

Los derechos como límites al poder

Abril USCANGA BARRADAS
Carlos H. REYES DÍAZ
Antonio Manuel PEÑA FREIRE
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

LOS DERECHOS COMO LÍMITES AL PODER

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 996

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Isidro Saucedo
Adriana Álvarez Hernández
Cuidado de la edición

Isidro Saucedo
Formación en computadora

Carlos Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

LOS DERECHOS COMO LÍMITES AL PODER

ABRIL USCANGA BARRADAS

CARLOS H. REYES DÍAZ

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2023

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 29 de mayo de 2023

DR © 2023. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISBN (libro electrónico): 978-607-30-7623-4

CONTENIDO

Nota introductoria.	1
-----------------------------	---

PODER Y ESTADO

Legalidad y limitación del poder.	7
---	---

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Conflictos de derechos y espacios de discrecionalidad.	33
--	----

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

La influencia del derecho español en la noción de servicio público europeo.	53
---	----

LEONOR M. MORAL SORIANO

Facultad regulatoria del Estado en temas de salud e inversiones.	67
--	----

CARLOS H. REYES DÍAZ

SUJETO Y ESTADO

Democracia, un concepto confuso	89
---	----

JOSÉ J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Justicia climática y desafíos contemporáneos para el derecho internacional: el caso <i>Duarte Agosthino y otros</i> en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	111
--	-----

PABLO ALMULI

GUILLERMO E. ESTRADA ADÁN

Potestades administrativas en la ejecución del patrimonio del contribuyente	133
MARGARITA PALOMINO GUERRERO	

Transformaciones en la protección pública de los derechos fundamentales frente a particulares en la era digital	155
JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO	

PENA Y ESTADO

La prisión preventiva oficiosa desde la perspectiva de la justicia penal	177
JAVIER DIEZ GARCÍA	

Los derechos como límites al poder. Política criminal y poder, una mirada sobre la migración en México	209
JOSÉ ANTONIO ÁLVAREZ LEÓN	

Acerca de los coordinadores	239
---------------------------------------	-----

NOTA INTRODUCTORIA

Los derechos como límites al poder es una obra que une la labor intelectual de varios autores que tratan prioritariamente tres líneas: a) poder y Estado; b) sujeto y Estado, y c) pena y Estado, desde una visión de análisis crítico del derecho, buscando soluciones desde un aspecto integrador de este.

A lo largo de la historia el concepto de poder ha sido impreciso y difícil de conceptualizar, se le ha relacionado con ideas como justicia, fuerza o seguridad; también se le ha entendido como un concepto intrínsecamente vinculado con la ley, incluso se entiende, a veces, al poder a manera de elemento que corrompe.

Indudablemente, el concepto de poder también está fuertemente vinculado con el Estado desde el punto de vista de la teoría tradicional de la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), misma para la cual es necesario que no prevalezca ninguno de ellos por encima de otro para alcanzar el equilibrio.

Así, cuando existe un buen ejercicio de poder se configura un sistema democrático, en el cual hay ciertos pesos y contrapesos no solamente representados por los poderes constituidos, sino también por los factores reales de poder.

De esta forma podemos entender la relación entre poder y Estado, vertiente representada en esta obra con capítulos dedicados a: la legalidad y la limitación del poder; a los conflictos de derechos y espacios de discrecionalidad; a la influencia del derecho español en el servicio público, pues no se debe dejar de lado que el poder del Estado es puesto en funcionamiento por los servidores públicos; y a la facultad regulatoria del Estado en determinadas materias, lo cual hace en ejercicio de su poder.

Sobre el tratado de la legalidad y la limitación al poder, resalta la importancia de estudiar el derecho a partir del concepto de legalidad, ya que desde esta perspectiva se ponen de manifiesto las tres formas en que el derecho actúa al limitar la violencia social, la arbitrariedad de la violencia estatal y la arbitrariedad judicial.

En cuanto al desarrollo de la facultad regulatoria del Estado en temas de salud e inversiones, es relevante en el sentido de que aterriza a una si-

tuación real y actual: cómo el Estado puede crear regulación con efectos no sólo nacionales sino incluso internacionales, pues se trata de la cuestión relativa de que al exentar los derechos de propiedad intelectual a las vacunas contra el COVID-19, se tendrían consecuencias positivas en tanto facilitarían la producción de las mismas; sin embargo, el autor plantea si con eso sería suficiente para solventar la emergencia sanitaria.

Mientras que al tratar la cuestión relativa a la influencia del derecho español en la noción de servicio público europeo se plantean los efectos de la regulación múltiple al encontrarse la regulación de los servicios públicos por parte de los Estados con la regulación por parte de la Unión Europea para garantizar su mercado único.

El otro tema correspondiente a la relación entre poder y Estado que se contiene en esta obra es el referente a los conflictos de derechos y espacios de discrecionalidad, mismo que se desarrolla a partir de una crítica a la teoría constitucionalista de los derechos y sus consecuencias para el razonamiento jurídico, para lo cual se realiza un análisis acerca de cómo el constitucionalismo identifica a la norma con los principios y valores que la misma pretende expresar, lo cual tiene consecuencias no solo en cómo se comprende el derecho y en el ejercicio del mismo.

Si bien el Estado ostenta el poder, en su ejercicio lo aplica sobre la sociedad, misma que tiene la necesidad de que exista una limitación en el ejercicio del poder público frente a las personas, para lo cual es necesario que exista alguna herramienta que sirva para marcar este límite, siendo la ideal para ello los derechos humanos que funcionan limitando al Estado de derecho, pues las leyes que crea el Estado no pueden ir contra dichos derechos y, en caso de que necesiten ser defendidos, es necesario que sea el Poder Judicial el que resuelva los conflictos y demande respeto y protección tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo.

Así, se entiende que existe una relación entre sujeto y Estado, mismo que en esta obra se representa por varios temas: 1) un estudio profundo de la democracia; 2) el análisis de un caso específico de justicia climática que pone de manifiesto el cómo se relaciona el individuo con uno de los poderes; 3) un acercamiento al ejercicio del patrimonio del contribuyente, ya que es el sujeto quien realiza contribuciones y el Estado el que administra, y 4) un estudio de la protección a los derechos fundamentales.

Acerca del mencionado estudio de la democracia, éste parte desde una reflexión filosófica que hizo al autor darse cuenta de que el concepto de democracia es uno difuso, el autor presenta que una de las concepciones de democracia es aquella que la entiende como fundada en el pueblo, entendi-

do este como voluntad general, no como voluntades individuales y aunque en primera instancia pareciera una concepción de democracia contraria a aquella que la entiende como aceptar la regla de la mayoría, por la cual se asume como legítima una decisión tomada por el conjunto de decisiones individuales, el autor en realidad desarrolla el cómo se relacionan ambos conceptos de democracia a partir de la regla de la mayoría, la cual debe presentarse al tiempo que la libre elección de los individuos sea capaz de mediar con las exigencias de la universalidad propia de la voluntad general.

Como ya se mencionó, en esta obra también se contiene el análisis de un caso específico de justicia climática que nos sirve para entender la relación entre el Estado y los sujetos. La relevancia de este caso se debe a que la demanda de un grupo de jóvenes a 33 Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene consecuencias de carácter internacional. Así, este caso representa cómo una situación material, en este caso el cambio climático, genera cambios en el ámbito jurídico, mismo que ante estas situaciones sirve como herramienta para generar soluciones al tiempo que se transforma y se adapta a los cambios de la realidad.

Otra materia en la cual el Estado guarda una estrecha relación con el sujeto es en el derecho administrativo, sobre todo en la ejecución del patrimonio del contribuyente. En este ejercicio el Estado actúa a partir de considerar la capacidad de sus contribuyentes, misma que es estrechamente vigilada por el Estado, pues éste tiene un particular interés tanto en evitar el fraude fiscal como en recaudar lo que le corresponde.

Respecto a la relación entre los individuos y el Estado, ésta se hace presente día a día en el tema de la protección de los derechos fundamentales frente a particulares en la era digital. En el capítulo referente al tema en cuestión, se parte de una situación que aparece constantemente en las redes sociales: la “limitación” a la libertad de expresión de los individuos en las mismas, con lo cual se plantea si es necesaria la intervención del Estado para proteger este derecho fundamental frente a los particulares propietarios de las redes sociales.

De lo anterior se deriva que el Estado se encuentra obligado a llevar a cabo acciones para investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos del gobernado. Con ello, el Estado pretende alcanzar la paz, el bienestar y la seguridad común.

De esta manera es notable la relación que existe entre pena y Estado, vínculo tratado en esta obra al desarrollar los temas de la prisión preventiva oficiosa y de la política criminal.

En cuanto al estudio de la prisión preventiva oficiosa desde la perspectiva de la justicia penal, se plantea una de las consecuencias de la mencionada prisión, siendo esta la sobrepoblación de los centros penitenciarios, lo cual evidencia un aumento en la incidencia delictiva; sin embargo, también se trata el cómo muchas de las personas reclusas bajo la figura de la prisión preventiva oficiosa no cuenta con una sentencia relativa a su caso, pese al paso de los años, lo que plantea a esta figura como una incompatible con los derechos humanos, idea que se desarrolla a lo largo del capítulo.

Finalmente, otra vinculación entre el uso del poder punitivo de los Estados (como forma de control penal) y los individuos se da en el caso de los migrantes, específicamente en el caso de los inmigrantes ilegales, por lo cual en esta obra se contiene un capítulo cuyo fin es realizar un estudio teórico sobre el trato de los inmigrantes ilegales en los países receptores de migrantes.

Lo anterior nos recuerda la importancia de realizar un estudio y análisis de la situación en que se encuentran los sistemas jurídicos con miras a determinar cuáles son los retos por superar para lograr su efectividad.

Con todo ello, *Los derechos como límites al poder* es una obra que, desde la experiencia y perspectiva de destacados autores de México y España, expone los problemas centrales, así como incorpora importantes propuestas, notándose pues la importancia que tiene la producción y difusión de conocimiento para acercar a la sociedad a temas tan relevantes como los aquí presentados.

Abril USCANGA BARRADAS*

* ORCID: 0000-0001-5650-4740.

PODER Y ESTADO

LEGALIDAD Y LIMITACIÓN DEL PODER

Antonio Manuel PEÑA FREIRE*

SUMARIO: I. *Legalidad y orden jurídico*. II. *Control de la discrecionalidad judicial*. III. *La dimensión moral del Estado de derecho*. IV. *Los valores de la legalidad como límites a la discrecionalidad del juez*. V. *Un par de ilustraciones prácticas*. VI. *Bibliografía*.

I. LEGALIDAD Y ORDEN JURÍDICO

En este trabajo sostendré que una concepción del derecho construida desde la idea de legalidad pone de manifiesto con claridad que la existencia del derecho tiene tres dimensiones limitadoras del poder importantes: *a)* el derecho limita la violencia social informal de que pudieran ser víctimas los individuos; *b)* limita la arbitrariedad de la violencia oficial u estatal, y *c)* limita la arbitrariedad judicial, es decir, las decisiones fuertemente discrecionales de los jueces que pudieran ser percibidas como actos de arbitrariedad. Para fundamentar esa triple afirmación será necesario, en primer lugar, presentar esa concepción del derecho y, en segundo lugar, explicar en qué consisten las limitaciones del poder implícitas en ella y demostrar su alcance y efectividad.

Al respecto, vengo sugiriendo desde hace un tiempo la conveniencia de pensar en el derecho a partir de la noción de *legalidad* y de definirlo en función de su propósito más elemental, que es someter el comportamiento humano al gobierno de reglas generales. En este sentido, el derecho es la situación que se da en un grupo social cuando el comportamiento de los individuos está gobernado mediante reglas, es decir, el tipo de orden social que existe cuando se logra que el comportamiento y las relaciones de los miembros de un grupo —entre sí y con quienes gobiernan— estén ordenados en función de lo establecido por reglas y no de otro modo distinto. Desde este

* Universidad de Granada, España.

punto de vista, el derecho puede ser entendido como el intento de construir el orden social en función de la idea de legalidad.¹

Para que una relación esté gobernada por reglas, es decir, para que exista una relación de legalidad, no es suficiente con la mera existencia de reglas que pretendan condicionar el modo en que se comportan las partes. Es necesario, además, satisfacer una serie de condiciones que normalmente son referidas como *principios de legalidad*. Son muchas las elaboraciones de los principios de legalidad. La más conocida es la de Fuller,² para el que los principios de legalidad establecen las condiciones que ha de satisfacer quien se embarca en la tarea de someter a control jurídico las acciones de los miembros de un grupo social. Estos principios son los de generalidad, publicidad, prospectividad, posibilidad, inteligibilidad, coherencia, estabilidad y congruencia.³ Esto significa que quien aspire a gobernar jurídicamente los comportamientos de los individuos, es decir, a crear un orden jurídico, debe hacerlo mediante disposiciones generales de comportamiento o reglas, que además habrán de ser públicas, prospectivas, posibles de cumplir, comprensibles, no contradictorias entre sí, estables y congruentes con la acción de las autoridades responsables de su aplicación. Si no lo hace así, se estará gobernando pero no en modo jurídico y el orden social resultante será distinto a un orden jurídico.

Una consideración singularmente importante en este punto atañe a la noción de *regla*. Las reglas son el tipo de disposición constitutiva de la relación de legalidad, es decir, el tipo de disposición a través de la que llevar a cabo el control jurídico. Una regla es un tipo de disposición singular por su estructura y por el tipo de sujeto al que se dirige y la actitud que de él se espera al momento de la aplicación. Una regla es una directiva general de comportamiento y la generalidad implica que alguno o algunos de los componentes de su estructura normativa —la acción a que se refiere, su destinatario y la condición de aplicación o circunstancias en las que hay que

¹ La inspiración de tal planteamiento se encuentra en Fuller, Lon, *The Morality of Law*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1969. Mi exposición al respecto, en Peña Freire, Antonio, *Legalidad y orden jurídico*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 91-107.

² Fuller, Lon, *The Morality of Law*, cit., pp. 33-91.

³ Existen algunos antecedentes relevantes, como el de Bentham, Jeremy, *Principles of the Civil Code*, cap. XVII, 1843, disponible en <http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/index.html>. Otras elaboraciones importantes son la de Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 212-219; Lovett, Franz, *A Republic of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 218; Fallon, Richard H., “«The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1997, pp. 1-56, o Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 270 y 271.

guiarse según lo establecido en ella— están abiertos, es decir, que no están determinados con absoluta precisión, razón por la que requiere de una cierta intervención del agente al que se dirige, quien habrá de valorar si efectivamente la regla se refiere a él, qué es lo que le exige y en qué circunstancias lo exige. Las reglas, por tanto, son disposiciones que presuponen sujetos con capacidad para valorar qué se les exige, a quién de ellos y cuándo.

Es por esa razón que decimos que las reglas son disposiciones autoaplicables:⁴ como no acotan el sentido preciso de cada componente de su estructura normativa con total precisión,⁵ necesariamente presuponen la capacidad para actuar libremente (*free agency*) de los individuos a los que se dirigen y dejan cierto espacio abierto para su intervención en su ejecución.

Una manera alternativa de demostrar que el control jurídico se construye necesariamente con reglas o que los ordenamientos jurídicos son órdenes de reglas se demuestra cuando comprobamos que un ordenamiento jurídico no puede estar enteramente compuesto por disposiciones de otro tipo.

En primer lugar, un orden jurídico no puede construirse exclusiva o determinantemente a partir de principios. Los principios son estándares de comportamiento tan abiertos que no llegan a ofrecer guía a sus destinatarios sobre la acción exigida, los casos en que se exige o a quienes se exige.⁶ Su propósito es prescriptivo, pero no llega a concretarse en ningún contenido normativo susceptible de guiar el comportamiento de sus destinatarios. Dicho de otro modo, prescriben pero no está claro qué ni cuándo ni a quién. Típicamente, como advierte Campbell,⁷ los principios derivan su sentido normativo de algún valor al que están vinculados, pero en sociedades plu-

⁴ Sobre la autoaplicabilidad, Hart, Henry y Sacks, Albert, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury-Nueva York, The Foundation Press, 1994, p. 115 y Postema, Gerard, “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *The Journal of Legal Studies*, pp. 187 y 188.

⁵ Un análisis muy solvente de la estructura de las reglas, el de Laporta, Francisco, *Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-103. También el de Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 81 y ss., para el que las reglas se refieren a tipos de comportamiento, a diferencia de las órdenes que se refieren a casos particulares.

⁶ Como se aprecia, esta definición no coincide exactamente con la de los principios en la conocida distinción entre reglas y principios de las concepciones principialistas del derecho. Al respecto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1989, pp. 80-83, al momento de presentar su concepción de las reglas. Merece la pena considerar a Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-44, y a García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEPC, 1998.

⁷ Campbell, Tom, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, p. 304.

ralistas, no es fácil (por no decir imposible) identificar con claridad cuál es el contenido normativo en el que se concretan los distintos valores a los que los individuos se adscriben.⁸ Los principios, podríamos concluir, pretenden disponer, pero concretan tan poco que terminan no disponiendo nada.

Tampoco podría estar el derecho compuesto exclusivamente por directivas específicas. Estas directivas son similares a las órdenes, en la terminología hartiana son un tipo de disposición personal que pretende provocar una respuesta concreta en su destinatario en una ocasión determinada, similar a la que se lograría si su comportamiento, de algún modo, viniera causado.⁹ En este sentido, las directivas específicas disponen demasiado y su pleno despliegue es incompatible con la legalidad. Si el ordenamiento estuviera compuesto solo por directivas específicas, los incumplimientos de sus normas serían evidentes y serían superfluos los procedimientos judiciales orientados a determinar cuándo una norma fue incumplida: todo esto podría decidirse unilateralmente por la autoridad, que se limitaría apenas a constatar lo sucedido sin necesidad de escuchar a los implicados ni de justificar sus resoluciones ante ellos a la vista de la evidencia de lo sucedido.

En cierto modo, el hecho de que las normas jurídicas no se apliquen así es indicativo de su naturaleza: si no se aplican como lo harían las disposiciones específicas y si se aplican presuponiendo el tipo de sujetos y de relación que presuponen las reglas, es precisamente porque esa es su naturaleza en el sistema del que forman parte, con independencia de los términos en los que se exprese su formulación.

Que las reglas dejen un margen a la intervención de sus destinatarios para decidir sobre su sentido o alcance,¹⁰ haciendo posible así la autoaplicación, es un rasgo definitorio de la forma del derecho. Esta incluye a un individuo con capacidad para actuar en función de normas, es decir, capaz

⁸ Como advirtió Hart, “la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas, que a diferencia de las aplicaciones de estándares variables, no exigen de aquellos una nueva valoración del caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla”, *cf.* Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 168 y 169.

⁹ Al respecto, Hart y Sacks, *The Legal Process*, *cit.*, pp. 115, 121; Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 26 y 27, o Raz, Joseph, *The Authority of Law*, *cit.*, p. 215.

¹⁰ Esto podría ocurrir por el modo en que están redactadas o por el hecho de formar parte de sistemas normativos en los que obtienen su sentido, con lo que una disposición aparentemente específica, podría de alguna manera verse abierta en sus relaciones con otros elementos del sistema —normas superiores, definiciones, normas concurrentes, etcétera— que hay que atender para comprender su sentido normativo.

de entender lo que las reglas disponen y de decidir cómo comportarse en función de lo que suponen y que, por esa razón, puede ser declarado responsable de sus decisiones y acciones.¹¹

De otro lado, hay que tener en cuenta que para que exista derecho en un grupo humano no es necesario que todas y cada una de las acciones de sus miembros estén gobernadas jurídicamente, es decir, que no es necesario que todo el orden social se exprese mediante reglas conforme a los principios de legalidad.¹² El concepto de derecho se refiere comúnmente a aquellas reglas de un grupo humano que dan lugar a una movilización organizada u oficial en forma de respaldo o reproche por la fuerza a los individuos en función de cómo se hayan comportado.

Lo que se exige es que donde haya gobierno (no opcionalidad reforzada por el castigo o perjuicio), sea gobierno a través de reglas, pero no es relevante cómo queda gobernado lo demás, ya que las reglas deben ir dirigidas exclusivamente a una esfera limitada de las acciones y relaciones individuales y sociales: aquellas que pudieran dar lugar a reacciones de respaldo o reproche organizadas o institucionales y, especialmente, aquellas que tienen como resultado actos de fuerza de las autoridades que recaen sobre los individuos.

La introducción de esa dimensión organizativa o institucional nos permite hablar de Estado de derecho, un modelo de gobierno que exige que el poder se ejerza sólo de acuerdo con reglas de comportamiento previas referidas a acciones posibles de los individuos, de modo que los individuos puedan anticipar con un grado de seguridad elevado si, en función de cómo se comporten, se proyectará o no sobre ellos el poder coercitivo del Estado.

Es en este contexto donde se ponen de manifiesto las dimensiones limitativas del poder a las que nos referíamos al principio de este texto.

Los grupos sociales solo pueden existir y subsistir en la medida en que sean sociedades ordenadas, es decir, agrupaciones de individuos que se relacionan entre sí en función de tradiciones, pautas de comportamiento consensuadas, convenciones o reglas, que hagan posible la convivencia de un modo relativamente pacífico entre sus miembros.¹³ Sobrevivir exige una abstención generalizada de la violencia *intragrupo* y la satisfacción de las necesidades más básicas de los individuos requiere un marco de cooperación

¹¹ En un sentido similar, Fuller, Lon, *The Morality of Law*, cit., pp. 162-163.

¹² Así, Campbell, Tom, *Prescriptive Legal Positivism*, cit., pp. 272 y 273.

¹³ Krotz, Esteban, “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002, p. 18.

estable y seguro. En cualquier grupo humano es, por tanto, central un principio de establecimiento institucional (*principle of institutional settlement*), que garantice la convivencia pacífica y la fluidez de la cooperación, ya que la alternativa a ese acuerdo institucional es la disgregación y la violencia.¹⁴

El derecho es uno de estos principios: garantiza esos objetivos asegurando que el ejercicio legítimo de la violencia esté monopolizado por agentes públicos —porque no está socialmente generalizada— y haciendo condicional su despliegue al incumplimiento de reglas anunciadas.¹⁵ Es decir, el derecho es la situación que se da cuando el ejercicio de la coacción es responsabilidad exclusiva de agentes oficiales y está condicionado por el cumplimiento o incumplimiento de una serie de reglas relativas al comportamiento de los individuos.¹⁶

Lo expresa Lovett¹⁷ diciendo que para que el derecho exista se ha debido de resolver dos problemas: a) el *problema del orden social*, que exige limitar el ejercicio de la fuerza a los agentes públicos y minimizar las expresiones sociales o informales de violencia, lo que se logra cuando los gobernantes monopolizan efectivamente el uso legítimo de la fuerza sobre la población radicada en un territorio dado, y b) el *problema de la constitucionalización del uso de la fuerza* (*problem of constitutionalism*), que se soluciona cuando se logra una satisfacción elevada de los principios de legalidad en las ocasiones en que las autoridades ejercen la coacción oficial, es decir, cuando la coacción de las autoridades se expresa de acuerdo a lo que disponen esos principios.

Lo anterior, en esencia, significa que la actividad de los agentes públicos coercitivos estará, por lo general, limitada a la aplicación de las reglas jurídicamente válidas, que esos agentes reaccionarán coactivamente contra los individuos cuando estos hayan incumplido normas anunciadas y que protegerán a quienes pretenden obedecer a las autoridades de quienes intentan impedirlo por la fuerza. En definitiva, la existencia del derecho implica necesariamente una limitación de las expresiones sociales o informales de la violencia, pues el derecho solo aparece cuando la expresión legítima de la violencia queda monopolizada por las autoridades oficiales y cuando

¹⁴ Hart, Henry y Sacks, Albert, *The Legal Process*, cit., p. 4.

¹⁵ Las resonancias weberianas de esta concepción son evidentes, *cfr.* Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 43-45, 663-668 y 1056-1060.

¹⁶ Como señala Nader, el derecho es una forma de organización basada en la existencia de reglas para cuya violación el grupo ha aceptado o delegado que se infrinja alguna forma de castigo al infractor, *cfr.* Nader, Laura, “The Anthropological Study of Law”, *American Anthropologist*, vol. 67, p. 18.

¹⁷ *A Republic of Law*, cit., pp. 100 y 101.

no está socialmente generalizada, aunque no cualquier monopolización del ejercicio de la violencia por un grupo de autoridades oficiales es compatible con la existencia del derecho y solo cuando ese ejercicio se hace depender del incumplimiento de las reglas anunciadas tiene sentido hablar con propiedad de derecho.

Una tercera condición constitutiva del derecho y otra de las limitaciones que su existencia plantea al modo en que se expresa el poder es la operatividad de procedimientos a través de los que se apliquen las reglas establecidas para solventar las pretensiones y conflictos de los individuos. La adjudicación de estos asuntos, es decir, la existencia de jueces o tribunales que apliquen las normas anunciadas para solucionar las pretensiones y conflictos relevantes de los individuos, es constitutiva del derecho en un sentido que no lo son soberanos o legisladores:¹⁸ si hay un procedimiento absolutamente característico de los órdenes jurídicos es la aplicación de las normas y no la legislación ni la dirección política o la administración, pues los órdenes jurídicos se definen a partir la operatividad de roles como los que típicamente ejercen los jueces.¹⁹

Además, para que el Estado de derecho no sea una mera apariencia,²⁰ es preciso que se garantice que, en ese procedimiento, las pretensiones y conflictos efectivamente se adjudican, es decir, que se resuelven según las reglas establecidas y no de otro modo. Esto se logra cuando está normativamente establecido que el juez tiene el *deber de resolver conforme a las reglas* y cuando están garantizadas, además, la *participación* de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos que consideren relevantes para justificar sus pretensiones y la adopción de una *actitud considerada* del juez hacia las pruebas y los argumentos presentados por las partes.²¹

¹⁸ Como señaló Hoebel, Edward Adamson, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954, p. 21: “no hay derecho hasta que no haya tribunales”.

¹⁹ Nonet, Philippe y Selznick, Philip, *Law and Society in Transition*, Nueva York, Harper Torch Books, 1978, pp. 104 y 105.

²⁰ Lovett, Frank, *A Republic of Law*, cit., p. 149, para el que la adjudicación genuina es condición de posibilidad del Estado de derecho, lo que es tanto como decir del orden jurídico mismo.

²¹ El desarrollo de esta concepción de la adjudicación está en Fuller, Lon, “Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, pp. 369 y ss.

II. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Sin embargo, la aplicación judicial del derecho tiene un momento singularmente espinoso en el que el potencial limitador del poder que comporta queda en entredicho: el momento de la discrecionalidad judicial. Si los jueces deciden de modo discrecional, se plantea cierta tensión entre la decisión judicial y los principios de legalidad. Los principios de legalidad, constitutivos de la forma del derecho, pretenden garantizar que el comportamiento de los individuos esté gobernado en función de lo establecido en reglas, cuyo sentido sea accesible a sus destinatarios al momento de decidir sobre sus acciones. Pero si las decisiones con las que los jueces administran la coacción estatal para validar las pretensiones de los individuos, resolver sus conflictos o sancionarles por sus comportamientos son discrecionales (aunque sólo sea parcialmente) el sentido preciso de las reglas queda determinado solo *ex post facto*, es decir, que solo se decanta por completo en el momento de la aplicación judicial misma, lo que significa que no estaba totalmente disponible en el momento en que los individuos tomaron la decisión sobre su comportamiento.

El problema es más grave de lo que algunas teorías sugieren,²² porque la discrecionalidad judicial es inevitable. La discrecionalidad es consecuencia de la generalidad de las reglas y esta viene exigida por el reconocimiento de la autonomía de los individuos, que es un rasgo que define a las reglas, que son —no se olvide— el tipo de disposición con que se construyen los órdenes jurídicos. Existe una tensión en el seno del ideal del Estado de derecho entre la *legalidad/previsibilidad* y la *legalidad/autonomía*.

Parece necesario que los individuos conozcan plenamente cuáles son los condicionantes jurídicos de sus acciones: lo que el derecho exige ha de estar disponible al individuo en el momento en que decide cómo comportarse, pues solo así puede planificar su conducta conforme a las reglas dispuestas. Pero la legalidad es una forma de gobernar el comportamiento incompatible con la manipulación o la causación de los comportamientos, razón por la que ha de quedar un margen para la intervención del agente individual en el momento de la autoaplicación, lo que, a su vez, abre espacio para la presentación, al momento de la aplicación judicial, de los hechos y argumentos que se consideren relevantes y también para que esas alegaciones sean tomadas en consideración por el juez antes de decidir.

Hay una cierta contradicción entre la exigencia de que los individuos dispongan de toda la información relevante sobre el estatuto normativo de

²² Me refiero a las que acotan a los llamados casos difíciles los supuestos en los que la discrecionalidad se manifiesta.

su conducta al momento de decidir cómo comportarse y el reconocimiento de que tienen derecho a valorar por sí mismos lo que las reglas disponen o a justificar sus comportamientos conforme a su propia comprensión de las reglas. Estas dos últimas dimensiones de la legalidad son incompatibles con un condicionamiento perfecto del comportamiento de los individuos. Por ser las reglas generales e ir dirigidas a sujetos con capacidad para actuar por sí mismos, el sentido preciso de las reglas nunca puede estar completamente disponible en el momento en que el individuo decide cómo actuar: nunca puede estar anticipadamente claro con absoluta precisión qué es lo que exigen las reglas, ya que solo se precisan cuando son aplicadas judicialmente, es decir, después de que la acción haya tenido lugar. Esto significa que las sentencias judiciales no pueden ser puramente cognoscitivas, en el sentido de que no pueden construirse exclusivamente en función de lo establecido por las reglas dispuestas, ni pueden encontrar en sus palabras la fuente exclusiva de su conclusión.

Las reglas no manifiestan anticipada y expresamente todo su sentido potencial, porque son las sentencias las que especifican su sentido entre los diversos posibles que estaban a disposición de los destinatarios de las normas al momento de su autoaplicación.²³ Así las cosas, es imposible distinguir entre lo que la regla exige y lo que va exigiendo e incluso lo que debería exigir.²⁴

Ahora bien, existen mecanismos para intentar mantener esa carencia normativa dentro de niveles aceptables.

Los jueces han de estar vinculados en algún grado a precedentes, criterios y decisiones anteriores, participando así de lo que podríamos llamar un modelo acumulativo o interpretativo de jurisprudencia. El respeto a los precedentes judiciales refuerza el ideal del gobierno de las leyes²⁵ porque la continuidad con el modo en que las reglas se han aplicado anteriormente hace posible, en la mayoría de las ocasiones, que los individuos se puedan

²³ Así se sigue de Oakeshott, Michael, *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975, pp. 130-133, para el que el procedimiento jurisdiccional que acompaña a las leyes no es sólo un método para aplicar la ley, sino también un procedimiento a través del que su sentido se especifica y se amplifica significativa, justificada, apropiada y duraderamente.

²⁴ Así, Eleftheriadis, quien señala que la interpretación no sucede después de que el derecho aparezca y que el derecho no es algo que es interpretado, sino que el derecho es algo que aparece cuando es interpretado, *cfr.* Eleftheriadis, Pavlos, “Legality and Reciprocity: A Discussion of Lon Fuller’s The Morality of Law”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1, p. 12.

²⁵ Como señala Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, p. 228, “la tarea del juez es buscar una solución que encaje armoniosamente en un sistema de expectativas complementarias expresadas en decisiones pasadas”.

decir gobernados por reglas,²⁶ ya que el conocimiento del modo en que vienen siendo aplicadas les permite anticipar cómo decidirán los jueces si alguna vez han de enjuiciar sus acciones más de lo que podrían hacerlo si los jueces estuvieran habilitados a ignorar libremente la manera en que las reglas han sido interpretadas con anterioridad.²⁷

También hay que tener en cuenta que cada aplicación judicial de una regla mitiga la indeterminación del derecho y, en la medida en que sea pública, ofrece información sobre las circunstancias que dan lugar a la aplicación de sus normas y el peso que distintas circunstancias fácticas tienen en la aplicación de las normas.²⁸ Dado que en cada aplicación se especifica el sentido de las reglas, las sentencias deben publicarse para que ese complemento esté disponible a los futuros destinatarios de las normas, aunque es siempre cierto que esa información se ofrece *ex post facto* a aquellos que eran parte en el caso que concluye con la sentencia hecha pública.

Algo similar ocurre con la motivación y con el deber de motivar. Si no se expresan las razones de cada decisión se hace más difícil la previsibilidad, pues no se facilita que las partes puedan anticipar el sentido de las siempre inciertas decisiones judiciales y se favorece que terminen actuando por corazonadas, al no tener información sobre los criterios que los jueces tienen a propósito del sentido de los estándares o reglas que les afectan.²⁹ Dicho de otro modo, hacer pública la motivación permite anticipar otras variacio-

²⁶ Un antecedente de este planteamiento puede rastrearse hasta la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico de Adolf Merkl (citado por Cuenca Gómez, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2014, p. 180), según la cual todo estadio intermedio de la cadena de producción normativa está caracterizado por una cierta “dosis” de “novedad” combinándose e interactuando en cada grado elementos objetivos y subjetivos, es decir, que cada escalón del proceso de producción normativa se basa en el precedente, pero incorpora siempre nuevos elementos, si bien se trataría “de una integración, pero no de una nueva construcción”.

²⁷ En un sentido similar, Lovett, Franz, *A Republic of Law*, *cit.*, p. 177, habla de cambio endógeno del derecho, un tipo de cambio interpretativo, gradual y marginal, que garantiza la adaptación del derecho a circunstancias imprevistas, efecto de la generalidad de las normas en tanto que reglas.

²⁸ Postema, Gerard, “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pp. 375 y 376, incluso amplía el marco de referencia de esa idea, pues señala que el contenido de una norma no se puede determinar plenamente si no se conoce el sentido en que se entenderá la norma una vez proyectada a la sociedad. Entender una norma exige, por tanto, comprender las instituciones, prácticas y actitudes de la comunidad a la que se dirige. Las normas solo se concretarían cuando establecen contacto con ese conjunto de prácticas, actitudes y formas de interacción social, de las cuales, añadido, forman parte los casos en que se aplican y los motivos por los que se aplican.

²⁹ Fuller, Lon, “Forms and Limits”, *cit.*, pp. 387 y 388.

nes de la especificación. Sin embargo, no hacer públicas las razones por las que se aplica una regla ofendería al ideal de la legalidad, porque es tal la intensidad de la relación entre razones y especificaciones de las reglas que ocultarlas es ocultar los presupuestos de su especificación.

En definitiva, el carácter acumulativo de la jurisprudencia y la publicidad de las decisiones judiciales y de su motivación refuerzan el ideal del Estado de derecho, pues aseguran que está a disposición del individuo la mayor cantidad de información al momento de decidir sobre cómo comportarse y sobre lo que las reglas vigentes suponen para su comportamiento.

Sin embargo, a veces el contenido de una sentencia judicial es algo más que una simple especificación de lo expresado por las reglas, y ni aun atendiendo a decisiones pasadas conocidas o a las razones por las que se adoptaron resulta posible anticipar el sentido de la amplificación o especificación de la regla que lleva a cabo el juez al momento de la adjudicación del caso. Así ocurre, por ejemplo, cuando se interpreta una regla por primera vez, cuando se interpreta de un modo socialmente insospechado, cuando cambian los fundamentos sobre los que se venía construyendo la interpretación o cuando se rompe con una línea jurisprudencial establecida.³⁰ En esas condiciones, las sentencias van más allá de ser simples aclaraciones o especificaciones implícitas en el sentido de las reglas; en su lugar, corrigen o alteran materialmente su sentido y, en estos casos, la confianza del individuo en el derecho podría verse traicionada, porque sus reglas son aplicadas de un modo que no era posible anticipar al momento de la autoaplicación.

III. LA DIMENSIÓN MORAL DEL ESTADO DE DERECHO

Una solución a ese problema pasa por exigir una especial justificación o motivación a la decisión judicial que resuelve esos casos, intentando así evitar que las decisiones de los jueces puedan ser plausiblemente percibidas como expresiones de arbitrariedad. Sin embargo, esta posibilidad no es fácilmente practicable en sociedades éticamente pluralistas cuyos miembros discrepan razonablemente sobre la identidad, sentido o alcance de los valores sobre los que podría construirse esa justificación. La remisión a valores en los que

³⁰ En un sentido similar, Waldron ha llamado la atención sobre la difícil relación existente entre, de un lado, los principios de seguridad y previsibilidad del Estado de derecho y, de otro lado, la dimensión argumentativa del derecho, *cfr.* Waldron, Jeremy, “The Rule of Law and the Importance of the Procedure”, en Fleming, James E. (ed.), *Getting the Rule of Law*, Nueva York, Nomos-New York University Press, 2004, p. 12.

fundar la decisión —transformando así la discrecionalidad fuerte en débil y tornándola compatible con la legalidad— no es fácil.

Una solución practicable compatible con el ideal de la legalidad es fundar la decisión judicial en los valores y principios morales que subyacen a ese mismo ideal, es decir, en los valores y principios implícitos al derecho como empresa de someter al gobierno de reglas el comportamiento de los individuos.³¹

Esta solución implica aceptar que el orden jurídico, en tanto que método de gobierno o control social, no es moralmente neutral, sino que tiene una dimensión moral que se sigue del hecho de ser expresión de un conjunto de valores sustancialmente morales relativos a la forma en que ha de ejercerse el poder, cuya manifestación más depurada son los principios de legalidad.³² Al conjunto de esos valores y principios que, por definir la forma del derecho y ser constitutivos de su existencia, forman parte del derecho, los denomino *constitución del Estado de derecho* o *constitución del derecho*, ya que, desde este punto de vista, derecho y Estado de derecho son lo mismo.³³ Si hubiera que buscar una denominación para la teoría, esta probablemente sería la de *constitucionalismo legalista*, a la vista de la relevancia de la *legality* o juridicidad, del legalismo y del imperio de la ley en la construcción del orden social característicamente jurídico.

La *constitución del Estado de derecho* está formada por una serie de valores morales que reclaman una cierta forma de control social. Los principios de legalidad son la expresión normativa de esos valores referida al modo de ejercicio del control social, es decir, a la forma en que se ha de gobernar un grupo para que sea posible decir plausiblemente que el poder se ejerce en forma jurídica; asimismo, son condiciones relativas a la forma del derecho, es decir, a cómo ha de gobernar quien pretende hacerlo jurídicamente. Son condiciones que deben satisfacerse suficientemente si se quiere tener éxito en la tarea de construir un orden jurídico y, en ese sentido, son constitutivos del orden jurídico.

Los valores del ideal de la legalidad forman parte de la constitución del Estado de derecho. Son sustancialmente morales, porque los identificamos

³¹ Me he referido más extensamente a esta cuestión en Peña Freire, Antonio, “La constitución del Estado de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2020 (XXXVI), pp. 87-110.

³² Este planteamiento es complementario del relativo a la estructura moral del derecho, es decir, el que apunta a que lo dispuesto por el derecho presupone una cierta moralidad que lo inspira. Cfr. Díaz García, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. 52.

³³ En ese sentido también Waldron, Jeremy, “The Concept of the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, vol. 43, núm. 1, 2008, p. 10.

con claridad como parte de nuestro universo moral. Además, pertenecen al derecho, en el sentido de que éste está necesariamente vinculado con ellos,³⁴ pues fundamentan, a través de los principios, su forma característica. También son originarios, porque su pertenencia al derecho no se sigue del hecho contingente de que hayan sido constitucionalizados,³⁵ como ocurre con los valores y principios del llamado neoconstitucionalismo³⁶ o del pospositivismo,³⁷ sino que es expresión directa de su forma definitoria.

Aunque la propuesta pudiera parecer iusnaturalista, no lo es: es más, creo que el planteamiento es profundamente iuspositivista, al menos en el sentido que habitualmente se presupone en quienes critican al iusnaturalismo por fomentar que nuestras pretensiones y conflictos se resuelvan por determinación moral directa en lugar de hacerlo conforme a la legalidad establecida. Desde mi punto de vista el derecho y la moral están conceptualmente conectados, pero esto es posible sin que así se moralicen el derecho o la decisión jurídica, es decir, sin someter a los jueces a los imperativos de la justicia y habilitarlos para derrotar o ignorar las reglas. Dicho de otro modo, se puede sostener que el derecho tiene una dimensión moral sin confundirlo con la moral, sin cuestionar su autonomía respecto de la justicia y sin, por lo tanto, dejar de ser iuspositivista en alguno de los diversos sentidos en que es posible serlo.

La aceptación de esa hipótesis y de sus correspondientes presupuestos pudiera entenderse como una impugnación del modo en que se ha desarrollado una parte importante del debate sobre la relación entre el derecho y la moral o sobre la moralidad del derecho en las últimas décadas. No creo que sea necesario llegar tan lejos, pero sí que algunos aspectos del modo en que la filosofía del derecho ha abordado el problema de la relación entre derecho y moral no son del todo adecuados.

Los planteamientos dominantes entre los filósofos del derecho respecto del valor moral del derecho obedecen, en su mayoría, a planteamientos ex-

³⁴ Cfr. Dyzenhaus, David, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000, pp. 721-722.

³⁵ Al respecto, Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49 y ss.

³⁶ En ese sentido, García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de moralidad*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 80 y ss., así como 218 y ss.

³⁷ Una buena caracterización del pospositivismo, en Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista CAP Jurídica Central*, vol. 2, núm. 3, 2017, pp. 82 y 83. Aguiló, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 669 y ss., ha presentado de manera muy clarificadora los rasgos fundamentales del pospositivismo, contrastándolo con el positivismo jurídico.

clusivamente instrumentales: muchos filósofos del derecho, singularmente los iuspositivistas, solo se muestran dispuestos a reconocer al derecho valor instrumental,³⁸ es decir, solo el valor que se sigue del hecho de poder usarse como herramienta para lograr ciertos fines, medido por el valor de esos fines,³⁹ sin considerar la posibilidad de que tenga además un valor intrínseco, pese a que, por ejemplo, se reconoce ese mismo valor a otras instituciones o métodos de gobierno, como la democracia, con independencia de que democráticamente puedan tomarse decisiones nefastas.⁴⁰

La explicación de esta resistencia a admitir una dimensión moral del derecho se explica por el predominio en la arena iusfilosófica de cierto positivismo jurídico que insiste en la idea de que cualquier reconocimiento del valor moral del derecho tiene efectos legitimadores sobre su contenido, es decir, que equivale también a validar moralmente lo dispuesto. En ese contexto, quien sostiene que el derecho tiene una dimensión moral es sospechoso de legitimar al poder, de fomentar la obediencia acrítica al derecho o de oscurecer las diferencias entre las leyes justas e injustas.

Sin embargo, estas críticas son precipitadas: en modo alguno sostener que el derecho tiene cierta dimensión moral supone colocar a los individuos en una actitud sumisa respecto de lo que las normas sugieren o legitimar las leyes de gobernantes inicuos. Decir que el derecho es justo en el sentido de que, por ser expresión de ciertos valores morales, tiene una dimensión moral intrínseca *como forma de gobierno* no equivale a sostener que sus normas sean justas. En primer lugar porque cuando afirmamos que el derecho tiene una dimensión moral intrínseca no estamos afirmando que todo el contenido del derecho sea justo ni que exista el deber de obedecer sus normas

³⁸ Al respecto, Green, Leslie, “Law as a Means”, en Cane, Peter (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 176.

³⁹ Así, por ejemplo, Austin, que señala que “la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”, Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1965, p. 157; Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Reus, 2009, p. 43, o Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, cit., p. 181, al señalar que, en modo alguno, es necesariamente verdadero que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias de la moralidad, aunque es un hecho que con frecuencia lo hace.

⁴⁰ También son, por cierto, instrumentales los planteamientos principialistas porque, en este caso, la moralidad del derecho depende de una contingente conexión del derecho con la moral correcta a través de la constitución. Salvo que se considere que la conexión entre derecho y moral que acontece en la constitución es reflejo de alguna conexión necesaria más profunda, como la que Alexy plantea que se da entre derecho y moral como consecuencia de participar el discurso jurídico de la pretensión de corrección característica de los actos de habla regulativos.

con independencia de qué sea lo que disponen, porque el mérito moral de la forma del derecho no se trasmite necesariamente a su contenido, es decir, no supone que lo que disponen las reglas esté necesariamente justificado por haber sido dispuesto. En segundo lugar, porque existen otros valores morales que compiten con los constitutivos de los órdenes jurídicos y que, según el caso, nos pueden (incluso nos deben) llevar a excepcionar o desplazar a los principios vinculados a la legalidad.⁴¹

IV. LOS VALORES DE LA LEGALIDAD COMO LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

Como he sostenido, las reglas, por ser generales, hacen imposible una guía precisa y previa del comportamiento autoaplicativo del individuo y dejan siempre abierta la puerta a la discrecionalidad judicial. Ahora bien, las decisiones *creativas* o *sorpresivas* de los jueces podrían aún ser compatibilizadas con el ideal de la legalidad si se fundamentan en los valores y principios que definen el propósito del derecho, es decir, en los valores y principios de la constitución del Estado de derecho. Dicho de otro modo, en los casos en los que el nivel de discrecionalidad de una decisión judicial se vuelve demasiado elevado y es razonable concluir que las partes han sido *sorprendidas* por ella, se puede fundar la decisión en las razones vinculadas a la propia legalidad, para convertir una decisión potencialmente arbitraria en un ejercicio razonable de discrecionalidad.

Es momento de precisar cuáles son esos valores:⁴² el control de la violencia y la arbitrariedad, la limitación del poder, el reconocimiento de la capacidad de actuar y la libertad como independencia de la voluntad de los otros. Veamos con cierto detenimiento el contenido de cada uno de estos valores.

- Control de la violencia arbitraria: existe cierto consenso moral a propósito de que la violencia y la arbitrariedad son moralmente reprobables. A nadie le gusta ser víctima de actos de violencia ni ser tratado arbitrariamente ni, por supuesto, ser objeto de alguna forma de coacción arbitraria. En la medida en que, como vimos al inicio, el derecho es conceptualmente incompatible con la legítimi-

⁴¹ Al respecto, Raz, Joseph, *The Authority of Law*, cit., p. 229. También Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., pp. 67 y 68.

