además mediante formas sintácticas vagas e inadecuadas.