⁴² Los principios de legalidad, definitorios de la forma del derecho, ya fueron presentados.

dad del libre recurso social a la violencia y con el ejercicio arbitrario de la coacción por parte de los órganos estatales, es portador de un inherente valor moral pues su eficacia es equivalente, en términos prácticos, a una reducción o minimización del riesgo de los individuos de ser víctimas de violencia y arbitrariedad. Recordemos que el Estado de derecho existe cuando los principios de legalidad se respetan cuando los grupos reaccionan formal o institucionalmente para ejercer coacción sobre sus miembros o lo que es lo mismo cuando el ejercicio de la coacción institucional se hace depender del incumplimiento de reglas previamente anunciadas.⁴³ En definitiva, el Estado de derecho es la situación que existe cuando el ejercicio de la violencia puede llevarse a cabo exclusivamente por parte de agentes públicos y cuando está condicionado al incumplimiento de reglas de comportamiento previamente anunciadas. En la medida en que la existencia del derecho reduce la posibilidad de padecer violencia social arbitraria y contribuye a que el ejercicio de la violencia institucional no sea percibido como una expresión arbitraria de violencia, el derecho mismo es expresión de un valor moral: el control de la violencia arbitraria. De otro lado, quien se diga comprometido con ese valor tiene razones para promover la solidez del orden jurídico o para decidir en un sentido que lo confirme o fortalezca.

- Limitación del gobernante: el segundo valor moral que forma parte de la constitución del Estado de derecho es la limitación al poder del gobernante. El Estado de derecho es incompatible con concepciones incondicionadas o ilimitadas del poder de los gobernantes. En un Estado de derecho el gobernante no puede, por razones conceptuales, ni expresarse en cualquier forma ni ostentar un poder irrestricto.⁴⁴ No se puede, por razones conceptuales vinculadas a las condiciones constitutivas del derecho y a la noción misma de regla, coaccionar a los gobernados en casos distintos a los anunciados en las reglas.⁴⁵ También el principio de congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial exige que los gobernantes se

⁴³ Peña Freire, Antonio, *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 96-102.

⁴⁴ Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 39-41 y pp. 216-217. Al respecto, también Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 274; Allan, Trevor, *Constitutional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 56, y Murphy, Colleen, “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 239-262.

⁴⁵ Al respecto, Simmel, Georg, *The Sociology of Georg Simmel*, Nueva York, Free Press of Glencoe, 1950, p. 181.

abstengan de castigar a quienes han cumplido las reglas ya que han de limitarse a castigar a quienes las incumplieron y precisamente debido a ese incumplimiento.⁴⁶

- Reconocimiento de la autonomía y capacidad de actuar de los individuos: el tercer valor moral del Estado de derecho es el reconocimiento de la autonomía y capacidad de actuar de los individuos: el propósito definitorio de todo orden jurídico es gobernar el comportamiento de los individuos mediante reglas. Las reglas jurídicas son directivas generales autoejecutables, es decir, directivas que se refieren a acciones posibles sobre las que individuos con capacidad de actuar tienen cierto control rector y que, además, dejan cierto espacio abierto para la intervención del agente en su ejecución, quien habrá de decidir si se refieren a él, si cumplirlas, y cómo o cuándo hacerlo. La forma del derecho, por tanto, incluye a un individuo con capacidad para comprender las reglas y actuar conforme a ellas,⁴⁷ es decir, presupone una concepción del individuo como agente responsable, capaz de comprender y seguir las reglas y responsable de sus acciones.⁴⁸
- Libertad frente a la voluntad de los otros y adjudicación de las reglas: una manera de garantizar que los individuos son libres en el sentido de que no están incondicionalmente sometidos a la voluntad

⁴⁶ Otra variante de este planteamiento es la de Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., p. 159, para quien tenemos reglas porque se ha optado por separar distintas funciones de gobierno entre distintos poderes. Cuando el responsable de su aplicación puede ignorarlas en lugar de aplicarlas invade el espacio del otro, lo que está en sustancial tensión con la idea misma de separación de jurisdicciones o poderes. La distinción entre dos funciones de gobierno —la de crear los patrones de comportamiento que han de seguir los miembros del grupo y la de aplicarlos— y la consiguiente separación de poderes tienen efectos limitadores del poder. Las reglas instruyen a los decisores en la necesidad de no considerar ciertos hechos, razones o argumentos (p. 221). Las reglas son así mecanismos para determinar quién debe considerar qué, es decir, operan como herramientas de la distribución del poder pues un decisor sometido a reglas pierde la potestad para decidir tomándolo todo en cuenta. Las reglas asignan poder al seleccionar las razones y establecer quién decide. Así, por ejemplo, cuando un tribunal decide que un vehículo que porta una estatua no es el vehículo al que se refiere la regla que prohíbe la entrada de vehículos en el parque, se asigna poder a sí mismo y se lo quita a los creadores de la regla (pp. 223-224). Por muy absurda que parezca la conclusión que se sigue de la formulación de la regla, lo cierto es que quien se arroga el poder de decidir qué es absurdo también está arrogándose un poder que es de otro. Sin embargo, quien dice que no puede ignorar lo dispuesto por una regla por considerar que es absurdo no está abdicando de ninguna responsabilidad, sino asumiendo la responsabilidad que le corresponde y respetando la asignación que se hizo a otros de responsabilidades distintas.

⁴⁷ Rundle, Kristen, *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁴⁸ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, cit., p. 162.

de nadie es gobernarlos mediante reglas llamadas a servir de criterio exclusivo para la resolución de sus conflictos y pretensiones.⁴⁹ En estos términos el individuo depende de las reglas y no de la voluntad de nadie. Desde luego, ha de garantizarse que la aplicación de las reglas es distinguible de lo que se daría cuando los individuos son gobernados *a voluntad*. Es decir, para que el gobierno de las reglas sea posible tenemos que lograr que la experiencia de los individuos de estar sometidos a ellas sea distinta de lo que sucedería si estuvieran incondicionalmente sometidos a la voluntad de alguien. Esto último ocurriría, por ejemplo, si los conflictos y pretensiones de los individuos los resolviera caso a caso el gobernante según su criterio actual sobre el modo en que deberían haberse comportado los individuos en esas situaciones ya acaecidas y no según lo exigido por las reglas que hubiese anunciado para ese tipo de situaciones. De ahí la necesidad de que pretensiones y conflictos se adjudiquen, es decir, que se resuelvan según las reglas anunciadas y no según la voluntad de quien las dio. Es también porque no es aceptable que se esos conflictos no resuelvan exclusivamente en función de la voluntad del juez, por lo que es necesario garantizar la participación de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos que consideren relevantes y por lo que el juez ha de considerarlas antes de decidir. Si no fuera así, sería verdad que las partes dependen exclusivamente de la voluntad del juez y no tendría sentido decir que son independientes de la voluntad de los otros porque están siendo gobernadas en función de reglas.

Lo dicho pone de manifiesto que el derecho, como método de gobierno o forma de control social, es expresión de ciertos valores morales y que tiene un considerable potencial para disminuir el riesgo de expresión arbitraria del poder, es decir, que tiene efectos limitadores importantes sobre el modo en que se ejerce el poder. Los valores de la legalidad —el control de la coacción arbitraria, la limitación del poder, la autonomía y capacidad del individuo para actuar por sí mismo y la libertad del individuo frente a la voluntad de los otros— se ven expresados donde existe un orden jurídico y, a la vez, sirven para evitar expresiones arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal.

En los casos en los que asistimos a algún ejercicio de discrecionalidad judicial los valores de la legalidad permitan definir ciertos referentes útiles para orientar y condicionar la corrección de la decisión del juez, convirtien-

⁴⁹ Simmonds, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 101.

do así una decisión potencialmente arbitraria en una discrecional sujeta a un cierto control de razonabilidad. Cuando el juez se ve en la necesidad de decidir discrecionalmente porque, por ejemplo, no encuentra en las reglas dispuestas o en sus sucesivas especificaciones jurisprudenciales una solución para un caso, debería inspirarse en los valores recién expuestos e intentar realizarlos con su decisión. Esto normalmente le llevará a valorar qué solución, de entre las que tiene que elegir discrecionalmente, es la que garantiza una mayor satisfacción de los principios de legalidad. Es así como una decisión discrecional que no se sigue directamente de las reglas se hace compatible con el ideal de la legalidad y como evitamos que se disuelva en un puro ejercicio de arbitrariedad.

V. UN PAR DE ILUSTRACIONES PRÁCTICAS

A partir de estas ideas es posible contribuir al debate sobre la discrecionalidad judicial y la indeterminación del derecho suscitado por los llamados casos difíciles,⁵⁰ singularmente, en el marco de la crítica de las teorías principialistas al legalismo iuspositivista.⁵¹ Me referiré, en concreto, al *caso Noara*, popularizado en el debate iusfilosófico por García Figueroa,⁵² y referido como un caso que demostraría la naturaleza argumentativa del derecho y su apertura a la moral. En ese caso, una juez, de manera evidente pero disimulada, obvia una determinación legal clara para evitar cometer una injusticia clamorosa que habría supuesto la muerte evitable de un bebé.

García Figueroa⁵³ concluye afirmando que, en un Estado constitucional, toda norma legal es derrotable porque hay excepciones implícitas a las reglas que no existen *ex ante* al caso, que la jerarquía normativa es oscilante y que la validez de las reglas es inestable porque está sujeta a que no se formulen excepciones implícitas en el momento de su aplicación. Además, advierte que las excepciones a las reglas jurídicas tienen bases éticas: en los Estados constitucionales, los ordenamientos jurídicos aspiran a ser optimizados moralmente y el razonamiento jurídico mismo se define por su disposición

⁵⁰ Al respecto, Iglesias, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 107 y ss.

⁵¹ Quizás las referencias de Schauer, Fredecik, *Las reglas en juego*, cit., p. 108, a dos modelos de reglas: el modelo conversacional y el modelo atrincherado, sean de utilidad para comprender el sentido de los planteamientos en liza.

⁵² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 153.

⁵³ *Ibidem*, pp. 162-168.

a la corrección moral. Jurídicamente no es correcto resolver injustamente: el derecho y la justicia quedarían así conceptualmente conectados.⁵⁴

El problema con este análisis es que no parece presuponer que la aplicación de la ley sea un valor moral en sí por mucho que, en ese caso concreto, se haya visto superado por el valor de la vida del bebé. El valor asociado a la legalidad no puede quedar anulado por el de la justicia o los derechos. No deberíamos llegar a la conclusión de que el deber más elevado del juez es el de hacer justicia en cada caso relegando a la aplicación de las reglas a una posición subalterna. No creo que García Figueroa hubiera suscrito conclusiones como ésta, pero, en cualquier caso, debería quedar claro que la legalidad es un valor como tal. Aunque ese valor podría verse desplazado cuando la justicia en general exige una solución distinta a la reglada, la aplicación de esta solución es justa por venir exigida por los valores de la legalidad y sigue siéndolo incluso en los casos en los que es menos justa que la que resulta de una determinación moral directa a partir de algún valor distinto de los que definen el ideal de la legalidad, es decir, cuando se ve superada, pero no anulada ni absorbida, por otra exigencia más potente.⁵⁵

Por eso, casos como el de Noara ni son casos que celebrar ni *hacen buen derecho* si se los interpreta como demostraciones de que el valor de la legalidad es, en algún sentido, dependiente o subsidiario del valor de la justicia general o como que no hay conflicto entre ellos, porque la realización del segundo es automáticamente la del primero. Desde el punto de vista de la legalidad, esos casos no prueban la conexión del derecho con la justicia, sino que deberían demostrar la independencia del valor moral del derecho frente a otros valores morales generales o, dicho de otro modo, la autonomía de la legalidad frente a la moralidad no tanto porque el derecho sea

⁵⁴ En contra de este planteamiento, Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., pp. 177-179, advierte que las reglas no pueden estar sujetas a excepciones incorporadas al momento de su aplicación y seguir siendo reglas. Pueden ser exceptuadas, desplazadas o superadas y seguir siendo reglas siempre que concluyamos que, cuando eso sucede, se incumplió la regla sin que esa condición se consolide como excepción a lo reglado. Las reglas, en tanto que razones para la acción, deben tener cierto grado de resistencia frente a la derrotabilidad externa. La apertura incondicional a la derrotabilidad en función de consideraciones morales es incompatible con la naturaleza misma de las reglas y con su gobierno.

⁵⁵ En un sentido similar, Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., p. 155, llama la atención sobre los riesgos de dar más valor a las decisiones puntuales basadas no en reglas sino en sus justificaciones sustantivas que a las razones por las que podríamos desear tener reglas y estar gobernados por ellas: “cuando las justificaciones para tener una regla pesen menos en el balance de razones que las justificaciones sustantivas aplicadas en las circunstancias, la decisión que resulte de consultar todas las justificaciones de la regla sería consistente con las justificaciones sustantivas, pero inconsistente con la propia regla”.

distinto de la moral general, sino porque contiene una moral específica diferente de ella.

Desde ese punto de vista, el juez que suspende en el caso las exigencias de las reglas y de la legalidad y resuelve desde un punto de vista moral alternativo estará haciendo lo correcto *desde ese punto de vista*, pero no lo correcto jurídicamente, donde *jurídicamente* también implica el punto de vista moral implicado en el ideal de la legalidad. La decisión podrá ser considerada como mejor en general aunque, estrictamente hablando, no es la decisión de un juez en sentido estricto, porque juez es quien decide en función de las reglas anunciadas y se niega como tal quien las margina o suspende, aunque sea por razones morales más poderosas que las que justifican su función rutinaria.

Este argumento queda ilustrado también por referencia a otro caso difícil cuyo análisis es complementario del anterior: en esta ocasión, la dificultad se plantea cuando una ley, formalmente promulgada, establece que la palabra de cierta categoría de víctimas es prueba suficiente de la acusación, con lo que priva a otra categoría de individuos de su derecho a la defensa en juicio, porque les impide presentar su versión de los hechos o los argumentos que mostrarían la licitud de las acciones que se les reprochan.

Lo primero que pensamos ante este supuesto es en una vulneración de derechos o principios proclamados constitucionalmente, como el derecho a un juicio justo o el derecho de defensa. Si estos principios están reconocidos en la Constitución, podríamos solucionar el caso propugnando la inconstitucionalidad de la ley. Pero esto es contingente y bien podría no ser así, sea porque no hay proclamación constitucional de los principios, sea porque es la presunción de veracidad de los testimonios la que está constitucionalmente establecida. En cualquier caso, en estas condiciones la decisión judicial no es compatible con los principios de legalidad porque no puede decirse basada en reglas y podría ser plausiblemente presentada como una decisión arbitraria y percibida como tal por el acusado y condenado.

Hay una dificultad singular en el caso descrito: los principios de legalidad, dije, ordenan aplicar las reglas para satisfacer los valores de la legalidad que los fundamentan. Sin embargo, en el caso que estamos analizando es la propia regla a aplicar la que es contraria a esos valores y es su aplicación la que los menoscaba, porque el juez al decidir conforme a lo dispuesto en la regla vulnera los principios de legalidad y los valores que los fundamentan.

Como teóricos del derecho, deberíamos preocuparnos no tanto por la cuestión práctica de lo que *le pasará* al juez si hace tal o cual cosa, sino por la dimensión conceptual del problema. Recordemos que la existencia del

Estado de derecho, entendido como la situación en la que el comportamiento de los individuos está decisiva y efectivamente gobernado por reglas, depende del esfuerzo de quienes pretenden realizarlo porque el Estado de derecho y el derecho mismo son una empresa guiada por un propósito cuyo éxito depende de cuáles sean las acciones de quienes los practican. Cuando un legislador dictando reglas claras, públicas, etcétera, se esfuerza en garantizar que el ejercicio de la coacción estatal va a estar condicionado por el cumplimiento de las normas anunciadas, está construyendo el Estado de derecho y dando satisfacción a los valores de los que es expresión en tanto que forma de gobierno. Igualmente, cuando un juez se asegura de que los individuos son escuchados en los procesos de los que son parte o cuando decide atendiendo a sus argumentos está reforzando el Estado de derecho y nos está acercado a esa situación en la que el Estado de derecho existiría en su plenitud.

Esto es precisamente lo que resulta imposible al juez en el caso presentado: se exige al juez resolver conforme a la ley para honrar así los valores del ideal de la legalidad, pero es la propia ley la que le impide dar satisfacción a esos valores porque priva al acusado de la posibilidad de mostrar que su comportamiento fue compatible con la norma dispuesta. En este caso, afirmar que “el juez ha de aplicar la ley” no nos acerca al ideal del gobierno de las leyes, sino todo lo contrario. Y es que una cosa es que el gobernante haya dispuesto algo y ordenado al juez aplicarlo y otra distinta que esa decisión sea una decisión adjudicativa genuina, es decir, una decisión en la que el juez resuelve conforme a la norma dispuesta, algo que, como vimos, exige atender a los hechos y argumentos presentados por las partes, para que así la decisión adoptada sea conceptualmente incompatible con la arbitrariedad.

En una situación como esa podríamos propugnar que el juez inaplique la ley para satisfacer los principios del Estado de derecho. Es verdad que esta es una respuesta que tiene mala prensa porque evoca iusnaturalismo, activismo judicial o porque parece disolver los límites entre derecho y moral. Habrá, seguro, quien advertirá que es una forma de ignorar la separación entre lo que es justo y lo que está jurídicamente establecido o que nos coloca ante el precipicio del gobierno de los jueces. Sin embargo, a mí me parece que es justo lo contrario: que es el Estado de derecho el que se disuelve precisamente cuando una ley como la imaginada se aplica, porque quien la dio no interpretó satisfactoriamente lo que hay que hacer para realizarlo ya que su contenido nos aleja del estado en el que el comportamiento de los individuos es gobernado por reglas, pues el procedimiento por el que éstas

se aplican, por ignorar sistemáticamente a sus destinatarios, se vuelve indistinguible del procedimiento que existiría allí donde unos individuos dependieran de la voluntad arbitraria de otros, en este caso, de quienes les acusan.

En conclusión, lo apropiado al concepto de juez es decidir evitando hacerlo arbitrariamente, lo que en este caso exigiría inaplicar la ley o interpretarla hasta el punto de hacerla compatible con el derecho de las partes a defenderse. Es así porque juez es quien decide como tal, contribuyendo con cada decisión a la realización del Estado de derecho. Otra cosa distinta es la condición profesional como “juez” de un individuo dado y su estabilidad en el cargo o su salario. Que un juez que optara por inaplicar la ley fuese cesado como “juez” no lo hace menos juez: habría sido cesado precisamente por haber actuado como tal y no de otro modo incompatible con la posición y responsabilidades que corresponden a los jueces en un Estado de derecho merecedor de ese nombre.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993.
- ALLAN, Trevor, *Constitutional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista CAP Jurídica Central*, vol. 2, núm. 3, 2017.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel 1996.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1965.
- BENTHAM, Jeremy, *Principles of the Civil Code*, cap. XVII, 1843.
- CAMPBELL, Tom, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkel”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2014.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1980.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1989.
- DYZENHAUS, David, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000.

- ELEFTHTERIADIS, Pavlos, “Legality and Reciprocity: A Discussion of Lon Fuller’s The Morality of Law”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1.
- FALLON, Richard H., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1997.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- FULLER, Lon, “Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 1969.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEPC, 1998.
- GREEN, Leslie, “Law as a Means”, en CANE, Peter (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- HART, Henry y SACKS, Albert, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury-Nueva York, The Foudation Press, 1994.
- HOEBEL, Edward Adamson, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.
- IGLESIAS, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, CEPC, 1999.
- KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Reus, 2009.
- KROTZ, Esteban, “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en KROTZ, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002.
- LAPORTA, Francisco, *Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007
- LOVETT, Franz, *A Republic of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- MURPHY, Colleen, “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 24.
- NADER, Laura, “The Anthropological Study of Law”, *American Anthropologist*, vol. 67.
- NONET, Philippe y SELZNICK, Philip, *Law and Society in Transition*, Nueva York, Harper Torch Books, 1978.

- OAKESHOTT, Michael, *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- PEÑA FREIRE, Antonio, “La constitución del Estado de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXVI, 2020.
- PEÑA FREIRE, Antonio, *Legalidad y orden jurídico*. Barcelona, Atelier, 2018.
- POSTEMA, Gerard, “Coordination and Convention at the Foundations of Law” en *The Journal of Legal Studies*, 11, 1991.
- POSTEMA, Gerard, “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RUNDLE, Kristen, *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SIMMEL, Georg, *The Sociology of Georg Simmel*, Nueva York, Free Press of Glencoe, 1950.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- WALDRON, Jeremy, “The Concept of the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, vol. 43, núm. 1, 2008.
- WALDRON, Jeremy, “The Rule of Law and the Importance of the Procedure”, en FLEMING, James E. (ed.), *Getting the Rule of Law*, Nueva York, Nomos-New York University Press, 2004.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

CONFLICTOS DE DERECHOS Y ESPACIOS DE DISCRECIONALIDAD

José Manuel CABRA APALATEGUI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La estructura moral del derecho*. III. *Derechos, valores y relevancia práctica*. IV. *Conflictos de derechos y razonamiento jurídico*. V. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas tanto en ámbitos académicos como jurisprudenciales, especialmente en tribunales constitucionales y altos tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos, se ha consolidado una concepción de los derechos fundamentales y, por elevación, del derecho mismo, que se conoce genéricamente en el contexto latinoamericano como *neoconstitucionalismo*.¹ Aunque la misma denominación resulta altamente controvertida considero que, en una primera aproximación, el neoconstitucionalismo puede caracterizarse por contraposición al legalismo; o más específicamente, que la Constitución, los principios, el conflicto, la ponderación y la argumentación han venido a sustituir a la ley, las reglas, la coherencia, la subsunción y la discrecionalidad.² Se trataría, pues, de una revisión —si no una refutación—

* Universidad de Málaga, España.

¹ Otros autores se han referido a esta concepción de los derechos como el “método común” (received approach) (Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution. On the limitations of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010) o el “modelo global” de los derechos constitucionales. Véase: Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

² Véase Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 160; Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 35; Prieto Sanchís, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17-42.

íntegra, de la teoría del derecho positivista y de cada uno de sus elementos (la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la teoría de la norma jurídica, la teoría del ordenamiento y la teoría del razonamiento jurídico). Dicho en términos muy generales, el constitucionalismo lleva hasta sus últimas consecuencias la identificación de la norma jurídica con los intereses, principios y valores morales que expresan. Este axioma propicia una suerte de *giro axiológico* que determina no sólo la teoría del derecho —nuestra comprensión del derecho, de su estructura y de su funcionamiento— sino también la praxis jurídica de los tribunales.

En este trabajo cuestiono alguna de las tesis de la teoría constitucionalista. De forma preliminar, discutiré que la llamada *tesis de la estructura moral del derecho* permita fundamentar para el derecho una conexión relevante con la moral. El grueso de mi argumento, sin embargo, está dirigido contra la teoría constitucionalista de los derechos y sus consecuencias para el razonamiento jurídico. Esta concepción de los derechos tiende a presentar los problemas jurídicos como conflictos normativos, produciendo así un debilitamiento de la fuerza normativa de los derechos y creando espacios de discrecionalidad para jueces y tribunales. Por momentos, el debate entre la concepción conflictivista, propia del constitucionalismo, y la concepción coherentista, propia del modelo legalista, aparenta ser una cuestión meramente lingüística o retórica; y lo es, si de la confrontación se espera derivar diferentes teorías normativas de los derechos, pero en absoluto pretendo afirmar que, necesariamente, ambas teorías tienen diferentes consecuencias normativas. La tesis que voy a sostener es que el marco teórico del legalismo es preferible al constitucionalista. En fin, si se tratara únicamente de una cuestión de palabras creo que correspondería al constitucionalismo la carga de la argumentación.

II. LA ESTRUCTURA MORAL DEL DERECHO

Es común afirmar que el ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia o la moral, o que las normas jurídicas expresan un valor moral o un interés moralmente relevante. Es la tesis de la *estructura moral del derecho*. En palabras, ya clásicas, de Elías Díaz, el derecho se presenta “como realización de una cierta idea de justicia, una u otra, la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores”.³ Las normas jurídicas, en tanto que imponen una determinada conducta, expresan una elección entre cursos

³ Díaz García, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. 52.

de acción (norma de acción) o entre estados de cosas (normas de fin) alternativos⁴ que se corresponde con un valor moral o una determinada idea de justicia.

Pero ¿qué tipo de relación entre las normas jurídicas y los valores que realizan (*i. e.* entre derecho y moral) describe la tesis de la estructura moral? Hay que precisar, antes de nada, que se trata de una tesis conceptual y no descriptiva, pues, como resulta obvio, las autoridades normativas no siempre actúan movidas por razones morales y con el propósito de realizar determinados valores morales. En cuanto al significado de la misma, por un lado es evidente que pretende expresar “algo más” que las ideas de contingencia y libertad,⁵ que son condición de posibilidad y de sentido del discurso normativo pues únicamente donde son posibles dos o más cursos de acción y un agente está en condiciones de seguir libremente cualquiera de ellos, resulta significativo el lenguaje normativo, propio de la moral, el derecho o la política.

Dando un paso más en tal sentido, podemos decir que la contingencia y la libertad no sólo son condiciones necesarias, sino también suficientes para una noción de norma carente de connotaciones axiológicas y, por tanto, conceptualmente independiente de la moral, entendida bien como enunciado deóntico que califica una conducta como obligatoria, prohibida o permitida, bien como juicio de *deber ser* que conecta una acción u omisión con una sanción.

Por otro lado, en cambio, la tesis de la estructura moral parece expresar “algo menos” que una conexión necesaria con unos valores determinados, dado que resulta indiferente, para poder afirmar la tesis cual sea el sistema de valores que se realiza mediante el derecho. Así, la estructura moral parece hacer referencia a una conexión conceptual entre el derecho y la moral sin reivindicar —a diferencia del iusnaturalismo clásico— un específico código moral. La cuestión es cómo se configura ese espacio intermedio que pretende captar la tesis de la estructura moral y si plantea algún tipo de conexión relevante entre el derecho y la moral en este nivel de abstracción.

Si toda norma (y por extensión todo sistema jurídico) expresa un punto de vista de la justicia, la tesis de la estructura moral resulta trivial dado que la relación de la norma con la moral se afirma *a priori*: sostener que toda

⁴ No obstante, muchas normas jurídicas son moralmente neutrales o moralmente irrelevantes en lo que respecta a su contenido (por ejemplo, aquellas que establecen los plazos de caducidad de las acciones, siempre que éstos sean razonables y no provoquen indefensión); tienen como único valor moral el de su mera existencia, que viene a resolver un problema de coordinación social.

⁵ En un sentido metafísico.

norma realiza una idea de justicia es equivalente a afirmar que cualquier estado de cosas resultante de nuestras acciones u omisiones conformes a esa norma puede ser justificados por referencia a un determinado sistema de valores, aunque se trate de uno absolutamente aberrante. En este sentido, la referencia a los valores, no añade nada a la concepción de la norma como un juicio de deber ser que manda, permite o prohíbe hacer algo, cualquiera que sea su contenido.

Para evitar que la tesis de la estructura moral colapse en la mera identificación de los valores con las condiciones mismas de posibilidad y sentido del discurso normativo —contingencia y libertad—, se sostiene que las normas jurídicas (y el derecho) no sólo deben expresar una elección entre varios cursos de acción posibles y, con ello, una cierta idea de justicia o un sistema de valores, sino una elección justificada. Pero, de nuevo, salvo que identifiquen los valores morales que justificarían esa elección —lo que supondría ya no una conexión conceptual, sino material entre el derecho y una determinada moral— la tesis de la estructura moral no puede sostener una conexión entre derecho y moral relevante en algún sentido.⁶

III. DERECHOS, VALORES Y RELEVANCIA PRÁCTICA

La identificación de las normas jurídicas con los valores morales que expresan tiene importantes implicaciones para la teoría del ordenamiento y del razonamiento jurídico. Aquí se someterán a juicio dos de las principales tesis asociadas a esa concepción de los derechos: a) la negación de una especial

⁶ Ferrajoli, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011, p. 28. Este mismo problema se plantea con la tesis de la pretensión de corrección de Robert Alexy. Según esta tesis, las normas jurídicas y las decisiones que las aplican formulan una pretensión de corrección que conecta conceptualmente el derecho con la moral. En principio, esta conexión lo es con cualquier código moral, lo que le lleva a admitir que “el juez que aplica el principio de la raza y del líder formula con su decisión una pretensión de corrección”. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 82. Sin embargo, la pretensión de corrección —añade— incorpora una pretensión de fundamentabilidad que no puede satisfacerse con cualquier moral, sino con una moral “fundamentable o correcta”, *Idem*. Dado que no puede excluirse la posibilidad de una fundamentación sobre la base de una concepción moral aberrante, la pretensión de fundamentabilidad no garantiza por sí misma la corrección de las normas jurídicas o las decisiones judiciales, salvo que en realidad se refiera a una moral objetiva, que es, por otra parte, lo que parece que hace el propio Alexy cuando sostiene que el intento de fundamentación de un principio racista “no satisface las exigencias mínimas de una fundamentación racional”, *Ibidem*, p. 84. Para una crítica a la tesis de la pretensión de corrección, véase mi trabajo, “La concepción no positivista del derecho de Robert Alexy”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 131-153.

fuerza normativa de los derechos en el razonamiento jurídico, y b) la concepción conflictivista del sistema jurídico.

1. *Derechos como valores*

La identificación de las normas jurídicas con los valores morales que expresan se produce a través de la teoría de los principios. Como es sabido, los defensores de la teoría principialista sostienen que el derecho se compone de dos tipos de normas que presentan una diferente estructura lógica: las *reglas* que conectan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, y los *principios* caracterizados como mandatos de optimización⁷ y como normas sin condición de aplicación o con condición de aplicación indeterminada o abierta.⁸ Las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales y bienes colectivos pertenecerían en su mayoría a esta segunda categoría.

Hay un aspecto de la teoría principialista en el que no siempre se repara y es que ésta supone la equiparación estructural entre normas y valores. Así Alexy:

Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, *los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico* respectivamente.⁹

No está claro en qué consista realmente la diferencia de carácter (deontológico de las normas, axiológico de los valores) a la que se refiere Alexy, dado que la identificación, o más bien la disolución de lo deontológico en lo axiológico, es absoluta en la práctica; de hecho, para la teoría del derecho constitucionalista, el sistema jurídico se comporta más como un sistema axiológico, caracterizado por el pluralismo y la tendencia al conflicto de los valores, que como un sistema normativo, para el que rigen los postulados de la unidad y la coherencia.¹⁰

⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss.

⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 31 y ss.

⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 147 (la cursiva es mía).

¹⁰ Aunque existen diversas teorías éticas monistas que afirman la unidad y la coherencia de los valores a partir de un valor último (felicidad, bien común, utilidad, etcétera), lo que el giro axiológico del constitucionalismo pretende captar es, precisamente, los rasgos que en-

La primera consecuencia de concebir ciertas normas (por lo general, las normas constitucionales) como principios es que en cuanto expresión de valores, intereses o principios morales —en definitiva, como argumentos—, su relevancia práctica únicamente es determinable de manera concluyente a la luz de otros valores, intereses o principios morales (argumentos). Dicho de otro modo, no se trata ya de determinar, examinando el alcance de la norma mediante su interpretación, si la conducta que se enjuicia cae o no bajo su ámbito de aplicación, sino de decidir el valor o interés prevalente de entre aquellos concurrentes en cada caso.

El propio Alexy anticipa las consecuencias paradójicas y debilitadoras que esto tiene para los derechos y pretende suavizar esta conclusión cuando afirma que los derechos fundamentales presentan una estructura compleja en la que coexisten reglas y principios. Las normas de derecho fundamental no deben concebirse sólo como reglas o sólo como principios, sino que su comprensión adecuada “se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios”, esto es, se adscriben a los titulares de los derechos tanto posiciones jurídicas definitivas como posiciones jurídicas *prima facie* cuyo estatuto definitivo habrá de resolverse en función de la concurrencia de otros derechos y bienes colectivos.¹¹ Así entendidos, los derechos fundamentales estarían compuestos por dos tipos de contenido: las posiciones *definitivas* respaldadas por reglas, y las posiciones *prima facie* respaldadas por principios.

Sin embargo, resulta ilusoria la conclusión de que parte del contenido del derecho fundamental está protegido por el carácter definitivo, perentorio o inderrotable de las reglas. Una norma es derrotable cuando el conjunto de las excepciones a su aplicación no puede ser identificado completa y exhaustivamente *ex ante*. Si se entiende —como hace la teoría principialista— que la derrotabilidad tiene un fundamento ético o moral cualquier norma (esto es, cualquier regla) es derrotable por un principio constitucional, explícito o implícito.¹² Para un principialismo consecuente, la dicotomía reglas/principios queda bastante difuminada desde el punto

carna el pluralismo ético: la pluralidad material (ideológica, cultural, etcétera) y la tendencia al conflicto de los valores en las sociedades democráticas contemporáneas.

¹¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 138.

¹² García Figueroa, Alfonso, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 333-370, cita en p. 357; García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 256 y ss.

de vista del carácter definitivo y no de la posición del titular en el marco de una relación jurídica.¹³

2. La inflación de los derechos

Al identificar las normas con valores morales o intereses la teoría de los principios amplía, aparentemente, el ámbito de protección de los derechos. Como veremos, esta ampliación tiene como efecto paradójico la relativización de la fuerza normativa de los derechos.

Veamos lo primero. La concepción principialista de las normas implica la que se ha denominado *tesis amplia del supuesto de hecho*.¹⁴ Esta tesis sostiene lo siguiente: los principios expresan deberes *prima facie*, por lo que es necesario distinguir dos etapas en la identificación del contenido del derecho. En primer lugar, se adscribe al derecho toda posición que pueda ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma constitucional. En segundo lugar se limita el alcance de la protección del derecho fundamental en función de otros derechos (o bienes constitucionales) con los que aquel entra en conflicto en el caso concreto. Dicho en otros términos, las normas establecen un ámbito de protección inicial o *prima facie* más extenso que el ámbito de protección final o *definitivo* para el que rigen las consecuencias jurídicas (libertad protegida, derecho prestacional, etcétera) del principio en cuestión. La limitación del ámbito de protección inicial estará justificada —será conforme a la Constitución— si es adecuada, necesaria y proporcional (juicio de proporcionalidad).

¹³ Sin embargo, la distinción entre reglas y principios sigue teniendo sentido en el marco de la teoría principialista en relación con la distribución de las cargas de la argumentación así como en la valoración de los llamados principios formales (en ambos casos, a favor de quien ocupa la posición determinada por la regla).

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 298. Esta tesis coincide, en lo esencial, con la teoría de los límites externos de los derechos; aquí he preferido la denominación que utiliza Alexy por dos razones: primera porque enuncia con mayor claridad el contenido de la tesis que la referencia a la externalidad de los límites de los derechos, y segunda porque los límites externos pueden ser entendidos como aquellos que, al margen de los límites internos positivos (establecidos por la propia Constitución) o los límites internos lógicos o immanentes (derivados de la necesaria unidad y coherencia interna de la Constitución), son establecidos por el legislador (o, en su caso, otro poder público) habilitado a tal fin. Sobre esta distinción, véase Villaverde Menéndez, Ignacio, “Los límites a los derechos fundamentales”, en Bastida Freijedo, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 120-150, especialmente, pp. 127 y ss.

La doble estructura tiene dos efectos importantes en la identificación del contenido del derecho. En primer lugar propicia una interpretación amplia o extensiva de las disposiciones de derecho fundamental. Si el criterio para identificar el contenido definitivo del derecho es el juicio de proporcionalidad, y no los clásicos criterios hermenéuticos de la interpretación jurídica, poco importa qué diga el texto constitucional o sus desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos; cuáles sean los límites establecidos expresamente por la propia Constitución (límites positivos) o aquellos derivados de las relaciones sistemáticas entre los derechos (límites lógicos o inmanentes); los términos en que estén formuladas las cláusulas limitativas de los derechos que habilitan para la imposición de límites externos; o, en última instancia, la voluntad del constituyente. Puede que nada de eso resulte determinante.

Como consecuencia de ello se produce una expansión casi ilimitada del contenido *prima facie* de los derechos, especialmente de aquellos con un mayor grado de vaguedad, como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta inflación de los derechos supone la “pre-admisión” en el círculo de *protección inicial* de casi cualquier conducta que tenga algún valor para el titular del derecho; cualquier pretensión, por descabellada o banal que sea, adquiere, por la mera afirmación del interés del titular,¹⁵ el estatus de derecho aunque no signifique que la misma resulte finalmente amparada y protegida.

El segundo efecto aparejado a esta concepción de los derechos es la disolución de cualquier criterio de corrección en la identificación de su contenido *prima facie*. Los derechos adoptan en primer instancia un carácter inclusivo e igualador que abarca —en palabras de Webber— “lo fundamental y lo mundano”,¹⁶ degradando la noción de *derecho* tanto en el ámbito moral como en el jurídico al equiparar pretensiones cuyo reconocimiento está fuera de toda duda, como el derecho a la crítica de la acción política del gobierno, con otras mucho menos evidentes, como la difusión de ideas

¹⁵ Webber sugiere que otro de los efectos de un planteamiento de este tipo es que el contenido de los derechos vendría determinado por las pretensiones de los más individualistas: “Y lo que es peor, esta subjetividad radical [en la identificación del contenido inicial de los derechos] implica que los miembros de la comunidad más rectos y honestos, preocupados por hacer su parte y dar a cada uno lo suyo, tendrán menos «intereses» que el miembro deshonesto de la comunidad, egoísta y desentendido de los demás e inclinado a hacer el mal y a buscar obtener más de lo que justamente le corresponde”, Webber, Grégoire, “On the Loss of Rights”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 142.

¹⁶ Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution*, *cit.*, p. 67.

racistas, ambas presuntamente configuradoras de la libertad de expresión. Está claro que una y otra ofrecerán un grado de resistencia muy distinto a la hora ser limitados por otros derechos o bienes constitucionales, pero ello no obsta para que, coherentemente con las posiciones principialistas, ambos formen parte del derecho *prima facie* de libertad de expresión.

La teoría principialista, en fin, tiende a identificar la libertad jurídica con la libertad natural del titular, lo cual —obvio es decirlo— resulta incompatible con un sistema de libertades y derechos igual para todos, así como con la existencia de bienes colectivos. Los derechos *prima facie*, en tanto que orientados a la protección de las libertades e intereses del titular no se configuran considerando libertades e intereses de terceros o bienes colectivos reconocidos constitucionalmente con los que puede entrar en conflicto. Éstos no son tenidos en cuenta sino más tarde en la forma de límites externos al derecho.

Así, la libertad de expresión *prima facie* comprendería la manifestación de cualquier opinión, idea o parecer, lo que incluiría la crítica política, la creación artística o la crónica periodística, pero también la difamación, la vulneración de la presunción de inocencia o la incitación a la violencia y al odio. Del mismo modo, la libertad religiosa *prima facie* comprendería la libertad de creencias, de culto o el derecho a no declarar acerca de las creencias religiosas y a no ser discriminado por ello, pero también a los sacrificios rituales, la discriminación de determinados grupos o minorías sociales (mujeres, castas de nivel inferior, etcétera). Sólo la confrontación con los derechos e intereses de terceros o con bienes colectivos que constituyen, según el principialismo, límites externos de los derechos, se determina que el contenido definitivo del derecho a la libertad de expresión está limitado y no ampara conductas difamatorias ni conductas que vulneren la presunción de inocencia o que inciten a la violencia y al odio, del mismo modo que la libertad religiosa no ampara los sacrificios rituales o ciertas formas de discriminación.

Resulta muy discutible concebir los derechos como mera expresión de las libertades e intereses de sus titulares, lo que obliga a diferenciar el derecho *prima facie* del derecho definitivo. Con los derechos fundamentales como con cualquier norma jurídica, se determina, con mayor o menor precisión, la *posición* del titular en el marco de una relación jurídica; una posición que no es —no puede ser— coextensiva de la libertad natural ni de los intereses individuales de su titular. La posición que atribuyen los derechos a su titular describe un haz de facultades (pueden utilizarse aquí las categorías de Hohfeld), cuya identificación no puede ignorar los derechos de terceros y

los bienes colectivos con los que eventualmente puede entrar en conflicto. Los derechos, así entendidos, no tienen carácter *prima facie*, sino absoluto o definitivo.

3. La fuerza normativa de los derechos

La contrapartida a la inflación principialista es la pérdida de una especial fuerza normativa o relevancia práctica de los derechos. Como hemos visto, la teoría principialista separa conceptualmente la *definición* de un derecho (contenido *prima facie*) y su *limitación* (contenido definitivo); o lo que es lo mismo, entre la *afirmación* de un derecho y sus *consecuencias normativas*: afirmar que se tiene un derecho puede tener una nula o escasa relevancia práctica en el razonamiento jurídico puesto que el ámbito de protección *inicial* representado por las pretensiones del titular puede ser inferior al ámbito de protección final, de tal manera que, en caso de conflicto con otros derechos, el titular del mismo no ve realizada la consecuencia jurídica de la norma que reconoce el derecho del que es titular.

No obstante, es preciso reconocer que la teoría principialista ha hecho importantes esfuerzos por esclarecer desde su propio marco conceptual la fuerza normativa de los derechos en el razonamiento jurídico. Según hemos visto, los derechos no funcionan en el razonamiento jurídico como razones excluyentes o de segundo orden: la afirmación de un derecho no determina el resultado del razonamiento jurídico. Sin embargo, tampoco operan como razones de primer orden sin más, a las que puedan contraponerse otras razones de primer orden en virtud de su contenido material. La explicación es la siguiente: el derecho presenta una dimensión institucional de la cual dan cuenta los llamados *principios formales*.¹⁷ Ejemplos de estos principios son la seguridad jurídica (y otros valores derivados, como la previsibilidad, la autonomía, etcétera), el principio de respeto al legislador democrático, los principios de legalidad, de división de poderes o el de vinculación a los precedentes. Así, una decisión *contra legem* o *praeter legem* que afectara al ámbito de protección de un derecho no sólo debe considerar y sopesar —esto es, ponderar— el contenido (*i. e.*, los valores e intereses) de las normas en conflicto, sino también aquellas razones a favor de seguir las normas establecidas por quien tiene competencia jurídica para hacerlo.

¹⁷ Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa*, núm. 37, 2014, pp. 15-29; Portocarrero Quispe, J. A., *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Ahora bien, son varias las cuestiones que surgen al hilo de la valoración de los principios formales: ¿cómo se determina el peso de los principios formales?; ¿qué fuerza normativa tiene, pongamos por caso, el principio de legalidad en el razonamiento jurídico?; ¿cuentan todos los principios formales (seguridad, respeto al legislador democrático, legalidad, separación de poderes, etcétera) en todas y cada una de las ponderaciones?; ¿deben contar en su valoración circunstancias contingentes como el hecho de que la norma que reconoce un determinado derecho fuera aprobada por un margen exiguo de votos en el órgano legislativo correspondiente o la calidad deliberativa del procedimiento de aprobación de las normas?; ¿cómo valorar argumentos de tipo consecuencialista relativos al establecimiento y seguimiento de reglas, a las consecuencias de introducir excepciones a las reglas, etcétera? Estos interrogantes sugieren, al menos, dos problemas. El primero de ellos es interno a la propia teoría de los principios: asumiendo que la relevancia práctica de los derechos viene dada por la suma de la dimensión material y la dimensión institucional (principios formales) resulta difícil justificar objetivamente la atribución de un determinado valor en la ponderación a los principios formales (también a los materiales, pero de eso no se trata aquí ahora), por no decir que en la mayoría de las ocasiones es una variable ignorada por quien realiza la ponderación. El segundo problema es externo a la teoría y sólo puede quedar apuntado aquí. La incorporación de los principios formales al razonamiento jurídico no es sólo un refinamiento de la fórmula de la ponderación, sino que supone un salto cualitativo, pues los principios formales, como el principio de legalidad penal, no serían ya elementos irrenunciables (absolutos) del Estado de derecho, sino razones para la acción que operan en el mismo plano que el resto de razones materiales.

Volvamos a la cuestión de la fuerza normativa. La singular (ir)relevancia práctica de los derechos supone que no debe apreciarse contradicción alguna en “decir que una cierta conducta representa *prima facie* el ejercicio de un derecho y que es, al mismo tiempo, una conducta ilícita”¹⁸ (lo que, en principio, debe valer para conductas como la manifestación de opiniones racistas, el sacrificio animal y el sadismo en ceremonias religiosas, o el homicidio). Uno diría que carece de sentido afirmar que se es titular de un derecho cuyo ejercicio, en determinadas circunstancias (o sea, en concurrencia con otros derechos o bienes colectivos), es contrario a derecho. Parece más sensato y menos contradictorio sostener que o bien la conducta forma parte del contenido del derecho y está protegida por los mecanismos que la ley es-

¹⁸ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 228.

tablezca en cada caso, o bien no forma parte del mismo y, por tanto, no está protegida o, incluso, está prohibida; en otras palabras, que la afirmación de un derecho y la afirmación de sus consecuencias normativas deben ser una y la misma cosa.

Con todo, la discusión acerca de la concepción de los derechos y su fuerza normativa en el razonamiento jurídico puede ser vista como un desacuerdo meramente lingüístico, esto es, una pseudodiscusión más retórica que teórica,¹⁹ dado que cada concepción se desenvuelve en niveles de análisis distintos y el término “derecho” es usado con significados distintos. Así, mientras el constitucionalismo sitúa los derechos (*prima facie*) como premisas del razonamiento jurídico, entendiendo por tales las pretensiones de las partes susceptibles de ser definitivamente reconocidas y amparadas por el ordenamiento jurídico, la doctrina que podemos denominar tradicional o coherentista concibe los derechos únicamente como la conclusión del razonamiento, esto es, el derecho definitivamente reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico una vez interpretadas las normas aplicables al caso. En consecuencia, los problemas jurídicos se plantearán en el marco teórico constitucionalista como “conflictos de derechos”, mientras que ese conflicto es conceptualmente inconcebible en el marco coherentista. Creo que hasta aquí se han dado razones suficientes para rechazar la concepción constitucionalista de los derechos; en el siguiente apartado abordaré el problema desde la perspectiva del razonamiento jurídico.

IV. CONFLICTOS DE DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

Corresponde a la concepción constitucionalista de los derechos una concepción conflictivista del ordenamiento y, por tanto, también de la praxis jurídica. El razonamiento jurídico en el marco constitucionalista consistirá las más de las veces en la resolución de un conflicto de derechos, o, al menos, así será planteado por los tribunales, cuya solución vendrá dada por la ponderación de los derechos en conflicto, a fin de establecer entre ellos una relación de precedencia para el caso en concreto, que habrá de poder ser justificada conforme a un juicio de proporcionalidad. Desde el punto de vista del coherentista, en cambio, el problema jurídico se plantea como un problema de calificación o subsunción que, en los casos difíciles, exigirá la delimitación del ámbito de aplicación de las posibles normas aplicables, especificando sus

¹⁹ Maldonado Muñoz, Mauricio, *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 94.

condiciones de aplicación conforme a los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.²⁰

De nuevo, pareciera que se trata de una discusión terminológica sin especial relevancia práctica, pero creo que no es así especialmente en el caso del razonamiento jurídico. Y ello por dos razones: la primera ha quedado apuntada más arriba y se refiere al postulado de coherencia que es propio de los sistemas jurídicos; la segunda al mayor margen de discrecionalidad que resulta de plantear los problemas jurídicos como conflictos normativos.

1. *Coherencia de los sistemas normativos*

Como venimos repitiendo, casi cualquier problema jurídico puede plantearse como un conflicto de derechos, entendido como un conflicto normativo, es decir, una situación en la que una misma conducta es calificada deónticamente por dos normas constitucionales de manera distinta (por ejemplo, como prohibida y como permitida). Y esto es asumido por el constitucionalismo, lo que, de entrada, supone dar por bueno para las normas constitucionales lo que en cualquier otro contexto del derecho se tendría como irrazonable, a saber, una interpretación del texto constitucional que no solo no rehúye, sino que parece favorecer las contradicciones entre sus disposiciones con el fin de reflejar el pluralismo social de las sociedades democráticas contemporáneas. Sin embargo, como sostiene Grégoire Webber, con ello se compromete el principio de coherencia —consistencia lógica— y la posibilidad de cumplimiento de las normas propias de un Estado de derecho.²¹ La coherencia del sistema jurídico no es únicamente un postulado del discurso normativo²² (postulado al que sí pueden renunciar los sistemas axiológicos), sino que presenta también una dimensión moral y una dimensión política irrenunciables.

Por otra parte, muchos de los supuestos conflictos entre derechos ignoran no sólo los límites internos que la propia Constitución impone, sino, sobre todo, los límites lógicos o immanentes que resultan de las relaciones sistemáticas y teleológicas existentes entre los derechos o entre éstos y otros bienes constitucionales. Tomarse en serio estas relaciones significa que no

²⁰ Véase Cabra Apalategui, José Manuel, “Conflictos de derechos y estrategias argumentativas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, p. 363.

²¹ Webber, “On the Loss of Rights”, *cit.*, p. 133.

²² Ferrajoli, L., *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. *Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2016, pp. 24 y ss.

podemos sostener que el derecho al honor o la protección de la imagen de los menores entran en conflicto con la libertad de expresión, sino que los primeros son excepciones de la segunda. Dicho de otro modo, una conducta no puede calificarse como una vulneración del derecho al honor y simultáneamente como el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión; sencillamente, cuando una conducta atenta contra el honor de una persona cae fuera del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión. El conflicto no es, por tanto, un conflicto normativo o antinomia; el conflicto, si es que puede denominarse así, lo es entre las pretensiones de las partes y se produce en el momento interpretativo a la hora de delimitar el alcance de la protección constitucional de uno u otro derecho o libertad.

2. *La construcción de los problemas jurídicos*

Al sostener que los problemas jurídicos se pueden *plantear* como conflictos de derechos, esto es, como conflictos normativos, estamos afirmando que se trata de una *construcción* o un *modo* de presentar los problemas jurídicos (propiciado por el marco conceptual del constitucionalismo) y que la misma situación que es descrita como un conflicto de normas podría ser planteada como un desacuerdo interpretativo sobre la delimitación de los ámbitos de protección de una norma.²³ El modo en que se plantee el problema, bien como conflicto normativo, bien como desacuerdo interpretativo, determina tanto la estructura o el esquema del razonamiento que el juez o el tribunal llevarán a cabo como la articulación de las razones utilizadas en la justificación de la decisión final. Así, si se plantea el problema como un conflicto normativo, esto es, como una antinomia constitucional, habrá de resolverse ponderando cuál de las normas en conflicto prevalece en el caso en cuestión;²⁴ en cambio, si se plantea como un desacuerdo acerca del alcance de una norma constitucional, el juez procederá a especificar las

²³ García Amado, J. A., “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo–subsuntivo y el interpretativo–subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)”, en *id.*, *Ponderación judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019, pp. 157–189.

²⁴ Está generalmente admitido que cuando se trata de conflictos normativos entre normas constitucionales no resultan operativos los criterios clásicos de resolución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. En efecto, la inaplicabilidad de los dos primeros no es cuestionable; menos clara me parece la exclusión del principio de especialidad, pues, como vengo sosteniendo en este trabajo, creo que el subsistema de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos constitucionales debe concebirse e interpretarse como un sistema unitario y coherente partiendo de sus relaciones sistemáticas y teleológicas entre las normas.

condiciones de aplicación de la norma en cuestión, esto es, a delimitar el contenido del derecho. Las razones que cuentan en la ponderación se encuentran en el sustrato valorativo de las normas en conflicto y su relevancia práctica —su “peso”—²⁵ en el contexto del caso. La resolución de un conflicto interpretativo se resolverá sobre la base de argumentos interpretativos y reglas de la interpretación,²⁶ esto es, a las razones para dar a la norma una u otra de las interpretaciones posibles.²⁷

No creo que entre las distintas formas de construir los problemas jurídicos y sus correspondientes formas de razonamiento den lugar necesariamente a diferentes teorías normativas de los derechos. Tampoco creo que ninguna de ellas implique necesariamente un déficit de justificación de la decisión judicial. La tesis que vengo sosteniendo aquí es más débil. Resulta indiscutible que en cualquier caso, ponderando o interpretando, existe un margen de discrecionalidad en la decisión. Sin embargo, el marco teórico del conflictivismo y la construcción de los problemas jurídicos como conflictos de normas genera espacios de discrecionalidad para el juez o el tribunal.

El primero de ellos, con la identificación de los derechos en conflicto (o, en su caso, los derechos y los bienes constitucionales). La tesis amplia del supuesto de hecho supone una tal inflación del contenido de los derechos, que difícilmente puede encontrarse una situación en la que a una pretensión fundada en un derecho constitucional no se pueda contraponer una pretensión en sentido contrario igualmente fundada en un precepto constitucional; siendo el caso que muchas de estas adscripciones (*prima facie*) serían más que discutibles si se procediera a una interpretación rigurosa (no necesariamente restrictiva) de los preceptos en juego.²⁸ Sin embargo, la tendencia de

²⁵ El peso de las normas en conflicto se determina a partir de la atribución de valores a un conjunto de variables; Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, núm. 16 (4), 2003, pp. 433-449, y Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75.

²⁶ Sobre las nociones de argumentos interpretativos y reglas de la interpretación, véase Cabra Apalategui, José Manuel, “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017, pp. 37-62.

²⁷ García Amado, J. A., “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsumitivo y el interpretativo-subsumitivo”, *cit.*, pp. 160-161.

²⁸ Traigo como ejemplo la polémica Sentencia 145/2015, de 25 de junio de 2015, del Tribunal Constitucional español, en la que se admite la demanda de un farmacéutico que ha sido sancionado por incumplir la obligación de disponer de existencias de la llamada “píldora del día después” en su oficina de farmacia (obligación amparada por el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer —artículos 15 y 43 de la Constitución Española—). El demandante alega que incumplió dicha obligación por motivos de conciencia dados los efectos abortivos de dicho medicamento (aunque sobre éstos el Tribunal

la concepción conflictivista y la dinámica de la ponderación es, precisamente, la contraria, a favorecer la construcción de los problemas jurídicos como conflictos de normas y a derivar al juicio de proporcionalidad la calificación deóntica de la conducta en cuestión.

El segundo espacio de discrecionalidad viene propiciado por la propia naturaleza del problema jurídico que el juez debe resolver, a saber, un conflicto normativo. Al plantear el problema como un conflicto normativo, esto es, como una inconsistencia del sistema jurídico, el tipo de razones a los que acudirá el juez o el tribunal no serán ya aquellas razones interpretativas²⁹ o técnico-jurídicas admitidas por la comunidad jurídica, que sí condicionan la interpretación de las normas. El esquema argumentativo de la ponderación permite, dentro de un orden, identificar cuáles son las circunstancias y cuál su relevancia práctica para determinar si una conducta resulta o no constitucionalmente protegida.³⁰

únicamente admite que existe una duda razonable —FJ 4—), y que, por tanto, su conducta debe considerarse amparada por el derecho a la objeción de conciencia como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución Española, el cual se ha visto vulnerado. De manera sorprendente, el alto tribunal falla a favor del demandante y declara vulnerado su derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, si se atienden a los argumentos de dos de los votos particulares de la sentencia no hay tal conflicto porque la conducta del farmacéutico no puede entenderse amparada por el derecho a la objeción de conciencia. El voto del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré denuncia el carácter artificial del debate constitucional ante la falta de un verdadero conflicto normativo constitucional dado que el objeto de la sanción es la negativa a disponer de existencias, conducta que quedaría fuera de una supuesta protección del derecho a la objeción, y no a la dispensación del medicamento. Sin embargo, es el voto firmado por la magistrada Adela Asúa Batarrita el que manifiesta con mayor claridad la crítica que aquí se ha efectuado a la concepción amplia de los derechos para fundamentar su discrepancia. La magistrada cuestiona que el supuesto derecho del derecho a la objeción de conciencia pueda tener un alcance tal que relativice mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de terceros, especialmente cuando —como es el caso— se carece de una previa regulación por parte del legislador para ejercitar el pretendido derecho de objeción. Una concepción del derecho a la objeción de conciencia como la que se impugna supondría —continúa el voto— “santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada”.

²⁹ Entiendo que los argumentos interpretativos en sentido estricto —argumentos semánticos, psicológicos, históricos, teleológicos o sociológicos—, esto es, aquellos que permiten atribuir significado a un enunciado normativo en función de, entre otros, el sentido de sus palabras, de la voluntad de quien lo formuló o de cuál es su finalidad.

³⁰ En la citada Sentencia 145/2015, de 25 de junio, el principal argumento del Tribunal Constitucional para fallar a favor del derecho a la objeción de conciencia del demandante de amparo es que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos

V. FUENTES CONSULTADAS

- ALEX, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.
- ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEX, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, núm. 16 (4), 2003.
- ALEX, Robert, “Principios formales”, *Doxa*, núm. 37, 2014.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017.

autorizados no fue puesto en peligro, toda vez que la oficina de farmacia del demandante se encuentra en el centro urbano de una gran ciudad, de lo que se deduce la disponibilidad de otros establecimientos que podrían satisfacer ese derecho (FJ. 5). Al razonar de este modo, y considerar como razón dirimente la ausencia de riesgo del ejercicio derecho basándose en una (razonable) suposición acerca de la disponibilidad del medicamento, el Tribunal resuelve de un modo harto paradójico, pues plantea un conflicto normativo entre los derechos de objeción de conciencia (artículo 16, CE) y a la salud reproductiva de la mujer (artículos 15 y 43, CE) y resuelve negando que exista tal conflicto. Lo problemático de este razonamiento es que el “conflicto normativo” del que se parte se presenta como una antinomia, esto es, es el caso que una misma conducta —dispensar medicamentos con efectos abortivos— es calificada simultáneamente como obligatoria, de conformidad con los artículos 15 y 43 de la CE, y como facultativa de conformidad con el artículo 16 de la CE. Sin embargo, el fallo se fundamenta principalmente en la negación de un conflicto puesto que el derecho de la mujer puede verse satisfecho en otro establecimiento de farmacia. Ahora bien, éste ya no es un conflicto de normas, sino un “conflicto de instanciación”, que es aquel que se produce cuando el cumplimiento de las normas aplicables resulta imposible, no por razones lógicas, sino por las circunstancias empíricas del caso concreto. Porque, ¿qué ocurriría si la mujer no pudiera ver satisfecho su derecho en otro establecimiento?

Como vemos, en esta sentencia, el Tribunal ha conformado los espacios de discrecionalidad a los que me he referido en este trabajo. Primero al construir el supuesto conflicto normativo mediante una interpretación amplia del derecho de objeción de conciencia, y segundo al resolver el (supuesto) conflicto sobre la base de circunstancias contingentes y no entrar a delimitar el contenido de los derechos en conflicto.

- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Conflictos de derechos y estrategias argumentativas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “La concepción no positivista del derecho de Robert Alexy”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980.
- FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. *Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2016.
- GARCÍA AMADO, J. A., “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsumitivo y el interpretativo-subsumitivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)”, en *id.*, *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MALDONADO MUÑOZ, Mauricio, *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A., *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution. On the limitations of Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

WEBBER, Grégoire, “On the Loss of Rights”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL EN LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EUROPEO

Leonor M. MORAL SORIANO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Servicio público como técnica de intervención pública*. III. *Intervención pública en la economía: las posturas de la UE*. IV. *Cuando los SIEG y los servicios públicos se encuentran*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El título de esta contribución puede parecer muy pretencioso, “La influencia del derecho español” en el derecho europeo; como si el sistema jurídico del sur de Europa fuera determinante y hubiera llegado al panorama jurídico para contrarrestar la hegemonía de sistemas como el escandinavo en materia de intervención pública en la economía.

Además, es un título que puede inducir a error, porque no existe el “servicio público europeo”. El término “servicio público” se menciona en el artículo 93 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) y en relación al reembolso de determinadas obligaciones del servicio público de transportes. No se menciona más ni en el Tratado ni en los protocolos que le acompañan.

Este título, pretencioso y posiblemente erróneo, lo he elegido para llamar la atención sobre lo acaecido en una situación concreta de regulación múltiple: el encuentro de la regulación de la intervención pública en la economía para garantizar la provisión de servicios públicos (por parte de los Estados) con la regulación de la intervención pública en la economía para garantizar el mercado único de la Unión Europea (por parte de la UE).

* Universidad de Granada, España.

Los servicios públicos en Estados como España, Francia e Italia vertebran el concepto mismo de Estado. El interés general protegido por el Estado justifica esta forma de intervención en la economía, normalmente protegida por medidas extraordinarias como ayudas de Estado, derechos exclusivos, o incluso monopolios públicos.

Paulatinamente a la creación del mercado único y con el refuerzo de la integración europea, las instituciones de la UE, la Comisión y el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), consideraron que la intervención pública debía someterse a las reglas de la competencia del derecho europeo y en concreto a lo relativo a los derechos exclusivos, las ayudas de Estado y a la contratación pública. Éstos son verdaderos azotes jurídicos (con respaldo jurisprudencial) que han delimitado los contornos de los servicios públicos en países como España, donde la noción está inescindiblemente unida a la propia existencia y justificación del Estado.

Pues bien, lo sorprendente de esta situación de regulación múltiple es que no se resolvió con los consabidos principios de primacía y efecto útil, sino que dio lugar a la creación de una institución jurídica nueva que se incorporó al TFUE con el Tratado de Ámsterdam en 1997: la de *servicios de interés económico general* (SIEG en adelante). A ésta le sigue la de *servicios sociales de interés general* (SSIG en adelante), acuñada por la Comisión y amparada por el TJUE, si bien, aún no ha sido incorporada a los tratados.

Estas figuras, SIEG y SSIG, son uno de los tantos hitos de la relación de influencia mutua entre los Estados y la Unión Europea. En este sentido, coincide perfectamente con el espíritu de la actividad académica en la que se gestó este volumen: en situaciones de regulación múltiple, la de Europa con sus Estados miembros, o la del Estado federal de México con sus estados federados, la relación no es ni *top-down* (tampoco *botton-up*) sino de influencia mutua: de un lado, la noción de servicio público compartida por bastantes Estados miembros en su versión fuerte (Francia, Italia y España) ha reforzado el valor no de mercado de la integración dando lugar a los SIEG e incluso ha evolucionado hacia la creación de los SSIG. De otro lado, el derecho europeo ha desarrollado las obligaciones de servicio público, y las obligaciones de servicio universal (para la provisión de SIEG) que han influido en la noción tradicional de los servicios públicos a la vez que ha instigado cambios en el derecho público nacional.

II. SERVICIO PÚBLICO COMO TÉCNICA DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

El derecho público regula técnicas de intervención pública que están fundadas en la noción de interés general. Estas técnicas de intervención se dividen en tres tradicionales categorías:

- 1) Técnicas de policía administrativa. La intervención pública limita el ámbito de actuación del sector privado regulando, prohibiendo, reprimiendo o sancionando determinadas actividades.
- 2) Técnicas de promoción. El Estado apoya a empresas públicas o privadas mediante ayudas financieras para la realización de actividades de interés general.
- 3) Técnicas de servicio público. En este caso el Estado ofrece directa o indirectamente los servicios de naturaleza económica (transporte, abastecimiento de agua, recogida de residuos urbanos, etcétera) y no económica (asistencia a drogodependientes, ayuda a niños en riesgo de exclusión social, acogida de menores no acompañados, etcétera) que garantizan un mínimo estándar para los ciudadanos.

Estas técnicas han sido elaboradas en el marco del Estado social, es decir, de un Estado íntimamente relacionado con la sociedad que modela el orden social evitando, controlando y ofreciendo garantías contra los riesgos generados por el funcionamiento de la economía.

En España, cambios económicos y tecnológicos influyen en el contenido de servicio público. Desde los años setenta la forma tradicional de intervención pública directa en la economía ha acumulado demasiados errores debido a una pésima gestión pública, a la pobre planificación económica, a la falta de incentivos para las empresas privadas, y al uso político de las empresas públicas.

También los desarrollos tecnológicos han erosionado la tradicional justificación de la intervención pública en la economía. Así, mientras que inicialmente razones tecnológicas justificaban la creación de monopolios naturales para la provisión de servicios públicos —sólo el Estado podía hacer frente a los costes de las redes necesarias para el suministro de electricidad, las telecomunicaciones o el transporte ferroviario— actualmente el nivel de desarrollo tecnológico produce el efecto opuesto: las redes pueden ser establecidas por empresas privadas y la competencia entre proveedores privados genera innovación tecnológica.

La integración de España en la Unión Europea, finalmente, es un factor institucional crucial que ha alterado la importancia y el contenido de las técnicas de intervención pública. Por ejemplo, típicas técnicas de promoción y revitalización de sectores económicos como los derechos de monopolio, las ayudas de Estado o la exoneración de la contratación pública para ciertas operaciones contractuales distorsionan la competencia entre empresas por lo que la legalidad de estas formas de intervención estará sujeta ahora al escrutinio del derecho europeo de la competencia.

En definitiva, en el actual Estado social la relación entre las esferas públicas y privadas está gobernada por la hegemonía del mercado. La liberalización de servicios públicos ha promovido técnicas de policía en el mercado, de regulación de sectores y de fiscalización de su funcionamiento a la par que ha modulado la actividad de servicio público como una actividad de garantía del servicio, pero no como una garantía de prestación directa del mismo. Todo para lograr que los servicios públicos —típicamente anti-competitivos— tengan que ser ajustados a una economía competitiva.

III. INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA: LAS POSTURAS DE LA UE

Como se ha explicado antes, la referencia al servicio público sólo aparece una vez en el TFUE en relación con el transporte. Para la Comisión, el término de servicio público es ambiguo porque a veces se alude al hecho de que un servicio se ofrece al público en general, otras hacen referencia al régimen de propiedad de la entidad que presta el servicio y otras resalta el hecho de que se ha asignado al servicio una misión específica de interés general (interés público) para lo que se vulneran las reglas de la competencia, de las ayudas de Estado o de la contratación pública. Así expresado, el servicio público suele tener escasa aceptación en un modelo económico liberal, especialmente cuando nos referimos a los servicios de naturaleza industrial o comercial.

Ahora bien, es erróneo considerar que el concepto de servicio público es ajeno al derecho europeo, especialmente si se tiene en cuenta que este ordenamiento jurídico refleja las preferencias y las opciones de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. La noción de servicio público forma parte del derecho público de los Estados miembros, si bien se otorga una relevancia muy distinta. En países como Francia, Italia y España un concepto fuerte de servicio público gobierna gran parte de la intervención pública en la sociedad y en la economía, logrando articular, igualmente, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Sin embargo, para otros Estados miem-

bros, como el caso del Reino Unido, Alemania o los Países Bajos, la noción de servicio público no tiene efectos constitucionales tan cruciales.

Cuando tradiciones jurídicas distintas se encuentran en el ámbito del derecho europeo y de la integración jurídica europea se plantea la necesidad de alcanzar compromisos. Los Estados miembros aportarán al derecho europeo el concepto de servicio público y de interés general que justifica la intervención pública en la economía; el derecho europeo debe aportar una forma de hacer compatible el servicio público con el mercado único, la competencia y la contratación pública.

El resultado de este compromiso es el reconocimiento de los SIEG (creados *ex novo*) que están expresamente mencionados los artículos 14 y 106.2 TFUE así como en el Protocolo número 26 del TFUE. En ninguna de estas fuentes jurídicas hallaremos su definición.

Hay que acudir a las Comunicaciones de la Comisión europea para encontrar una definición de SIEG: actividades económicas para la provisión de bienes o servicios que satisfacen el interés general y que no podría ser ofrecidos (o lo serían en otras condiciones de calidad, seguridad en el suministro, accesibilidad económica, igualdad, y acceso universal) por el mercado si no existiera intervención pública. A este fin, una obligación del servicio público o una obligación de servicio universal se puede imponer a los proveedores.

En definitiva, los SIEG son aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros imponen obligaciones de servicio público en virtud del interés general.

Hasta llegar a los SIEG y las obligaciones de servicio público, el recorrido fue el siguiente:

1. *Fase 1: integración negativa*

Inicialmente eran los Estados miembros quienes decidían cuál era el interés público a satisfacer y cuál era el contenido de las obligaciones impuestas a las entidades que prestaban estos servicios sin olvidar que también se les atribuían derechos especiales y exclusivos a fin de compensar el coste del servicio ofrecido. La UE ejercía un estrecho control sobre las empresas que prestan servicios públicos en una fase de la integración europea dominada por la idea de integración negativa (eliminación de obstáculos al mercado interior y a la competencia) y de creación de los mercados a través de la liberalización de determinados sectores económicos.

A esta fase pertenecen decisiones del TJUE como *Höfner*,¹ *ERT*² y *Merci*.³ En los que el TJUE interpretó de manera estricta la compatibilidad con el mercado europeo y la competencia de los privilegios que los Estados conferirían a las empresas que ofrecía servicios públicos: el Estado incumple el derecho comunitario de la competencia cuando la empresa privilegiada, *por el mero hecho de ejercer su derecho, no puede sino abusar de su posición* (*Höfner* para. 29); o bien existe abuso de posición dominante cuando los derechos exclusivos atribuidos a la empresa privilegiada crean una situación tal que la *aboguen al abuso* de su posición (*ERT* para. 37) o que la *induzcan a tal abuso* (*Merci* para. 19).

Esta tendencia a favor de los valores de mercado resultaba imposible de mantener hasta sus últimas consecuencias por dos razones:

- 1) En primer lugar el derecho europeo no podía eludir que para la mayoría de los Estados miembros la noción de servicio público determina el concepto de Estado. Por ello, los Estados miembros eran muy reticentes a aceptar que el derecho europeo tuviera una influencia sobre el servicio público tal que debilitara su carácter vertebrador del derecho público.
- 2) En segundo lugar la integración negativa ayudaba al desmantelamiento de los monopolios públicos creados para la prestación de servicios públicos, pero seguía siendo necesario corregir el mercado para asegurar el servicio universal, es decir, el acceso a un servicio de calidad específica, a un precio asequible, a todos los ciudadanos e independientemente de su situación económica, social o geográfica.

2. Fase 2: integración positiva

Tiene lugar la segunda fase de creación positiva de mercado en la que se gestan dos aspectos fundamentales para el posterior desarrollo de la noción de SIEG. En primer lugar las obligaciones de servicio público (o de

¹ Asunto C-41/90, *Klaus Höfner and Fritz Elser vs. Macrotron GmbH*, de 23 de abril de 1991, Rep. p. I-1979.

² Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prosofikou vs. Dimotiki etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y others*, de 18 de junio de 1991, Rep. p. I-2925.

³ Asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA vs. Siderurgica Gabrielli SpA*, de 10 de diciembre de 1991, Rec. p. I-5889.

servicio universal) son impuestas tanto por los Estados miembros como por la Comunidad, especialmente mediante las directivas de liberalización de sectores como el de la telefonía o el de la energía eléctrica y el gas. En segundo lugar las obligaciones de servicio público (o de servicio universal) se imponen para la consecución de ciertos objetivos de interés público. Esto significa que el papel de la UE con relación a los SIEG no está dominado por la integración negativa y la creación de mercado; al contrario, la integración positiva en la forma de medidas regulativas que corrigen el funcionamiento de mercados abiertos a la libre competencia forma ya parte del concepto de SIEG.

Es entonces cuando la Comisión siguiendo la doctrina del TJCE, que dio un giro con el asunto *Corbeau*,⁴ define los SIEG como aquellos servicios que cumplen tanto una misión económica como una misión de interés público (COM 2000/580/final). Son la combinación de valores de mercado y valores no-de-mercado porque su regulación persigue su eficiencia a la vez que su acceso universal, precios asequibles, protección ambiental y penetración social y territorial. Además, la Comisión en su comunicación sobre los SIEG ha indicado que la misión de interés público que satisfacen los SIEG se debe interpretar de acuerdo con los intereses de los ciudadanos, y en concreto con 1) el alto nivel de protección ambiental; 2) con la penetración social de los SIEG, y 3) con la completa penetración territorial de los SIEG, especialmente en áreas remotas.

El reconocimiento institucional de esta dimensión no-de-mercado de los SIEG llega con el Tratado de Ámsterdam en 1997 (entrada en vigor en 1999) que introduce en su artículo 16 (actual artículo 14 TFUE) que “Sin perjuicio de los artículos 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de la aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”. Esta redacción se conserva actualmente con las correspondientes referencias a los artículos que ya han cambiado de numeración.

Este precepto es el resultado de una batalla política liderada por Francia y apoyada por España en el seno de la UE. No es una novedad apreciar que el derecho público francés está basado en la noción de servicio públi-

⁴ Asunto C-320/91, Procedimiento penal contra P. Corbeau, de 19 de mayo de 1993, Rep. p. I-2533.

co: la realización del interés público por el Estado requiere la intervención pública mediante la provisión de servicios públicos. Francia quería que el derecho europeo participara también de esta noción fuerte, no tanto para adaptar este ordenamiento jurídico al derecho francés, sino para limitar los poderes legislativos de la Comisión en la liberalización de determinados servicios que en Francia eran ofrecidos por empresas públicas en régimen de monopolio.

El artículo 14 TUE proclama que los SIEG son uno de los valores compartidos por la Unión Europea y que tienen un papel crucial en la promoción de la cohesión social y territorial. Es decir, están estrechamente vinculados en la elaboración de políticas comunitarias y en la corrección de mercados. Esta noción sí permite abandonar el concepto de integración negativa: ahora está justificada la integración positiva, esto es, la regulación de la UE de los SIEG para crear, pero sobre todo para corregir el mercado.

También la Carta de los Derechos Fundamentales que fue solemnemente proclamada con ocasión de la firma de Tratado de Niza establece, en su artículo 36, que “La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los tratados con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

En el derecho europeo parece evidente que la intervención pública vía SIEG está basada en el derecho fundamental al acceso a servicios básicos (tal como recoge la Carta Europea de derechos fundamentales) más que en la obligación de suministrar el servicio. Por eso, en la regulación de los SIEG y de las obligaciones de servicio público o de las obligaciones de servicio universal, se presta atención a la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos, superando ya el esquema más limitado de defensa de los derechos de los consumidores. Efectivamente, cuando el derecho europeo vaya a regular el contenido de las obligaciones de servicio público o de servicio universal en el marco de los SIEG, verá en el destinatario de los mismos no sólo a consumidores, sino también a ciudadanos con derechos de participación en el proceso de toma de decisiones.

Que el destinatario de los SIEG sean los ciudadanos europeos revitaliza el papel del Parlamento Europeo en la regulación europea de los SIEG que recibe de los ciudadanos su legitimidad democrática. Una muestra del interés del Parlamento Europeo en torno a los SIEG y los servicios públicos en general la ofrece su activa participación en la preparación de la cumbre que aprobó el Tratado de Ámsterdam donde se introdujo el artículo 16 (actual artículo 14 del TFUE). El Parlamento Europeo se mostró entonces de

acuerdo en incorporar los servicios públicos en el Tratado y en la creación de una “Carta Europea de los Servicios Públicos”. En una de sus resoluciones (13 de marzo de 1996) llegó a defender la inserción el Tratado de “los principios fundamentales del servicio público, a saber, accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad, calidad, transparencia y participación”.⁵

Junto a los valores tradicionales de los SIEG —accesibilidad, universalidad, igualdad, continuidad y calidad— elaborados tanto por la doctrina del TJUE como por la Comisión, el Parlamento Europeo incluye otros nuevos: los de transparencia y participación, que son típicos de la estrecha vinculación de los SIEG a los ciudadanos y no simplemente a los consumidores.

3. Fase 3: Los SSIG

En 2011 la UE adoptó el Marco de calidad para los SIG donde menciona otra categoría jurídica para controlar la intervención pública en la economía y limitar: los SSIG. El valor social de los servicios de interés general (especialmente al mencionar en el derecho originario europeo la distinción entre servicios de interés económico general y servicios de interés no económico general) condujo a la aprobación de la *Comunicación de la Comisión sobre los Servicios Sociales de Interés General en la UE* (COM (2006) 177). Vinculado con esta línea de actuación de la Comisión, los SSIG tienen también un antecedente en la Directiva 2006/123/CE de servicios, en su considerando 34 excluye de su ámbito de aplicación las “actividades prestadas por el Estado o en nombre del Estado sin una contrapartida económica en el marco de sus obligaciones sociales, culturales, educativas y judiciales”. Se trata de actividades conectadas con el ejercicio de los poderes públicos como el ámbito judicial. También el considerando 27 de dicha Directiva de servicios habla de excluir de su ámbito de aplicación los servicios sociales en tanto que esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad y la integridad humana, y que constituyen una manifestación de los principios de cohesión y solidaridad social. Aparte de esta referencia, no hay base legal en el Tratado para que la UE regule una categoría como los SSIG.

Pero esta falta de base legal no evita que las actividades de naturaleza puramente social hayan sido analizadas bajo el prisma del derecho europeo de la competencia, como ha sucedido con los servicios de seguros y planes

⁵ El CEEP (Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos) realizó propuestas muy similares a las del Parlamento Europeo, destacando igualmente los valores de transparencia y concertación como valores nuevos que se deben incorporar a los SIEG.

de pensiones o el monopolio de oficinas públicas de empleo, o la educación pública. Esta es la estrategia de la UE, y en concreto de la Comisión: ampliar su ámbito de influencia a una suerte de política social europea a la vez que refuerza el cumplimiento del derecho de la competencia.

En este sentido cabe preguntarse si la Comisión europea quiere armonizar los modelos nacionales de Estado del bienestar. La respuesta debe ser positiva si nos atenemos a políticas como igualdad de género, inclusión social o migración puesto que tienen un marcado componente europeo. Ahora bien, los intentos de regular el núcleo del estado del bienestar a nivel europeo han encontrado la resistencia de los Estados miembros.⁶

Para la Comisión, los SSIG son aquellos que responden a las necesidades de los ciudadanos más vulnerables y están basados en los principios de solidaridad y de acceso igualitario. Pueden ser de naturaleza económica o no-económica.⁷ La Comisión distingue:

- Servicios sanitarios.
- Servicios relacionados con la seguridad social, y otros que obligatoriamente están relacionados con la salud, el envejecimiento, los accidentes de trabajo, el desempleo, la jubilación o la incapacidad laboral.
- Servicios de asistencia para la inclusión social y la protección de derechos fundamentales: asistencia a personas en riesgo de exclusión, asistencia para la reintegración y el retorno al mercado de trabajo, integración de personas con enfermedades crónicas y discapacidad, vivienda social.

El tratamiento que reciben los SSIG por parte del derecho europeo, y sobre todo de la Comisión, parece orientado a valorar sus sinergias y no la contraposición entre reglas del mercado interior y de la competencia, de un lado, y cohesión social de otro.⁸ Sin embargo, el TJUE y la Comisión examinan caso por caso si un servicio declarado social tiene o no naturaleza eco-

⁶ Véase: Hay, Colin y Wincott, Daniel, *The Political Economy of European Welfare Capitalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 152-154; también Adnett, Nick y Hardy, Stephen, *The European Social Model: Modernisation or Evolution*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.

⁷ La diferencia entre servicios de interés económico general y servicios de interés no económico general aparece en el derecho originario por primera vez en el Protocolo adjunto al Tratado de Lisboa.

⁸ Barutti, Sarah y Moreno, Marta, “El derecho europeo aplicable a los servicios (sociales) de interés general”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 97, 2012, p. 87.

nómica y por lo tanto queda sometido o no a las reglas de la competencia, de las ayudas de estado, de la contratación y la libertad de establecimiento. Efectivamente, cuando los servicios son prestados por el propio Estado (directamente o por servicios *in-housing*) sin que exista contraprestación nada parece indicar que exista una naturaleza económica. Sin embargo, cuando se contrata a un tercero bajo contraprestación para que ofrezca el servicio, se considera que sí existe una naturaleza económica y que las reglas del TFUE se aplican, especialmente las relativas a las ayudas de Estado, y a la contratación pública.

Los Estados se resisten a ceder competencias en el ámbito de los derechos sociales, y el TJUE y la Comisión llevan una dirección opuesta: la de examinar los derechos sociales bajo el prisma de las libertades económicas de la Unión. El resultado es el desequilibrio y la casuística excesiva a la hora de determinar la compatibilidad de los SSIG con el derecho europeo, si bien la Comisión acusa a los Estados miembros de complicar la aplicación de reglas relativamente sencillas.

IV. CUANDO LOS SIEG Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS SE ENCUENTRAN

Hasta ahora se ha argumentado que los SIEG y SSIG, de un lado, y los servicios públicos, de otro, son técnicas de intervención pública, la primera elaborada por el derecho europeo y la segunda por los Estados. La concepción orgánico-subjetiva de los servicios público conducía a la *publicatio* de las actividades y a su prestación directamente por el Estado o por medio de un concesionario; los SIEG tienen una concepción funcional-material ya que su finalidad no es la prestación, sino la garantía de la misión pública que estos servicios satisfacen.

Son distintas técnicas que no han impedido que haya una mutua influencia entre SIEG y servicios públicos caracterizada por la incorporación de valores no de mercado en el concepto de SIEG y por una integración positiva, de un lado, y la incorporación del carácter funcional-material a la noción de servicio público, por otro.

1. *El servicio público influye al SIEG*

La influencia de la noción de servicio público sobre el SIEG y el SSIG ha operado por la vía política y judicial.

La vía política de influencia es, evidentemente, la incorporación del artículo 14 al TFUE con el Tratado de Ámsterdam. En primer lugar, el artículo 14 TFUE establece la importancia de los SIEG como valor compartido de la Unión. Como consecuencia, esta técnica de intervención ya no puede ser definida en términos negativos, es decir, no puede ser considerada exclusivamente como un instrumento que crea mercado eliminando los obstáculos a la libre competencia; ahora los SIEG deben ser definidos en términos positivos, es decir, como una técnica de intervención que contribuye a la cohesión territorial y social de la Unión.

En segundo lugar, el reconocimiento de la naturaleza no de mercado de los SIEG ha conducido a un control judicial más relajado sobre la intervención de los Estados miembros en la economía, particularmente después de los asuntos *Corbeau* y *Almelo*.⁹ En ambos asuntos el TJCE tuvo que valorar la legalidad bajo el derecho europeo de los derechos exclusivos y especiales otorgados por los Estados miembros en el sector postal y el eléctrico respectivamente. El TJCE concluyó que los Estados miembros pueden conferir derechos exclusivos, que ciertamente constituyen un obstáculo en la aplicación de las normas de la competencia, en tanto que, “las restricciones a la competencia, o incluso la exclusión de toda competencia por otros operadores económicos, sea necesaria para asegurar la prestación de la misión asignada a las empresas titulares de los derechos exclusivos (asunto *Corbeau* para. 14)”.

2. El SIEG influye el servicio público

Hoy en día, contamos con un concepto de servicio público nuevo. Como sintéticamente aprecia Molina del Pozo:

La revisión conceptual consiste, fundamentalmente, en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusión, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, es decir, libertad de entrada (previa autorización reglada o comunicación responsable), con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amorti-

⁹ Asunto C-393/92, Gemeente Almelo y otros contra Energiebedrijf IJsselmij NV, de 27 de abril de 1994, Rep. p. I-1477.

zación y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial en la que hay que luchar por el cliente.¹⁰

Ariño ha indicado los caracteres de este nuevo servicio público:¹¹

- La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de él.
- El abandono del concepto de reserva con el régimen jurídico que lleva consigo: la titularidad a favor del Estado, la concesión como transferencia del título, etcétera.
- Se sustituye el régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto. La imposición de obligaciones es necesaria para asegurar la prestación del servicio.

Este nuevo concepto de servicio público se ha beneficiado de la influencia del concepto europeo de SIEG. En fin, el derecho europeo tiene un efecto desarmonizador¹² más que armonizador porque genuinos conceptos jurídicos como el de servicio público deben adaptarse al derecho comunitario.

V. CONCLUSIONES

La necesidad de salvaguardar la primacía del derecho europeo y el papel atribuido a los jueces y tribunales en este sentido (el juez nacional es también juez europeo) ha promovido la influencia mutua entre el derecho público interno y el europeo y entre los distintos derechos nacionales. El derecho interno se ha hecho permeable a la influencia del derecho europeo, algo especialmente cierto en la recepción de principios administrativos como el de proporcionalidad, confianza legítima, la obligación de motivar los actos administrativos y la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del derecho europeo. Igualmente, la institución jurídica de servicio público se ha abierto a la influencia del derecho europeo, afectando a su fundamento, a

¹⁰ Molina del Pozo, Carlos, “Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Ámsterdam”, Cuadernos Europeos de Deusto, 1999, núm. 21, pp. 125-160.

¹¹ Ariño, Gaspar, “Derecho público y mercado”, en Ariño y Asociados (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Granada, Comares, 2002, pp. 96 y 97.

¹² Dehousse, R., *The European Court of Justice*, Londres, MacMillan, 1998.

su naturaleza y a su contenido. Pero también el derecho europeo ha recibido una fuerte influencia del derecho interno; en concreto, los SIEG han dejado de ser un instrumento de intervención negativa para impulsar la actuación comunitaria en ámbitos ligados no sólo a la defensa del mercado interior sino a la promoción de políticas sociales comunitarias. A pesar de esta mutua influencia, no se debe hablar de convergencia: servicios públicos y SIEG y SSIG son conceptos distintos, acuñados por ordenamientos distintos y que responden a fines distintos: el interés general europeo en el caso de los SIEG y SSIG y el interés general nacional en el caso del servicio público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADNETT, N. y HARDY, S., *The European Social Model: Modernisation or Evolution*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.
- ARIÑO, Gaspar, “Derecho público y mercado”, en Ariño y Asociados (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Granada, Comares, 2002.
- BARUTTI, Sarah y MORENO, Marta, “El derecho europeo aplicable a los servicios (sociales) de interés general”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 97, 2012.
- DEHOUSSE, R., *The European Court of Justice*, Londres, MacMillan, 1998.
- HAY, Colin y WINCOTT, Daniel, *The Political Economy of European Welfare Capitalism*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2012.
- MOLINA DEL POZO, Carlos, “Los servicios de interés general en el derecho comunitario: especial referencia a su regulación en el Tratado de Ámsterdam”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 1999, núm. 21.

FACULTAD REGULATORIA DEL ESTADO EN TEMAS DE SALUD E INVERSIONES

Carlos H. REYES DÍAZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Propuesta en la OMC*. III. *Facultad regulatoria del Estado*. IV. *Expectativas legítimas de inversión*. V. *Límites regulatorios en facultades de policía*. VI. *Conclusión*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

El contexto actual de pandemia en el que todavía nos encontramos después de un año y ocho meses ha desatado diversos debates relacionados con la creación de vacunas y su distribución en todo el mundo, algo en lo que hemos fracasado como humanidad. Las tremendas brechas entre el norte y el sur global son evidentes y se han vuelto dramáticas con los efectos sanitarios y económicos de esta pandemia.

Ante este escenario, gran cantidad de agrupaciones (se habla de 380 aprox.) han solicitado a la Organización Mundial del Comercio (OMC) que se apruebe una exención a los derechos de propiedad intelectual de las vacunas actuales contra la COVID-19. Muchos Miembros de la OMC (más de 100) han reaccionado de manera favorable a esta propuesta, incluido Estados Unidos. Este apoyo, de concretarse, eliminaría las patentes de una de las industrias que han contribuido a la solución del problema, con apoyos gubernamentales de Estados Unidos, Reino Unido y de la Unión Europea; es verdad, pero lo que importa ahora preguntarnos es si estas medidas serán efectivas y suficientes para resolver el problema sanitario que enfrentamos. Si constituyen actos legítimos de autoridad o, por el contrario, violaciones a compromisos comerciales y de inversión.

* Profesor de tiempo completo. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Los derechos de propiedad intelectual son, al mismo tiempo, derechos de inversión. El artículo 14.1 del Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC) define la inversión (palabras más) como todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, entre los que se encuentran, los derechos de propiedad intelectual.¹ De esta manera, la violación de una patente farmacéutica puede implicar la violación de una inversión.

Con independencia de lo anterior, también es verdad que, aunque muchos Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) contienen disposiciones para proteger la salud pública en sus preámbulos, no existe certeza del significado jurídico de sus disposiciones.²

II. PROPUESTA EN LA OMC

Algunos países han criticado que la medida propuesta en la OMC, que restringe estos derechos de patente, es poco efectiva, además de que desincentiva la tarea de innovación relacionada con actividades de investigación y desarrollo de fármacos, así como también atenta abiertamente contra un derecho de propiedad establecido en tratados de inversión. Poco efectiva, dicen, porque muchos países del sur global (que son los que más necesitan de vacunas) carecen de las condiciones necesarias para producirlas en sus territorios y no cuentan con insumos y tecnología suficientes para lograrlo aunque tuvieran la patente a su disposición. A esto se agrega que muchos inversionistas no se establecen en estos países precisamente por las deficiencias regulatorias y fallas en el estado de derecho. Ello, sin contar con el creciente mercado negro de medicamentos que pone en serios riesgos a la población mundial, debido también a deficiencias regulatorias de estos países.

No es intención de este trabajo poner a debate la prevalencia de ambos derechos (de la salud y de propiedad), ya que sería demasiado simple e incorrecto reducir una discusión tan compleja a estos dos extremos aparentemente opuestos. Lo que debe destacarse es que en un momento de crisis sanitaria como el actual puede resultar atractivo para un Estado imponer restricciones a ciertos derechos como eco de políticas coyunturales pero sin hacer un diagnóstico sensato ni medir las posibles consecuencias de acciones como estas.

¹ Ya no se deja a la interpretación como lo hacía el artículo 1139 del TLCAN, al referirse a los “derechos de propiedad intangibles”.

² Vadi, Valentina, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013.

Además, nada se ganaría con actos de autoridad que suspendan los derechos de propiedad intelectual, pero tampoco es necesario hacerlo. El Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (AADPIC) en su artículo 31 ya establece un sistema de licencias obligatorias especiales, para poder hacer frente al suministro y distribución de medicamentos y productos sanitarios durante la pandemia de la COVID-19 y respecto de cualquier otra situación de urgencia.

Estas licencias, en vigor desde 2001 en la OMC, han sido útiles en casos de emergencia como la actual y están diseñadas para evitar compensaciones derivadas de expropiaciones y medidas equivalentes, especialmente si estas medidas son compatibles con el Acuerdo ADPIC,³ aunque no necesariamente funcionan contra posibles violaciones de otros derechos de inversión, especialmente del trato justo y equitativo, si en la aplicación de medidas nacionales existe discrecionalidad que derive en discriminación de trato entre inversionistas.

De manera concreta, el consenso de la comunidad internacional reunida en la OMC para suprimir estos derechos de patente no suprime la posibilidad de que las farmacéuticas demanden violación de sus derechos de inversión contra Estados que restrinjan las patentes de sus vacunas y reclamen compensaciones económicas como consecuencia. Aunque también es cierto que se tiene que demostrar el registro de la patente y el carácter de inversión de ésta en el posible Estado demandado.

III. FACULTAD REGULATORIA DEL ESTADO

Los tratados de inversión disponen las facultades regulatorias estatales tanto en preámbulos como en artículos específicos. Mientras las disposiciones en el articulado son más precisas, las incluidas en los preámbulos contribuyen a dar una interpretación más balanceada del tratado que refleja las intenciones del Estado al negociar dicho acuerdo, aunque no generen derechos concretos ni obligaciones a regular en ninguna forma por esta mera interpretación.⁴

³ Véase Khachvani, David (Lévy Kaufmann-Kohler), “Can Pharmaceutical Companies Counter the Waiver of the Patents for COVID-19 Vaccines through Investment Treaty Arbitration?”, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/26/can-pharmaceutical-companies-counter-the-waiver-of-their-patents-for-covid-19-vaccines-through-investment-treaty-arbitration/> (consultada el 26 de mayo de 2021).

⁴ Titi, Aikaterini, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Hart-Nomos-Dike, 2013.

Los Estados tienen amplias facultades regulatorias basadas en principios generales de soberanía, especialmente en materia de salud pública y todavía más en circunstancias de pandemia. Esta sería la regla general, pero admite excepciones dentro de las cuales se tiene que demostrar la causa de utilidad pública, así como que la medida establecida era la más adecuada y menos lesiva para los inversionistas (*in dubio mitius*).⁵

Los tratados comerciales y de inversión no pueden impedir al Estado adoptar normas y adaptar sus derechos a realidades cambiantes de la sociedad, pero al hacerlo deben de cumplir con principios reconocidos internacionalmente, como el de no discriminación. Del mismo modo, las normas jurídicas y políticas públicas deben de guardar congruencia y generar escenarios de estabilidad que contribuyan a atraer nuevas inversiones, así como a mantener las ya existentes.

El reporte de competitividad global del Banco Mundial (2017-2019)⁶ identifica entre las razones por las cuales los inversionistas retrasan sus inversiones, cancelan sus inversiones planeadas y las retiran definitivamente de un país, a:

- a) la falta de transparencia y predictibilidad de las políticas públicas;
- b) los cambios súbitos en leyes y regulaciones que afectan negativamente a las empresas;
- c) retrasos innecesarios en la obtención de permisos gubernamentales y procesos para iniciar negocios;
- d) incumplimientos de contratos por los gobiernos, así como
- e) expropiaciones y medidas equivalentes a la expropiación.

De manera concreta los Estados, para evitar compensar económicamente a los inversionistas demandantes, tienen la obligación de demostrar que sus medidas regulatorias tienden a evitar que ciertos actos de los inversionistas amenacen o pongan en riesgo la salud pública y otros objetivos legítimos de interés general, establecidos en normas jurídicas nacionales; o bien, constituyen medidas de seguridad o de policía derivadas especialmente de acciones ilegales o negligentes de los inversionistas que provoquen daños (rescisiones administrativas, por ejemplo).

⁵ Principio reconocido por el órgano de apelación de la OMC, en I.3.8.1 CE — Hormonas, párrafo 165 y nota 154 (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R).

⁶ Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/28493/9781464811753.pdf> (consultado el 30 de octubre de 2021).

La Ley de Infraestructura de la Calidad (2020),⁷ en su artículo 10o., establece los objetivos legítimos de interés público para el Estado mexicano, dentro de los que se encuentra la protección y promoción de la salud (fracción I), pero este artículo también señala, como objetivo legítimo, el cumplimiento de los señalados en acuerdos y tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La limitación de derechos de propiedad intelectual en la forma de licencias obligatorias como las planteadas en el Acuerdo ADPIC no encaja en los supuestos de violación señalados anteriormente, pero lo que preocupa es que los Estados sean los que determinen libremente cuáles son esos casos de urgencia en los que, de manera unilateral, restrinjan los derechos de propiedad así como las medidas discrecionales que se podrán aplicar por las autoridades nacionales, como sucedió en Brasil.⁸ La pandemia es un ejemplo claro, pero no existen criterios uniformes para determinar en qué casos sí y en cuáles no se podrán restringir estos derechos de propiedad, específicamente respecto de medicamentos que se podrían considerar como “asociados o relacionados con la pandemia”.

Los criterios discrecionales que pueden aplicar las autoridades nacionales al momento de hacer frente a retos sanitarios pueden encuadrar en las facultades regulatorias del Estado, pero ello no impide que existan posibles violaciones del estándar de trato justo y equitativo, especialmente si las medidas que se adoptan carecen de un análisis suficientemente sólido que las avale. Entonces ¿de qué sirve vulnerar patentes, si con ello no se resuelve el problema de salud?

En otras palabras, cuando las medidas gubernamentales son proporcionales a la necesidad que se enfrenta y los cambios propuestos no sean caprichosos o innecesarios, que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente —como lo han dicho los tribunales arbitrales—, entonces se pueden defender principios como el de soberanía. En el caso de no poder demostrar la pertinencia de la medida, no se está en presencia de un acto de soberanía, sino de autoritarismo. En otras palabras, cuando el gobierno es incoherente, incompetente e impredecible, los actores económicos no piensan en el futuro lejano.⁹

⁷ Sustituyó a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, *DOF* del 1o. de julio de 2020.

⁸ Controversia Constitucional 5529 sobre el artículo 40, párrafo único, de la Ley brasileña de Propiedad Intelectual, el 12 de mayo de 2021.

⁹ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos*, Siglo Veintiuno, 2011, p. 94.

La mayor preocupación consiste en darle facultades ilimitadas al Estado para atentar contra derechos de propiedad. En un escenario de pandemia podrían ser razonables muchas de ellas, pero nada impide que después de esta pandemia el Estado quiera conservar estas facultades amplias para restringir derechos bajo el escudo de una situación de “urgencia” establecida con parámetros que sólo los gobiernos determinen y sin sustento científico ni legal. El Estado debe coordinar la política de salud pero con base en criterios efectivos y comprobables, no como una facultad soberana *a priori*.

Las restricciones a los derechos de propiedad pueden ser, en muchos casos, necesarias, pero no se puede olvidar que estos derechos están cubiertos por tratados comerciales y de inversión, mismos que no suprimen las facultades regulatorias del Estado, pero sí las contienen cuando sus medidas son violatorias de principios como los de trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y medidas equivalentes a la expropiación, principios no contemplados en el derecho interno de México (y de muchos países), pero ampliamente reconocidos por los tratados comerciales y de inversión vigentes.¹⁰

Otro ejemplo de atribuciones estatales que pueden exceder las facultades regulatorias del Estado es la relación entre derechos de inversión con otras disciplinas es el que tiene que ver con compras del sector público. México tiene la obligación de respetar y dar beneficio en las licitaciones a sus socios comerciales, contraída por los diversos tratados de libre comercio (TLC). En este caso, los tratados no refieren expresa sino tácitamente esta relación. Las compras gubernamentales constituyen violaciones a inversión no porque lo diga así el capítulo 13 del T-MEC (ejemplo), sino porque las acciones u omisiones gubernamentales pueden ser violatorias del trato justo y equitativo o incluso incurrir en medidas equivalentes a la expropiación.

Las licitaciones pueden ser impugnadas por no cumplir los estándares legales o ser abiertamente discriminatorias respecto de la distribución de medicamentos; en circunstancias concretas podrían violentarse disposiciones en materia de compras de gobierno (T-MEC capítulo 13) si las compras se realizan por adjudicación directa, sin considerar a licitantes de nuestros socios comerciales, pero en un mismo momento y por los mismos hechos, también podría demandarse la violación del trato justo y equitativo y la protección y seguridad de las inversiones; en casos extremos, podría incurrirse en medidas equivalentes a la expropiación.

¹⁰ La UNCTAD reconoce a la fecha (noviembre de 2021) 2,269 tratados bilaterales de inversión (BIT), además de 324 tratados comerciales con capítulos de inversión (TIP) vigentes, cfr. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

No acatar el compromiso que implica dar participación a licitantes extranjeros atenta directamente contra los derechos de inversión de empresas que llevan años realizando actividades en el que es, hasta ahora, el sector más regulado en el mundo: el farmacéutico (precisamente porque la salud es el activo máspreciado en nuestra sociedad). Las fallas en actividades de farmacovigilancia por parte de autoridad reguladora mexicana, la Cofepris,¹¹ pueden provocar la distribución y comercialización de medicamentos que no cumplan en cuanto a su seguridad, calidad y eficacia, por más baratos que sean. México, durante esta pandemia, ha privilegiado las compras directas de medicamentos (hasta 95%) y ha rezagado las licitaciones al mínimo (3%).¹² Estas acciones se han querido justificar con la pandemia, pero no todos los medicamentos tienen relación con la misma, lo que genera incertidumbre y levanta alertas de corrupción según lo ha manifestado Transparencia Mexicana y el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO).¹³

Los gobiernos tienen que ser muy cautelosos al adoptar medidas que van contra compromisos comerciales. Las posibles demandas internacionales materializadas en derechos de propiedad intelectual y de compras gubernamentales, consideradas a su vez como inversiones, son una realidad latente y cada vez más desarrollada y aceptada por tribunales de inversión.

De manera concreta, las autoridades administrativas, legislativas y judiciales tienen la obligación de conocer estos principios de inversión que las leyes mexicanas no contemplan pero que son detonadores de demandas internacionales, así como de compensaciones millonarias que en un momento de crisis nadie está dispuesto a pagar. No es el objetivo apoyar la tesis del enfriamiento regulatorio (*regulatory chilling*) conforme al cual los Estados se reservan sus reformas legislativas y regulatorias por miedo a demandas internacionales, pero sí es importante reflexionar sobre la pertinencia, diseño e implementación de las reformas con la finalidad de resolver los problemas de salud que nos aquejan sin afectar innecesariamente a los actores que contribuyen al desarrollo económico nacional.

¹¹ Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

¹² Cfr. <https://contratoscovid.serendipia.digital> (consultado el 30 de octubre de 2021).

¹³ Disponible en: <https://imco.org.mx/un-ano-de-compras-de-emergencia-en-mexico/> (consultado el 30 de octubre de 2021).

IV. EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE INVERSIÓN

En la construcción del estándar de trato conforme al derecho internacional consuetudinario han existido diversas interpretaciones que van desde el reconocimiento de la existencia de expectativas básicas, razonables o legítimas de los inversionistas, hasta las que lo niegan; esta última es la tendencia más aceptada en la actualidad y ahora ya forma parte de normas convencionales, cuando antes se trataba únicamente de precedentes arbitrales.

A la pregunta de si los inversionistas generan expectativas que pueden derivar en demandas no se puede responder con un sí o un no dependiendo de los hechos que dieron lugar a la relación de inversión. También es necesario analizar el contexto de las razones por las cuales se frustraron dichas expectativas y el grado de intervención del gobierno para que se frustraran.

En principio, en el texto del nuevo acuerdo de América del Norte (T-MEC), se establece que “...el simple hecho de que una Parte tome u omita tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta”.¹⁴

Pero, como suele suceder en textos de esta naturaleza, el propio Tratado establece una excepción a esta regla en el anexo 14 B: Expropiación. En este apartado se dispone que podrá existir violación de expectativas “inequívocas y razonables respaldadas por la inversión”, pero estas características dependerán, como lo explica la nota a pie 19, de “factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial de regulación gubernamental en el sector pertinente.”

Estas garantías escritas pueden ser cláusulas de estabilización en contratos o concesiones del gobierno, o bien en compromisos derivados de tratados internacionales, de los cuales no quede duda de la intención del gobierno de respetar y no revertir los compromisos adquiridos con el inversionista.

Es razonable que los Estados se cuiden mucho de no comprometerse con este tipo de cláusulas, pero en ocasiones estas medidas son atractivas si lo que se busca es “amarrar” ciertos compromisos de atracción de inversiones, especialmente en tiempos de incertidumbre política o económica.

Muchos tribunales constatan incumplimientos de las expectativas legítimas cuando:

¹⁴ Artículo 14.6.4 del Tratado México-Estados Unidos-Canadá, en vigor desde el 1o. de julio de 2020.

- Una conducta del Estado generó expectativas legítimas por parte de un inversionista;
- Las expectativas son legítimas y razonables y no están basadas en consideraciones subjetivas del inversionista;¹⁵
- El inversionista basó su decisión de inversión sobre estas expectativas:¹⁶
 - a) algunos tribunales introdujeron el concepto de “diligencia debida” mediante la cual los inversionistas tienen la obligación de realizar estudios sobre como surgirían dichas expectativas y su alcance;¹⁷
 - b) ejemplos de cómo debe ser una debida diligencia hay variados: los tribunales de SolEs Badajoz *vs.* España y Cube Infraestructure *vs.* España, indicaron que “no existía ningún requisito para llevar a cabo un proceso formal de diligencia debida y que no puede considerarse una condición previa para el éxito de una reclamación de protección de la confianza legítima”.¹⁸ Sin em-

¹⁵ Véase decisiones del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) como Eskosol S.p.A. in liquidazione *vs.* Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50, Award, 4 de septiembre de 2020. “452 ... Sin embargo, *es axiomático que las expectativas legítimas deben basarse en alguna forma de conducta del Estado y no simplemente en las propias expectativas subjetivas del inversor*”. Así como Watkins Holdings S.à r.l. and others *vs.* Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 de enero de 2020. “517. Las expectativas de las demandantes deben basarse en los hechos de este arbitraje y deben ser vistas de manera objetiva. 598 La expectativa de las demandantes *debe evaluarse en el momento en que se realizó la inversión y la inversión de las demandantes debe tener su origen en alguna acción afirmativa de España en forma de compromisos específicos asumidos por España con el inversor, o por declaraciones hechas por España, que alentaron la inversión*”.

¹⁶ Véase ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and Infra-Class Energie 5 GmbH & Co. KG *vs.* Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 de septiembre de 2020. “511... *En el momento en que las Demandantes realizaron sus inversiones, ¿era legítimo que esperaran que Italia no modificaría esas tarifas reguladas durante 20 años?*” Así como Consutel Group S.P.A. in liquidazione *vs.* People’s Democratic Republic of Algeria, PCA Case No. 2017-33, Final Award, 3 de febrero de 2020. “421. En cuanto a la cuestión de la confianza legítima, el Tribunal comparte la posición de la demandante 652, que no parece ser impugnada por la demandada 653 y que *se basa en una jurisprudencia bien establecida* 654, según el cual el estándar de trato justo y equitativo requiere que el *Estado no defraude las expectativas legítimas que determinaron su decisión de invertir. Para que estas expectativas estén protegidas por el Tratado, por lo tanto, deben haberse formado previamente...*”.

¹⁷ Cónsul Argelia nota *supra* 30 CPA, Sentence finale, 3 de febrero de 2020, para. 473. Por lo tanto, habría sido perfectamente concebible que a la hora de invertir, “*Consutel hubiera tomado la precaución de solicitar al Estado compromisos o garantías sobre el futuro de este proyecto...*”.

¹⁸ Cube Infrastructure Fund SICAV and others *vs.* Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/20, Award, 26 de junio de 2019, para. 396; SolEs Badajoz GmbH *vs.* Kingdom of

bargo, si se esperan esfuerzos de diligencia, el tribunal concluyó que el inversionista había realizado la debida diligencia adecuada, habiendo estado al tanto de posibles cambios moderados, para entonces el cambio drástico en el esquema tarifario resultó en un nuevo régimen que era negativo para el inversionista y por tanto violó el trato justo y equitativo (TJE).¹⁹

- Conducta unilateral del Estado frustró las expectativas.
- El inversionista sufrió daños como consecuencia de dicha conducta.

A la luz de este razonamiento, si el marco jurídico que rige una inversión cambia de una manera que no pudo ser prevista por el inversionista al momento en el que realizaba la inversión, dicho inversionista tiene derecho a reclamar compensación por estos cambios, el debate entonces es si el TJE efectivamente protege las “expectativas legítimas” y hasta qué punto se puede dictar una compensación en caso de que este cambio regulatorio afecte a las inversiones consolidadas.

En el caso de *Cube* el tribunal señaló que sólo en la medida en que la negación de las expectativas constituya un trato injusto o no equitativo puede haber una violación de esta disposición en el Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty, ECT). El hecho de que las expectativas de un inversor hayan sido derrotadas no implica necesariamente que se haya producido una infracción del estándar TJE²⁰ el tribunal encontró que España ofrecía una estabilidad reguladora como incentivo para invertir, por lo que no podía incumplir, si bien no esperaba que el estado petrifique la ley, la provisión debía mantenerse sin alterar significativamente la base económica fundamental sobre la que se realizaron esas inversiones.

Para mantener un ambiente favorable para las inversiones, principios como el de Trato Justo y Equitativo (TJE) y Protección y Seguridad Plenas (PSP) son esenciales en un marco de relación entre inversionistas y Estados. Incluir derechos humanos entre los argumentos del TJE ha sido útil para determinar la compensación por daños causados en una controversia, no así para determinar la responsabilidad del Estado.²¹

Spain, ICSID Case No. ARB/15/38, Award, 31 de julio de 2019, párrafo 331.

¹⁹ SolEs. Párrafo 462.

²⁰ *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros contra el Reino de España*, Caso CIADI núm. ARB / 15/20 Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Quantum, 19 de febrero de 2019, párrafo 387.

²¹ Dupuy, P. M., Francioni, F. y Petersmann, E. U., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 343.

En materia de salud es necesario preguntarse si las farmacéuticas han generado expectativas legítimas para abastecer a la población mexicana de medicamentos e insumos para la salud, y con ello acreditar violación al TJE y a la PSP, por el hecho de estar constituidas en el país y de contar con contratos de abastecimiento en los sectores gubernamental y privado.

La Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) sancionó a empresas y a particulares por prácticas monopólicas absolutas en la distribución de medicamentos.²² Si bien hay algunos actos que se han podido materializar con investigaciones de esta naturaleza, también es verdad que no todas las empresas han sido sancionadas, circunstancia que pone a todas las empresas en un mismo escenario, sin contar con evidencia suficiente para afectarlas.

Las acciones del gobierno mexicano (aunque se han atribuido a empresas distribuidoras farmacéuticas)²³ han propiciado desabasto de muchos medicamentos y demás insumos médicos en la población, algo que no se justifica con las sanciones antes referidas. Hay empresas que han realizado sus actividades con pleno apego de las normas jurídicas y se han visto afectadas del mismo modo.

En apariencia, existen circunstancias que podrían entenderse como expectativas legítimas cuando no hay sanciones que afecten a estas empresas. En ello, es necesario tomar distancia para no entender que la investigación de algunos afecta innecesariamente a todas las empresas del sector.

V. LÍMITES REGULATORIOS EN FACULTADES DE POLICÍA

Ya se ha dicho que las autoridades estatales cuentan con amplias facultades legislativas y regulatorias, pero es común que estas autoridades cometan errores legítimos, además de algunos que deriven de negligencia y falta de cuidado. Los tribunales arbitrales han resuelto que estas fallas pueden configurar violaciones de trato justo y equitativo, así como de protección y seguridad de las inversiones cuando se incurre en negligencia “internacional” (lo que sea que signifique), esto demuestra que se pueden cometer violaciones en casos en los que las autoridades no siguen protocolos de actuación precisos y diseñados con los fines que se buscan.

²² Cofece, disponible en: <https://www.cofece.mx/cofece-multa-a-empresas-y-personas-fisicas-por-colidirse-en-el-mercado-de-distribucion-de-medicamentos/> (consultado el 30 de octubre de 2021).

²³ Según investigaciones de la Secretaría de la Función Pública de 2020, disponible en: <https://politica.expansion.mx/mexico/2020/01/23/gobierno-de-mexico-investiga-a-pisa-y-otras-5-empresas-farmaceuticas> (consultado el 30 de octubre de 2021).

La decisión del CIADI para el caso de *Tza Yap Shum v. Perú*,²⁴ resolvió que “Como ha indicado la demandada, el ejercicio del poder regulatorio y administrativo del Estado lleva aparejada una presunción de legitimidad”. “33 Ésta es particularmente evidente cuando se advierte que el Estado actúa en aras de un interés público de gran importancia como preservar el orden, la salud o la moral pública” (los conocidos como “poderes de policía” del Estado).

La jurisprudencia de inversiones ha resuelto en varias ocasiones que las autoridades del Estado merecen de cierto margen de apreciación en la realización de sus actividades ya que se considera son las instancias más especializadas para atender los problemas técnicos de que se trata. Así lo resolvió el tribunal de *Eco Oro Minerals Corp. vs. Colombia*.²⁵ El Tribunal comprende además que es inevitable que, en el ejercicio de sus poderes policiales: “un Estado se encuentre en ocasiones teniendo que tomar decisiones difíciles y potencialmente controvertidas, particularmente al considerar cuestiones de protección ambiental y salud pública”. Por lo tanto, el Tribunal está de acuerdo con la declaración del tribunal en Cargill de que “una conclusión procesable de arbitrariedad no debe basarse simplemente en la determinación de un tribunal de que una agencia nacional o legislatura sopesó incorrectamente...”.

En temas de salud también hay criterios aplicables en este mismo sentido (aunque deja abierta una puerta para evitar el exceso). En un precedente²⁶ se advirtió que

Al evaluar las acciones de Polonia a la luz de sus obligaciones del Tratado con respecto a la desinversión, el Tribunal debe otorgar la debida deferencia a las decisiones de los administradores polacos especializados que interpretan y aplican las leyes y regulaciones que rigen su área de competencia. Sin embargo, al hacerlo, el Tribunal también considerará la forma en que se tomaron estas decisiones y su efecto en las inversiones de las Demandantes.

Queda claro que los arbitrajes se inclinan por conceder dicha deferencia a las autoridades, el problema está en que los criterios y procedimientos de las autoridades varían de país en país y el rigor en la aplicación de medidas tiende a ser de menor capacidad especialmente (aunque no de manera

²⁴ ICSID Case No. ARB/07/6, Award, 7 de julio de 2011, para. 95.

²⁵ ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 de septiembre de 2021, para. 751.

²⁶ *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. vs. Republic of Poland*, Award, 14 de febrero de 2012, para. 568.

limitativa) en países como los de Latinoamérica y el continente africano, que en Europa occidental y América del Norte.

Es a través del derecho que los Estados deben justificar las medidas implementadas por políticas públicas, legislativas o facultades policiales. Es debido a leyes nacionales y tratados internacionales se protege la inversión ante las medidas regulatorias establecidas por los Estados y que están sujetas a compensación bajo ciertas condiciones, que a su vez se utilizan como instrumentos en la determinación de la legitimidad del ejercicio del poder regulatorio del Estado por los tribunales arbitrales.

Aunque no hay una definición universalmente aceptada sobre estos conceptos, de acuerdo con la doctrina de poderes policiales existen ciertos actos que no son sujetos de compensación a la luz del derecho internacional consuetudinario, en sentido estricto actos como el decomiso o una multa que se requiere para sancionar un delito, embargos por medio de impuestos, defensa contra amenazas externas y destrucción de propiedades a consecuencia de operaciones militares o toma de propiedad enemiga como parte de una indemnización por una guerra ilegal, así como rescisiones administrativas por daños ocasionados en la realización de actividades, no constituyen expropiación para el derecho internacional de inversiones.

En otras palabras, los Estados ejercen facultades que van más allá de las funciones fundamentales como custodia, seguridad, guardia y protección, que se involucran a través de la prevención, enjuiciando prácticas monopólicas y anticompetitivas, protegiendo los derechos de los consumidores e implementando regímenes de control a través de figuras como licencias, concesiones, permisos, autorizaciones, etcétera, así como su función primordial de protección medioambiental al regular la conducta de las grandes corporaciones, lo que puede manifestarse en una medida novedosa que se aplique en relación a un inversionista.²⁷

Es entonces que el concepto de poderes regulatorios soberanos se liga en los análisis de expropiación, trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas, el derecho a regular se analiza y coteja en casi todos los estándares de protección de inversiones para determinar la legitimidad de una medida, sin embargo los poderes policiales implican una doctrina que puede ser utilizada únicamente en reclamos relacionados con expropiaciones.

²⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Expropriation. UNCTAD series on Issues in International Investment Agreements II. 2012, disponible en: http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf.

Es bajo esta doctrina que se establece que las regulaciones de un estado que se adoptan para la protección del interés público no son actuaciones indebidas cuando las normas son dictadas de buena fe, no son discriminatorias y se apegan al debido proceso.²⁸

Las facultades policiales de un Estado están limitadas por ciertos criterios que las autoridades deben de cumplir para no incurrir en actos arbitrarios e injustificables. Algunos de estos criterios fueron mencionados por Ucrania en su controversia contra la empresa OEG. Ucrania citó el caso de *Methanex*, y afirmó que la prueba para un ejercicio válido de las facultades policiales se compone de los siguientes elementos: 1) la medida debe ser de buena fe; 2) para un propósito público; 3) no discriminatorio, y 4) cumplido con el debido proceso.²⁹ A esto, la demandante agregó la proporcionalidad de la medida, circunstancia que origina los excesos que podrían impugnarse en estos conflictos.

Este argumento no fue reconocido por el Tribunal, aunque hay otras controversias en los que la proporcionalidad sí ha sido un elemento clave, como en el laudo *Tecmed*, al determinar si las acciones regulatorias deben ser consideradas expropiación, el tribunal consideró si las acciones y medidas regulatorias eran “proporcionales al interés público presuntamente protegido”. De manera similar, en el laudo de *Philip Morris vs. Uruguay*, el Tribunal consideró la proporcionalidad como parte de la prueba de los poderes policiales.

Del mismo modo, para el estándar de TJE es necesario para evaluar y equilibrar las circunstancias y los hechos en cada caso, por lo que una violación a este estándar implica necesariamente una determinación de que el Estado excedió su derecho razonable a regular e interferir con los derechos de los inversionistas.³⁰

De acuerdo con el tribunal Arbitral en *Tecmed v. México*, esta doctrina se aplica en ciertas circunstancias y ante determinados tipos de objetivos públicos, es decir, si no existen circunstancias de emergencia ni situaciones sociales graves o urgencias relacionadas con estas situaciones, las acciones emprendidas por las autoridades para enfrentarse a las dificultades sociopo-

²⁸ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat vs. Arab Republic of Egypt (I)*, PCA Case No. 2012-07, Final Award, 23 de diciembre de 2019. Paras. 87-90.

²⁹ OEG c. Ucrania nota supra 5 párrafo 87, párrafo 88, párrafo 89, párrafo 90.

³⁰ Ranjan, P., “Facultades policiales, expropiación indirecta en el derecho de inversión internacional, y artículo 31 (3) (c) de la CVDI: AC critique de *Philip Morris vs. Uruguay*”, *Asian Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2019, pp. 98-124; *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi vs. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21 de junio de 2019, para. 767.

líticas no pueden ser considerada como legítima y por tanto es resarcible.³¹ De conformidad con el tribunal de *Magyar Farming Company Ltd c. Hungría* la obligación indemnizatoria estará exenta sólo si se cae en los siguientes supuestos:

- Medidas generalmente aceptadas de poderes policiales que apuntan a hacer cumplir las regulaciones existentes contra las propias malas acciones del inversionista, tales como sanciones penales, tributarias y administrativas, y revocación de licencias y concesiones.
- Medidas regulatorias destinadas a mitigar las amenazas que las actividades del inversor puedan representar para la salud pública, el medio ambiente o el orden público... como la prohibición de sustancias nocivas, el empaquetado genérico del tabaco o la imposición de medidas de emergencia en tiempos de crisis política o económica.³²

Bajo el Foro de Tratados de Inversión del Instituto Británico de Derecho Internacional Comparado, *Tabet* enfatizó en la necesidad de reformas los acuerdos de inversión, desde la firma de los primeros acuerdos, los TBI han cambiado significativamente, señaló que el propósito fundamental de los redactores del convenio CIADI pretendían que los contratos fuesen la base de las reclamaciones de las disputas entre inversionistas y Estados y no los propios tratados.³³

En un caso actual del que emergió con la pandemia cláusulas de fuerza mayor, se sugiere que los tribunales brinden un alto grado de deferencia a la autoridad reguladora estatal, pues los Estados tienen la obligación constitucional de salvaguardar la salud y seguridad pública, poniendo a disposición argumentos de fuerza mayor.³⁴

Algunos tratados de inversión (más cada día) incluyen disposiciones relativas a la protección de la salud y de otros objetivos legítimos de interés general, con lo que se ratifica el compromiso permanente de subordinar los intereses económicos, comerciales y de inversión a los objetivos generales del Estado.

³¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 de mayo de 2003 párrafo 147.

³² *Magyar Farming contra Hungría CIADI*, laudo del 13 de noviembre de 2019, pár. 366.

³³ Kaliz, Aleksander, “The Limits of State Regulatory Powers: 34th ITF Public Conference Summary”, 2020, BIICL, disponible en: <https://www.biicl.org/blog/8/the-limits-of-state-regulatory-powers-34th-itf-public-conference-summary?cookieset=1&ts=1634678047>.

³⁴ *Joshua Dean Nelson y Jorge Blanco contra Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, laudo en 2020.

El T-MEC, en el capítulo de inversión, dispone lo anterior de la siguiente manera:

Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que sea compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al ambiente, salud, seguridad u otros objetivos regulatorios.³⁵

Una cláusula similar se encuentra en el TBI Argentina-Estados Unidos (artículo XI), la cual establece:

Este Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones con respecto al mantenimiento o restablecimiento de la paz internacional o seguridad, o la protección de su propio interés de seguridad esencial.

El concepto de soberanía, una vez dicho lo anterior, no es absoluto. El Estado suele recargarse en este principio para tomar decisiones de carácter interno y que para muchos pueden ser justificables; sin embargo, en un Estado de derecho las autoridades tienen la obligación de respetar y cumplir con las obligaciones internacionales y sujetarse a lo que el Estado suscribió; estos compromisos podrán calibrarse respecto del grado de interferencia de la medida nacional, su naturaleza, objeto y carácter, así como la duración,³⁶ estabilidad y expectativas de los inversionistas, todo ello constituye la base de la regulación y de los límites al poder estatal por la vía del derecho internacional.

Los compromisos comerciales contenidos en capítulos de tratados de comercio y artículos de tratados de inversión forman parte del derecho interno de un país, pero no son independientes de otras normas. Los derechos de propiedad intelectual, vistos como inversiones, pueden derivar de licitaciones internacionales, en ciertos casos, de manera que cuando se revisa el cumplimiento de obligaciones en un capítulo no basta con leerlo y contras-

³⁵ Artículo 14.16. Inversión y objetivos ambientales, salud, seguridad y otros objetivos regulatorios.

³⁶ En *Azurix* el tribunal constató que, como tal, no existe una fórmula matemática para alcanzar un resultado mecánico, por lo que cada caso debe ser resultado de manera individual. *Azurix c. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, 14/jul/2006, nota supra 25, párrafo 313.

tarlo con las normas jurídicas locales, es preciso identificar las disposiciones transversales pertinentes de otros capítulos.

La certeza jurídica es un activo invaluable del derecho de inversión, así como la oferta que los Estados hacen al suscribir tratados de inversión. Sin embargo, los gobiernos suelen reaccionar de manera precipitada en tiempos de emergencia, por eso mismo la cautela es indispensable cuando se diseñan, implementan y ejecutan políticas públicas. En materia de salud, estas políticas tienen un impacto mediático inmediato, tanto para bien como para mal.

VI. CONCLUSIÓN

El Estado nacional está en una etapa de resurgimiento por lo que busca repositionarse como actor preponderante de la gobernanza global después de años de auge y declive de la globalización y de políticas neoliberales. En este proceso nacionalista el Estado reclama su papel generador del derecho y políticas públicas, especialmente en lo que corresponde a los grandes retos de la actualidad, entre los que destaca, en esta época por obvias razones, la salud.

En este rediseño hemos sido testigos de excesos nacionalistas que pretenden cambiar las reglas de juego diseñadas e implementadas con mucho esfuerzo por años. Entiéndase por estos excesos las medidas adoptadas por la presidencia estadounidense de Donald Trump, el dominio comercial chino de Xi Jinping o la permanente amenaza rusa de Putin, así como los esfuerzos vergonzantes de gobiernos latinoamericanos como Venezuela, Nicaragua y Brasil, por mencionar sólo algunos.

Los excesos en los que estos gobiernos incurren para posicionar su “soberanía” en la construcción de sus proyectos de nación tienen como eje sistémico atentar contra derechos de propiedad de nacionales y extranjeros.

Por ello, resulta de vital importancia reflexionar respecto de las posibles consecuencias de un viraje abrupto y discrecional de las autoridades estatales para afrontar sus problemas locales y retos globales. Atentar contra derechos de propiedad sin justificación es la peor manera de afrontar las crisis y de fortalecer al Estado. La polarización y la etiqueta negativa que se le pone a ideologías como el “neoliberalismo”, la “globalización” y otras, sin alternativas viables que las sustituyan, lejos de arreglar la situación, la complican.

Los límites al poder deben de construirse sobre bases jurídicas sólidas, en políticas públicas de largo plazo, bien pensadas, con diseños que favorezcan a los diversos sectores sociales a los que van dirigidas, e implementadas

con criterios equilibrados en los que no se privilegien intereses particulares o gremiales que tienden a ampliar la brecha de desigualdad.

El derecho es el principal instrumento que tiene una sociedad para asignarse reglas y es, sin duda, el mecanismo más efectivo de convivencia y desarrollo, pero sus defectos también suelen hacer del derecho un instrumento de poder que reprime y discrimina, generando daños y perjuicios innecesarios.

El fortalecimiento del Estado de derecho pasa por etapas como la congruencia de las autoridades, la transparencia de sus actos y el cumplimiento de objetivos legítimos del Estado, pero también por el respeto de los derechos de propiedad. Su cumplimiento satisfactorio se logra con una interpretación armonizada y no excluyente de estos derechos y objetivos. No todas las discusiones jurídicas se resuelven por la vía de la ponderación, casos como el planteado en este trabajo es un ejemplo de que tiene que haber opciones igualmente satisfactorias para cumplir con los objetivos del Estado sin sacrificar injustificadamente los derechos de inversión.

El poder del Estado debe de encontrar en el derecho a su principal contención, aunque para ello se frustren los proyectos de gobiernos en curso. La visión de Estado de largo plazo es mucho más relevante y prioritaria. Someter el funcionamiento y eficacia de proyectos de gobierno a un riguroso escrutinio es la premisa principal de la adecuada rendición de cuentas.

Al final, como sugieren Holmes y Sunstein “Los jueces en particular, como custodios de valores sin precio ¿no deberían estar por encima de las diarias transacciones entre quienes tienen el poder y quienes lo buscan?”.³⁷ Es el derecho aplicado en beneficio de la sociedad sobre el que se fundan las decisiones del gobierno, no podría ser de otro modo en sociedades democráticas civilizadas.

VII. FUENTES DE CONSULTA

DUPUY, P. M., FRANCIONI, F. y PETERSMANN, E. U., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos*, Siglo Veintiuno, 2011.

KALIZ, Aleksander, “The Limits of State Regulatory Powers: 34th ITF Public Conference Summary”, 2020, BIICL, disponible en: <https://www.biicl.org>.

³⁷ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *op. cit.*, p. 49.

org/blog/8/the-limits-of-state-regulatory-powers-34th-itf-public-conference-summary?cookiesset=1&ts=1634678047.

KHACHVANI, David (Lévy Kaufmann-Kohler), “Can Pharmaceutical Companies Counter the Waiver of the Patents for COVID-19 Vaccines through Investment Treaty Arbitration?”, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/26/can-pharmaceutical-companies-counter-the-waiver-of-their-patents-for-covid-19-vaccines-through-investment-treaty-arbitration/> (consultado el 26 de mayo de 2021).

RANJAN, P., “Facultades policiales, expropiación indirecta en el derecho de inversión internacional, y artículo 31 (3) (c) de la CVDT: AC critique de Philip Morris vs. Uruguay”, *Asian Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2019.

TITI, Aikaterini, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Hart-Nomos-Dike, 2013.

VADI, Valentina, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, 2013.

INSTITUTO MEXICANO DE LA COMPETITIVIDAD (IMCO). Compras de gobierno. Disponible en: <https://imco.org.mx/un-ano-de-compras-de-emergencia-en-mexico/> (consultado el 30 de octubre de 2021).

REPORTE DE COMPETITIVIDAD GLOBAL DEL BANCO MUNDIAL (2017-2019). Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/28493/9781464811753.pdf> (consultado el 30 de octubre de 2021).

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. Tratados Internacionales de Inversión. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (consultado el 4 de noviembre de 2021).

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, disponible en: <https://www.cofece.mx/cofece-multa-a-empresas-y-personas-fisicas-por-coludirse-en-el-mercado-de-distribucion-de-medicamentos/> (consultado el 30 de octubre de 2021).

SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, “Investigaciones de empresas farmacéuticas”, disponible en: <https://politica.expansion.mx/mexico/2020/01/23/gobierno-de-mexico-investiga-a-pisa-y-otras-5-empresas-farmaceuticas> (consultado el 30 de octubre de 2021).

SUJETO Y ESTADO

DEMOCRACIA, UN CONCEPTO CONFUSO

José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ*

“[S]o ist auch die Philosophie ihre Zeit in Gedanken erfasst... was der Begriff lehrt, zeigt notwendig ebenso die Geschichte”.

G. W. F. HEGEL¹

“El imperativo de la claridad —y ya dije hace muchísimos años que es la claridad la cortesía del filósofo— nos obliga”.

José ORTEGA Y GASSET²

Si nuestros actos desoyeran los consejos de Hegel y fueran en dirección contraria, parece evidente que terminaríamos en un callejón sin salida, justamente tal y como nos encontramos. La filosofía ha de ser capaz de comprender y captar su tiempo, lo que se nos muestra mediante el concepto y nos enseña la historia. Los problemas acaecen cuando la filosofía no cumple con su finalidad y en vez de captar la esencia del tiempo en que se vive, se dedica a generar confusión, sea por un perverso interés de sus protagonistas, sea por mera impotencia.

* Universidad de Granada, España.

¹ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995 (1821) (“la filosofía es su tiempo aprehendido en pensamientos... Lo que enseña el concepto lo muestra con la misma necesidad la historia”), pp. 26 y 28.

² *Sobre una nueva interpretación de la historia universal. Exposición y examen de la obra de Arnold Toynbee: A Study of History*, en *Obras Completas*, Madrid, Taurus, t. IX, 2009 (1948), p. 1207.

A lo largo de toda su vida intelectual, desde sus obras tempranas a las de madurez, José Ortega y Gasset siempre hizo referencia a la necesidad de la claridad e incluso aludió a cómo otros advirtieron que en sus escritos y conferencias “decía ciertas cosas claras”,³ haciendo posible que se deshiciera “el nudo de ideas confusas en que estaba un problema”.⁴ La filosofía tiene que aportar aquello que la vida no posee por sí misma, pero que sin ello hace que sea invivable. “Ese algo, dirá Ortega, es la claridad sobre sí misma”,⁵ una claridad que definía como la cortesía del filósofo.⁶ El fin de la filosofía ha de consistir en aportar claridad y no confusión en relación con los problemas con los que enfrentamos en nuestra vida presente. Esta idea se ajusta en su obra de madurez, cuando Ortega introduce un matiz que, en mi opinión, es decisivo ya que se considerará ahora que el esfuerzo por lograr la claridad no es simplemente la cortesía del filósofo, sino que es un deber, un imperativo. El filósofo tiene la obligación de manejar conceptos de manera diáfana y cuando estos estén confusos, tiene la obligación de tratar de clarificarlos, de evitar que sean imprecisos, borrosos. La filosofía ha de “traer lo profundo a la superficie y hacerlo claro, patente... de llegar a conceptos «claros y distintos»”.⁷ En definitiva, nuestra labor, sin llegar a ser filósofos, habría de consistir también en aportar claridad en momentos de confusión.

Una confusión que, por otra parte, va aparejada a toda época de crisis:

No sabemos lo que nos pasa —afirmaba Ortega—, y esto es precisamente lo que nos pasa, no saber lo que nos pasa: el hombre de hoy empieza a estar desorientado con respecto a sí mismo, *dépaysé*, está fuera de su país, arrojado a una circunstancia nueva que es como tierra incógnita. Tal es siempre la sensación vital que se apodera del hombre en las crisis históricas.⁸

Parece evidente que algo parecido sucede en nuestra época, especialmente en relación con los fundamentos de nuestro orden jurídico-político, el propio de una democracia liberal. Vivimos así un tiempo equívoco,

³ *Principios de metafísica según la razón vital*, “Lecciones del curso 1933-1934”, en *Obras Completas*, cit., t. IX, p. 82.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ “Siempre he creído que la claridad es la cortesía del filósofo”, *¿Qué es filosofía?*, en *Obras Completas*, Madrid, Taurus, 2008 (1929), t. VIII, p. 238.

⁷ *En torno al “coloquio de Darmstadt, 1951”*, en *Obras Completas*, Taurus, Madrid, 2006 (1952), t. VI, p. 803.

⁸ Ortega y Gasset, J., *En torno a Galileo*, Madrid, Taurus, 2006 (1947, 1942, 1933), en *Obras Completas*, tomo VI (1941-1955), pp. 412 y 443.

un tiempo en el que pareciera que las ideas y conceptos propios de las democracias constitucionales requieren de una labor de desbrozo que permita deslindarlos de otros que al estar mezclados con ellos generan desorden, lo que hace invivible nuestra vida en sociedad. Así podría caracterizarse la situación en la que nos encontramos: desconcertados y necesitados de orientación a fin de salir de esa barahúnda. Es evidente que nos hallamos en una situación que podría caracterizarse como vaga e imprecisa, en la que no se sabe bien a que responden las ideas que manejamos.

Todos somos demócratas, tanto quienes reivindican los *papeles federalistas* como quienes lo hacen con *el manifiesto comunista*, ambos, dicen, defienden la libertad y la democracia; tanto quienes son nacionalistas, como quienes luchan por la libertad y la igualdad entre los individuos, al fin y al cabo de lo que se trata es de la defensa de los derechos y libertades, colectivos e individuales; tanto quienes reivindican una relación directa del pueblo con sus líderes como quienes defienden la necesidad de establecer mecanismos de representación que aseguren la racionalidad de esa relación, pues unos y otros se apoyan en la soberanía popular. En definitiva, todos somos demócratas, aunque lo seamos de muy distinto modo. Esto es lo que genera esa situación de enmarañamiento, de enredo, de la que no sabemos muy bien cómo salir. Es cierto que no es una situación nueva, ya sucedió con anterioridad y son muchas las ocasiones en que se ha producido aunque en relación con problemas distintos.

Hegel recuerda que en la historia del Estado sobrevienen necesariamente periodos en los cuales el espíritu de las naturalezas nobles tiende a huir del presente para recluirse en las regiones ideales y buscar en ellas la paz que ya no puede gozar en la realidad, dividida y hostil a sí misma; son periodos en que, habiendo el intelecto reflexivo atacado, destruido y disipado en generalidades ateas todo lo santo y profundo que ingenuamente estaba depositado en la religión, en las leyes y en las costumbres de los pueblos es impulsado el pensamiento a convertirse en razón pensante y tiene que buscar y llevar a cabo con sus propios elementos la restauración de la ruina causada por él mismo.⁹

En el fondo, esta devastación producida por la misma razón es la que trata de evitar Schmitt —sí, Schmitt—, cuando habló de la “confusión del concepto”¹⁰ en relación con el romanticismo político. Desde luego que no

⁹ Hegel, *Lecciones sobre la filosofía de la historia*, trad. de José Gaos (1928), Madrid, Alianza, 1982 (1830), p. 143.

¹⁰ “Die Verwirrung des Begriffs”, en Schmitt, C., *Politische Romantik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1998 (1919), p. 23.

es ese ahora el problema con el que nos enfrentamos, aunque la cuestión de fondo —la confusión del concepto— sea la misma, pues si bien no es el romanticismo lo que ahora nos preocupa, sí que podemos detectar que hay un enredo importante en relación con el concepto de democracia, pues este se utiliza para determinar concepciones completamente disímiles de la misma hasta el extremo de que calificándose todos como demócratas se están defendiendo cosas radicalmente distintas pues cada uno rellena el recipiente de ese concepto con contenidos radicalmente diversos.

Pondré un ejemplo que nos puede servir para arrojar cierta luz al problema con el que nos enfrentamos. El 18 de febrero de 1943, dieciocho meses antes de la capitulación alemana en la segunda guerra mundial, Goebbels pronunció un discurso en el Berliner Sportpalast ante un auditorio repleto y entregado enfervorizadamente a su líder. Criticó a los ingleses por decir que el pueblo alemán se resistía a las medidas que su gobierno había adoptado respecto de la manera de llevar adelante la guerra. Según decía, los ingleses afirmaban que el pueblo alemán quería capitular antes que seguir las directrices de su gobierno. Tras oír estas palabras, la multitud enardecida gritó: ¡Jamás! ¡Jamás! ¡Jamás! A continuación, Goebbels, rememorando la teoría de Schmitt acerca de la relación directa entre el pueblo y su líder, formula varias preguntas a su auditorio al que considera una parte del pueblo por medio de la cual se manifiesta todo el pueblo alemán. Entre ellas requiere de esa parte del pueblo, entre la que se encuentran un importante número de tullidos y heridos de guerra, que le indique si desean la guerra total, a lo que responden enfervorizadamente que sí. A continuación, insiste en los ataques de los ingleses por sostener que el pueblo alemán ha perdido su confianza en el Führer. Por eso les pregunta directamente si acaso no es tal confianza aún hoy más grande, más creíble y firme; ante esto, la multitud se levantó como un solo hombre; el entusiasmo de las masas se descarga en una escala sin precedente y miles de voces rugen en la sala: ¡Seguimos las órdenes del Führer!¹¹

Este acto político que aquí he reflejado no deja de ser un acto de carácter democrático, muy extremo pero democrático. Los participantes en el acto se encuentran frente a uno de sus líderes y son capaces de mostrarle, según afirma el orador, la voluntad de todo el pueblo. Si es o no inducida, poco importa ahora. Lo que interesa subrayar es que podemos apreciar una forma de hacer política que tiene sus raíces en la antigüedad, en las formas de la democracia directa griega. Allí, en Atenas, según cuenta Aristóteles,

¹¹ Goebbels, J., “¡Ahora el pueblo se levanta y la tormenta se desata!”, “Ich frage euch: Wollt ihr den totalen Krieg?”, *Berliner Sportpalast*, 18 de febrero de 1943.

el pueblo griego (los hombres ciudadanos) se reunía en la asamblea y decidía cómo había de regularse su comunidad. Aristóteles, con muy buenas razones, desprecia esa forma de organización pues se asentaba en una libertad, que entendía como mero deseo, arbitrio o capricho, lo que impedía que el orden social se construyera de manera medianamente racional.¹² La crítica de Aristóteles poseía parte de razón, aunque no toda, pues la democracia griega había desarrollado, si bien de manera muy rudimentaria, unos mecanismos que le permitían corregir los excesos de las decisiones arbitrarias.

En cierta medida nosotros somos receptores de algunos de estos inconvenientes pues nuestras democracias se articulan en torno a la regla de la mayoría mediante la que se llega a establecer como legítima una medida que es fruto de la agregación de un determinado número de decisiones individuales. Es verdad que hemos tratado de evitar los inconvenientes más graves que cabría derivar de la democracia directa por medio de la introducción de los mecanismos propios de la democracia representativa. No obstante, estos mecanismos si bien corrigen excesos de aquella, no los evitan de manera completa.

Kelsen lo vio muy bien en los tiempos de Weimar cuando percibió que el sistema representativo no evitaría las demasías propias de las democracias directas, pues del mismo modo que los demagogos manejaron al pueblo ateniense, también podría ocurrir que lo hicieran los representantes en una democracia indirecta. Esta es la razón por la que intenta corregir esa deriva probable en el tiempo en que escribe *Esencia y valor de la democracia*, cierta poco después, introduciendo dos mecanismos: 1) la obligación de que determinadas medidas fueran adoptadas por mayorías cualificadas, y 2) la introducción de una serie de derechos público-subjetivos, bajo cuyo manto pudiéramos guarecernos frente a las decisiones insensatas de nuestros representantes.

Ninguno de los dos mecanismos estuvo bien concebido, por lo que en el fondo no se pudo impedir que terminaran por adulterarse. Estos inconvenientes podemos apreciarlos en nuestros días siempre que la representación política cae en manos de aventureros o bolivarianos. Este riesgo es el que nos habría de llevar a pensar la democracia de una manera distinta de forma que se eviten los inconvenientes, tanto de la democracia directa como los que de ésta se transmiten a la democracia representativa.

¹² Aristóteles, *Política*, int., trad. y notas de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, 1317b, p. 370.

Esa idea de democracia incorpora el mecanismo central de la democracia representativa (la regla de la mayoría) dentro del concepto de soberanía popular, es decir, no entiende la soberanía popular simplemente como lo que directamente expresa el pueblo en las urnas, pues diferencia entre lo que dice la mayoría del pueblo y el mismo pueblo como concepto. Las ocurrencias de Goebbels adolecían de ese defecto, identificaba a una parte del pueblo con el pueblo y la decisión de la parte se adoptaba como la del todo. Ese error es el que también preside la idea de la democracia representativa y esta es la razón por la que hace falta volverla a repensar de una manera diferente. La democracia ha de fundarse necesariamente en el pueblo, pero no entendido como la expresión de una suma agregada de voluntades individuales, sino como la idea del pueblo soberano, esto es, la voluntad general que conceptualmente expresa el interés general. Pensado así, el fundamento de la democracia deja de lado los intereses particulares y se asienta sobre el interés general; aunque si se quedara en esto, tal democracia adolecería de abstracción, lo que no está exento de nuevos riesgos, tal y como Robespierre puso de manifiesto al engrasar la guillotina con lo que él entendía como voluntad general.

Por eso hace falta que tal voluntad general se determine y el único mecanismo que hemos encontrado radica en la regla de la mayoría, aunque ahora esa mayoría ya no puede identificarse con el todo pues sólo adquirirá legitimidad si en su concreción se enmarca en la misma voluntad general. Dicho de manera más clara, la determinación de la voluntad general por medio de la mayoría no puede poner en cuestión el interés general.

Podríamos pensar que la voluntad mayoritaria no la pone en cuestión nunca, solo la determina, por lo que habría que aceptarla. Si nos quedáramos aquí no habríamos avanzado nada sobre los inconvenientes de que se habló antes en relación con la democracia representativa. Así pues, hace falta algo más, algo que sin poner en cuestión el mecanismo de determinación de la voluntad general por medio de la voluntad mayoritaria, encuentre un límite para ésta.

La solución se encuentra en las exigencias que conlleva la misma práctica de la regla de la mayoría. Es decir, la voluntad general requiere de un mecanismo, la regla de la mayoría, pero ésta requiere de otro que es el que realmente la hace funcionar. No es posible que se constituya la mayoría si no existen toda una serie de derechos que son los que permiten que la misma se conforme. Se había reconocido, aunque de manera imprecisa, cuando se afirmó que el límite de la mayoría consiste en que ha de permitirse que la minoría pueda convertirse en una nueva mayoría. Dicho de manera

más exacta, sólo puede conformarse la mayoría si se reconocen derechos y libertades privados y políticos que no pueden estar a disposición de esa mayoría. Esos derechos y libertades individuales son los instrumentos que facilitan la posibilidad de que la voluntad general se determine por medio de la regla de la mayoría. Por eso cuando en una democracia se ponen en peligro tales derechos se está cuestionando su mismo carácter de democracia. Las decisiones de la mayoría son de la mayoría por lo que han de admitirse, si bien no pueden ser ilimitadas pues no pueden ponerse en cuestión los derechos y las libertades que las hicieron posibles. De ahí que en tiempos de pandemia, aunque no sólo durante la misma, tendríamos que estar muy atentos a las decisiones que pudieran afectar a nuestros derechos, pues cualquier transgresión de los mismos implicaría una deslegitimación de la decisión que los atropellara, por mayoritaria que ésta fuese.

La única manera de salir de las dificultades con las que nos enfrentamos consiste en entender que hay que erigir el Estado, esto es, el poder jurídico-político sobre la universalidad propia del *demos*, que no es accidental sino racional. Y lo es porque va más allá de los intereses caprichosos de la multitud, así como del interés contingente de cualquier pueblo, al mismo tiempo que permite la prevalencia del interés general sobre el particular y la convivencia dentro de ese poder político de una diversidad de identidades. Por eso, Hegel defenderá que en el Estado moderno es superfluo que haya identidad en la lengua, las costumbres, la educación y la religión, pues posee la capacidad de imponer el mismo resultado “mediante el espíritu y el arte de la organización política; con la consecuencia de que la desigualdad de la cultura y de las costumbres resulta tanto producto necesario como condición imprescindible para la estabilidad de los Estados modernos”.¹³ Claro está que siempre y cuando sepamos asentar el orden jurídico-político sobre un punto central, “¿dónde se encuentra el centro?”¹⁴ se preguntaba Schlegel.

Hegel abordará la misma cuestión a su manera, construyendo una autoridad política sobre la universalidad de la voluntad general, que va más allá de la inmediatez de lo común, al mismo tiempo que ampara las identidades propias de esa particularidad. Por ello, la “autoridad política, en cuanto gobierno, t[iene] que concentrarse en un punto central...”.¹⁵ Y ese punto central ha de comprenderse como “nosotros, el pueblo”, como “nosotros, el

¹³ Hegel, *La Constitución de Alemania*, int., trad. y notas D. Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1972 (1802), p. 28.

¹⁴ Schlegel, F., “Ideas”, *Poesía y filosofía*, trad. de D. Sánchez Meca y A. Rábade Obradó, Madrid, Alianza, 1994 (1800), p. 157.

¹⁵ Hegel, *La Constitución...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

demos”, esto es, como una universalidad necesaria y no aleatoria del pueblo como soberano.

La democracia puede comprenderse como el gobierno del pueblo en un doble sentido: según se entienda el pueblo en tanto *demos* o nación-Volk; bien en cuanto una universalidad necesaria que permite la convivencia entre una pluralidad de identidades o una universalidad accidental, que es expresión de la inmediatez de lo común. Ambas concepciones piensan la soberanía del pueblo como la clave de bóveda sobre la que se asienta toda la estructura del Estado.

No obstante lo anterior, tenemos que ir más allá de una concepción de nación contingente y construir el Estado sobre una segunda universalidad. La concepción de esta segunda universalidad trasciende la accidentalidad de la primera permitiéndonos visualizar la abstracción de la idea del pueblo soberano como el punto central sobre el que se concentra la autoridad política, esto es, como el punto de fuga de toda construcción jurídico-política sobre el que la misma se apoya e inspira.

Así, este pueblo entendido como *demos* y no en tanto nación-Volk., comprendido como soberanía popular y no en cuanto la suma de los intereses egoístas de la muchedumbre, es lo que nos permite, en primer lugar, asegurar la pervivencia ordenada de esos mismos intereses así como de las diferentes identidades colectivas al mismo tiempo que facilita, en segundo lugar, que podamos hablar de democracia y no de olocracia en la medida en que el mismo se entiende como voluntad general y no sólo una suma determinada de voluntades particulares, sean o no mayoritarias. Esta voluntad general constituye el pilar sobre el que puede construirse el Estado democrático de derecho, al que podríamos considerar desde un punto de vista racional como un régimen político que se asienta no sobre la particularidad sino sobre lo que es en sí y por sí racional, en tanto que se aseguran no sólo los derechos y libertades de los individuos, sino también sus propias señas de identidad por medio del reconocimiento de los derechos relativos a la preservación de su propia cultura y lengua. No se trata de que estas diferencias de carácter nacional sean las que hayan de asegurar la construcción de un Estado propio, sino que es el Estado el que garantiza la pervivencia de tales identidades al mismo tiempo que satisface los fines subjetivos de sus ciudadanos.

De este modo evitaríamos construir un Estado sometido a la inmediatez de las características nacionales o los intereses caprichosos de sus miembros, por lo que podríamos erigir un estado fundamentado en unos principios racionales por universales. Así se afianzaría no sólo una universalidad primera, radicada en la naturaleza, sino una universalidad más compleja, propia

de un Estado que supera la fatalidad de los egoísmos singulares, así como la particularidad de una cultura y lengua determinadas. En definitiva, se trata de la construcción de una segunda naturaleza que va más allá de la inmediatez y contingencia de la primera, sea individual o colectiva. En palabras de Hegel, “el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu que se produce a partir de sí mismo como una segunda naturaleza”.¹⁶

La imagen arquitectónica que nos podría servir para iluminar esta construcción es la de una pirámide que se levantara sobre su vértice. La idea de la soberanía popular nos muestra, en primer lugar, el papel central de esta soberanía en la construcción del Estado, así como la inestabilidad de tal construcción en tanto que se asienta sobre una idea que en su determinación puede corromperse fácilmente siempre que dejemos de considerar la soberanía del pueblo como tal, como idea, para entenderla como la de una nación concreta o como la de la plebe o multitud. Dieter Grimm lo formuló de la siguiente manera:

Son extrañas las circunstancias en las que se necesita de la ficción del “demos” como recordatorio de que aquellos que hacen las leyes no son la fuente de su legitimidad final. Las democracias necesitan del poder público, pero también establecer límites al ejercicio de ese poder público, para lo que invocan al “pueblo” como un sujeto ficticio, al que se atribuyen colectivamente poderes obligatorios: un “Zurechnungssubjekt” [un sujeto de imputación, un sujeto responsable, un sujeto determinante en una relación], que no es el mismo capaz de actuar, pero que atiende la necesidad democrática de hacer que la responsabilidad política cobre sentido.¹⁷

El elemento central sobre el que se levantó el Estado moderno lo constituyó la soberanía popular, esto es, el pueblo como soberano, que como idea, sobre la que se asienta el Estado democrático de derecho, es incapaz de actuar por sí mismo. Tal concepción exige la construcción de un conjunto de poderes cuya última legitimidad emana, claro está, del soberano. De ahí que la actuación de tales poderes se encuentre limitada, lo que se alcanza por medio de un juego de equilibrios y contrapesos entre esos poderes, así como por el reconocimiento de las libertades y de los derechos individuales, la defensa del pluralismo y el principio de las mayorías. Esto supone que la

¹⁶ Hegel, *Grundlinien...*, *op. cit.*, cito de aquí en adelante por la versión española, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. y prólogo de J. L. Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988 (1821), parágrafo 4.

¹⁷ En Keane, J., *The Life and Death of Democracy*, Londres, Pocket Books, 2009, p. 699.

solución de los problemas y dificultades ha de realizarse dentro de las normas básicas de convivencia, es decir, del orden constitucional vigente, un orden que responde, claro está, a los presupuestos de las democracias liberales: el respeto de los derechos individuales y las decisiones mayoritarias de acuerdo con las reglas establecidas, es decir, de acuerdo con las exigencias del Estado de derecho o imperio de la ley.

Las consecuencias de actuar al margen del sistema constitucional de una democracia liberal son enormes, primero porque supone una quiebra de la legalidad y, segundo, porque no hay razones que pudieran justificar un quebrantamiento del orden jurídico, es decir, que no es posible sostener la legitimidad de la quiebra de la legalidad democrático-liberal. Esto sólo podría defenderse si hubiera razones bastantes que pudieran actuar de contrapeso de la violación de la legalidad. De ahí que en un orden democrático-liberal los cambios o reformas tienen que hacerse de acuerdo con las reglas preestablecidas, pues ese orden no se apoya sólo y exclusivamente en las decisiones mayoritarias, sino en que éstas se adopten respetando los derechos individuales, lo que se garantiza mediante el respeto a las normas de juego previamente definidas. Además, cualquier solución que se llegue a alcanzar sin tener en cuenta la Constitución conllevaría la quiebra del poder soberano ya que se habría realizado un cambio de las normas constitucionales al margen de tal poder, al mismo tiempo que supondría una lesión del derecho de participación, efecto inmediato de la realización de una reforma constitucional por cauces distintos a los establecidos formalmente.

La defensa del pluralismo y la articulación de una voluntad mayoritaria se asientan, por tanto, sobre el reconocimiento de la libertad política que Hegel entendía como “la libertad en el sentido de una participación formal en los asuntos del Estado por parte de la voluntad y actividad de los individuos”,¹⁸ aunque para nosotros ha de comprenderse como el reconocimiento de una serie de derechos políticos, entre los que el derecho central es el derecho de participación, si bien, siempre que venga acompañado de otros como la libertad de expresión, derecho de asociación, etcétera. No obstante, estos últimos son instrumentales respecto del primero, pues todos ellos encuentran su razón de ser en coadyuvar a la realización de este derecho de participación. Ahora bien, si se produjera una lesión del derecho de participación por no respetar las reglas establecidas cabe la posibilidad

¹⁸ Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, ed., trad. y notas de R. Valls Plana, Madrid, Alianza Editorial, 1997 (1830), p. 556, aunque al mismo tiempo reconoce que los individuos “tienen como tarea principal los fines particulares y los negocios de la sociedad civil”, *idem*.

de que una gran parte de la ciudadanía no lo percibiera con claridad, pues estas cuestiones se desenvuelven en un nivel de abstracción difícilmente comprensible. Además, esa lesión no alcanza de manera habitual a las libertades subjetivas de acción, en las que cualquier daño sí que se aprecia con mayor facilidad, pues nos afecta directamente, de manera concreta, en tanto que lo hace en relación con el ejercicio de nuestras libertades privadas, las libertades negativas, que nos resultan por su inmediatez mucho más asequibles.

Desde un punto de vista democrático se entiende algo como legítimo siempre y cuando sea el resultado de un procedimiento en el que se hayan respetado las exigencias del derecho de participación, lo que ha decidido la voluntad mayoritaria del pueblo, esto es, la democracia se comprendería como el gobierno de la voluntad mayoritaria del pueblo, o lo que esa misma voluntad haya acordado bajo ciertas condiciones, con lo que la democracia no se identificaría simplemente con esa voluntad mayoritaria, sino que su conformación estaría sometida a ciertas exigencias. Estos requisitos son dos: en primer lugar la voluntad política mayoritaria será democrática si se ejerce dentro del marco legal, es decir, si el principio democrático se entrelaza necesariamente con el principio del Estado de derecho, de manera que la voluntad mayoritaria se realice de acuerdo con el marco legal existente, de donde cabe deducir que el respeto a la legalidad es imprescindible en una democracia que pudiéramos considerar legítima.

Además, esa voluntad política mayoritaria adquiere la legitimidad democrática si cumple con un segundo requisito, pues no basta simplemente con que la voluntad mayoritaria democrática respete la legalidad, sino que la legitimidad democrática exige que la voluntad política se asiente en razones que van más allá de lo que pudiera exigir un marco normativo concreto. De ahí que se requiera, a fin de alcanzar su legitimación, que la voluntad política mayoritaria se articule en torno a la defensa y consideración de los derechos y libertades individuales, la pluralidad, el respeto a las diferentes opciones y el aseguramiento de la deliberación en común.

Por eso habrá que garantizar la pluralidad y el respeto de las diferentes opciones de manera que se asegure el diálogo, esto es, la conformación racional de la opinión pública. Únicamente así se afirmaría la legitimidad democrática de la voluntad mayoritaria. En definitiva, una voluntad política mayoritaria sólo se justificaría si se atuviera al principio democrático, lo que exigiría, por su parte, que éste se pudiera articular con otros dos principios: el del Estado de derecho y su justificación racional. El primero exige que el gobierno del pueblo se circunscriba al medio derecho: “el reino de la liber-

tad realizada”; el segundo se obtiene en la medida en que se asegure esa libertad: la autodeterminación.

Tal y como acabamos de ver las exigencias conceptuales de un Estado democrático de derecho son enormes. En este texto me ocupo especialmente de una de ellas: la regla de la mayoría; cuya errónea comprensión ha producido y sigue produciendo daños en nuestras democracias que, a veces, resultan irreparables. Es cierto que ningún orden jurídico-político de carácter democrático puede concebirse sin el juego de las mayorías, aunque no baste con éste para alcanzar la legitimación de tal orden. El juez Hailsham lo vio con toda claridad al plantear la posibilidad de que un sistema mayoritario pudiera calificarse como una “dictadura electiva”¹⁹ en caso de no contar con límites apropiados que evitaran el abuso de la mayoría con respecto a la minoría. No obstante, esta apreciación habrá de llevarnos a plantear las cuestiones de los límites en una democracia sin que el principio central sobre el que la misma se asienta (la soberanía del pueblo) quede en entredicho, lo que no evita que tengamos que reconocer que la regla de la mayoría juega un papel fundamental en la institucionalización del Estado como en la determinación de la voluntad general, lo que tendría lugar tanto en una democracia asamblearia como en una democracia representativa.

Dicho de otra manera, la contingencia de las decisiones mayoritarias estará siempre presente, tanto en la creación de un Estado, lo que podríamos denominar el acto del origen, como en su desarrollo por medio de la determinación de la voluntad general por medio de las decisiones que se lleven a cabo por los diferentes poderes del Estado. Esta accidentalidad habrá de corregirse por medio de mecanismos que doten de legitimidad a las decisiones mayoritarias, lo que no pueden lograr por sí mismas. Estos problemas con los que nos enfrentamos arrancan desde los inicios de la modernidad, aunque sólo me detendré en las propuestas que formuló Rousseau.

Rousseau parte en *El contrato social*²⁰ de un hecho: el hombre ha nacido libre, pero se encuentra encadenado en todas partes. Si esto es así, quiere decirse que los órdenes sociales se encuentran en contradicción con la naturaleza del hombre en la medida en que lo que la define (la libertad) ha dejado de existir en la sociedad. Esta es la razón por la que Rousseau trata de construir un nuevo contrato social en el que esa libertad quede asegurada.

¹⁹ Hailsham, Quintin Hogg, *The Dilemma of Democracy. Diagnosis and Prescription*, Londres, Collins, 1978, p. 127.

²⁰ Rousseau, J. J., *Del contrato social*, pról., trad. y notas de M. Armiño, Madrid, Alianza, 1986 (1762).

Para tal fin tratará de “[e]ncontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.²¹ Este es el que considera el problema fundamental con el que se enfrenta y al que dará solución su propuesta de un contrato social; un contrato que habrá de instaurarse, en principio, por unanimidad, aunque Rousseau es consciente de la dificultad de alcanzarla, por lo que propondrá que si los muchos lo defendieran sería suficiente.

Su propuesta se construye sobre el acuerdo de la voluntad de los muchos, lo que plantea las dificultades propias de un orden jurídico-político asentado sobre la contingencia de una voluntad mayoritaria, lo que haría imposible que tal orden pudiese considerarse independiente del capricho y los intereses particulares de esa mayoría. Ahora bien, Rousseau hace una advertencia en una nota a pie de página en la que dice que lo importante no es tanto el número de los que asientan sea un asentimiento por unanimidad o mayoritario como el que todo el mundo tenga la posibilidad de participar, aunque de hecho no lo haga.²² De esta manera se sitúa en el plano de lo universal desde el que cabría justificar entonces una voluntad común como determinación de esa universalidad. No obstante, Rousseau no lo desarrolla, si lo hubiera hecho se habría adelantado en buena medida a los planteamientos de Hegel.

Dejando de lado lo que podría haber supuesto lo dicho anteriormente en el planteamiento de Rousseau, lo cierto es que su argumentación se basa en la decisión adoptada por los muchos a fin de construir un ser moral: el Estado. Para ello sostiene que cada asociado habrá de enajenarse “con todos sus derechos a toda la comunidad”.²³ Sin embargo, unas páginas más adelante afirmará que

...es completamente falso que en el contrato social haya una renuncia verdadera por parte de los particulares: su situación, por efecto de este contrato, es realmente preferible a lo que antes era, y en lugar de una enajenación, no han hecho sino un cambio ventajoso de una manera de ser incierta y precaria por otra mejor y más segura, de la independencia natural por la libertad, del poder de hacer daño a los demás por su propia seguridad, y de su fuerza,

²¹ Rousseau, *Del contrato...*, op. cit., p. 22.

²² “Para que una voluntad sea general no siempre es necesario que sea unánime, pero es necesario que todas las voces sean tenidas en cuenta; toda exclusión formal rompe la generalidad”, Rousseau, *Del contrato...*, op. cit., p. 290, nota 5.

²³ Rousseau, *Del contrato...*, op. cit., p. 22.

que otros podrían sobrepasar, por un derecho que la unión social vuelve invencible.²⁴

Aunque Rousseau habla en un primer momento de enajenación, la abandona y se inclina por hablar de un cambio al que considera ventajoso en relación con la situación que arrostra el hombre en el estado de naturaleza. De esta manera Rousseau articula a todo el Estado en torno al pueblo en asamblea, que es el que tendrá que determinar si las leyes que se proponen son o no conformes con la voluntad general, esto es, con la voluntad de la asamblea del pueblo. Sólo allí, en la asamblea del pueblo, cada uno da su opinión y “del cálculo de los votos se saca la declaración de la voluntad general”.²⁵ Esto quiere decir que la soberanía radica en el pueblo, que “no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; [pues] consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra; no hay término medio”.²⁶

De esta manera, Rousseau desmonta la construcción de Hobbes al negar la posibilidad de la transferencia de derechos por parte de los ciudadanos, esto es, de su enajenación en el soberano, que sería quien habría de representarlos, por lo que tal representación dependería completamente de la propia voluntad del soberano. Pero la propuesta de Rousseau tiene el inconveniente de que sólo hace posible que la voluntad general hable en la medida en que el pueblo se encuentra reunido en asamblea, es decir, la determinación de la voluntad general sólo tiene esa posibilidad, requiere que el pueblo se halle reunido en asamblea, con lo que imposibilita una democracia representativa.²⁷

Sin embargo, cuando Rousseau reflexiona sobre la necesidad de un gobierno para su democracia asamblearia se pregunta

...cómo puede haber un acto de gobierno antes de que exista el gobierno, y cómo el pueblo, que no es más que soberano o súbdito, puede volverse príncipe o magistrado en ciertas circunstancias. También aquí se descubre una de esas sorprendentes propiedades del cuerpo político, por la que concilia ope-

²⁴ *Ibidem*, p. 39.

²⁵ *Ibidem*, p. 109.

²⁶ *Ibidem*, p. 98.

²⁷ “Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados... Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado es nula; no es una ley. El pueblo inglés se piensa libre; se equivoca mucho; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada”, Rousseau, *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 98.

razones contradictorias en apariencia. Porque ésta [la conciliación] se hace por una conversión súbita de la soberanía en democracia; de suerte que, sin ningún cambio sensible, y sólo por una nueva relación de todos con todos, los ciudadanos vueltos magistrados pasan de los actos generales a los actos particulares y de la ley a la ejecución.²⁸

De acuerdo con Rousseau, la voluntad del pueblo es expresión de la voluntad general, es decir, sus actos son los de la voluntad general, por lo que en principio no puede realizar actos particulares. Esto sólo sería posible si la soberanía se transformara en democracia, de manera que entonces los actos del pueblo sí que podrían ser particulares, con lo cual podrían elegirse los magistrados encargados de aplicar la ley que el pueblo ha dictado en ejercicio de su soberanía. Su planteamiento suscita ciertas objeciones, la primera se refiere a los propios actos del pueblo reunido en asamblea, pues ¿cómo podría evitarse que los miembros de ese pueblo en el ejercicio de su voto no terminaran expresando sus intereses particulares? La razón que ofrece Rousseau es que al encontrarse reunido el pueblo en asamblea sólo actuaría de acuerdo con la voluntad general, pero esto es una afirmación, antes que una demostración.

Sin embargo, lo importante es que Rousseau se da cuenta de que la construcción de un Estado únicamente sobre el pueblo es insuficiente en la medida en que es imprescindible que las medidas acordadas por ese pueblo tengan que aplicarse en la realidad por lo que es imprescindible la elección de un número de magistrados que las lleven a cabo. Es cierto que no nos ofrece mucho más, aunque sus reflexiones son importantes en la medida en que podemos apreciar las ventajas e insuficiencias de su teoría. La necesidad de instituir el Estado sobre la voluntad general, después la necesidad de hacerla hablar por medio del pueblo reunido en asamblea, así como la insuficiencia de tal mecanismo de determinación de la voluntad general en la medida en que el mismo no evita la intromisión de la contingencia en la creación y aplicación de la ley.

Hegel aborda también el problema de la institucionalización de la voluntad general, pero se encuentra, frente a Hobbes y Rousseau, con un problema nuevo, el que surgió de la Revolución francesa. Hegel desentraña la idea sobre la que la Revolución se articuló; según él, lo universal no se encuentra en la autoconciencia singular ni en los hechos o actos individuales de la voluntad particular. Así, la consecuencia inmediata de tal planteamiento consiste en que para que “lo universal arribe a un acto tiene que

²⁸ Rousseau, *Del contrato...*, *op. cit.*, p. 102.

concentrarse en lo uno de la individualidad y poner a la cabeza una autoconciencia singular, pues la voluntad universal sólo es voluntad real en un sí mismo que es uno”,²⁹ pero ese acto no lo puede ser de la autoconciencia real universal ya que “ninguna obra ni actos positivos pueden producir la libertad universal”.³⁰ Esa libertad absoluta lleva en sí la negación, no le queda sino “el *obrar negativo*”,³¹ por lo que es la sustancia que se realiza y se muestra como lo negativo para la conciencia singular.

Pensada de esa manera, la libertad universal no puede llegar a la realidad. Su objeto es un saber de sí como un sí mismo singular absolutamente puro y libre, por lo que no cabe la mediación entre la abstracción de la libertad universal y su diferenciación, con lo que “la relación entre estos dos términos, por ser indivisiblemente absolutos para sí... es la pura negación totalmente *no mediada*, y cabalmente la negación de lo singular como lo *que es* en lo universal”.³² Sólo el gobierno como facción triunfante se constituye en la individualidad de la voluntad universal. Así, el gobierno excluye a los demás individuos y establece un gobierno dotado de una voluntad determinada y contrapuesta a la voluntad universal. Por su parte, las conciencias individuales temerosas de la muerte retornan a una obra dividida y limitada, “al mundo ético y real de la cultura”.³³ De esta manera, la autoconciencia experimenta la fuerza contra ella negativa de su esencia universal, puesto que dentro de la libertad absoluta no estaban en interacción mutua ni la conciencia, inmersa en la multiplicidad de la existencia, ni tampoco un mundo exterior válido, sino que lo estaban el mundo en la forma de la conciencia como voluntad universal y la autoconciencia replegada de toda existencia en el simple *sí mismo*.

La consecuencia inmediata es la pérdida que el sí mismo experimenta en la libertad absoluta, esto es, en la voluntad general, en la que el sí mismo natural ha devenido un sí mismo moral. Esta es la consecuencia de la institucionalización de una libertad absoluta por parte de la Revolución francesa que recuerda los pasos que dio Hobbes a la hora de instituir un poder soberano de carácter absoluto que exigía necesariamente que los ciudadanos le transfirieran sus derechos, con lo que se terminaba en la disolución

²⁹ G. W. F. Hegel, *Fenomenología del espíritu*, trad. de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1971 (1807), p. 346.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 347.

³³ *Ibidem*, p. 349.

del mismo pueblo, volviendo los súbditos a la condición de miembros de la multitud.

En definitiva, esta advertencia de Hegel constituye una vuelta a Spinoza, para quien no tendría sentido la institucionalización de un poder que no preservara nuestros derechos, en su caso el poder absoluto del que habla Hobbes. Para Hegel tampoco tendría sentido una libertad absoluta en la que el sí mismo quedara completamente diluido, la institucionalización de un poder absoluto que condujera a la enajenación del sí mismo, esto es, a su negación, cuando toda institución de un poder político sólo cobra justificación en la medida en que ese sí mismo adquiera su plena afirmación.

Frente a las ideas de Hobbes y Rousseau, en el caso del primero la institucionalización de un soberano absoluto, y en el del segundo la de una voluntad general desde el acuerdo de las voluntades de los muchos, Hegel sostendrá la imposibilidad de construir lo universal desde lo particular tal y como lo afirma en su *Filosofía del derecho*. En relación con Hobbes negará la viabilidad de la enajenación del sí mismo; con respecto a Rousseau comprobará la insuficiencia de su teoría en la medida en que no permite la determinación de la voluntad general y apostará por la institucionalización de un Estado en el que sea posible la mediación entre el interés particular y el interés universal, esto es, la articulación de la voluntad particular con la voluntad general. Hegel afirma: "...la finalidad del Estado es la felicidad de los ciudadanos [pues] si no se sienten bien con él, si no se satisface su fin subjetivo, no considerarán que el Estado como tal es la mediación de esa satisfacción, con lo cual éste estará asentado sobre cimientos poco sólidos".³⁴

No obstante, Hegel precisará ese juego entre el fin subjetivo y el objetivo, entendiendo el segundo como el primero, al tiempo que se establece la concordancia entre ambos intereses. Así, afirmará que,

[a]l cumplir con su deber el individuo debe encontrar al mismo tiempo de alguna manera su propio interés, su satisfacción y su provecho y de su situación en el Estado debe nacer el derecho de que la cosa pública devenga *su propia cosa particular*. El interés particular no debe ser dejado de lado ni reprimido, sino que debe ser puesto en concordancia con lo universal, con lo cual se conserva lo universal mismo.³⁵

Es cierto que la articulación entre el interés particular y lo universal se puede hacer bien al modo de Rousseau, bien al de Hegel. De acuerdo con el

³⁴ Hegel, *Principios...*, *op. cit.*, p. 331.

³⁵ *Ibidem*, p. 328.

primero la voluntad general no se concibe como lo en y por sí racional, sino como lo común, que surge del acuerdo entre las voluntades individuales de los muchos. De acuerdo con esto, las partes contratantes se comportan como personas independientes que contratan sobre la base de su respectivo arbitrio, de “su opinión y su consentimiento expreso y caprichoso”,³⁶ por lo que “la voluntad idéntica que con el contrato entra en la existencia sólo es *puesta por tal arbitrio*, es por lo tanto sólo voluntad *común* y no en y por sí racional”.³⁷ De ahí que Hegel concluya que si bien el contrato, como el matrimonio, tiene su punto de partida en el arbitrio, no sucede así en el caso del Estado, pues

...no radica en el arbitrio de los individuos separarse del Estado ya que son sus ciudadanos... desde un punto vista natural. La determinación racional del hombre es vivir en un Estado, y si no existe aún, la razón exige que se lo funde. Un Estado debe dar su autorización para que alguien entre en él o lo abandone; no depende del arbitrio de los individuos, y el Estado no se basa por lo tanto en el contrato que supone el arbitrio. Es falso, pues, cuando se dice que un Estado se funda sobre el arbitrio de todos; por el contrario, estar en el Estado es absolutamente necesario para todos. El gran proyecto del Estado en la época moderna consiste en que es en sí y por sí mismo fin, y sus integrantes no deben conducirse en relación con él de acuerdo con estipulaciones privadas, como ocurría en la Edad Media.³⁸

El Estado es, para Hegel, “lo *racional* en y por sí”, en tanto que “realidad de la *voluntad sustancial*”, una “realidad que ésta tiene en la *autoconciencia* particular elevada a su universalidad”.³⁹ Por eso, Hegel advertirá que frente al principio de la voluntad individual “la voluntad objetiva es en su *concepto* lo en sí racional, sea o no reconocida por el individuo y querida por su capricho”.⁴⁰ Esto no quiere decir que en los Estados modernos no juegue un papel fundamental la voluntad particular; esto es, la libertad subjetiva o libre elección de los individuos (lo que por cierto no sucedía en la antigüedad) pues en ellos sólo aparecía la universalidad, sin que se hubiera desprendido esa particularidad. Con la modernidad quedará liberada la particularidad,

³⁶ *Ibidem*, p. 320.

³⁷ *Ibidem*, p. 140.

³⁸ *Ibidem*, p. 141.

³⁹ *Ibidem*, p. 318.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 320.

que habrá que retrotraer a la universalidad, “a la finalidad universal del todo”.⁴¹ Hegel dirá:

La esencia del nuevo Estado es que lo universal está unido con la completa libertad de la particularidad y con la prosperidad de los individuos, que el interés de la familia y la sociedad civil debe concentrarse, por tanto, en el Estado, y que la universalidad del fin no debe progresar sin embargo sin el saber y querer propio de la particularidad, que tiene que conservar su derecho. Lo universal tiene pues que ser activo, pero por otro lado la subjetividad debe desarrollarse en forma completa y viviente. Sólo si ambos momentos se afirman en su fuerza puede considerarse que el Estado está articulado y verdaderamente organizado.⁴²

El Estado ha de ser, por tanto, la realización de la idea de la libertad, lo que ha de entenderse tanto de manera sustancial como particular. Los presupuestos del Estado democrático de derecho cumplirían con estas exigencias en la medida en que el mismo se asienta sobre el principio de la soberanía popular, que hay que entender como la idea de la voluntad general, es decir, un cuerpo político que es expresión de “lo en y por sí racional”, pero que requiere de su determinación, a fin de evitar quedar en la pura abstracción. Esto se llevará a cabo, aunque no sea esta la solución que propone Hegel, a través de la libre elección de los individuos, que sólo es posible por medio del juego de la regla de la mayoría y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales.

No obstante lo dicho, la regla de la mayoría se levanta, por mucho carácter moral con que queramos dotar a las libertades políticas, sobre la libertad subjetiva, cuyos riesgos —las decisiones erráticas e imprevisibles del electorado— sólo pueden controlarse en la medida en que la libre elección de los individuos sea capaz de mediar con las exigencias de la universalidad propia de la voluntad general. Lograrlo es el desafío con el que nos enfrentamos; algo que por cierto ya nos advirtió Hegel cuando afirmó que el “problema que la historia ha de resolver en los tiempos venideros” es el de la colisión que pudiera producirse cuando “la voluntad de los muchos derriba el ministerio y entra en él lo que hasta aquí fue oposición; pero ésta, en cuanto es ahora gobierno, tiene de nuevo a los muchos en contra”.⁴³

⁴¹ *Ibidem*, p. 326.

⁴² *Idem*.

⁴³ Hegel, George Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia*, trad. J. Gaos, Madrid, Alianza, 1982 (1830).

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, int., trad y notas de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988.
- GOEBBELS, J., “Ich frage euch: Wollt ihr den totalen Krieg?”, *Berliner Sportplatz*, 18 de febrero de 1943.
- HAILSHAM, Quintin Hogg, *The Dilemma of Democracy. Diagnosis and Prescription*, Londres, Collins, 1978.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, ed., trad. y notas de Ramón Valls Plana, Madrid, Alianza Editorial, 1997 (1830).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, trad. de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1971 (1807).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995 (1821).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *La Constitución de Alemania*, int., trad. y notas de Dalmacio Negro Pavón, Madrid, Aguilar, 1972 (1802).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. de José Gaos Madrid, Alianza, 1982 (1830).
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. y pról. de J. L. Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988 (1821).
- KEANE, J., *The Life and Death of Democracy*, Londres, Pocket Books, 2009.
- ORTEGA Y GASSET, José, “En torno a Galileo”, *Obras Completas*, Madrid, Taurus, 2006 (1947, 1942, 1933).
- ORTEGA Y GASSET, José, “En torno al «coloquio de Darmstadt, 1951»”, *Obras Completas*, t. VI, Madrid, Taurus, 2006 (1952).
- ORTEGA Y GASSET, José, “¿Qué es filosofía?”, *Obras Completas*, t. VIII, Madrid, Taurus, 2008 (1929).
- ORTEGA Y GASSET, José, “Principios de metafísica según la razón vital. [Lecciones del curso 1933-1934]”, *Obras Completas*, t. IX, Madrid, Taurus, 2009.
- ORTEGA Y GASSET, José, “Sobre una nueva interpretación de la historia universal. Exposición y examen de la obra de Arnold Toynbee: A Study of History”, *Obras Completas*, t. IX, Madrid, Taurus, 2009 (1948).
- ROUSSEAU, J. J., *Del contrato social*, pról., trad. y notas de Mauro Armiño, Madrid, Alianza, 1986 (1762).

SCHLEGEL, F., “Ideas”, *Poesía y filosofía*, trad. de Diego Sánchez Meca y A. Rábade Obradó, Madrid, Alianza, 1994 (1800).

SCHMITT, Carl, “Die Verwirrung des Begriffs”, *Politische Romantik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1998 (1919).

JUSTICIA CLIMÁTICA Y DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL: EL CASO *DUARTE AGOSTINHO Y OTROS* EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Pablo ALMULI*
Guillermo E. ESTRADA ADÁN**

SUMARIO: I. *Introducción a la causa: el caso Duarte Agostinho y otros.* II. *Justicia climática y el rol de los Estados como fideicomisarios de la humanidad.* III. *El caso Duarte Agostinho y otros y los desafíos sustantivos para el derecho internacional: diálogo internormativo.* IV. *El caso Duarte Agostinho y otros y los desafíos procesales para el derecho internacional.* V. *El camino que sigue: “el clima, laboratorio del derecho global”.* VI. *Fuentes consultadas.*

I. INTRODUCCIÓN A LA CAUSA: EL CASO *DUARTE AGOSTINHO Y OTROS*

El 7 de septiembre de 2020, en un contexto marcado por la pandemia producida por la COVID-19, un grupo de seis jóvenes con nacionalidad portuguesa, de entre 8 y 21 años de edad, demandaron a 33 Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también referido en adelante

* Maestro en relaciones internacionales por la Università Degli Studi di Milano; actualmente cursa el Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM; almuli21@hotmail.com.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de Derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la UNAM. Agradezco la beca de la Max Planck Society para la estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, durante noviembre y diciembre de 2021, que me permitió consultar algunas de las fuentes citadas en este trabajo; guillermo.estrada@unam.mx.

como “Corte Europea”, “Tribunal Europeo” o “Tribunal de Estrasburgo”) por la violación a los derechos contemplados en los artículos 2o. y 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también referido en adelante como “CEDH” o “Convención Europea de Derechos Humanos”). La causa está basada, principalmente, en la afirmación de que los incendios forestales ocurridos cada año en Portugal, sobre todo a partir de 2017, además de que son producidos por el cambio climático, afectan a la salud y a la vida de los demandantes.¹

Aun cuando el asunto está pendiente de decisión y mientras los Estados han hecho saber al Tribunal Europeo sus argumentos sobre incompetencia, ya se percibe que está llamado a generar intensos y contradictorios ambientes de debate, de reflexión e incluso de disrupción respecto de algunas de las instituciones sobre las cuales se ha asentado el derecho internacional de los derechos humanos. En buena medida, el caso retoma en la jurisdicción internacional, como ya se ha hecho en casos recientes resueltos en jurisdicciones nacionales,² el debate sobre la justicia ambiental —y climática para mayor precisión— como uno de los grandes desafíos de nuestra generación que impacta no solamente a nuestros ritmos y estilos de vida, sino también de quienes vendrían después de nosotros.

En este ensayo, a partir del caso *Duarte Agostinho y otros*, primero, se presenta una reflexión sobre la justicia ambiental y el rol que juegan los Estados en las decisiones y las transformaciones del derecho internacional contemporáneo; luego, a partir de la demanda del caso, pensamos los desafíos que se presentan tanto desde el punto de vista sustantivo, tales como la necesidad de trazar puentes entre regímenes autónomos del derecho internacional, o los procesales, tales como la revisión del principio de subsidiariedad o las consecuencias de la responsabilidad internacional, entre otros. La conclusión será, en realidad, que el cambio climático empuja una mayor reflexión sobre otro cambio: el jurídico; y cómo el derecho global aparece como herramienta contemporánea de comprensión y solución de problemas complejos.

¹ *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 autres États*, Requête, no. 39371/20. La demanda ha sido apoyada por la organización GLAN (Global Legal Action Network); disponible en: <https://youth4climatejustice.org/>.

² Véase *Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell plc*, C/09/571932 / HA ZA 19-379, Rechtbank Den Haag, 26 de mayo de 2021; *Neubauer et al. vs. Germany*, 1 BvR 2656/18, Bundesverfassungsgericht, 29 de abril de 2021; *Notre Affaire à Tous and Others vs. France*, núms. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, Tribunal Administratif de Paris, 3 de febrero de 2021.

II. JUSTICIA CLIMÁTICA Y EL ROL DE LOS ESTADOS COMO FIDEICOMISARIOS DE LA HUMANIDAD

Una reflexión sobre el cambio climático es, al mismo tiempo, una reflexión ética sobre nuestros tiempos. Si se introducen, como variable de estudio, las profundas desigualdades sociales, los desequilibrios estructurales y la no correspondencia entre las causas y efectos del calentamiento global, con facilidad la discusión jurídica sobre quién y cómo debe responderse a los fenómenos climáticos se torna en una discusión con profundas vetas filosóficas y éticas.³ Es una discusión sobre la justicia. Si esto es cierto no sería, por supuesto, una discusión nueva en el derecho internacional; es más, sería una reiteración de las preocupaciones originales que Vitoria y Grocio han puesto ya de relieve en sendas obras cuando discutieron el papel de la guerra entre los pueblos. Pensar la justicia climática recupera de algún modo la esencia del *ius gentium* y se vuelve, por tanto, un deber de nuestra generación.

La justicia ambiental, y con mayor precisión la justicia climática, ponen en el centro los desequilibrios estructurales, pues el cambio climático expande las brechas de desigualdad: quienes se quedarán sin agua, sin comida, sin energía; quienes se moverán de sus residencias y verán afectada su salud⁴ serán principalmente los que ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad permanente y serán (o lo son ya) los primeros en una situación de vulnerabilidad climática.⁵ Usamos aquí el vocablo justicia climática porque necesitamos mirar a través de la ética el uso del derecho internacional, particularmente el de los derechos humanos, en la causa que ha sido iniciada en el Tribunal Europeo.

Frente a esas vulnerabilidades y desigualdades volvemos al derecho porque quizá es aquí, aunque tenemos el peligro de ilusionarnos, de enfrascarnos en la teoría y la práctica jurídicas y perder de vista la violencia del

³ Cfr. Bourban, Michel, *Penser la justice climatique*, París, Presse Universitaires de France/Humensis, 2018, pp. 14 y ss.

⁴ Gupta Joyeeta and Bosch, Hilmer, “Climate Change and Security”, en Geis, Robin y Melzer Nils (eds.), *The Oxford Handbook of the International Law of Global Security*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 548 y 549.

⁵ Vulnerabilidad climática, o vulnerabilidad ambiental, es una propensión a ser afectado negativamente debido a trastornos ambientales. Véase Contipelli, Ernani, “Migraciones climáticas, dignidad humana y geopolítica”, en Carnero, Rosa Giles (coord.), *Desafíos de la acción jurídica internacional y europea frente al cambio climático*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 323. También Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Quinto Reporte del Panel, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

fenómeno, donde mejor podríamos obtener un efecto positivo que pueda irradiar la efectiva protección de los derechos a las personas que lo necesitan.⁶ El principio del derecho ambiental de responsabilidades comunes pero diferenciadas, que estará presente en este texto y en la propuesta misma del caso *Duarte* es, por sí mismo, un intento de responder a esa desigualdad en los daños o perjuicios de las contingencias ambientales. Es un esfuerzo por repartir la responsabilidad a partir de la geopolítica climática.

Por otro lado, vale advertir el rol que los Estados juegan, o deben jugar, en el fenómeno climático. Rodríguez Garavito, entre otros, ha propuesto pensar un mundo más allá del modelo westfaliano, anclado a nociones que necesitan ser revisitadas, una vez más, como la soberanía estatal.⁷ La base fundamental de esa idea descansa en una superación de un arquetipo que estudia el derecho y las relaciones jurídicas internacionales a partir de valores caracterizados por el fin de la Guerra de los Treinta Años.

Los estudios sobre gobernanza global, al otorgar mayores protagonismos a actores no estatales y a procedimientos no formales de regulación de conductas, suponen que ciertos problemas, quizá los más complejos, han dejado de solucionarse a través de mecanismos tradicionales o clásicos. Esa aproximación pareciera que relega a los Estados a un papel menos protagónico y realza, por el contrario, las posiciones de agencias internacionales, privadas en muchos casos, encargadas más de ámbitos económicos o financieros. No obstante, si pensamos la gestión individualizada de la pandemia por COVID-19, o los triunfalismos políticos posteriores a la COP 26 en Glasgow, en 2021, se evidencia que los Estados permanecen como los grandes protagonistas del derecho internacional. Hay quizá una de esas paradojas que constantemente acompañan ciertos momentos específicos del derecho internacional: cuando más claro parece que la ruta no es el acuerdo estatal como única forma de creación formal de reglas, más se reafirma el protagonismo de los Estados.

⁶ Afirman Rodríguez Garavito y Baquero Díaz: “Son estos artefactos jurídicos -la sucesión de los tiempos procesales, la arquitectura de las leyes y los fallos, la afirmación de la igualdad entre las partes en litigio- los que generan la ilusión del orden y nos hacen olvidar, por un momento, que estamos en el vórtice de la violencia”. Rodríguez Garavito, César y Baquero Díaz, Carlos Andrés, *Conflictos socioambientales en América Latina. El derecho y los pueblos indígenas y la lucha contra el extractivismo y la crisis climática*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2020, p. 18.

⁷ Cfr. Rodríguez Garavito, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en Rodríguez Garavito César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 71.

Las evidencias científicas actuales sobre los efectos de la actividad humana en el medio ambiente (el advenimiento del Antropoceno) han dejado claro que estamos frente a un problema de dimensiones globales que precisa el rol prominente de los Estados, como responsables del cuidado, en el cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con la protección del ambiente. No solamente los Estados, pero principalmente ellos.

Eyal Benvenisti explora hasta qué punto los Estados están obligados en ejercicio de su soberanía a considerar los efectos de sus decisiones respecto de aquellas personas que se encuentran fuera de sus fronteras. A partir de la premisa de que se nos reconoce igual valor moral dentro de la sociedad global, advierte que los Estados soberanos en su carácter de fideicomisarios de la humanidad deben sujetarse a obligaciones mínimas frente al resto de la humanidad, independientemente de su consentimiento.⁸

La soberanía entraña responsabilidades y obligaciones de los Estados no sólo hacia sus propios ciudadanos, sino también frente a extranjeros que no están sujetos a su autoridad pero que se ven directa o indirectamente afectados por sus actos u omisiones. Dicha proposición reivindica una concepción de la soberanía más cercana al concepto de autoridad que al de poder⁹ y pone el foco de atención en los derechos de los individuos.

La importancia del caso *Duarte Agostinho y otros* radica en la potencial influencia de una decisión Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las políticas públicas de los Estados demandados. Se esperaría que los Estados, como responsables solidarios del calentamiento global, adopten las medidas profundas e inmediatas necesarias para disminuir las emisiones que les corresponden según la concepción de una obligación colectiva. Independientemente del resultado final que pueda tener el caso, el hecho de que el Tribunal Europeo no lo haya desestimado de entrada y que con ello haya abierto la posibilidad de que particulares exijan el cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados respecto de las consecuencias negativas del cambio climático, denota un avance significativo en la construcción de la justicia climática.

⁸ Eyal, Benvenisti, "Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders," *American Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 107, núm. 2, abril de 2013, pp. 300, 301, 307, 332 y 333.

⁹ Eyal, Benvenisti, "The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks", *Theoretical Inquiries in Law*, Alemania, vol. 16, núm. 2, agosto de 2015, pp. 536, 541 y 542.

III. EL CASO *DUARTE AGOSTINHO Y OTROS* Y LOS DESAFÍOS SUSTANTIVOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL: DIÁLOGO INTERNORMATIVO

En un volumen reciente de *Questions of International Law* (octubre de 2021)¹⁰ se enfatiza cómo un derecho, el internacional, que prácticamente ha estado basado en armisticios, hoy se enfrenta a crisis sin guerras —que no debe leerse como una crisis sin violencia—. La del cambio climático (además de las pandemias) es una de esas crisis no armadas junto con la movilidad humana (armada solamente en la medida en que los Estados usan la violencia en contra de las personas en situación de movilidad), el combate al crimen transnacional, entre otras. No están a discusión, por ahora, ni la guerra justa ni el principio del no uso de la fuerza; pero sí estamos frente a una crisis en la que los juristas tenemos que ofrecer salidas coherentes y razonadas. Es aquí donde el derecho internacional parece que sigue apostando a la existencia de crisis como forma de conseguir avances significativos para las reglas que constriñan conductas de actores. El caso presentado por los seis jóvenes portugueses es una salida oportuna (jurisdiccionalmente) a esa crisis: que sean los tribunales (como suelen hacerlo desde hace siglos) quienes digan lo que corresponde en derecho. La idea de adjudicación está en el centro del derecho internacional.

Desde el punto de vista sustantivo, es decir, de la manera en cómo se construyen las obligaciones internacionales estatales, el caso *Duarte Agostinho* sigue una fórmula ya iniciada en otras sedes jurisdiccionales, que consiste en armar argumentos a partir de reglas o conceptos originados en otros espacios del derecho internacional. Quizá la forma más recurrente y consistente, ha sido la vinculación entre reglas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Particularmente el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha utilizado nociones creadas por el derecho internacional humanitario, específicamente por los Convenios de Ginebra.

Otros ejercicios, menos llamativos, han sido los que el derecho de las inversiones o el derecho económico internacional han hecho de ciertas instituciones propias de regímenes de derechos humanos, como el margen de

¹⁰ Disponible en: <http://www.qil-qdi.org/>. Destaca el texto de Bufalini Alessandro, Buscemi Martina y Marotti Loris, “Litigating Global Crises: What Role for International Courts and Tribunals in the Management of Climate Change, Mass Migration and Pandemics?”, *Questions of International Law*, octubre de 2021.

apreciación.¹¹ Estamos, en estos casos, frente a aplicaciones de una internormatividad a la cual nos había convocado alguna parte de los actores internacionales a partir del peligro supuesto que implicaba la fragmentación del derecho internacional.¹² En el *Duarte Agostinho* hay otro caso de internormatividad sustantiva.¹³

Internormatividad

En 2006, la Comisión de Derecho Internacional aprobó el informe “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, que se ha convertido en referencia obligada para comprender —o al menos aproximarse— a los complejos mecanismos de creación de obligaciones jurídicas, de interpretación y adjudicación contemporáneas en el derecho internacional. El grupo de estudio, liderado por Koskenniemi, en distintos momentos del informe enfatizó que el derecho internacional debe ser visto como un sistema jurídico y no como una acumulación de normas; al mismo tiempo, cuando existen reglas con posibilidades de regular una misma situación deberá buscarse una armonización efectiva, que permita incluir obligaciones compatibles para los Estados aun cuando las normas pertenezcan a distintos regímenes autónomos del derecho internacional.

La demanda del caso *Duarte Agostinho y otros* propone una lectura que no es autorreferencial de normas europeas, sino incluyente respecto de normas universales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, y que va más allá de las normas del régimen autónomo de derechos humanos pues desarrolla también conceptos anclados al Acuerdo de París de 2015, que pertenece al derecho ambiental internacional. Es cierto que, al menos en América, se habla con frecuencia del *corpus iuris* interamericano, e incluso universal, cuando se ponen en un mismo asunto normas de tratados regio-

¹¹ Una idea al respecto fue desarrollada en: Estrada Adán, Guillermo E., “Claves para leer el derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional”, en Sepúlveda, Ricardo, et al. (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Tirant lo Blanch- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Konrad Adenauer Stiftung, 2021, pp. 274-280.

¹² Cfr. Hollis, Duncan B., “Interpretation”, en D’Aspremont, Jean y Singh, Sahib (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 549 y ss.

¹³ Cfr. Bonet, Pérez, Jordi, *La internormatividad entre las dimensiones económica y social del ordenamiento jurídico internacional. ¿Un espacio jurídico para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales?*, Barcelona, Huygens Editorial, 2019, pp. 99 y ss.

nales o aquellas con vocación universal que regulan una misma situación. En el caso de los seis jóvenes portugueses las normas aplicables del Convenio Europeo dialogan con otras normas que se encuentran en un tratado que no es propiamente de derechos humanos.¹⁴ Es esta forma de construir interpretaciones armónicas la que podría ser bien recibida por la comunidad internacional y que además arroja la posibilidad de que los jueces del clima desarrollen todavía más su imaginación y creatividad.¹⁵

El argumento está basado en afirmar que a través del Acuerdo de París,¹⁶ artículo 2o., los gobiernos acordaron mantener el calentamiento global muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1.5 °C. Al no existir acuerdo entre los Estados respecto de la parte proporcional que corresponde a cada uno de ellos para el cumplimiento del objetivo común de mantener el calentamiento global dentro de los límites planteados, se genera una incertidumbre que apunta hacia el incumplimiento de la obligación colectiva. Dicha ambigüedad propicia que los Estados eludan su responsabilidad respecto del daño causado por el cambio climático, mediante reducciones insuficientes en sus emisiones de gases de efecto invernadero, lo que resulta inadecuado para hacer frente a la crisis climática. Tal situación genera afectaciones al grupo de niños y jóvenes que demandan a 33 Estados.

Ya existen impactos negativos en los sistemas naturales y humanos como consecuencia del calentamiento global. De acuerdo con las predicciones del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático

¹⁴ Ciertamente en el Preámbulo del Acuerdo de París hay referencia explícita a los derechos humanos, como el derecho a la salud, entre otros, pero destaca todavía más la referencia a la Madre Tierra: “Observando la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad, reconocida por algunas culturas como la Madre Tierra, y observando también la importancia que tiene para algunos el concepto de “justicia climática”, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático...”, párr. XIII.

¹⁵ Sobre imaginación legal o jurídica Gerry Simpson afirma: “*Epistemically, then, imagination can be thought of as one way in which international legal concepts are made, refined and radically refurbished*”, en “Imagination”, en D’Aspremont, Jean y Singh, Sahib (eds.), *Concepts for international law. Contributions to disciplinary thought*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 415.

¹⁶ En el momento que se presentó la demanda los 33 Estados señalados habían firmado el Acuerdo de París y todos ellos menos Turquía lo habían ratificado. El 11 de octubre de 2021, sin embargo, Turquía depositó el instrumento de ratificación declarando que con base en el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas, como país en vías de desarrollo, aplicaría el Acuerdo de París siempre que dicho Tratado y sus mecanismos no perjudiquen su derecho al desarrollo económico y social.

(IPCC)¹⁷ los riesgos relacionados con el clima en el futuro dependerán de la magnitud y el ritmo del calentamiento, además de otros factores geográficos, sociales y económicos. De ahí la importancia crítica de implementar medidas de adaptación y mitigación efectivas, pues se estima que si continúa la tendencia actual en el aumento de la temperatura entre 2030 y 2052 el calentamiento global podría llegar a 1.5 °C por encima de los niveles preindustriales.¹⁸

Los jóvenes Duarte Agostinho, Dos Santos Mota y Dos Santos Oliveira sostienen concretamente que el cambio climático pone en riesgo su derecho a la vida (artículo 2o.); interfiere con el respeto a su vida privada y familiar (artículo 8o.); y que las medidas estatales violan su derecho a no ser discriminados (artículo 14) del CEDH. Es decir, el cambio climático genera un riesgo para la vida, entre otras cosas, por la ocurrencia cada vez con mayor frecuencia e intensidad de desastres repentinos y a través de eventos naturales adversos de lenta evolución. La vía que han seleccionado para desarrollar las obligaciones de los Estados es la del Acuerdo de París, mientras que los derechos violados son los del Convenio Europeo.

En este caso, la internormatividad construida entre normas regionales, del derecho internacional de los derechos humanos y normas universales del derecho ambiental internacional, se establece en términos de coordinación. Ciertamente que no son normas, al menos de inicio, que tengan fines contrapuestos (siempre puede cuestionarse que el goce de los derechos pueda estar vinculado con un deterioro del ambiente) como al menos discursivamente parece más claro en los casos entre el derecho de las inversiones y el derecho de los derechos humanos. La coordinación en el caso *Duarte Agostinho y otros* es un ejemplo de cómo la concertación de dos normas pertenecientes a regímenes distintos permite el cumplimiento de ambas.¹⁹ Esta puede ser una buena ruta que los jueces de Estrasburgo pueden seguir.

¹⁷ Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, Resumen para responsables de políticas, en: Calentamiento global de 1.5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1.5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza, 2018, párr. A.1, A.3, A.3.1, A.3.2.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Conexiones internormativas sectoriales les denomina Jordi Bonet. Véase Bonet Pérez, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

IV. EL CASO *DUARTE AGOSTINHO Y OTROS* Y LOS DESAFÍOS PROCESALES PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

Tal como sucede en algunos casos, lo que se puede considerar como una cuestión procesal o de competencia de un tribunal es, en sí, una cuestión de fondo. Parece que en esa escabrosa línea transitan las cuestiones del (no) agotamiento de los recursos internos en el caso *Duarte y Agostinho*, de la identificación individual o colectiva de los Estados demandados, de la calificación de víctima de quienes demandan, el margen de apreciación frente a obligaciones derivadas del Acuerdo de París, así como, eventualmente, de las consecuencias de la responsabilidad internacional bajo la luz del sistema europeo de protección de derechos humanos. En todo caso, el proceso ante el Tribunal se activa con el objetivo de conocer si un Estado (o treinta y tres) es responsable de una violación al derecho internacional. La complejidad del argumento que une al Acuerdo de París con el Convenio Europeo sugiere que sea revisada, primero, la noción de saber quién y por qué son 33 los Estados demandados. Posteriormente tocará el turno de otros desafíos procesales que genera el caso.

1. *Responsabilidad individual o colectiva*

El preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC o Convenio Marco) advierte que “la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas”.²⁰ El Acuerdo de París desarrolló, según fue el objetivo de los negociadores, una manera sutil de generar obligaciones sobre una base de respuesta mundial, bajo la consideración de norte y sur globales, pero al mismo tiempo según las capacidades y las circunstancias nacionales.²¹ Para alcanzar el objetivo planteado se previó que las partes adoptaran medidas

²⁰ Preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1992, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

²¹ Cfr. Maljean-Dubois, Sandrine, “L’Accord de Paris sur le climat, un renouvellement des formes d’engagement de L’État?”, en Christel Cournill *et al.* (eds.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, París, Mare & Martin, 2018, pp. 55 y ss.

de mitigación, reflejando la mayor ambición posible y teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas.

En el fenómeno climático, en algún sentido, los demandados son todos los Estados, cuando se trata de pensar las obligaciones de tomar medidas de acuerdo a las reglas internacionales. En el caso *Duarte* vale advertir y matizar: solo aquellos Estados obligados por el Convenio Europeo, que a su vez sean Estados parte del Acuerdo de París y de la Convención sobre los Derechos del Niño, son a quienes se les exige responsabilidad internacional por violaciones a los derechos establecidos en los artículos 2o., 8o. y 14 del Convenio Europeo. No obstante el matiz, el mar de fondo es una revisión o confirmación de quiénes pueden invocar una responsabilidad internacional, frente a qué tribunal y respecto de qué sujetos.

El fenómeno del cambio climático, como hemos advertido, nos orienta, a Estados y a individuos, a un cambio en la percepción del mundo que habitamos y cómo lo habitamos.²² Más allá del sentido metafórico que pueda suponerse, nos lleva a derribar cuestiones delimitadas por las fronteras territoriales y nos sitúa en una dimensión de análisis superior. El engorroso formalismo jurídico no puede ser más un freno para la justicia climática. En correspondencia con el Convenio Marco los gobiernos acordaron limitar el aumento de la temperatura global a través del Acuerdo de París. Dicha obligación no puede ser exigida en lo individual, sino solamente de manera colectiva. El incumplimiento de la obligación sería responsabilidad compartida de los Estados obligados al Acuerdo de París.

Esta responsabilidad compartida existe cuando múltiples sujetos de derecho internacional llevan a cabo uno o varios hechos internacionalmente ilícitos que contribuyen a un daño indivisible.²³ Tal es el caso de las contribuciones acumulativas, donde la conducta conjunta de múltiples actores produce un daño que ninguno podría haber causado por separado. En el caso que nos ocupa, la contribución de cada Estado a las emisiones globales —así como sus omisiones respecto de la obligación internacional de reducirlas— no serían suficientes por sí solas para causar las afectaciones que alegan los demandantes. El incumplimiento combinado de la obligación señalada sí resultaría en un calentamiento global que esté por encima del límite fijado por los Estados en el Acuerdo de París, en detrimento de los

²² Treillard, Aline, “Le concept de nature ordinaire ou la manifestation des évolutions juridiques induites par les changements climatiques”, en Christel Cournill *et al.* (eds), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, París, Mare & Martin, 2018.

²³ Principio 2 de los Principios Rectores de la Responsabilidad Compartida en el Derecho Internacional, disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/74/pdfs/1_november_2019_Guiding_Principles.pdf.

derechos humanos de las personas, los seis jóvenes que demandan a los 33 Estados, y en detrimento además de nuestro planeta y de nosotros mismos.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo no contempla un examen de causalidad para demostrar que, de no ser por una acción u omisión, las consecuencias hubieran ocurrido o no. Para comprometer la responsabilidad del Estado basta demostrar que se tenían medidas razonablemente disponibles para alterar el resultado o mitigar el daño y que no se adoptaron.²⁴ Para que se configure la responsabilidad compartida, la conducta individual de cada uno de los múltiples sujetos que realizan hechos internacionalmente ilícitos debe constituir una violación a una obligación internacional.²⁵ En el caso, la contribución de cada Estado demandado al deterioro ambiental, en violación de las obligaciones internacionales recogidas en los artículos 2o., 8o. y 14 del CEDH, dan lugar a una responsabilidad compartida por ese daño, pero que exige que cada Estado actúe en lo individual y no de manera colectiva.

En cualquier caso, la ausencia de un enfoque más preciso sobre la distribución de las obligaciones entre los Estados para lograr de manera colectiva las metas planteadas es responsabilidad de ellos mismos que no han sido capaces de llegar a acuerdos más concretos. Por lo tanto, son ellos y no los demandantes quienes deberían cargar con las consecuencias de la ambigüedad en los alcances de las obligaciones individuales.

2. Subsidiariedad y previo agotamiento de recursos internos

Las víctimas demandantes pretenden ubicarse en una excepción del requisito exigido para que los tribunales regionales (o sistemas) de protección de derechos humanos actúen según el principio de subsidiariedad. Los sistemas regionales de protección de derechos humanos contemplan, como excepciones a esta regla, que no haya recursos idóneos o adecuados para corregir una determinada situación o que los recursos se encuentren de alguna manera indisponibles o sean ilusorios. Si se atiende a la exigencia de los jóvenes demandantes, que implica una toma de medidas relacionada con la obligación del Acuerdo de París, y a la complejidad de la obligación colectiva, solidaria, pero a la vez con exigencia de medidas individuales, en-

²⁴ *O’Keeffe vs. Ireland*, Application no. 35810/09, ECtHR GC, 28/01/2014, para. 149, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140235>.

²⁵ Principio 4 de los Principios Rectores de la Responsabilidad Compartida en el Derecho Internacional, disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/74/pdfs/1_november_2019_Guiding_Principles.pdf.

tonces no hay recursos idóneos o recursos adecuados. De nueva cuenta, el fenómeno del cambio climático pone en jaque los conceptos de un derecho internacional que todavía no termina por crear herramientas útiles para vencer la emisión de gases con efecto invernadero.

Por otro lado, no se han iniciado recursos internos en los 33 Estados ni se podría pretender, como afirman los jóvenes, que se pueda exigir el agotamiento de los recursos en todos los Estados demandados. No puede ningún Estado suponer, y no lo hará el Tribunal, que un grupo de seis jóvenes tengan que deambular entre territorios europeos para agotar recursos internos. Incluso pensar dicha carga desproporcionada sería absurdo.

El principio o regla del previo agotamiento es una posibilidad que se otorga al Estado para revisar, y de ser el caso corregir, él mismo las posibles violaciones al derecho internacional. Es, por tanto, un derecho estatal que normalmente hacen valer al momento de definir la competencia del tribunal. No obstante, al tratarse de una obligación colectiva y de una indefinición o imprecisión de las obligaciones individuales relacionadas con los artículos del CEDH en relación con el Acuerdo de París, difícilmente los Estados podrían encontrar en esta regla la salida a la incompetencia del órgano jurisdiccional. Dicho de otra manera, los retos que plantea el cambio climático tienen un componente internacional (global) indiscutible porque pareciera que, ante la imposibilidad de iniciar recursos en jurisdicciones internas, el foro subsidiario internacional es el que naturalmente estaría llamado a resolver.

Habría entonces que revisar si, por un lado, la excepción planteada alcanza para que el Tribunal se declare competente; o, por otro lado, si el caso exige una elaboración más detallada, imaginativa y renovada de la subsidiariedad internacional en los casos donde haya un componente eminentemente global.

3. *Víctimas del cambio climático*

Existe otro debate, no menos complejo, relacionado con la restricción de las libertades en tiempos de crisis. La única forma de disminuir los efectos negativos del cambio climático es, y cada vez lo será más, a través de limitaciones a nuestras libertades y a nuestros derechos. Cuando los jóvenes portugueses alegan que sufren discriminación por motivo de su edad se refieren exactamente a las restricciones de libertades de las personas frente a la crisis climática; su exigencia es que deben ser distribuidas equitativamente. La postergación en la adopción de medidas oportunas y eficaces para

reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en el tiempo presente implicarán una carga mayor y repercutirán en el goce de libertades y en el ejercicio de derechos de las generaciones futuras, quienes sufrirán los daños por más tiempo y con mayor intensidad.

El impacto global que el comportamiento humano ha tenido sobre la tierra plantea la necesidad de reflexionar en torno a la justicia intergeneracional y los alcances de la responsabilidad individual y colectiva frente al derecho de las generaciones futuras. El cambio climático no es un fenómeno estático;²⁶ y si al día de hoy existen afectaciones a los derechos y libertades de las personas, en el futuro habrá todavía más.

Respecto de las pasadas, el grupo de demandantes comprende que no se tenía conciencia respecto del daño que se producía al ambiente; eso, de alguna manera, les permitió vivir según el conocimiento que se tenía.

El derecho contemplado en el artículo 2o. de la CEDH implica la obligación positiva de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para salvaguardar la vida de las personas bajo su jurisdicción, lo que conlleva dos obligaciones: la de proporcionar un marco normativo y la de adoptar medidas preventivas de carácter operativo.²⁷ Dicho marco legislativo y administrativo deberá proveer capacidad disuasiva contra las amenazas al derecho a la vida.²⁸ Asimismo, el alcance de las obligaciones imputables al Estado en las circunstancias particulares de cada caso dependerá del origen de la amenaza y de la medida en que el riesgo sea susceptible de ser mitigado.²⁹

Los demandantes aducen que han visto afectado el respeto de su vida privada y familiar por algunas de las consecuencias directas del calentamiento global, como es el caso de los incendios provocados en el contexto de las olas de calor cada vez más prolongadas e intensas que han golpeado a Portugal en los últimos años. Específicamente se refieren a las secuelas causadas por el aumento en las temperaturas, entre las que señalan bajos niveles de energía, afectaciones en el sueño, y la imposibilidad de ejercitarse

²⁶ Cfr. Bourban, Michel, *op. cit.*, p. 129.

²⁷ European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the *European Convention on Human Rights*. Right to life, updated on 31 August 2021, p. 8, disponible en: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf.

²⁸ *Öneryıldız v Turkey*, Application no. 48939/99, ECtHR GC, 30/11/2004, paras. 71, 89, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614>.

²⁹ *Budayeva and Others v. Russia*, Applications nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, ECtHR, 20/03/2008, paras. 136 y 137, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85436>, en European Court of Human Rights, *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights*. Right to life, updated on 31 August 2021, pp. 12 y 13, disponible en: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf.

libremente y de pasar tiempo al aire libre. Además, padecen la ansiedad que les provoca pensar en las afectaciones que, tanto ellos como las familias que puedan formar más adelante, sufrirán con los posibles efectos futuros del cambio climático.

El artículo 8o. de la CEDH contempla el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Impone a los Estados tanto la obligación negativa de no interferir con alguno de los cuatro intereses que tutela como el deber de asegurar el respeto efectivo de dichos derechos. La vida privada es un concepto amplio que abarca la integridad física y psicológica de una persona y que se relaciona estrechamente con el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.³⁰ En ese sentido, a pesar de la ausencia expresa de un derecho al medio ambiente sano en el CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha conocido diversos casos relativos a los efectos de la calidad del ambiente en el bienestar de las personas.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Europea, para que surja una violación al artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos los efectos adversos de la contaminación ambiental deben alcanzar un nivel de gravedad tal, que la capacidad del individuo para disfrutar de su hogar, de su vida privada o familiar se advierta disminuida notablemente.³¹ La valoración de dicho nivel mínimo dependerá de las circunstancias del caso, en particular de la intensidad y la duración de las molestias y de sus consecuencias físicas o psicológicas para la salud o la calidad de vida del demandante.³² Las víctimas alegan que el cambio climático ha puesto en riesgo su bienestar físico y mental con la circunstancia agravada de que se prevé que los efectos adversos en el ambiente empeoren a lo largo del tiempo. Debido a su corta edad, estiman que el riesgo de ver vulnerado su derecho a una vida plena es más grande que el de las generaciones mayores. Esta situación les parece discriminatoria pues consideran que no es justo que ellos deban asumir la carga que los Estados les están dejando al incumplir con su obligación de tomar medidas urgentes apropiadas para revertir el cambio climático.

³⁰ *Denisov v Ukraine*, Application no. 76639/11, ECtHR GC, 25/09/2018, para. 95, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186216>.

³¹ *Cordella et Autres c Italie*, Requêtes nos. 54414/13 et 54264/15, Strasbourg (First Section), 24/06/2019, para. 157, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189421>.

³² *Fadeyeva v Russia*, Application no. 55723/00, ECtHR (First Section), 09/06/2005, paras. 69 y 70, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69315>.

El Tribunal Europeo ha construido con éxito interpretaciones creativas para conseguir la violación al artículo 8o. De llegar al fondo del caso tiene ahora un reto más: construir una interpretación de las obligaciones estatales a partir de un tratado para el cual no tiene competencia directa en su interpretación, pero sí cuando lo que se busca son diálogos internormativos e interpretaciones armónicas. La propuesta argumentativa es que, si un Estado no reduce las emisiones de gases con efecto invernadero en la medida tal que no afecten los derechos de las personas, violaría el Convenio Europeo.

4. *Margen de apreciación estatal y Acuerdo de París*

Una sólida doctrina del Tribunal Europeo que no ha encontrado eco en otros tribunales, salvo algunas excepciones,³³ es la del margen de apreciación. Un Estado goza de un margen de actuación para implementar ciertas medidas cuando no se puede comprobar un consenso europeo como una deferencia a los contextos específicos de cada Estado, incluidas sus historias. Si bien es cierto que el Tribunal ha aceptado dicho margen al revisar posibles violaciones al derecho a la vida o al derecho a la vida privada y familiar, debe observarse aquí que la obligación está vinculada con un cierto grado de calentamiento global según se deriva del Acuerdo de París. Respecto de ello no debe caber la doctrina del margen de apreciación pues el umbral de la obligación es claro.³⁴

Es cierto que el Acuerdo de París insiste, al mismo tiempo, en una noción de necesidades específicas (capacidades distintas) según factores geoeconómicos, pues distingue entre países desarrollados, países en desarrollo o incluso aquellos con mayor vulnerabilidad a los efectos del cambio climático, pero ello no debe ser confundido con un margen de apreciación, sino con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. En cualquier caso, dicho principio no puede justificar la inacción de un Estado y buscaría, junto con las medidas administrativas y legislativas de otros Estados, alcanzar la meta colectiva.

³³ Cfr. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), “Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. y República Oriental del Uruguay”, caso CIADI no. ARB/10/7, laudo del 8 de julio de 2016, párr. 398.

³⁴ Cfr. Clark, Paul *et al.*, “Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-portuguese-youth-case/>.

El margen de apreciación encuentra otro tope al grado de cumplimiento o de actuación de los Estados pues se insiste en utilizar el mejor conocimiento científico disponible. En el preámbulo del Acuerdo de París, se reconoce la necesidad de una respuesta progresiva y eficaz sobre la base del mejor conocimiento científico disponible o, en el artículo 7o., respecto de las acciones de adaptación, la respuesta de los Estados debe de “basarse e inspirarse en la mejor información científica disponible”. La eventual defensa de los Estados deberá agregar no solo una justificación respecto de sus capacidades distintas y responsabilidades diferenciadas sino de qué manera utiliza el mejor conocimiento.

5. *Responsabilidad internacional y sus consecuencias*

Generalmente, cuando el Tribunal de Estrasburgo declara una violación del Convenio Europeo no se pronuncia sobre las medidas que deberán tomar los Estados y se limita a ordenar el pago de una indemnización como satisfacción equitativa. En este caso, sin embargo, los demandantes no están buscando una reparación de carácter económico, sino que los gobiernos europeos adopten medidas legislativas y administrativas encaminadas a reducir sus niveles de emisiones y consecuentemente protejan su futuro.

La evaluación del impacto de las políticas individuales de los distintos Estados sobre su perfil de emisiones realizada por Climate Action Tracker sirve de base para la demanda. De acuerdo con la evidencia que presentan, si bien los Estados demandados han tenido un desempeño desigual en los esfuerzos para mantener el calentamiento global por debajo de 2°C, ninguno ha adoptado medidas suficientes para reducir sus emisiones de gas de efecto invernadero conforme a lo requerido por el Acuerdo de París.³⁵ Al respecto, parecería fundamental definir la parte justa o proporcional que corresponde a cada Estado dentro de la carga global de reducción de emisiones, distribución que en principio debería ser determinada en relación con el resto de los Estados.

Los demandantes solicitan: 1) reducir las emisiones en el territorio de los Estados y en aquellos donde tengan jurisdicción; 2) prohibir la exportación de combustibles fósiles; 3) compensar sus emisiones por la importación de bienes, y 4) limitar las emisiones al exterior. Dichas exigencias rompen no sólo con lo que el Tribunal tiene como facultad, la de fijar satisfacción equitativa si encuentra violación al CEDH (según el artículo 41 de la CEDH),

³⁵ Disponible en: <https://climateactiontracker.org/countries/>.

sino con la noción de que las consecuencias de la responsabilidad, la reparación para ser más precisos, debe tener coherencia con el daño causado, proporcional con el perjuicio, y no comportar, específicamente aquellas reparaciones ubicadas en el rubro de la satisfacción, una forma humillante para el Estado.

El Tribunal Europeo ha dado cuenta de que sus decisiones han tenido consecuencias más allá de lo que establecen sus propias sentencias; lo refleja, literalmente, como el impacto de sus sentencias. Cita, por ejemplo, los casos de Chipre, que ha abolido la penalización de las relaciones homosexuales entre adultos, o la ley suiza que limitó las escuchas telefónicas.³⁶ En tales casos, no obstante, han sido los Estados los que, con posterioridad a la sentencia y sin que hubiera una mención expresa a los cambios institucionales, estructurales o legislativos, decidieron utilizar la decisión para realizar modificaciones de gran calado. En el caso *Duarte* se muestra una exigencia que corresponde, habrá que decirlo, más a lo que ha sucedido en el sistema interamericano con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se busca con tales medidas no solamente reparar un daño a los demandantes, sino, en este caso, mirar por el goce de los derechos de millones de personas que habitan el continente europeo o los territorios donde los Estados europeos tienen jurisdicción, e incluso más allá, porque una eventual toma de medidas más drásticas en Europa comporta también un beneficio para quienes habitamos el planeta y para el planeta mismo. Los jueces tendrán aquí, nuevamente, un camino por decidir para revisar la noción de satisfacción equitativa a la que los constriñe el propio texto del Convenio Europeo.

³⁶ Cfr. *Modinos v Cyprus*, Application no. 15070/89, ECtHR, 22/04/1993, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57834%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57834%22]}); *Sørensen & Rasmussen vs. Denmark*, Applications nos. 52562/99 and 52620/99, ECtHR GC, 11/01/2006, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72015>; *Fabris vs. France*, Application no. 16574/08, ECtHR GC, 07/02/2013, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116716>; *Campbell and Cosans*, Application no. 7511/76; 7743/76, ECtHR, 25/02/1982, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57455>; *Amann vs. Switzerland*, Application no. 27798/95, ECtHR GC, 16/02/2000, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497>. Véase también Consejo de Europa, La Convention européenne des droits de l'homme Un instrument vivant, 2021, p. 7. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_FRA.pdf.

V. EL CAMINO QUE SIGUE: “EL CLIMA, LABORATORIO DEL DERECHO GLOBAL”³⁷

La pandemia por la COVID-19, aunada a una toma de consciencia cada vez mayor sobre el peligro en el que hemos puesto a nuestro planeta, puede representar un punto de inflexión en muchos sentidos. Entre otras cosas, ha propiciado la reflexión y el diálogo respecto de las consecuencias destructivas que la actividad humana, exacerbada sobre todo por la lógica capitalista de producción y consumo, ha tenido sobre la naturaleza. Afirma Žižek a propósito de la pandemia: “...quizá se propague y con suerte nos infecte otro virus ideológico mucho más beneficioso: el virus de pensar en una sociedad alternativa, una sociedad que vaya más allá del Estado-nación, una sociedad que se actualice en forma de solidaridad...”³⁸ La comunidad científica ha alertado que nos estamos aproximando a un punto de no retorno y el consecuente advenimiento de daños irreversibles.

Debemos plantearnos la ruta a seguir durante los próximos años respecto de la implementación de políticas públicas que apunten a la mitigación de los daños causados por el calentamiento global, superando la tensión entre la libertad y la seguridad, y anteponiendo una ética de la responsabilidad. Insistir, en cualquier caso, en los Estados como fideicomisarios de la Humanidad.

Pensemos más allá de lo normativo, destacando el rol de la ética y de la política en la justicia climática. El caso *Duarte Agostinho y otros* exige que observemos la internormatividad entre regímenes autónomos del derecho internacional, a la subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos, la responsabilidad colectiva o la noción misma de víctimas del cambio climático, bajo una óptica cercana a la imaginación jurídica. Como afirmó James Boyd White: “the lawyer is at heart, a writer, one who lives by the power of his imagination”.³⁹ Estamos cada vez más cerca de mirar nuestro mundo, y particularmente los fenómenos jurídicos, a partir de un derecho global, no solo con la perspectiva planetaria que puede suponer sino porque es el renovado derecho internacional la herramienta que mejor tenemos para la gobernanza de nuestras relaciones.

³⁷ Este subtítulo es una traducción del usado por Aline Treillard, *op. cit.*, p. 146.

³⁸ Žižek, Slavoj, *Pandemia. La Covid-19 estremece al mundo*, Barcelona, Anagrama, 2020, pp. 41, 45 y 46.

³⁹ Citado por Gerry Simpson, *op. cit.*, p. 414.

VI. FUENTES CONSULTADAS

1. *Bibliohemerografía*

- BONET PÉREZ, Jordi, *La internormatividad entre las dimensiones económica y social del ordenamiento jurídico internacional. ¿Un espacio jurídico para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales?*, Barcelona, Huygens Editorial, 2019.
- BOURBAN, Michel, *Penser la justice climatique*, París, Presse Universitaires de France/ Humensis, 2018.
- BUFALINI, Alessandro *et al.*, “Litigating Global Crises: What Role for International Courts and Tribunals in the Management of Climate Change, Mass Migration and Pandemics?”, *Questions of International Law*, octubre de 2021, disponible en: <http://www.qil-qdi.org/litigating-global-crises-what-role-for-international-courts-and-tribunals-in-the-management-of-climate-change-mass-migration-and-pandemics/>.
- CLARK, Paul *et al.*, “Climate Change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case”, *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 6 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-portuguese-youth-case/>.
- CONTIPELLI, Ernani, “Migraciones climáticas, dignidad humana y geopolítica”, en CARNERO, Rosa Giles (coord.), *Desafíos de la acción jurídica internacional y europea frente al cambio climático*, Barcelona, Atelier, 2018.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo E., “Claves para leer el derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional”, en SEPÚLVEDA, Ricardo *et al.* (eds.), *Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Konrad Adenauer Stiftung, 2021.
- EYAL, Benvenisti, “Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders”, *American Journal of International Law*, Estados Unidos, vol. 107, núm. 2, abril de 2013.
- EYAL, Benvenisti, “The Paradoxes of Sovereigns as Trustees of Humanity: Concluding Remarks”, *Theoretical Inquiries in Law*, Alemania, vol. 16, núm. 2, agosto de 2015.
- GUPTA Joyeeta and Bosch, Hilmer, “Climate Change and Security”, en GEIS, Robin y MELZER, Nils (eds.), *The Oxford Handbook of the International Law of Global Security*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

HOLLIS, Duncan B, “Interpretation”, en D’ASPREMONT, Jean y SINGH, Sahib (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2019.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine, “L’Accord de Paris sur le climat, un renouvellement des formes d’engagement de L’État?”, en COURNILL, Christel *et al.* (eds.), *Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques?*, París, Mare Martin, 2018.

RODILES, Alejandro, “El derecho al futuro: la Corte Constitucional alemana y el liberalismo en el antropoceno”, *Revista Nexos* disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/EL-DERECHO-AL-FUTURO-Y-EL-FUTURO-DEL-DERECHO-LA-CORTE-CONSTITUCIONAL-ALEMANA-Y-EL-LIBERALISMO-EN-EL-ATROPOCENO/>.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y BAQUERO DÍAZ, Carlos Andrés, *Conflictos socioambientales en América Latina. El derecho y los pueblos indígenas y la lucha contra el extractivismo y la crisis climática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.

SIMPSON, Gerry, “Imagination”, en D’ASPREMONT, Jean y SINGH, Sahib (eds.), *Concepts for International Law. Contributions to Disciplinary Thought*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2019.

ŽIŽEK, Slavoj, *Pandemia. La COVID -19 estremece al mundo*, Barcelona, Anagrama, 2020.

2. Otras fuentes

Climate Action Tracker, disponible en: <https://climateactiontracker.org/countries/>.

European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights. Right to life, updated on 31 August 2021, disponible en: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf.

European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence, updated on 31 December 2020, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf.

European Court of Human Rights, Practical Guide on Admissibility Criteria, updated on 1 August 2021, disponible en: https://echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf.

Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Quinto Reporte del Panel, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, “Resumen para responsables de políticas”, en *Calentamiento global de 1.5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1.5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*, 2018.

Principios Rectores de la Responsabilidad Compartida en el Derecho Internacional, disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/74/pdfs/1_november_2019_Guiding_Principles.pdf.

POTESTADES ADMINISTRATIVAS EN LA EJECUCIÓN DEL PATRIMONIO DEL CONTRIBUYENTE

Margarita PALOMINO GUERRERO

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Marco referencial*. III. *Procedimiento administrativo de ejecución*. IV. *Criterios jurisprudenciales relevantes en el procedimiento administrativo de ejecución*. V. *Soluciones tecnológicas para el cobro efectivo de créditos fiscales*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Ante una dinámica a nivel global de disrupciones tecnológicas y la búsqueda de eficiencia y eficacia de la actuación administrativa, hay dos posturas, la primera es seguir en esa dinámica de una progresiva adopción de tecnologías sin que se acompañen de una revisión de los derechos del contribuyente en la aplicación de los tributos e incluso de los actos implícitos, como es el procedimiento administrativo de ejecución, o en segundo lugar hacer un alto y fortalecer el marco normativo para frenar la llamada eficiencia administrativa.¹

En este orden de ideas la autoridad puede contar con mayor efectividad para la recuperación de créditos fiscales a través del cobro coactivo, detectando la verdadera capacidad económica y contributiva de los contribuyentes a partir de los CFDI, del RFC e incluso con los informes que el sistema financiero debe presentarle.²

¹ Bilbao Estrada, Iñaki, “Capítulo VI. Disrupción tecnológica y administración tributaria: deber de contribuir, lucha contra el fraude, y derechos y garantías del contribuyente”, en Bilbao Estrada, Iñaki y Alvar Nuño, Antón (coords.), *Retos y oportunidades de la administración tributaria en la era digital*, España, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 123.

² Artículo 32 bis del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

Así, las posibilidades indagatorias son múltiples y se encaminan a fortalecer la lucha contra el fraude fiscal en dos vertientes: una reactiva, que se traduce en la integración de información que permita incluso definir tipologías de defraudación, y la vía proactiva, que consiste en aplicar la tecnología para evitar fraude y facilitar el cumplimiento de obligaciones.

A decir de Boix Palop, lo que sucede es que no se quiere garantizar que el contenido de la comunicación sea efectivamente notificado al contribuyente ni procurar que la comunicación sea fructuosa, de ser así las acciones se encaminarían a garantizar la efectiva puesta en conocimiento de la actuación administrativa. En nuestra opinión, el derogar disposiciones que establecen la obligación de cumplir estrictamente con procedimientos para que el contribuyente identifique la identidad de la autoridad previo a la ejecución de un crédito, como señala Palop, son coartadas argumentativas que esconden la búsqueda y consolidan mecanismos que le resultan más cómodos y seguros exclusivamente a la autoridad, pero transgreden derechos del pagador de impuestos.³

El objetivo del presente trabajo es evidenciar que la Reforma fiscal 2022 que incorpora el artículo 151 bis del Código Fiscal de la Federación transgrede derechos del contribuyente al establecer que la autoridad fiscal tratándose de créditos exigibles, puede llevar a cabo el embargo de bienes por buzón tributario, estrados o edictos; violentando así el derecho del deudor a señalar bienes y poder ofrecer otra garantía.

Como una medida reactiva de la autoridad, por el alto índice de impugnaciones y la tasa de efectividad (tasa de juicios ganados) más baja en un primer semestre desde 2018.

Por lo que, es necesario fortalecer el marco normativo que regule la aplicación de las nuevas tecnologías en el actuar de la autoridad y la no aceptación a la premisa de hacer eficiente la administración y recaudación, transgrediendo derechos del gobernado.

³ Boix Palop, Andrés, “En torno al encuadre jurídico de la innovación tecnológica en relación con nuestros retos pendientes en innovación administrativa”, “Discussant a la ponencia de Julián Valero (Universidad de Murcia) presentada en el STEM de mayo de 2016 (Teoría del derecho público, Universidad de Castilla la Mancha, campus de Toledo) sobre «Innovación tecnológica e innovación administrativa»”, Universidad de Valencia, Estudio General, España, 2016, disponible en: <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2017/bigdata/in-novacionADEDerecho.pdf>.

II. MARCO REFERENCIAL

En materia tributaria para que nazca la obligación es necesario que el actuar del gobernado encuadre en la relación jurídico-tributaria, es decir, que coincida su acción con el supuesto normativo, bajo el principio de estricta aplicación de la norma que el Código Fiscal de la Federación contempla en su artículo 5o.⁴

En el momento que el hecho generador encuadra en el supuesto normativo nace la obligación. Así, la Ley del Impuesto sobre Automóviles Nuevos establece que están obligados al pago del impuesto las personas físicas y morales que enajenen automóviles nuevos e importen en definitiva al país automóviles —siempre que se trate de personas distintas al fabricante, ensamblador, distribuidor autorizado o comerciante en el ramo de vehículos—;⁵ asimismo, los contribuyentes efectuarán pagos provisionales a más tardar el día 17 de cada uno de los meses del ejercicio, respecto de las enajenaciones realizadas en el mes inmediato anterior.

Es decir, estamos en presencia de un impuesto indirecto donde el obligado es quien enajena, pero quien soporta la carga tributaria es el consumidor final. A diferencia de los impuestos directos que deben cumplir con la obligación tributaria, los sujetos que la norma establece como obligados. Así, la Ley del Impuesto sobre la Renta prescribe que las personas físicas y morales están obligadas al pago del impuesto, si encuadran en alguno de los supuestos de sujeción. Como son la residencia, el establecimiento permanente y/o la fuente de riqueza, por tanto, efectuarán pagos provisionales mensuales a cuenta del ejercicio a más tardar el día 17 del mes inmediato posterior y el pago del ejercicio para personas morales se realizará mediante declaración dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine el ejercicio fiscal, y las personas físicas en los cuatro primeros meses del año.

Así, la ley tributaria define como hecho imponible actos, hechos o negocios jurídicos que permitan identificar la capacidad económica o riqueza, por lo que el sujeto que actualice el supuesto normativo se constituye como contribuyente, quien soportará la carga tributaria porque detenta capacidad económica y contributiva salvo en los impuestos indirectos que, como referimos, se establece la obligación para un sujeto, pero es otro el titular de la capacidad económica y gracias a la traslación obligatoria se logra grabar al consumidor o repercutido.

⁴ Artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, México, 2021.

⁵ Artículo 1o. de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos, México, 2021.

Este mecanismo obedece a una estrategia para facilitar la recaudación, identificándose como un sujeto pasivo formal, el cual es obligado por la ley, pero el sujeto pasivo material es quién soportará la deuda ya que el contribuyente siempre será el titular del hecho imponible.⁶

Al respecto, la postura de nuestros tribunales es que el impuesto no necesariamente debe impactar en el patrimonio del contribuyente, puede ser en un tercero que se identifica como consumidor final quién al adquirir el bien o servicio paga el tributo y el contribuyente por disposición de ley trasladada, retiene y entera el impuesto a la Hacienda Pública Federal.⁷

Así, las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes cuando ocurran, pero corresponde a los contribuyentes la determinación de las contribuciones a su cargo y, en su caso, si las autoridades deben hacer la determinación, entonces los contribuyentes proporcionarán la información necesaria.⁸

Entonces, como consecuencia de la actualización del supuesto normativo, nace la obligación y, en su caso, la deuda tributaria, misma que podrá exigirse cuando el contribuyente incumpla con la misma y se agoten las instancias formales de declaración y pagos establecidas, recordemos que en un primer momento el gobernado debe determinar las contribuciones a su cargo y pueden ser exigibles inmediatamente aun cuando la autoridad no ejerza sus facultades de comprobación, ya que la exigibilidad del crédito nace desde que el gobernado encuadra en el supuesto normativo, por tanto, la autoridad puede requerir su pago.⁹

Pero no podrán ser ejecutables los actos administrativos cuando se garantice el interés fiscal y el acto que determine el mismo. Por lo que, será hasta que venza el plazo de 30 días posteriores a la fecha en que surta efectos su notificación o de 15 días si la determinante se refiere a cuotas obrero-patronales, capitales constitutivos al Seguro Social y créditos fiscales determinados por el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en caso contrario el acto de autoridad será ilegal.¹⁰

Lo anterior a fin de respetar al gobernado su garantía de audiencia, ya que el contribuyente podrá optar por dar cumplimiento a la obligación a

⁶ Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús (coord.), *Manual de derecho tributario*, 2a ed., México, Porrúa, 2008, pp. 195 y 196.

⁷ Tesis P./J. 52/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, enero de 2003, p. 5.

⁸ Artículo 6o. del Código Fiscal de la Federación, México, 2021.

⁹ Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, *op. cit.*, p. 238.

¹⁰ Artículo 144 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

través de alguna de las formas para extinguirla, o bien para impugnarla, en tal supuesto la autoridad está obligada a esperar.

Bajo este contexto, el sujeto obligado puede no sólo impugnar sino que además está en posibilidad de solicitar la suspensión del procedimiento económico coactivo siempre que cumpla con tres requisitos esenciales que son: interponer un medio de defensa, solicitar formalmente la suspensión y ofrecer garantía suficiente de conformidad con lo que establecen los artículos 141 y 142 del Código Fiscal de la Federación.

Es importante referir que, si el contribuyente optó por interponer el recurso administrativo no está obligado a exhibir la garantía respectiva hasta que se resuelva cualquiera de los medios de defensa interpuesto en la vía administrativa, pero una vez que surta efectos la notificación de la resolución que recaiga al recurso administrativo interpuesto, sólo contará con un plazo de 10 días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación de la resolución.¹¹

Es frecuente en la praxis que no se ofrezca ante la instancia correcta la garantía, por lo que es conveniente precisar que si se interpone recurso administrativo, la garantía se debe ofrecer ante la autoridad ordenadora, pero si se optó por impugnar en juicio contencioso, entonces se deberá ofrecer la garantía ante la autoridad ejecutora.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN

El procedimiento económico coactivo o procedimiento administrativo de ejecución, se denomina este último en un nivel de discurso legal y el primero en el ámbito doctrinal; en ambos casos debemos entenderlo como el mecanismo a través del cual el Estado puede llevar a cabo el cobro coactivo de lo que tiene derecho a recibir, entre otras razones como resultado de la determinación y liquidación de créditos fiscales.

Por lo que la autoridad aplica cualquiera de sus facultades de revisión para verificar el cumplimiento de obligaciones y notifica formalmente al contribuyente para que éste decida si cumple o impugna la determinación y, por último, esperará el lapso referido para respetar la garantía de audiencia del contribuyente.

En este sentido la auditoría debe cumplir con dos fines: 1) que el contribuyente realice sus obligaciones, y 2) evitar que efectúe prácticas ilícitas; por lo que ante el no cumplimiento o incorrecto actuar del obligado, la au-

¹¹ *Idem.*

toridad debe requerirle y, en su caso, podrá incluso imponerle sanciones de carácter administrativo, es decir, multas.¹²

Por tanto, es hasta que el crédito está determinado y es exigible por la autoridad que se puede aplicar el cobro coactivo; en principio debemos recordar que la determinación consiste en un razonamiento lógico jurídico que la autoridad realiza. Es un argumento de por qué se encuadra en el supuesto normativo; en otras palabras, es la razón por la que se configura el actuar del gobernado al encuadrar en el supuesto normativo en la relación jurídico tributaria, identificándose así la determinación y la liquidación del crédito fiscal, entendida esta última como la expresión numérica de la obligación.

A decir de Sergio Francisco de la Garza, la liquidación se traduce en la cuenta que resume el acto de determinación y por medio del cual se exterioriza.¹³

Así, la autoridad cuenta con potestad para exigir el cumplimiento de sus fines, por lo que en un primer momento se le dota de la facultad inspectora en que investiga y comprueba el cumplimiento de las obligaciones, pero para que su actividad se encamine a lograr el bien común y se perfeccione el sistema tributario en su aplicación es necesario que sea justo¹⁴ y esto en nuestra opinión sólo se logra si la autoridad ciñe su actuar al principio de legalidad.

El cobro coactivo procederá cuando los créditos fiscales sean exigibles, junto con sus accesorios, por tanto, se requerirá de pago al deudor y en caso de que no acredite su cumplimiento se procederá a la traba del embargo.¹⁵ En este orden de ideas, el monto del aseguramiento deberá cubrir las dos terceras partes de la contribución determinada incluyendo los accesorios.

Cabe señalar que la autoridad también podrá practicar un embargo precautorio en caso de que no se cubran los créditos fiscales o bien los mis-

¹² Vázquez Robles, Gabino, Mendoza Vera, Blanca Alicia y Palomino Guerrero, Margarita (coords.), *Derecho fiscal 2. Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Porrúa, 2018, p. 280.

¹³ De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 28a ed., México, Editorial Porrúa, 2010, p. 555; y artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, México, 2021. La autoridad fiscal está facultada para comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios con a los terceros con ellos relacionados o los asesores fiscales han cumplido con las disposiciones fiscales y aduaneras y en su caso determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales.

¹⁴ Fernández López, Roberto Ignacio, *Comprobación de hechos por la inspección de los tributos*, Madrid, Marcial Pons Librero, 1998, p. 45.

¹⁵ Artículo 151 del Código Fiscal de la Federación, México, 2021.

mos no sean garantizados, por lo que se procederá a practicar embargo precautorio cuando el contribuyente:

- 1) Desocupe el domicilio fiscal sin dar aviso;
- 2) Se oponga a la práctica de notificación de la determinación de créditos fiscales, y
- 3) Tenga créditos fiscales y los mismos no estén garantizados o no de forma suficiente.

En estos casos la autoridad deberá integrar acta circunstanciada en la que referirá las razones por las que se realiza el embargo. Es importante destacar que en el embargo precautorio puede incluso no existir aún la determinante de crédito, pero ante la presunción de estar en riesgo la recuperación de un posible crédito fiscal procederá el embargo precautorio.¹⁶

Bajo este contexto, en México la reforma fiscal para el ejercicio 2022 contempla que la autoridad fiscal, tratándose de créditos exigibles, podrá llevar a cabo el embargo de bienes por buzón tributario, estrados o edictos, siempre que se trate de:

- Depósitos bancarios, inversión a asociados a seguros de vida, depósito en moneda nacional o extranjera que se realicen en cualquier tipo de cuenta que tenga a su nombre el contribuyente;
- Acciones, bonos, y en general créditos de inmediato y fácil cobro;
- Bienes inmuebles, y
- Bienes intangibles.

Por lo que la autoridad fiscal previamente emitirá declaratoria de embargo en la que detallará los bienes afectados y hará del conocimiento del deudor a través de buzón tributario, por estrados o edictos;¹⁷ lo que le permitirá a la autoridad, una vez que surta efectos la notificación del embargo, continuar con el procedimiento administrativo de ejecución. Es decir, previamente la autoridad señalará sobre qué bienes se traba el embargo, lo que es cuestionable ya que es un derecho de la persona con quien se entienda el embargo señalar los bienes en que se deba trabar.¹⁸

Se establece que cuando la diligencia de embargo se realice personalmente, el ejecutor se constituirá en el domicilio fiscal o, en su caso, en el lu-

¹⁶ Artículo 145 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

¹⁷ Artículo 151 bis del Código Fiscal de la Federación, 2022, México.

¹⁸ Artículo 155 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

gar donde se encuentren los bienes propiedad del deudor, y deberá identificarse ante la persona con quien se practicará la diligencia de requerimiento de pago y embargo de bienes, con intervención de la negociación en su caso, cumpliendo las formalidades de ley.¹⁹

Podemos inferir que realizará personalmente la actuación cuando se pretenda intervenir la caja de la negociación o quizá cuando se nombre administrador, sin embargo esto no se establece claramente, lo cual en nuestra opinión puede generar actos arbitrarios.

Este nuevo esquema de actuación de la autoridad, en gran medida obedece a que:

En los primeros seis meses de 2020, la oficina de recaudación de impuestos (SAT) ganó 2,519 de los juicios que presentaron los contribuyentes (47.4% del total), perdió 2,256 casos y otros 538 asuntos tuvieron nulidad para efectos, lo que permite al SAT seguir argumentando a su favor. Se trata de la tasa de efectividad (tasa de juicios ganados) más baja en un primer semestre desde 2018.²⁰

En relación con los casos de nulidad para efectos, podemos concluir que el actuar de la autoridad no se ajustó a lo que prescribe la ley, pero no se harán efectivos los cobros coactivos a partir de suprimir las formalidades que establece el procedimiento; por el contrario, consideramos que estas medidas serán objeto de impugnación, con lo cual sin duda se saturarán nuestros tribunales ya que se violentan los derechos del contribuyente.

La estrategia de la autoridad se centra en subsanar los errores frecuentes de la notificación de sus actos, notificando ahora al contribuyente a través de medios electrónicos (como se puede identificar en el nuevo procedimiento) para el cobro coactivo, en el que se establece que se levantará acta circunstanciada de la que se entregará copia a la persona con quien se entienda la misma y se notificará al propietario de los bienes embargados a través del buzón tributario.²¹

Es prudente reflexionar en torno a la facultad de la autoridad de embargar depósitos bancarios, componentes de ahorro o inversión asociados a seguros de vida que no formen parte de la prima que haya de erogarse

¹⁹ Artículo 152 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

²⁰ *El Economista*, “SAT pierde 1 de cada 2 juicios para cobrar impuestos en el primer semestre de 2020”, México, 15 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/SAT-pierde-1-de-cada-2-juicios-para-cobrar-impuestos-en-el-primer-semestre-de-2020-20200815-0011.html>.

²¹ Artículo 152 del Código Fiscal de la Federación, México, 2021.

para el pago de dicho seguro, o cualquier otro depósito en moneda nacional o extranjera que se realicen en cualquier tipo de cuenta que tenga a su nombre el contribuyente en alguna de las entidades financieras o sociedades cooperativas de ahorro y préstamo.²²

Es frecuente, en la praxis, que se inmovilicen en exceso las cuentas, ya que puede recaer la medida sobre una o más, pero solamente procederá la inmovilización hasta por el importe del crédito fiscal y sus accesorios, siempre que previo al embargo la autoridad fiscal cuente con información de las cuentas y saldos que existan en las mismas y los fondos únicamente podrán transferirse cuando el crédito fiscal y sus accesorios queden firmes, pero solo por el importe suficiente.²³ Por tanto, la inmovilización y transferencia como medios de cobro, son legalmente procedentes frente a créditos fiscales firmes.²⁴

En este sentido, el embargo dentro del Procedimiento Administrativo de Ejecución tiene por finalidad garantizar el crédito fiscal exigible que se encuentra controvertido, por lo que si el contribuyente afectado exhibe otra forma de garantía la inmovilización de cuentas deberá ser levantada.

A decir de Prodecon, la inmovilización de cuentas bancarias es, en cualquier caso, una medida extraordinaria de gravedad y trascendencia para los contribuyentes y sus actividades productivas de las que derivan sus fuentes de ingresos.

La medida lamentablemente no se regula con precisión dentro del procedimiento administrativo de ejecución (y no se refiere el mecanismo para dar garantía de audiencia previa al afectado) ni se establece con claridad la obligación de notificarle con posterioridad a la medida.²⁵

Razón por la cual, la reforma de 2022 que adiciona el artículo 151 bis del Código Fiscal de la Federación transgrede los derechos del contribuyente.

Lo anterior en virtud de que en un embargo dentro del procedimiento administrativo de ejecución, la autoridad fiscal debe notificar al contribuyente dos situaciones en dos momentos diferentes: la primera al inicio del Procedimiento Administrativo de Ejecución que deberá notificarle pre-

²² Artículo 151 bis fracción I. del Código Fiscal de la Federación, México, 2021.

²³ Artículo 156 bis antepenúltimo párrafo del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

²⁴ Artículo 156 bis y 156 ter del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

²⁵ Prodecon, *Inmovilización de cuentas bancarias a la luz de las recomendaciones de la Prodecon*, Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, México, núm. VII, p. 17, disponible en: https://www.prodecon.gob.mx/Documentos/RelacionesInstitucionales/vii_inmovilizacion_de_cuentas_bancarias_a_la_luz_de_las_recomendaciones_de_prodecon.pdf.

viamente, y esto es muy importante que sea antes de la inmovilización de cuentas, para respetar su garantía de audiencia. En la segunda procede la inmovilización de las cuentas posteriormente a la imposición de la medida para dar seguridad y certeza jurídica.²⁶

Por tanto, el contribuyente tendría la opción y el derecho de señalar bienes y proteger su actividad económica, evitando el aseguramiento y ofreciendo otra forma de garantizar de conformidad con el artículo 141 del Código Fiscal de la Federación, además de conocer la identidad de la autoridad, por lo que al omitir notificar previamente al gobernado el procedimiento administrativo se vulneran los derechos fundamentales de legalidad, audiencia, debido proceso, seguridad y certeza jurídicas. Derechos consagrados en nuestra carta magna.²⁷

Evidentemente el espíritu de la disposición es que sea menos onerosa para el contribuyente, pero en la nueva mecánica contemplada en el artículo 151 bis del Código Fiscal de la Federación que entrará en vigor en 2022, se está privilegiando ahorrar costos para la autoridad y evitar que se impugnen sus actos irregulares, sin importar que se transgredan los derechos del contribuyente.

IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN

En nuestra legislación vigente se contemplan supuestos en que la autoridad puede aplicar el procedimiento administrativo de ejecución, entre los que destacan:

- 1) Los relacionados con el artículo 41 del Código Fiscal de la Federación ya que, ante el no cumplimiento de requerimiento de la autoridad para presentar declaraciones o avisos, podrán imponerles hasta en tres ocasiones multa y ante la omisión de las primeras podrán

²⁶ *Ibidem*, p. 21

²⁷ Artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2021; y artículo 2o., fracciones III, IV y IX de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, México, 2021:

III. Derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte...

IV. Derecho a conocer la identidad de las autoridades fiscales bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos en los que tengan condición de interesados...

IX. Derecho a que las actuaciones de las autoridades fiscales que requieran su intervención se lleven a cabo en la forma que les resulte menos onerosa...".

hacer efectiva al contribuyente o responsable solidario una cantidad igual al monto mayor que se hubiera determinado a su cargo en cualquiera de las 6 últimas declaraciones.

En este último caso, la determinación de la autoridad se podrá hacer efectiva mediante el Procedimiento Administrativo de Ejecución. Por tanto, los créditos fiscales determinados presuntivamente y requeridos por la autoridad no pueden impugnarse por sí solos, ya que debe esperarse a que se dé inicio al Procedimiento Administrativo de Ejecución, toda vez que, de no actualizarse dicho supuesto, es únicamente un requerimiento más que no tiene el carácter coercitivo ni constituye una resolución definitiva impugnabile mediante el juicio contencioso administrativo.²⁸

Lo que lleva a concluir que no se constituye en una resolución definitiva impugnabile mediante recurso administrativo o juicio contencioso administrativo, situación que en la praxis no se considera y se impugna sin éxito.

- 2) Respecto de los contribuyentes que hayan sido autorizados para pagar un crédito fiscal autodeterminado e incumplan con el pago de las parcialidades autorizadas, el crédito se torna exigible a partir del incumplimiento; es necesario que la autoridad fiscal requiera su pago para definir la situación jurídica del contribuyente mediante la determinación de una cantidad líquida que contenga la obligación tributaria, debiendo considerarse, además del saldo insoluto, su actualización, los recargos por mora causados y demás accesorios legales, como son los gastos de ejecución.²⁹

Si la autoridad no requiere el crédito fiscal, éste se extingue por prescripción en el plazo de cinco años y corre a partir del momento del incumplimiento, aun cuando sea necesario el requerimiento de pago para hacer efectivo el cobro dado que ese requerimiento no deriva de una facultad de la autoridad, sino de una obligación prevista en la ley para iniciar el Procedimiento Administrativo de Ejecución.³⁰

- 3) El juicio de amparo es improcedente contra actos dictados dentro del procedimiento administrativo de ejecución, ya que el quejoso debe esperar a que se dicte la última resolución en ese procedimiento para

²⁸ Tesis 2a./J. 17/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2017, p. 1162.

²⁹ Tesis 2a./J. 157/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, enero de 2014, p. 1572.

³⁰ Artículo 146 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

reclamar las violaciones procesales que se hubieren cometido a fin de no obstaculizar injustificadamente la secuencia ejecutiva; sin embargo, cuando se reclama un acto dictado dentro del citado procedimiento, alegando que desconoce el crédito fiscal que la autoridad pretende hacerle efectivo, se modifica el supuesto.³¹

Así se actualiza una excepción, ya que comparece como persona extraña a la controversia, ya sea por no haber figurado como parte en el procedimiento de origen, por no haber sido llamado o por no habersele notificado la resolución determinante del crédito fiscal, por tanto, en la condición de tercero extraño, puede acudir en amparo indirecto.

- 4) En el supuesto que la autoridad ejecutora embargue bienes suficientes para garantizar el crédito fiscal, procede decretar la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución sin que sea válido exigir el cumplimiento de los requisitos para el pago a plazos previstos en el Código Fiscal de la Federación.³²

Pero si la autoridad ejecutora considera que no son suficientes para cubrir el crédito fiscal el embargo podrá ampliarse.

- 5) Para determinar la inmovilización de depósitos bancarios, seguros o cualquier otro depósito en moneda nacional o extranjera que se realice en cualquier tipo de cuenta que tenga a su nombre el contribuyente en las entidades financieras o sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, o de inversiones y valores, derivados de créditos fiscales firmes no garantizados es innecesario que previamente se traben embargo en los términos establecidos para el procedimiento administrativo de ejecución.³³

Esto es una atribución que tiene su origen en el procedimiento sumario y alterno de cobro para ese tipo de créditos, a fin de dotar a las autoridades fiscales de herramientas eficientes para lograr mayor presencia recaudatoria siempre que el crédito se encuentre firme, por lo que se rige con el artículo 156-ter del Código Fiscal de la Federación, no así por las reglas previstas para el procedimiento administrativo de ejecución.

³¹ Tesis 2a./J. 11/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, marzo de 2013, p. 1242.

³² Tesis 2a./J. 168/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, enero de 2013, p. 1003.

³³ Tesis 2a./J. 20/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 4, diciembre de 2011, p. 3064.

- 6) Contra la designación del interventor con cargo a la caja dentro del procedimiento administrativo de ejecución procede el juicio de amparo indirecto, lo anterior en virtud de los efectos jurídicos y el impacto severo que la intervención ocasiona a las actividades y a la libre disposición del patrimonio de la negociación, que inclusive puede traducirse en una situación de perjuicio irreparable para el contribuyente.³⁴

Dicha designación debe considerarse como uno de los supuestos de excepción a que se refiere el citado numeral 127 para la interposición del recurso de revisión y, consecuentemente, la promoción del juicio contencioso administrativo federal, esto es un acto de imposible reparación material y, por tanto, en su contra procederá el juicio de amparo indirecto.

Lo anterior por la naturaleza de las funciones propias del interventor, lo que hace evidente que su nombramiento conlleva daños y perjuicios de difícil alcance y, en ocasiones, de imposible reparación en la esfera jurídica de la empresa intervenida. Recordemos que tiene facultades como dueño (salvo enajenar la negociación) puede valorar si los fondos y los bienes de la empresa son utilizados convenientemente o incluso puede tomar medidas provisionales que impacten en las actividades propias de la negociación.³⁵

- 7) El embargo de cuentas bancarias decretado en el procedimiento administrativo de ejecución constituye un acto de imposible reparación porque imposibilita al particular afectado para disponer materialmente de sus recursos económicos, con lo que se le impide utilizarlos para realizar sus fines, y esa indisponibilidad afecta su desarrollo económico al provocar el incumplimiento de sus obligaciones, por tanto, se considera un acto fuera de juicio que afecta de manera inmediata sus derechos sustantivos y en su contra procederá el juicio de amparo indirecto.³⁶

Una de las irregularidades más frecuentes por parte de la autoridad es la omisión de notificar al contribuyente dentro de los tres días posteriores respecto de dicha medida, lo cual es ilegal e incluso permite que el justiciable solicite indemnización.

³⁴ Tesis I.7o.A./63, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX-IV, agosto de 2011, p. 963.

³⁵ Artículo 166 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

³⁶ Tesis 2a./J. 133/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, noviembre de 2010, p. 104.

- 8) En la procedencia de la suspensión contra actos relativos a la determinación, liquidación, ejecución o cobro de contribuciones o créditos de naturaleza fiscal concurren los siguientes requisitos:
- a. Precisa que la autoridad ejecutora niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución;
 - b. Exige acompañar copias de la promoción en la que solicite la suspensión y de las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de la garantía, la solicitud de suspensión presentada ante la autoridad ejecutora, la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución; y,
 - c. La eficacia de la suspensión se sujeta a que se haya constituido o se constituya el interés fiscal ante la autoridad exactora por cualquiera de los medios permitidos por las leyes fiscales.

Por lo que la Sala Regional carece de discrecionalidad para otorgar dicha suspensión; pero sí está facultada para reducir el importe de la garantía si el monto de los créditos excede la capacidad económica del actor y si se trata de tercero distinto al sujeto obligado directo o solidario al pago del crédito.³⁷

El problema en este último punto es que el legislador no estableció la forma en que se puede acreditar que excede su capacidad económica, generalmente se acredita bajo protesta de decir verdad que no posee bienes, pero queda sujeto al criterio de la Sala, por lo que resulta subjetivo el razonamiento para aceptar dicha excepción.

- 9) Acorde con el principio de interpretación, que postula que las disposiciones legales deben articularse de forma que no se contradigan ni incurran en redundancias contradictorias, los embargos dictados en el procedimiento administrativo de ejecución no configuran la imposibilidad de reparación material previsto en el primer párrafo del artículo 127 del Código Fiscal de la Federación, entenderlo de otra forma implicaría que todos los embargos encuadrarían en dicho supuesto, como lo es en el supuesto de los recaídos sobre bienes inembargables, por lo que dar otra interpretación ampliaría la restricción apuntada y haría estéril el propósito de dar celeridad al procedimiento administrativo de ejecución.³⁸

³⁷ Tesis 2a./J. 68/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 843.

³⁸ Tesis 2a./J. 51/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, abril de 2010, p. 429.

Así es como encuadran en el criterio referido las violaciones en el procedimiento para embargar la autoridad bienes exceptuados de embargo.³⁹

- 10) Los bienes muebles de una escuela que no son indispensables para su funcionamiento carecen del carácter de inembargables, lo que implica que la procedencia del recurso de revocación contra su embargo en el procedimiento administrativo de ejecución no esté sujeta a la excepción contenida en el artículo 127 del citado Código, sino a la regla genérica que prevé el propio precepto, según la cual esos actos sólo pueden ser impugnados hasta el momento de la publicación de la convocatoria de remate y dentro de los diez días siguientes a la fecha de dicha publicación.⁴⁰

En la traba del embargo el ejecutor se debe ceñir a lo dispuesto por el artículo 157 del Código Fiscal de la Federación, sin embargo, en la fracción IV se establece que la maquinaria, enseres y semovientes de las negociaciones, en cuanto fueren necesarias para su actividad ordinaria a juicio del ejecutor, están exceptuadas, pero podrán ser objeto de embargo con la negociación en su totalidad.

Es de señalarse que el propio ordenamiento establece que será a juicio del ejecutor (lo que permite interpretaciones) por lo que la autoridad deberá integrar la actuación debidamente razonada, de lo contrario se podrá impugnar por ilegal.

- 11) La regla es que a los actos de ejecución sobre bienes inembargables o los actos de imposible reparación material, si se impugnan a través del recurso administrativo, podrá interponerse el mismo a partir del día hábil siguiente al que surta efectos la notificación del requerimiento de pago o la diligencia de embargo, o si el contribuyente así lo prefiere podrá interponer el juicio contencioso administrativo en virtud de no ser obligatorio agotar el recurso administrativo, con el beneficio de no ser necesario ofrecer garantía.⁴¹
- 12) En la designación del “ejecutor”, en una interpretación sistemática, nos lleva a sostener que no impone expresa ni implícitamente a la oficina exactora, la limitación de nombrar solamente a una persona con esa calidad, sino que en realidad menciona al *ejecutor* a través de

³⁹ Artículo 157 del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

⁴⁰ Tesis XVI.1o.A.T. J/13, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, octubre de 2009, p. 1300.

⁴¹ Tesis 2a./J. 18/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009, p. 451.

un vocablo genérico, pues sólo impone a dicha oficina el deber de nombrar a quien efectúe los actos tendientes a verificar el embargo de cuenta.⁴²

Así, tiene la autoridad una facultad implícita mediante la cual el jefe de la oficina exactora puede designar ejecutores para que actúen de manera conjunta o separada, pues de lo contrario se vería mermada de forma sustancial la facultad que expresamente se otorgó a la autoridad para designar a quienes puedan llevar a cabo el procedimiento administrativo de ejecución.

Por tanto, no se traduce en el ejercicio de una facultad arbitraria en perjuicio del contribuyente ejecutado porque la designación de varias personas para ejercer el cargo de ejecutor no le irroga por sí misma perjuicio alguno, sobre todo si se considera que la actuación de los ejecutores deberá respetar las formalidades previstas.

En términos reales, la designación por parte de la autoridad de más de un administrador, en nuestra opinión puede impactar de forma negativa al ejecutado, ya que los costos que esto implique se agregarán por concepto de gastos de ejecución a los accesorios del crédito fiscal determinado.

- 13) Contra el mandamiento de ejecución y el acta de requerimiento de pago y embargo procede el recurso de revocación, en dichos preceptos también se establece que el referido recurso es de interposición optativa, por tanto, nada impide al contribuyente acudir directamente al juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.⁴³

Es frecuente que la autoridad pretenda trabar el embargo sin considerar que si la exigibilidad se origina por cese de la prórroga o de la autorización para pagar en parcialidades o por error aritmético en las declaraciones, el deudor podrá efectuar el pago dentro de los seis días siguientes a la fecha en que surta sus efectos la notificación del requerimiento.⁴⁴ Por lo que, de no respetarse tal situación el actuar de la autoridad es ilegal.

- 14) En el supuesto de no existir formalmente la notificación del crédito fiscal, con independencia de los vicios de ilegalidad hechos valer de

⁴² Tesis 2a./J. 183/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 276.

⁴³ Tesis VIII.1o. J/24, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1695.

⁴⁴ Artículo 153 penúltimo del Código Fiscal de la Federación, 2021, México.

manera autónoma en la demanda, en virtud de que los mismos carecen de soporte legal al haber quedado insubsistente la resolución que les dio origen por no haber sido notificada al actor la existencia del crédito fiscal —acto previo que sería el único que les conferiría sustento a los actos subsecuentes dentro del procedimiento administrativo de ejecución— sin que ello impida a la autoridad demandada, una vez subsanado el vicio formal antes destacado, emitir el requerimiento o requerimientos correspondientes con apoyo en un crédito legalmente exigible.⁴⁵

Por lo que, si en juicio fiscal se demanda la nulidad tanto del documento determinante del crédito respectivo como del requerimiento de pago y acta de embargo, éstos al carecer de sustento legal al no haber sido notificada la existencia del crédito fiscal, y si prospera la pretensión del actor respecto de la mencionada falta de notificación, el efecto será declarar la nulidad lisa y llana con los costos que esto implica para la autoridad.

En un Estado de derecho es indispensable el respeto al sistema jurídico que tiene como sustento la carta magna, en virtud de la cual sus disposiciones prevalecen sobre todas las demás que lo conforman, en ella se plasman los derechos y garantías de los gobernados y también sus restricciones, lo que permite una convivencia armónica.⁴⁶

Por lo tanto, si los actos del poder público no se realizan conforme a lo que la ley dispone se tornan arbitrarios, razón por la cual el principio de legalidad debe ser la brújula que les oriente.

Lamentablemente es frecuente que la autoridad realice sus actuaciones sin el debido cumplimiento del marco legal o incluso sus criterios sean contrarios a los derechos del contribuyente, lo que obliga a proponer que se deben fortalecer los programas de capacitación del personal, el servicio profesional de carrera y el marco normativo para la incorporación de nuevas tecnologías en el actuar de la autoridad.

⁴⁵ Tesis VI.1o.A. J/24, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1480.

⁴⁶ Palacios Alcocer, Mariano (coord.), *Federalismo y Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*, México, Cámara de Diputados, 2012, p. 109.

V. SOLUCIONES TECNOLÓGICAS PARA EL COBRO EFECTIVO DE CRÉDITOS FISCALES

La actuación y el funcionamiento de la administración pública ya no es posible que sea de forma tradicional, sino que es necesaria la incorporación de los medios electrónicos, ya que son indispensables, lo mismo que el manejo de *big data*. Por esto surge el reto de integrar el marco normativo que dé sustento al actuar de la autoridad.

Lo que se plantea es que debemos de transitar de una administración pública tradicional a la operación digital, por tanto, como regla general todo documento que se presente ante la administración pública tendrá formato electrónico. Esta afirmación resulta muy atractiva, pero requiere de una mayor reflexión.⁴⁷

Los retos iniciales son la debida integración de expedientes y la notificación por medios electrónicos, lo que implica una cooperación interadministrativa y en materia fiscal, incluso de los diferentes niveles de gobierno en el marco de la colaboración administrativa, ya que se permite que la autoridad local colabore en la fiscalización, determinación de créditos fiscales y, en su caso, incluso en la ejecución de estos, es decir, el cobro coactivo.

Aunado a esto debemos tener presente la brecha digital que existe en México, pues no todos los gobernados tienen acceso a medios electrónicos y tampoco todo el territorio cuenta con infraestructura digital, entonces los procesos de automatización administrativa mediante algoritmos predeterminados tradicionalmente no se configuran como un paso intermedio hacia formas de Inteligencia Artificial.⁴⁸

Bajo este contexto, el esfuerzo de incorporar los medios electrónicos para el cumplimiento de obligaciones de los gobernados, como la firma electrónica, el buzón tributario, entre otros; ha dinamizado la relación entre autoridad y gobernado, también ha permitido que la autoridad pueda tener indicadores que le lleven a reconocer tipologías de prácticas ilícitas a través

⁴⁷ Míguez Macho, Luis, “Últimos pasos en la implantación de la administración electrónica: el desarrollo de las leyes 39 y 40/2105 en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos”, en García Novoa, César (dir.), Santiago Iglesias, Diana (dir.), Torres Carlos, Marcos R. (coord.), Garrido Juncal, Andrea (coord.), Miranda Boto, José María (coord.), *4a. Revolución industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, España, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 347.

⁴⁸ Marongiu, Daniele, “Inteligencia artificial y administración pública”, en García Novoa, César (dir.), Santiago Iglesias, Diana (dir.), Torres Carlos, Marcos R. (coord.), Garrido Juncal Andrea (coord.), Miranda Boto, José María (coord.), *4a. Revolución industrial...*, cit., p. 396.

del Comprobante Fiscal Digital por Internet (CFDI) y del propio Registro Federal de Contribuyentes (RFC).

Pero pretender realizar el procedimiento económico coactivo en una de sus fases más sensibles como es el aseguramiento de los bienes, sin la presencia del contribuyente, vulnera sus derechos.

Baste referir que dentro de los siete principios para fomentar el desarrollo de la Inteligencia Artificial la OCDE establece que: se debe supervisar por seres humanos; sistemas resistentes a manipulación; garantizar la privacidad de los datos personales en todo ciclo vital de la Inteligencia Artificial; transparencia para saber que se interactúa con Inteligencia Artificial; considerar la diversidad social para no incurrir en discriminación directa o indirecta; valorar el impacto social y medio ambiental para que sea sostenible; y los resultados de la Inteligencia Artificial deben ser auditables.⁴⁹

Consideramos que las nuevas tecnologías aportan grandes beneficios, pero es necesario adelantarse a los potenciales riesgos en caso de que la eficacia sea interpretada y empleada como un criterio de valoración social, político y práctico de la actuación administrativa que tienda a desplazar a un segundo plano la dimensión jurídica.⁵⁰

Así, para el ejercicio fiscal 2022 se incorpora el régimen de confianza, el cual consiste en que con el apoyo de un algoritmo el SAT determinará las declaraciones preliminares para simplificar el pago de impuestos, tanto de personas físicas como de personas morales, por tanto, las determinaciones efectuadas conforme a este esquema de simplificación administrativa serán en función del nivel de ingresos de cada contribuyente, mismo que está dirigido a la parte baja de los ingresos. Sin duda esta estrategia contribuirá a ampliar la base de contribuyentes, pero no mejorará los índices de recaudación.⁵¹

En contraste tenemos hasta antes de la reforma:

En caso de que el requerimiento de pago a que hace referencia el artículo 151 de este Código, no pueda realizarse personalmente, porque la persona a quien deba notificarse no sea localizada en el domicilio fiscal, se ignore su

⁴⁹ OECD/LEGAL/0449, “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence”, *OECD Legal Instruments*, 21 de mayo de 2019, disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

⁵⁰ Bilbao Estrada, Iñaki, *op. cit.*, p. 122.

⁵¹ Gazcón, Felipe, “El SAT busca que un robot sea su nuevo aliado en la ‘caza’ de los grandes evasores”, *El Financiero*, México, 24 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/08/24/el-sat-busca-que-un-robot-sea-su-nuevo-aliado-en-la-caza-de-los-grandes-evasores/>.

domicilio o el de su representante, desaparezca, se oponga a la diligencia de notificación o se coloque en el supuesto previsto en la fracción V del artículo 110 de este Código, la notificación del requerimiento de pago y la diligencia de embargo se realizarán a través del buzón tributario.⁵²

Medida que solamente era aplicable bajo ciertos supuestos, ahora a partir de lo que establece el artículo 151 bis del ordenamiento en comento, se convierte en regla general, ya que la autoridad fiscal, tratándose de créditos exigibles, podrá llevar a cabo el embargo de bienes por buzón tributario, estrados o edictos. Anteponiendo eficiencia frente al respeto de los principios de legalidad y certeza jurídica.

Resulta cuestionable que no se cumpla con diligencia expresa para informarle al gobernado que inicia el procedimiento económico coactivo y que sea primero el aseguramiento de bienes y posteriormente se le notifique al deudor por buzón tributario.

El incorporar nuevas soluciones tecnológicas ha sido y seguirá siendo un elemento esencial para la optimización de la aplicación de los tributos, así como para luchar contra el fraude fiscal.⁵³

Pero es evidente que la adopción de las nuevas tecnologías no ha sido sujeta a una revisión de los derechos del contribuyente en la recuperación de créditos fiscales por medios coactivos. Por lo que, es necesario evaluar su juridicidad en contexto con los principios y valores reconocidos constitucionalmente.⁵⁴

VI. CONCLUSIONES

- 1) La autoridad fiscal tratándose de créditos fiscales exigibles podrá llevar a cabo el embargo de bienes por buzón tributario, estrados o edictos, medida que permite hacer eficiente el actuar de la autoridad, pero trastoca derechos del contribuyente, como poder señalar qué bienes serán embargados o incluso ofrecer otra garantía.
- 2) Los programas de cobranza coactiva y los actos de fiscalización serán prioridad para las autoridades hacendarias en 2022 en virtud de los abundantes datos de que puede disponer, por ejemplo, de los CFDI, que permiten cruzar información del nivel de ingresos del

⁵² Artículo 137 del Código Fiscal de la Federación, México, 2021.

⁵³ Bilbao Estrada, Iñaki, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 123

contribuyente, de sus retenciones y deducciones que en conjunto con sus programas, algoritmos y modelos de riesgo automatizados pueden generar de manera masiva una serie de invitaciones al contribuyente, lo cual sin duda ayudará a frenar las prácticas ilícitas.

- 3) El incorporar medidas que permitan a la autoridad abreviar los tiempos para la ejecución de créditos fiscales sin respetar los derechos del contribuyente erosionan el Estado de derecho y ponen en evidencia la necesidad de un marco normativo en congruencia con nuestra carta magna.
- 4) A partir de los criterios emitidos por nuestros tribunales se ha evidenciado que la autoridad en su actuación, fundamentalmente en los actos de notificación, tiene graves deficiencias, pero derogar el ordenamiento que prescribe las formalidades que se tienen que seguir no es la solución.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús (coord.), *Manual de derecho tributario*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.

BILBAO ESTRADA, Iñaki, “Capítulo VI. Disrupción tecnológica y administración tributaria: deber de contribuir, lucha contra el fraude, y derechos y garantías del contribuyente”, en BILBAO ESTRADA, Iñaki y ALVAR NUÑO, Antón (coords.), *Retos y oportunidades de la administración tributaria en la era digital*, España, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

BOIX PALOP, Andrés, “En torno al encuadre jurídico de la innovación tecnológica en relación con nuestros retos pendientes en innovación administrativa”, “Discussant a la ponencia de Julián Valero (Universidad de Murcia) presentada en el STEM de mayo de 2016 (Teoría del derecho público, Universidad de Castilla la Mancha, campus de Toledo) sobre «Innovación tecnológica e innovación administrativa»”, Universidad de Valencia, Estudi General, España, 2016, disponible en: <https://www.uv.es/seminaridret/sesiones2017/bigdata/innovacionADEDerecho.pdf>.

DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho financiero mexicano*, 28a. ed., México, Porrúa, 2010.

EL ECONOMISTA, “SAT pierde 1 de cada 2 juicios para cobrar impuestos en el primer semestre de 2020”, México, 15 de agosto de 2020, disponible en:

<https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/SAT-pierde-1-de-cada-2-juicios-para-cobrar-impuestos-en-el-primer-semester-de-2020-20200815-0011.html>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, *Comprobación de hechos por la inspección de los tributos*, Madrid, España, Editorial Marcial Pons Librero, 1998.

GAZCÓN, Felipe, “El SAT busca que un robot sea su nuevo aliado en la ‘caza’ de los grandes evasores”, *El Financiero*, México, 24 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/08/24/el-sat-busca-que-un-robot-sea-su-nuevo-aliado-en-la-caza-de-los-grandes-evasores/>.

MARONGIU, Daniele, “Inteligencia artificial y administración pública”, en GARCÍA NOVOA, César (dir.), SANTIAGO IGLESIAS, Diana (dir.), TORRES CARLOS, Marcos R. (coord.), GARRIDO JUNCAL, Andrea (coord.), MIRANDA BOTO, José María (coord.), *4a. Revolución industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, España, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

MÍGUEZ MACHO, Luis, “Últimos pasos en la implantación de la administración electrónica: el desarrollo de las leyes 39 y 40/2105 en materia de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos”, en GARCÍA NOVOA, César (dir.), SANTIAGO IGLESIAS, Diana (dir.), TORRES CARLOS, Marcos R. (coord.), GARRIDO JUNCAL, Andrea (coord.), MIRANDA BOTO, José María (coord.), *4a. Revolución industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, España, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

OECD/LEGAL/0449, “Recommendation of the Council on Artificial Intelligence”, *OECD Legal Instruments*, 21 de mayo de 2019, disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

PALACIOS ALCOCER, Mariano (coord.), *Federalismo y Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*, México, Cámara de Diputados, 2012.

PRODECON, *Inmovilización de cuentas bancarias a la luz de las recomendaciones de la Prodecon*, Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, México, núm. VII, disponible en: https://www.prodecon.gob.mx/Documentos/RelacionesInstitucionales/vii_inmovilizacion_de_cuentas_bancarias_a_la_luz_de_las_recomendaciones_de_prodecon.pdf.

VÁZQUEZ ROBLES, Gabino, Mendoza Vera, Blanca Alicia y Palomino Guerrero, Margarita (coord.), *Derecho fiscal 2. Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM*, México, Porrúa, 2018.

TRANSFORMACIONES EN LA PROTECCIÓN PÚBLICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES EN LA ERA DIGITAL

Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Comunidad, seguridad y libertad*. III. *Constitucionalismo y garantía de los derechos*. IV. *De la garantía y la protección de los derechos ante la globalización*. V. *De la garantía y la protección de los derechos ante la era digital*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los profesores Manuel Escamilla y Antonio Peña, del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, me invitaron a participar en este coloquio entre México y España (aprovecho estas páginas para darles, nuevamente, mis más sinceros agradecimientos) al respecto de la garantía de los derechos fundamentales entre particulares, me vino inmediatamente a la mente una entrada en *Facebook* de Juan Soto Ivars, escritor y columnista de opinión en el diario digital *El Confidencial* (entre otros). En tal entrada, del 23 de septiembre de 2019, el referido columnista se quejaba a sus seguidores de cómo dicha aplicación informática había comenzado no ya a impedir al público y usuarios el acceso a algunos de sus comentarios en *Facebook*, sino e incluso a enlaces de artículos suyos publicados hace tiempo en diversos periódicos digitales de ámbito nacional (y que se mantenían en ellos, no obstante, sin ningún tipo de problema, objeción o censura); es decir, se venía a impedir no ya la lectura de contenidos depositados en *Facebook*, sino la mera consulta a otros contenidos depositados en diarios digitales de reconocida incidencia pública.

* Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, España.

Aun no siendo ésta una cuestión nueva para mí, pues ya antes había tratado la naturaleza jurídica y el impacto que en la libertad de expresión suponen las normas auto-establecidas por ciertas aplicaciones de redes sociales al respecto (y la necesaria garantía de una neutralidad sustantiva en la red no sólo ante los poderes públicos),¹ es que propuse entonces a los organizadores de este coloquio, tal vez incautamente (por mi parte), tratar las transformaciones en la protección pública de los derechos fundamentales frente a particulares en la era digital, lo cual fue inmediatamente aceptado. Y puesto luego a preparar esta intervención, que no fue complejo (en principio) elaborar un esquema con el que revisar las categorías jurídico-constitucionales que, de un lado, habían permitido la progresiva protección constitucional de los derechos fundamentales al hilo de relaciones horizontales entre particulares,² para luego entrar en el debate, ya clásico, sobre si el progreso tecnológico, y en particular el informático, requiere de una mera adaptación de la dogmática jurídica o bien la necesidad de elaborar (o como poco replantear) categorías y conceptos jurídicos clásicos.³ Mas al hilo de dar contenido posterior a dicho esquema es que finalmente, sin embargo, advertí que mi intervención se estaba viendo limitada a presentar una simple historia de *artificios jurídicos* o aporías en constante mutación y sin mayor consideración teleológica al respecto de la situación actual de la cuestión, aunque respondieran en su origen a la encomiable extensión de la garantía jurisdiccional-constitucional a los derechos fundamentales vulnerados por particulares; qué otra cosa es, si no la *Drittwirkung*.⁴

El desarrollo lineal y descriptivo que estaba planteando en tal momento entró así en conflicto con el sentido crítico que, como constitucionalista (dado no como simple especialista en derecho constitucional, sino como ju-

¹ Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “Sobre «youtubers» y la neutralidad de la red”, en Durán Ruiz, Francisco J. (dir.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 195-234.

² Véase Beladiez Rojo, Margarita, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pp. 75-97, disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/686460>.

³ Cf. Frosini, Vittorio, “El horizonte jurídico de internet”, trad. de Juan Francisco Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, 2017, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/08_FROSINI.htm.

⁴ Véase Vega García, Pedro de, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la Drittwirkung Der Grundrechte”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 1992, pp. 357-375.

rista comprometido con los derechos ante el ejercicio del poder)⁵ me incita a mantener una actitud científica atenta frente la ordenación del poder (cualquiera que sea su origen) a fin de que éste resulte efectivamente limitado en garantía de los derechos y la libertad de las personas.⁶

Es entonces que les vengo a proponer otra perspectiva; una menos apegada al debate dogmático-clásico sobre el fundamento, el funcionamiento y el alcance concreto de la garantía horizontal de los derechos fundamentales en una actualidad conocida ya como era digital (aun sin perjuicio de entrar en el mismo), y más conexas con la originaria misión del derecho en general, y del derecho constitucional en particular, respecto de la protección de los derechos y las nuevas formas de tramarse las relaciones entre los poderes y las libertades.

II. COMUNIDAD, SEGURIDAD Y LIBERTAD

Si por derecho entendemos *regulación jurídica de relaciones sociales*, es que tal entendimiento suponga por sí, y de partida, cierta agrupación social compleja y estable que requiere precisamente de cierta ordenación, y con ello la propia y previa noción de comunidad. Siguiendo a Zygmunt Bauman en este punto, es que en toda comunidad resulte implícita la idea de seguridad: el sentirnos protegidos por el grupo que la conforma y en el que nos encontramos; mas ello, con el precio que para la libertad tal seguridad suponga por cuanto que la seguridad conlleva restricciones al venir a interactuar sistémicamente en la organización y el funcionamiento del grupo en que se desenvuelve.⁷ Y así, el surgimiento de una relación dialéctica entre comunidad e individuo pues la seguridad requiere de acciones del grupo que inciden no sólo ante terceros (externos al grupo), sino incluso en sus propios miembros al hilo del reconocimiento, ejercicio y efectiva protección de los derechos por aquél.⁸

⁵ En la estela de Cabo Martín, Carlos de, “Propuesta para un constitucionalismo crítico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/12_DE_CABO.htm.

⁶ Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 28 y 29.

⁷ Bauman, Zygmunt, *Comunidad (en busca de seguridad en un mundo hostil)*, 2a. ed., trad. de Jesús Alborés, Madrid, Siglo XXI, 2006.

⁸ Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, p. 51.

Este planteamiento no es nuevo pues desde Hobbes, respecto del Estado (en cuanto comunidad pública fundamental) la formación e integración de la comunidad supone un pacto (o adhesión) de los individuos con el que (y para) garantizar cierta seguridad de éstos frente a un entendimiento absoluto y arbitrario de su libertad y sus excesos.⁹ Los individuos, de este modo, asumen la restricción de su libertad y legitiman la acción de la comunidad, del Estado mismo, y con ello del monopolio de la fuerza por y en torno a él, pero a cambio, eso sí, de que la convivencia y el poder se organice y funcione en modo tal que efectivamente proteja a sus miembros tanto de terceros como de otros miembros.¹⁰

Al margen de la trascendencia que se reconozca a dicho pacto, en cuanto que hipotético fundamento no sólo del poder público, sino también respecto de los mismos derechos y libertades reconocidos y garantizados por aquél,¹¹ la referida relación dialéctica y funcional que se da entre seguridad y libertad, en tanto que relación de poder y conflicto, acaba por integrarse en el seno del constitucionalismo y del derecho constitucional, pues como ideología y ordenación jurídica del poder público-estatal postulan la limitación del poder ante los ciudadanos;¹² y ello en su doble dimensión: 1) en cuanto deber de garantizar la libertad de los ciudadanos, y 2) como misión de garantizar también su seguridad y efectiva protección.¹³

Pero ello, adviértase —sin llegar a equiparar seguridad y libertad, pues la seguridad ha de proteger nuestra libertad en la comprensión de sentirnos seguros en libertad— que de faltar tal percepción y confianza dejaríamos de ser efectivamente libres. Esto realmente tampoco es nuevo, tal como hace siglos lo presentara Montesquieu: “la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad”.¹⁴ Otra cosa es, sin embargo, cómo se ha venido es-

⁹ Bush, Andreas, “La arquitectura cambiante del estado de seguridad Nacional”, trad. de Ramón Cotarelo, en Langte, Matthew *et al.* (comp.), *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 459.

¹⁰ Por ejemplo Arbeláez Herrera, Ángela María, “La noción de seguridad en Thomas Hobbes”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 110, 2009, pp. 97-124.

¹¹ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 4a. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 38 y ss.

¹² Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo (Experiencias históricas y tendencias actuales)*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014.

¹³ Véase nuevamente Fioravanti, Maurizio, pero ahora *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, cap. 3.

¹⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1987, p. 151.

tableciendo constitucionalmente esta apreciación a lo largo del tiempo, y pueda estar evolucionando más recientemente.

III. CONSTITUCIONALISMO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS

Desde el constitucionalismo moderno, y al impulso del movimiento revolucionario liberal, es que dicha tensión se vino a construir desde la ordenación jurídica del Estado en forma tal que el poder, de una parte, tuvo cierta legitimidad democrática, a la par que, de otra, resultó efectivamente limitado en garantía de la libertad, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, y en especial en el desarrollo del constitucionalismo liberal que se da en el siglo XIX, tal garantía de la libertad, de un lado, se entendió como separación entre sociedad civil y poder público; y de otro, que las Constituciones, en especial en Europa, frente al constitucionalismo norteamericano no se entendieron como auténtico derecho, limitándose a ser un pacto político en la conformación del poder.¹⁵

Consecuentemente, además, es que la ley fuera la nueva y mayor expresión jurídico-normativa con la que ordenar las relaciones sociales y políticas, y como instrumento de desarrollo del ideario liberal-burgués, a la par que ariete frente al derecho anterior. A su vez, y respecto a las relaciones sociales, que la ley, como código ahora (el movimiento codificador), viniera a regular estas relaciones entre particulares, y básicamente desde el derecho de propiedad y la libertad contractual; de forma paralela, se articula su protección judicial en cuanto que monopolio de la resolución del conflicto entre particulares y como garantía de la aplicación de un derecho penal sujeto, eso sí, al principio de legalidad. En cuanto a los derechos fundamentales, por último, y como derechos públicos subjetivos, éstos vinieron asimismo entendidos desde la condición de ciudadano ante el poder público, y conforme lo establecido por una ley general y abstracta (como consecuencia de una igualdad meramente formal de aquéllos) y finalmente soberana puesto que imposible de controlar judicialmente ante su supuesta y sagrada irrefragabilidad.¹⁶

¹⁵ Véase García Herrera, Miguel Ángel, “Vigencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: democracia e igualdad”, en Letamendia Belzunde, Francisco y García Herrera, Miguel Ángel (coords.), *Derechos humanos y Revolución francesa*, Bilbao, Universidad de País Vasco, 1991, pp. 9 y ss.

¹⁶ Cfr. Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *De la Ley al Reglamento delegado: Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters / Aranzadi, 2015, pp. 36 y ss.

A la vista de lo anterior, y en Europa (frente al modelo que se desarrollaba en los Estados Unidos de América, claro), es que fue el legislador (mediante la definición del alcance de los derechos a través de la ley y acompañados por unos jueces como meros aplicadores de tal ley) el que iba a establecer no sólo cómo se reconocerían y garantizarían los derechos de los ciudadanos ante los propios poderes públicos, sino incluso entre ellos mismos. La falta de consideración normativa de la Constitución obviaba la necesidad de interrogarse por una diferente vinculación jurídica, en cuanto que directa o indirecta, respecto a los derechos constitucionales frente el Estado y a la ciudadanía; tanto en uno como en otro caso era la ley la que verdaderamente vendría a establecer cualquier relación jurídica ante los derechos.¹⁷

Este estadio constitucional resulta al tiempo superado en el siglo XX a la luz del periodo de entreguerras, las sombras de la Segunda Guerra Mundial y la experiencia constitucional-normativa desarrollada en la posguerra, y en la que, de un lado, el poder ya no se entendió ajeno a la sociedad civil, pasando a intervenir en ella en tanto que Estado social; de otro lado, las Constituciones pasarían ahora no sólo a entenderse normativamente, sino que incluso alcanzarían la supremacía en el sistema de fuentes y en especial respecto de la ley; en cuanto a los derechos fundamentales, y como derechos públicos subjetivos aún, éstos sí vengán a trascender a la ley gracias a sus contenidos constitucionales que ellas han de respetar, de modo que cabe su control de constitucionalidad a través de una jurisdicción específica, y al hilo de una nueva consideración de la dignidad humana de la que dichos derechos son expresión y dan contenido.¹⁸ Con todo, y en particular en un primer momento, es que, y al respecto de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales entre privados, ello continúe en el marco de la ley y su ulterior garantía judicial. No en vano el carácter normativo de la Constitución sí permite ahora plantear una diversa vinculación jurídica al respecto de los derechos frente a los poderes públicos y a la ciudadanía, por cuanto que en el primer caso se consideraría directa, mientras que en el otro no, en tanto que todavía se está sujeto a la ley. Ello permite, entonces, que los ciudadanos puedan invocar directamente ante los tribunales los derechos tal como son reconocidos por la Constitución y sin tener que esperar que sean desarrollados por ley; esto al punto de considerar dicha aplicabilidad

¹⁷ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001.

¹⁸ Cfr. otra vez Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *De la Ley al Reglamento delegado...*, cit., pp. 39 y ss.

directa de la Constitución por los jueces como elemento configurador de los propios derechos fundamentales.¹⁹ Pero lo anterior se da, además (apuntamos), sin el reconocimiento (a nivel general y en derecho comparado) de mecanismos de garantía constitucional ante la omisión de la ley, de manera que la arbitrariedad del legislador resulta finamente amplia con relación a la proyección horizontal de los derechos fundamentales entre particulares, devaluándose así no ya la vinculación jurídica del legislador a la Constitución (pues ésta existe en abstracto), sino su responsabilidad jurídica al verse limitada, así, ante lo meramente político.

Mas al tiempo la ley no sólo se ha tenido que adecuar a la Constitución, puesto que normativa y con supremacía,²⁰ sino a la dignidad de la persona (Constitución Española, artículo 10.1), como nuevo valor nuclear del entero sistema constitucional,²¹ a la par que la idea del Estado social, aun en crisis hoy, actúa como promotor material de los derechos y las libertades.²² Los derechos fundamentales comienzan a entenderse, de este modo, no sólo como limitaciones a los poderes públicos, sino, y a partir de su condición objetiva y principialista, como mandatos a los mismos, de forma que éstos, e incluido el propio legislador, se ven jurídicamente obligados a su desarrollo y protección,²³ y en consecuencia que la consideración constitucional de los derechos fundamentales como simples derechos públicos subjetivos comience a verse superada.²⁴

A lo anterior también se suma que la garantía judicial de los derechos y las libertades hayan superado la simple dimensión de garantía institucional de los mismos para transformarse incluso en auténtico derecho fundamental autónomo, como es la tutela judicial efectiva (Constitución Española, artículo 24.1); el que concretos derechos y libertades fueran a su vez

¹⁹ Véase al respecto, Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35 y ss.

²⁰ Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del derecho. I (Principios del ordenamiento constitucional)*, Madrid, Tecnos, 1991; y *Fuentes del derecho. II (Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos)*, Madrid, Tecnos, 1992.

²¹ Por ejemplo, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

²² Jimena Quesada, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

²³ Cf. Cubero Marcos, José Ignacio, “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, 2017, pp. 105-140.

²⁴ De interés, precisamente, Mora Sifuentes, Francisco M., “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 150, 2017, pp. 1215-1258.

configurados de forma constitucional desde relaciones esencialmente entre privados (derecho al honor e intimidad, o los derechos laborales), de forma que, al tiempo, llegue a reconocerse su garantía a nivel de la jurisdicción constitucional bajo la ficción de su quebranto por la jurisdicción ordinaria (de nuevo la *Drittwirkung*); y el que con ello se dé, a la postre, cierto reconocimiento implícito de la diferencia entre la vinculación directa de los derechos fundamentales entre particulares y, luego, la articulación de su garantía judicial a tenor de sus peculiaridades, en especial en el ámbito penal (dado el principio de legalidad penal) y ante jurisdicciones constitucionales inclusive, como es el caso de Alemania o, y al tiempo, el de España.

Además, adviértase que el anterior momento constitucional se ha desarrollado a la par que el impulso de un intenso proceso internacional de los derechos humanos. Y no sólo mediante instrumentos jurídicos de reconocimiento internacional de los mismos, sino, e incluso, de garantía jurisdiccional ante la acción de los Estados; y ello, a su vez, desde una dimensión comunicativa, de forma que tanto los sistemas internacionales como los constitucionales entran finalmente en contacto activo, dialéctico y plural, lo que acaba por impulsar el reconocimiento y la protección de los derechos humanos fundamentales ante un poder no sólo limitado por éstos, sino como efectivo garante de los mismos (al punto de llegarse a hablar de nuevos espacios constitucionales).²⁵ Es desde este último sentido, entonces, que se comprenda, por ejemplo, no sólo la condena a México en 2009 por la Corte Interamericana de Derecho Humanos [*caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*] por la inacción de los poderes públicos mexicanos ante la desaparición y asesinato de tres mujeres a manos de desconocidos,²⁶ sino la inicial referencia que yo había planteado al respecto de la seguridad y la libertad, por cuanto que no hay auténtica libertad si no hay cierta seguridad en su ejercicio. Con esto, a su vez, que se conecte con una novedosa dimensión que de la seguridad prospera desde el marco internacional, cual es la de la *seguridad humana*, en cuanto que la persona y la libertad actúan como nuevos ejes en torno a los cuales articular aquélla y la responsabilidad entonces de los poderes públicos en su protección.²⁷

²⁵ Véase Sánchez Barrilao, Juan Francisco, "La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un derecho global sobre derechos humanos", *Anales de Derecho*, núm. Extra 1, 2020, disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/456251>.

²⁶ Al respecto de tal pronunciamiento, Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. CIDH, Sentencia del 16 de noviembre de 2009", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 23, julio-diciembre de 2010, pp. 245-268.

²⁷ Cfr. Shearing, Clifford y Wood, Jennifer, *Pensar la seguridad*, trad. de Victoria de los Ángeles Boschirolí, Barcelona, Gedisa, 2011, pp. 83 y ss.

IV. DE LA GARANTÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ANTE LA GLOBALIZACIÓN

A la luz de lo anterior, y entrando en el juego de los referidos *artificios jurídicos*, es que postulemos plantear ahora cierta distinción entre garantizar y proteger, pues mientras que por esto último entendemos resguardar de un perjuicio o peligro, amparar, defender e incluso promover, por *garantizar* cabe suponer un plus de afianzar lo estipulado (como resultado), dando certeza jurídica de ello (en nuestro caso de los derechos y las libertades, o en su caso de un equivalente jurídico —piénsese en una indemnización—), sin perjuicio de que tanto proteger como garantizar den sentido y contenido a la referida seguridad. Así, cuando de proteger derechos se trata, lo esencial es que el sistema ofrezca instrumentos a fin de procurar la eficacia de los mismos, mientras que la garantía conlleva una capacidad de respuesta jurídica en pos de su realización (ya sea a favor o mera réplica ante su infracción o lesión).

Retomando la anterior relación entre el derecho constitucional y el internacional en torno a los derechos, el constitucionalismo se mueva hoy más allá del Estado. Es más, el propio derecho constitucional cabe presentarse en la actualidad como un derecho abierto, compuesto y complejo (siguiendo aquí las tesis de Peter Häberle)²⁸ al interactuar en él el derecho constitucional nacional, el derecho internacional y el supranacional, especialmente para el caso de la Unión Europea.²⁹ Sin embargo se ve fatalmente afectado en su normatividad ante el proceso globalizador y el progreso tecnológico; no en vano, y al margen de su dimensión común al respecto de la sociedad global del riesgo en la que vivimos (como se advierte con el cambio climático y en sus repercusiones), así como de la era digital que afrontamos (y en la que asimismo confluyen globalización y tecnología) es que con ocasión de la globalización, y del desarrollo tecnológico, se advierta la progresiva dependencia de los poderes públicos al respecto de poderes privados ajenos a la idea de legitimidad democrática, como de los derechos y las libertades dado que ideas fuertes del constitucionalismo contemporáneo, según se ha señalado.³⁰ Esto realmente no es nuevo, y no porque siempre hayan exis-

²⁸ Häberle, Peter, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, trad. de Francisco Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 11-24.

²⁹ Cfr. Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional...*, *cit.*, caps. I y VIII.

³⁰ Nuevamente Sánchez Barrilao, Juan Francisco, pero: “Sobre la Constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241-261; y “Sobre la Constitución normativa y la tecnología”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257-278.

tido poderes ajenos al Estado capaces de imponer voluntades e intereses privados, según se advierte desde hace bastantes años (en la década de los ochenta, Mauro Cappelletti)³¹ sino por la intensidad con la que se dan hoy, viniendo no sólo a limitar de manera efectiva la capacidad política y jurídica de los Estados, sino a debilitarlos.³²

De este modo, entonces, la crisis del Estado —en especial de su configuración constitucional de social (Constitución Española, artículo 1.1)— al influjo de un sistema económico que se impone de manera transnacional, deslocalizando tanto el trabajo como el derecho.³³ Además, el paso del Estado social mismo, en cuanto que intervencionista y prestador, al Estado meramente regulador, dejando en manos privadas amplios sectores de la actividad pública, mientras aquél mantiene sólo cierta capacidad de previsión normativa y ulterior control;³⁴ y a su sombra, entonces, el paso de la condición ciudadano a la de usuario (consumidor), en tanto que nuevo actor político, económico y jurídico al respecto de dichos sectores privatizados.³⁵ Obviamente la tensión horizontal de los derechos fundamentales aumenta exponencialmente mientras el Estado pierde de forma progresiva capacidad de aseguramiento de los derechos (Pedro De Vega García).³⁶ Así nos lo muestra el *Joker* de Joaquín Phoenix: el individuo ha quedado abandonado a su suerte (o desgracia) por un poder público preso de un sistema económico pletórico. ¿Cómo garantizar entonces y de manera efectiva una protección pública adecuada de los derechos fundamentales frente a unos particulares en posición de poder real y creciente? Pero antes de intentar contestar esta

³¹ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘justicia constitucional’”, trad. de Pablo De Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 9 y ss.

³² Cfr. Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 117, 119 y 138.

³³ P.e., véase Rodotà, Stefano, *La vida y las reglas (Entre el derecho y el no derecho)*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010, pp. 74 y ss.

³⁴ Entre otros, Parejo Alfonso, Luciano, *Estado y derecho en procesos de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, en especial cap. III.

³⁵ Véase Aguilar Calahorra, Augusto, “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor”, en García Herrera, Miguel Ángel et al. (dirs.), *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Madrid, Tirant lo Blanch, vol. 1, 2016, pp. 489-534.

³⁶ Vega García, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 13 ss.

pregunta es que, además, debemos atender a los nuevos y paralelos cambios que supone la sociedad digital.

V. DE LA GARANTÍA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ANTE LA ERA DIGITAL

La globalización y el progreso tecnológico adquieren todavía mayor dimensión y proyección a la luz ahora del desarrollo informático y del ciberespacio, en tanto que se genera una nueva realidad virtual al margen del territorio físico y del tiempo (incluso de la propia y clásica moneda), y por tanto de la soberanía política y jurídica de los Estados; se establecen nuevos cauces de expresión y comunicación grupal y en masa a la par que omnicéntricos y en red; aparecen nuevas fuentes de riqueza y formas de control a partir de los datos personales y el *big data*; se agudiza la dependencia de los poderes públicos respecto a particulares y corporaciones privadas encargadas ahora de vías e infraestructuras críticas para las relaciones sociales, económicas, jurídicas, políticas y culturales; se transforman derechos fundamentales clásicos ante las redes sociales, como la intimidad (o privacidad) y otros (manifestación, expresión e información, asociación, participación política, creación artística y científica, propiedad, trabajo o al propio conocimiento); nacen también nuevos derechos, como el derecho al olvido, al acceso a *Internet* o a su neutralidad (formal y material); aparecen nuevos modos de tomas de decisiones basados en instrumentos de inteligencia artificial que, a partir de criterios técnicos, pueden sin embargo ocultar sesgos discriminatorios; o, y finalmente, se abren nuevas puertas a la agresión de derechos fundamentales y a la misma dignidad, mientras los poderes públicos se ven incapaces de garantizar su seguridad.³⁷

Y con esta última referencia a la seguridad, otra vez y ahora sí, el necesario replanteamiento del deber jurídico de unos poderes públicos debilitados al respecto de la garantía de unos derechos fundamentales cada vez más expuestos no ya a dichos poderes públicos, sino a la actuación de sujetos privados que, al margen de acciones evidentemente fuera y contrarias al sistema jurídico, invocan el ejercicio de derechos y libertades (como la libertad de empresa, contractual y propiedad) o actúan bajo el paraguas de la sujeción a la referida regulación pública (el mencionado caso de Soto Ivars, al hilo de la potencial responsabilidad de *Facebook* ante hipotéticos contenidos

³⁷ Cfr. Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “Los fundamentos del “progreso informático” en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 361 y ss.

contrarios a derecho, como son los mensajes de odio). O por no hablar de la mera y simple restricción que para dichos poderes públicos supone el operar jurídicamente en un espacio virtual diverso al territorio físico, de modo que su capacidad de protección o amparo se ve no ya limitada a dicho espacio físico (cuando el ciberespacio no tiene fronteras) además de ser trampeado tecnológicamente.³⁸

Por supuesto que respecto de la protección pública de los derechos fundamentales frente a particulares en la era digital cabe adoptar y adaptar las respuestas que desde la dogmática constitucional se han venido planteando al hilo de la garantía de tales derechos a nivel horizontal (de las que he hecho referencia anteriormente), y en las que el valor dignidad, la proyección objetiva de los derechos fundamentales y la desigualdad de posiciones en la que se hayan unos y otros particulares, actúan como ejes esenciales al respecto.

En tal sentido, pensemos así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *caso Costeja*, de 13 de mayo de 2014, con relación al reconocimiento de nuevos derechos ante la realidad digital como es el caso del derecho al olvido;³⁹ o, y al margen de la capacidad para recurrir directamente vulneraciones de derechos fundamentales entre particulares, el reconocimiento, aun implícito, por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso López Ribalda y otros*, de 9 de enero de 2018, de la eficacia directa de los derechos humanos a nivel horizontal y la obligación del Estado de su protección al respecto del derecho a la intimidad en las relaciones laborales y el uso de medios digitales (sin perjuicio “del margen de discrecionalidad del Estado” a la hora de “la elección de los medios previstos para garantizar el cumplimiento” de los derechos de la Convención). Y es que si el derecho ha sido en gran medida una lucha por los derechos (parafraseando a Rudolf von Ihering),⁴⁰ hoy lo sigue siendo más que nunca ante el conflicto que en la actualidad se advierte entre la dig-

³⁸ Pensemos así en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 24 de septiembre de 2019 al respecto del derecho al olvido (del que luego volveremos a hablar) frente a *Google*, al reconocer que el alcance de tal derecho únicamente abarca el territorio de la Unión Europea, de modo que, de un lado, el gestor de un motor de búsqueda sólo está obligado a retirar los enlaces de las versiones europeas (es decir, “la retirada de enlaces que abarque la totalidad de las búsquedas efectuadas a partir del nombre del interesado desde el territorio de la Unión”); y de otro, sin embargo, tal mandato puede ser finalmente trampeado mediante una simple VPN que enmascare la IP de quien plantee la búsqueda.

³⁹ Aun con las limitaciones antes referidas.

⁴⁰ Ihering, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Dykinson, 2018.

nidad humana y las transformaciones que la sociedad tecnológica supone (cómo no, Stefano Rodotà).⁴¹

Pero también caben otras formas de proteger los derechos fundamentales entre particulares más allá de su garantía jurisdiccional y al hilo incluso del debilitado Estado regulador, como son la proliferación y diseño de órganos de específica dimensión y capacitación tecnológica (el caso de las agencias o autoridades independientes), o el cambio hacia una perspectiva prospectiva del derecho al respecto del progreso digital y su potencial responsabilidad, de modo que los poderes públicos se planteen (prohibiendo o limitando) potenciales y concretos desarrollos tecnológicos que al tiempo puedan poner en riesgo derechos fundamentales por la acción de particulares; en este sentido, precisamente, cabría referirnos al progresivo posicionamiento político y jurídico que, desde 2017, se ha venido dando en el seno de la Unión Europea al respecto de la inteligencia artificial y las cautelas al respecto planteadas.⁴²

En un paso más, al amparo también de la referida sujeción al derecho supranacional (especialmente al respecto de derechos humanos),⁴³ la progresiva configuración de una auténtica función pública de la protección por todos los poderes públicos a nivel de las relaciones horizontales entre particulares, tal como se plantea ya en el ámbito del medio ambiente y las generaciones futuras (incluso) en la Constitución alemana (artículo 20a), y según se ha puesto intensamente de manifiesto con ocasión de la reciente Resolución del Tribunal Constitucional, de 24 de marzo de 2021 acerca de la *Klimaschutzgesetz* de 2019 (1 *BvR* 2656/18, 1 *BvR* 78/20, 1 *BvR* 96/20 y 1 *BvR* 288/20), según la cual, y aun sin reconocer un derecho subjetivo a la protección del medioambiente, sí que lo considera como un deber público y objetivo no sólo en relación a las generaciones presentes, sino en cuanto a las generaciones futuras.⁴⁴ Es decir, el reconocimiento directo (a nivel cons-

⁴¹ Rodotà, Stefano, *El derecho a tener derechos*, trad. de José M. Revuelta, Trotta, Madrid, 2014.

⁴² Véase Sánchez Barrilao, Juan Francisco, “Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica”, en Valls Prieto, Javier (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 21-76.

⁴³ Particularmente sugerente (en especial para este trabajo y su propuesta), Arzo San-tisteban, Xabier, “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pp. 149-174.

⁴⁴ Y ello conforme al principio de proporcionalidad (y al principio de equidad intergeneracional) al respecto de las cargas y limitaciones a la libertad que el cambio climático supondrá en el futuro, de manera que el Tribunal insta a una transición a la neutralidad climática a tiempo. De interés, Palombino, Giacomo, “El medioambiente en la jurisprudencia del Tri-

titucional, pero también internacional) de la generación de una vinculación política y jurídica de los poderes públicos al respecto de las relaciones entre los particulares, de modo que los primeros deban necesariamente proteger (sin perjuicio de su efectiva garantía) los derechos (y otros intereses públicos relevantes) de las personas ante otros sujetos privados. A estos efectos cabría mencionar, por ejemplo, la condena al Estado español en 2014 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en el caso *González Carreño* por no proteger la vida de una menor ante las denuncias reiteradas y previas de su madre y el ulterior asesinato de la hija por el padre (y en el que el Estado español tuvo finalmente que indemnizar a la madre). O también, y volviendo a la protección del medio ambiente (y como interés público relevante para las personas) y a su amparo a unas condiciones para una vida digna, la condena ahora (2021) en los Países Bajos a la multinacional Shell para que reduzca sus emisiones netas de CO₂ en un 45% para el 2030 (y al respecto de sus emisiones en 2019).

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Frente a la problemática de la garantía de los derechos fundamentales entre particulares, y bajo los claroscuros de la configuración de aquéllos todavía como derechos públicos subjetivos y la mediatización jurídica que también se da entre las normas constitucionales y los privados, se ha propuesto en estas páginas profundizar en la idea de protección pública de los particulares ante otros particulares y al respecto de sus derechos fundamentales y humanos, y en tanto que responsabilidad colectiva e individual de la entera comunidad política: es decir, tanto del todo como de sus propios miembros, pues éstos alcanzan el goce del ejercicio de sus derechos y libertades bajo el amparo o defensa que de los mismos precisamente otorga la comunidad. No es ya, así, una cuestión de afianzar públicamente lo estipulado jurídicamente, dando certeza y afirmación judicial a los derechos y a las libertades reconocidos jurídicamente, en especial ante su quebranto, sino de asumir la responsabilidad pública y privada de, por y para resguardar, amparar y defender (e incluso promover) aquéllos ante un perjuicio (daño) o peligro potencial y/o cierto cualquiera que sea su origen (público o privado) a fin de procurar evitarlo. Y con esto, advirtiéndose cierto carácter preventivo entonces de la protección,

bunal Europeo de Derechos Humanos: la imparcialidad generacional en la perspectiva del constitucionalismo multinivel”, *Anales de Derecho*, núm. Extra 1, 2020, disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/453121>.

frente una consideración más ulterior; que no sólo (claro) dé la garantía, ya que más condicionada al resultado; me explico:

Por supuesto que el carácter tuitivo de la garantía expresa una dimensión potencial (o profuturo) nada desdeñable jurídicamente, de modo que el objeto de la misma no se ataque o al menos, y nada menos, se responda jurídicamente ante éste (de ahí que no se ataque). Es únicamente que, y en todo caso, juega el elemento del ataque al objeto de la garantía, y la efectiva realización de la misma como respuesta (en su caso); es decir, la garantía como instrumento jurídico del debido cumplimiento del derecho ante su quebranto, ya sea instando al mismo, o bien a su sanción (y/o declaración de responsabilidad, e incluyendo la patrimonial). Mientras, en el supuesto de la protección es la propia acción de resguardar, de amparar, de defender (incluso de promover) lo determinante, por cuanto que precisamente no se puede asegurar de manera total un resultado, pero sí cabe procurar el mismo. Así, y volviendo al caso *González Carreño* [o al también referido *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *vs. México*], lo esencial (finalmente) no es el desgraciado resultado (que lo es), puesto que es imposible evitar de manera absoluta o total, sino la inacción de la comunidad ante un riesgo efectivo o de un potencial resultado lesivo (y consiguientemente desatendido); la responsabilidad, entonces, por no defender, sin más.

Lo anterior es especialmente interesante en una era de riesgos y progresos digitales, en la que una tecnología de impulso preponderantemente privado va muy por delante de la capacidad de actuación y previsión política y jurídica de los poderes públicos, y en la que las respuestas tradicionales al daño resultan insuficientes por inoperantes; así, piénsese en el principio de precaución. En la actualidad es imposible que los poderes públicos eviten oportuna y efectivamente daños en todos y cada uno de los derechos y las libertades ante el creciente riesgo que los embarga, mas no que los poderes sí pongan a disposición de éstos recursos adecuados y suficientemente destinados a la contención de tal riesgo, cualquiera que sea su origen. Y es en este plano, por lo demás comunitario, que los propios particulares se vean sujetos no ya a dichos recursos (como puede ser la imposición de límites a derechos, o de auténticos deberes), sino también a su propia responsabilidad en cuanto que integrantes de la comunidad, o, e incluso, origen de otras comunidades como acontece y prolifera precisamente en esta era digital: las redes sociales.

Esta última reflexión nos lleva a su vez para terminar a la necesidad de reforzar el propio poder público ante unos mega poderes privados, a la par que se extiende la misma idea de comunidad jurídica más allá de los Estados

a fin de generar nuevos espacios de protección. Pero también a no perder de vista la necesidad de una suficiente y eficiente masa crítica política y jurídica con la que se pueda proteger y garantizar de forma efectiva los derechos fundamentales entre particulares. Cómo si no comprender que, y aún con sus limitaciones, sea la Unión Europea un espacio lo suficientemente poderoso como para enfrentarse y poner ciertos límites a la actividad de gigantes privados como son *Google* o *Facebook*. Y ello, además, cuando en el seno de la propia Unión Europea se reconoce efecto directo entre particulares al respecto de derechos fundamentales cuando éstos se expresan en términos imperativos y sin hacer referencia alguna a ningún otro condicionamiento normativo, como ha mostrado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2018 (en asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16), y al respecto del derecho a unas vacaciones anuales retribuidas (artículo 31.2, CDFUE); o de manera menos clara, al respecto de la eficacia horizontal de una directiva en ocasión de la vulneración de derechos fundamentales, como fue el caso de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 (sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores) y el desahucio de viviendas por impago de hipotecas de darse cláusulas abusivas, resuelto también por el Tribunal de Justicia en su Sentencia del 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), y por la que se declararía contraria al derecho europeo la regulación española de los desahucios por impago de hipotecas.⁴⁵

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CALAHORRO, Augusto, “El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor”, en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel *et al.* (dir.), *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Madrid, Tirant lo Blanch, Vol. 1, 2016.

AGUILAR CALAHORRO, Augusto, “La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. (La eficacia de la directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ)”, en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada y OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo (coord.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

⁴⁵ Cfr. Aguilar Calahorro, Augusto, “La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. (La eficacia de la directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ)”, en Sánchez Ruiz de Valdivia, Inmaculada y Olmedo Cardenete, Miguel Domingo (coord.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 509-552.

- ARBELÁEZ HERRERA, Ángela María, “La noción de seguridad en Thomas Hobbes”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 110, 2009.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, “La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del derecho. I (Principios del ordenamiento constitucional)*, Madrid, Tecnos, 1991.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del derecho. II (Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos)*, Madrid, Tecnos, 1992.
- BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad (En busca de seguridad en un mundo hostil)*, trad. de Jesús Alborés, 2a. ed., Madrid, Siglo XXI, 2006.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares: Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/686460>.
- BUSH, Andreas, “La arquitectura cambiante del estado de seguridad Nacional”, trad. de Ramón Cotarelo, en LANGTE, Matthew *et al.* (comps.), *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- CABO MARTÍN, Carlos de, “Propuesta para un constitucionalismo crítico”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/12_DE_CABO.htm.
- CAPPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»”, trad. de Pablo De Luis Durán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, “La *vis* expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, 2017.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucionalismo (experiencias históricas y tendencias actuales)*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014.

- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 4a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- FROSINI, Vittorio, “El horizonte jurídico de internet”, trad. de Juan Francisco Sánchez Barrilao, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 28, 2017, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/08_FROSINI.htm.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Civitas, 2001.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Vigencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: democracia e igualdad”, en LETAMENDIA BELZUNDE, Francisco y GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (coords.), *Derechos humanos y Revolución francesa*, Bilbao, Universidad de País Vasco, 1991.
- GÓMEZ-ROBLEDOS VERDUZCO, Alonso, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, CIDH, Sentencia del 16 de noviembre de 2009”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 23, julio-diciembre de 2010.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- HÄBERLE, Peter, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, trad. de Francisco Balaguer Callejón, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004.
- IHERING, Rudolf von, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Dykinson, 2018.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1987.
- MORA SIFUENTES, Francisco M., “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 150, 2017.
- PALOMBINO, Giacomo, “El medioambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la imparcialidad generacional en la perspectiva del constitucionalismo multinivel”, *Anales de Derecho*, núm. Extra-1, 2020, disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/453121>.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado y Derecho en procesos de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

- RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*, trad. de José M. Revuelta, Madrid, Trotta, 2014.
- RODOTÀ, Stefano, *La vida y las reglas (Entre el derecho y el no derecho)*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *De la Ley al Reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica”, en Valls Prieto, Javier (coord.), *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un derecho global sobre derechos humanos”, *Anales de Derecho*, núm. Extra-1, 2020, disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/456251>.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “Los fundamentos del ‘progreso informático’ en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “Sobre la Constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “Sobre la Constitución normativa y la tecnología”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, “Sobre ‘youtubers’ y la neutralidad de la red”, en DURÁN RUIZ, Francisco J. (dir.), *Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital: Internet, redes sociales y comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

SHEARING, Clifford y Wood, Jennifer, *Pensar la seguridad*, trad. de Victoria de los Ángeles Boschioli, Barcelona, Gedisa, 2011.

VEGA GARCÍA, Pedro de, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: problema de la Drittwirkung Der Grundrechte”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 46, 1992.

VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.

PENA Y ESTADO

LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA PENAL

Javier DIEZ GARCÍA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La regulación constitucional de la prisión preventiva oficiosa en el sistema procesal penal mexicano.* III. *Los datos de prueba como elementos de probabilidad y la secrecía que habilita la prisión preventiva oficiosa.* IV. *¿Qué implica la prisión preventiva oficiosa en la práctica jurídica?* V. *La presunción de inocencia en un escenario que permite la prisión preventiva oficiosa.* VI. *La incidencia de la prisión preventiva oficiosa en la política penitenciaria mexicana.* VII. *El aumento de la población reclusa en 2021 y el costo económico del preso en México.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con los últimos datos plasmados en el Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional, correspondientes a septiembre de 2021, 135 de los 288 centros penitenciarios existentes a la fecha presentan sobrepoblación, dentro de los cuales se pueden destacar los índices en el Estado de México, donde existe una tasa de sobrepoblación de presos de 136.13%; de Durango, con 74.06%, de Morelos, con 86.17% o de Nayarit con 82.35%. En este sentido, los datos de sobrepoblación resultan preocupantes toda vez que es preciso considerar que dentro de los porcentajes anteriormente indicados a título de ejemplo, no sólo se encuentran los individuos sentenciados, sino también aquellos otros que se encuentran procesados. Los datos de sobrepoblación mostrados revelan una realidad alarmante en lo que a políticas penitenciarias se refiere, pues a la luz de las cifras, se hace evidente

* Profesor de tiempo completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán (División de Ciencias Jurídicas), de la UNAM.

que la capacidad del Estado mexicano se ha visto rebasada por la incidencia delictiva.

Esta incidencia delictiva, según los últimos datos del secretariado ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, pone de manifiesto que desde el mes de enero de 2021 al mes de septiembre de 2021 existe una tendencia de mantenimiento y aumento en los delitos del fuero común a nivel nacional donde, por ejemplo, los delitos contra la vida y la integridad corporal pasaron de 18,166 en enero a 20,850 en septiembre, o los delitos contra el patrimonio, los cuales incrementaron en ese mismo periodo de 68,761 a la cantidad de 78,298. Estas cifras de incidencia delictiva hay que contrastarla no solamente con la posibilidad de la Federación mexicana de hacer frente a las corrientes de incremento de los delitos —evidenciada como consecuencia de los datos de sobrepoblación— sino también se debe confrontar con la legislación penal y, más concretamente, con la de tipo procesal vigente en México.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MEXICANO

La reforma constitucional del 18 de junio de 2018 representó una reformulación completa del sistema procesal penal mexicano, pasando de ser un sistema mixto a uno acusatorio. El sistema procesal penal mixto, como indica Polanco Braga, ha sido indebidamente considerado en la mezcla del sistema acusatorio y del inquisitivo, pues en realidad se trata de un sistema independiente o autónomo que, según Ponce Villa, “toma elementos característicos del proceso acusatorio y otros del inquisitivo”. Este modelo mixto se caracteriza por una inicial separación de funciones entre Ministerio Público y juez —al primero le corresponde investigar y acusar mientras que el segundo se limita a juzgar—, sin embargo esa diferencia de figuras llega a entrelazarse hasta el punto de difuminar las funciones de cada uno de ellos en lo que podríamos clasificar como resultado final del proceso.

Esa vinculación estrecha que puede dar lugar a un desvanecimiento de separación real de funciones se puede apreciar, a efectos prácticos, en supuestos como el análisis de la operatividad del principio de inmediatez, lo que supone que las pruebas recabadas con proximidad a los hechos gozan de una mayor credibilidad que aquellas que se obtienen más alejadas del momento del ilícito. En este tenor, la desvirtuación de funciones se da como consecuencia de que el principio de inmediatez en cuanto a valoración de la prueba puede condicionar el pronunciamiento del juez, toda vez que, como

consecuencia de que prevalece la proximidad, las pruebas presentadas por el Ministerio Público que fueron recabadas con más cercanía a los hechos son, en realidad, determinantes para la sentencia. Todo lo anterior representa algo muy importante en la práctica jurídica del sistema mixto, pues lo que inicialmente es una facultad de investigación del Ministerio Público, se traduce en un elemento fuertemente condicionante en el sentido de la sentencia, de tal forma que, en lo que a cuestiones prácticas se refiere, las pruebas obtenidas con proximidad no solo son pruebas, sino que realmente son factores que inciden en el acto de juzgar y en el sentido de la sentencia.

Por su parte, el sistema inquisitivo, caracterizado por la concentración de funciones en una única autoridad, supuso un modelo procesal en el que las facultades de investigar, así como de acusar y de juzgar corresponden a un mismo órgano, lo que en la práctica jurídica se traduce en una muy alta probabilidad de que el individuo sometido a proceso terminará siendo condenado. Con todo ello, el sistema inquisitivo que, como su propio nombre indica, es herencia de la Inquisición española, llega a despersonalizar al individuo tal y como sucediera en los siglos XIV y XV en el país ibérico. De este modo, esa deshumanización del acusado en el modelo inquisitorial se puede apreciar al valorar actos vulneradores de su derecho de defensa y del debido proceso tales como el secretismo a la hora de desarrollar la investigación, a la cual el acusado no tiene acceso; el valor de la confesional como prueba plena, para lo que se recurre, incluso, a prácticas de tortura; o la detención e interrogatorio del sospechoso sin ni siquiera informarle del crimen que se investiga, de tal forma que este sistema se organiza sobre “un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento... haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores”.

Frente al sistema inquisitivo y frente al sistema mixto surge el sistema acusatorio, en el que se reconoce toda una serie de derechos al imputado en aras de establecer un modelo garantista asentado en principios que debe seguir todo proceso penal. Es así que nuestra Constitución —en adelante CPEUM— señala en su artículo 20 que el proceso penal en México es acusatorio y oral, regido por los principios de: 1) publicidad; 2) contradicción; 3) concentración; 4) continuidad, y 5) inmediación. Esto se complementa con el listado de principios y derechos igualmente reconocidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales —en adelante CNPP— en sus artículos 5o. a 19. Con ello, algunos de los principios más notorios del sistema acusatorio, que se confrontan directamente con los del modelo inquisitorial, son el principio de igualdad entre las partes, el principio de igualdad ante la

ley y el principio de presunción de inocencia, de tal forma que la labor de investigación le corresponde al Ministerio Público, mientras que la función de juzgar es competencia del tribunal de enjuiciamiento.

A pesar de que el sistema penal mexicano pasó de un modelo mixto a uno acusatorio con la correspondiente y presumible mejora en lo que a garantismo se refiere, lo cierto es que tanto en la CPEUM como en el CNPP se prevé, en especial, una figura jurídica que ha dado lugar a diferentes opiniones así como a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dados sus efectos en relación con varios de los derechos humanos del imputado, como son el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros; esa figura es la prisión preventiva oficiosa.

III. LOS DATOS DE PRUEBA COMO ELEMENTOS DE PROBABILIDAD Y LA SECRECÍA QUE HABILITA LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

La prisión preventiva oficiosa se encuentra reconocida en el artículo 19 de la CPEUM como medida que será impuesta por el juez ante determinados delitos, haciendo que no se requiera que el Ministerio Público la solicite, pues la propia naturaleza del delito probablemente cometido la habilita de manera automática. En este sentido, la CPEUM prevé un catálogo de delitos habilitantes de esta medida, por lo que en aquellos casos en los que el Ministerio Público formule imputación por la probable comisión de alguna de esas conductas del artículo 19 constitucional, el juez de control no solo estará facultado, sino que se encontrará obligado a ordenar la prisión preventiva de forma oficiosa.

Llegados a este punto resulta primordial considerar que el momento procesal en el que se ordena la prisión preventiva oficiosa se da en el marco de la etapa inicial, esto es, en un momento primitivo del proceso penal, por lo que no se puede contar con certeza, cuando menos, la inexistencia de un margen de duda razonable como consecuencia de que la imputación del Ministerio Público se basará en datos de prueba. Por ello, la imputación se asentará en probabilidades de que el indiciado participó en la comisión de los hechos que la ley señala como delito, lo que implica que no puede existir una seguridad en relación a dichos hechos en una etapa inicial como es esta; y es que si bien es cierto que el Ministerio Público hará valer sus datos de prueba, los cuales van a tener un gran peso en el transcurso de la investigación y de la audiencia inicial, “son obtenidos generalmente no en audiencia pública y oral, con presencia de las partes, sino más bien en secrecía y de forma unilateral sin la presencia de las partes y juez de control”, lo que pue-

de generar dudas respecto a la atribución de la importancia que realmente tienen en esta etapa primitiva.

1. La posibilidad de la investigación secreta

Además de lo anterior, resulta preciso considerar lo dispuesto por el artículo 218 del CNPP donde, de manera expresa, se establece que, como regla general, los actos de investigación son reservados, lo que supone solo las partes tendrán acceso a los registros de investigación, sin embargo, dicho acceso no es universal, sino que se encuentra limitado. Considerando esto, la reserva de los actos de investigación funciona de dos formas diferentes:

- 1) En relación a la víctima u ofendido, así como su asesor jurídico.
- 2) Respecto del sujeto que está siendo investigado.

Por lo que corresponde al primer punto, el legislador establece que tanto la víctima, como el ofendido y el asesor jurídico podrán tener acceso a los registros de investigación en cualquier momento, por lo que ya sea que nos encontremos en etapas prematuras o más avanzadas de la investigación, todos los sujetos anteriormente señalados tendrán la posibilidad de consultar y revisar el estado de la investigación así como todos aquellos actos que de ella se desprendan. En cambio, en lo referente al sujeto investigado se impone una limitación a ese acceso que, a efectos prácticos, resulta de mucho interés, pues el CNPP indica que el probable responsable solo podrá revisar los registros de investigación cuando sea citado para comparecer como imputado o sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recabar su entrevista. De esto se desprenden dos cuestiones de fundamental importancia pues, por una parte, el probable responsable será investigado en secrecía sin que siquiera haga falta que sea conocedor de dicha situación, mientras que, por otra parte, se habilita el acceso a los registros cuando el sujeto ya vaya a ser considerado imputado o se recabe su entrevista como consecuencia de un acto de molestia.

En este punto resulta igualmente importante realizar una interpretación literal de los términos empleados por el CNPP, pues indica que uno de los supuestos habilitantes para el acceso a los actos de investigación es que el sujeto sea sometido a un acto de molestia y se pretenda recabar su entrevista. En este sentido, la interpretación literal pone de manifiesto que para tener acceso se requiere que el individuo sea sujeto a un acto de molestia y, además, se pretenda recabar su entrevista, por lo que el mero hecho de que

el sujeto acuda a la sede ministerial para rendir lo que en sistemas anteriores se denominada declaración, no es un presupuesto habilitante *per se* para garantizar el acceso a los registros.

Del mismo modo, el hecho de que el investigado sea objeto de un acto de molestia tampoco es un elemento que, por sí mismo, abra la posibilidad de consultar los actos de investigación, pues de lo contrario, el legislador habría utilizado la fórmula de que el sujeto sea sometido a un acto de molestia o se pretenda recabar su entrevista, sin embargo, desde el momento en que se refiere a actos de molestia y pretensión de entrevista nos trasladamos a un plano de elementos conjuntivos, con lo que la sola concurrencia de uno de ellos no colma el supuesto normativo previsto en el CNPP.

Por otra parte, también es importante realizar una precisión semántica respecto de un término que el legislador parece utilizar indistintamente a lo largo del CNPP al referirse al probable responsable o indiciado como imputado, lo cual no es correcto. Es así que hay que delimitar muy claramente que hablar de imputado, desde una perspectiva puramente técnica, hace referencia a aquel individuo que ya ha sido imputado; esto es, que ha sido citado o conducido —en función de si el sujeto se encuentra en libertad o detenido— a la audiencia inicial y, dentro de esta, el Ministerio Público formula imputación en su contra. Esta distinción terminológica es fundamental a la hora de analizar las posibilidades de las partes en la etapa de investigación, así como sus opciones de recabar datos de prueba, pues si se tiene presente que el imputado sólo es tal desde el momento en que se formula imputación en su contra, entonces antes de dicho momento no puede ser considerado o calificado como imputado. Lo anterior supone que, retomando lo dispuesto por el artículo 218 del CNPP, el probable responsable podrá revisar los registros de investigación únicamente cuando sea citado para comparecer como imputado o, dicho en otras palabras, nada más podrá consultar el estado de la investigación al momento en que es citado para la audiencia inicial, momento en el que se realizará la formulación de imputación *stricto sensu*.

Esta circunstancia hace que no solo la investigación se pueda desarrollar en un completo y absoluto secreto, sino que además puede condicionar fuertemente las opciones de defensa del probable responsable ya que se puede ver en la tesitura de desconocer el *status* de la investigación hasta el último momento previo a la audiencia inicial, limitando el tiempo del que dispone para recabar aquellos medios de convicción que puedan servirle como elementos de descargo a la hora de la formulación de imputación.

Para explicar ese supuesto, pensemos en el siguiente ejemplo: el sujeto X es denunciado como consecuencia de la probable comisión de un delito que no es considerado grave, por lo que el Ministerio Público comienza a integrar la carpeta así como realiza los correspondientes actos de investigación. Posteriormente, el Ministerio Público cita al sujeto X para que acuda un día y hora concretos, señalando en su solicitud de comparecencia que se requiere su presencia para llevar a cabo diligencias ministeriales en relación con la investigación de hechos probablemente constitutivos de delito, para lo cual la Representación Social no detalla o establece la condición en la que acudirá el sujeto X. Continuando con el ejemplo hipotético, pensemos que el sujeto X acude y que el Ministerio Público recaba su entrevista en la cual, recordemos, no fue citado como imputado. En este sentido, si el sujeto X solicitara el acceso a los registros de investigación, el Ministerio Público estaría habilitado para denegarle su consulta con fundamento en lo dispuesto por el artículo 218 del CNPP.

Ahora bien, llegados a este punto resulta fundamental regresar sobre el punto referente al análisis del término imputado para referirse al sujeto que está siendo investigado. Retomando lo explicado algunas líneas arriba, de una forma técnica, el imputado no es tal hasta que se formula la imputación en su contra en la audiencia inicial. En este tenor, el hecho de que nos encontremos en un momento previo a la celebración de dicha audiencia pone de manifiesto que, en realidad, no se debe hablar de imputado sino de probable responsable, de indiciado o, incluso, de inculpado. En atención a esto, desde una perspectiva estricta de interpretación literal de la norma, el segundo supuesto de acceso a los registros en el caso del probable responsable, previsto en el tercer párrafo del artículo 218 del CNPP estaría vacío de contenido en sede ministerial, esto es, ser citado para comparecer como imputado, pues dicho citatorio se daría de cara a la audiencia inicial, ante el juez de control, resultando imposible ser citado para comparecer en calidad de imputado ante el Ministerio Público toda vez que, en ese momento, no será imputado sino hasta una fase ulterior.

No obstante, esta terminología problemática derivada de una interpretación literal de la norma y del proceso penal no ha sido atendida por las autoridades, quienes de forma generalizada y en reiteradas ocasiones utilizan el término de imputado como si fuera sinónimo de probable responsable o de indiciado, lo cual no es correcto, como así ha reiterado tanto la jurisprudencia como los diferentes autores. En todo caso, esa errónea asimilación de la figura del imputado con la del indiciado o inculpado puede dar lugar a situaciones como la del ejemplo presentado, en donde al no ser citado con

la condición de imputado —según el CNPP— o de probable responsable, se inhabilitaría, inicialmente, la segunda de las posibilidades previstas por el legislador para que el indiciado tenga acceso a los registros de la investigación.

Considerando todo lo anterior, es importante destacar la tesis I.9o.P.293 P (10a.), la cual, si bien es aislada, presenta con claridad las controversias que pueden surgir a raíz de lo dispuesto por el artículo 218 del CNPP. En esta resolución, los Tribunales Colegiados de Circuito atendieron a dos aspectos fundamentales:

- a) Que el imputado no es tal hasta que se formula imputación en su contra.
- b) Que el Ministerio Público puede evitar señalar como probable responsable a un individuo del cual recaba la entrevista.

Por lo que respecta al primer punto, en la citada tesis I.9o.P.293 P (10a.) se realiza una precisa conceptualización del probable responsable, de tal forma que, lejos de llamarle imputado, se le denomina inculpado. En este sentido, el hecho de no hablar de imputado podrá habilitar al Ministerio Público para no conceder el acceso a los registros de investigación. En lo concerniente al segundo punto, de la tesis se desprende el razonamiento, en mi opinión acertado, de que el término imputado no puede restringir lo que en realidad representa un derecho de defensa, por lo que se establece que “la reserva de información debe entenderse en relación con personas ajenas a la investigación”. Es así que, independientemente de que al individuo se le denomine imputado, inculpado, indiciado o probable responsable, en realidad nos encontramos ante un mismo supuesto: el sujeto está siendo objeto de una investigación en su contra, por lo que en aras de garantizar su derecho de defensa se le debe permitir el acceso a los registros de investigación.

A pesar de lo señalado por la tesis I.9o.P.293 P (10a.), hay que considerar igualmente que existen otras resoluciones en las que se determina que la mera investigación respecto de un individuo no es un presupuesto habilitante para la solicitud del acceso a los registros por parte de este. Tal es el caso de la tesis VI.2o.P.59 P (10a.), en la cual se resuelve que “el hecho de que una persona esté siendo investigada dentro de una carpeta de investigación, es insuficiente para considerar que adquirió la calidad de imputada” lo que conlleva que no exista ninguna obligación del Ministerio Público de proporcionar el acceso a los registros de investigación en la etapa inicial del proceso penal. Así pues, como consecuencia de lo explicado hasta el momento, pueden surgir situaciones en las que la investigación realizada por

la autoridad puede tornarse en secreta de tal forma que, hasta que el sujeto no sea detenido o sea citado para comparecer como imputado o sea objeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista, ese probable responsable no tendrá habilitado el acceso a los registros de la investigación.

Como añadido a todo lo anterior, surge otras dos importantes preguntas en relación a las posibilidades del indiciado de acceder a los registros de investigación:

- a) ¿Qué se debe entender por acto de molestia?
- b) ¿Cuál es el alcance o extensión del acceso a los registros de investigación?

2. *El acto de molestia*

Hablar de acto de molestia a efectos jurídicos implica referirse, necesariamente, a la jurisprudencia P./J.40/96 en la cual se establece que los actos de molestia son aquellos que “restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos”, siendo que esa restricción debe encontrarse precedida por “mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento”. Partiendo de ello, los actos de molestia no implican una restricción definitiva de derechos, lo que daría lugar a actos privativos, sino a una limitación o eliminación transitoria de un derecho. En esta tesitura aparece un nuevo interrogante que debe ser detenidamente analizado: ¿cumplir una solicitud de comparecencia representa un acto de molestia?

La solicitud de comparecencia, en cuanto medida que puede adoptar el Ministerio Público para desarrollar su investigación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del CNPP, supone realmente, a efectos prácticos, que el individuo que es citado va a ver restringido, como mínimo, uno de sus derechos, el cual es el derecho a la libertad deambulatoria, pues desde el momento en que debe comparecer un día y hora determinados en sede ministerial, ello supone que ese espacio de su día se encuentre limitado con lo que no puede acudir a otros lugares distintos del señalado o, incluso, no puede trabajar en ese lapso. Este escenario pondría de manifiesto que la solicitud de comparecencia por parte del Ministerio Público representa un acto de molestia en tanto restringe derechos, lo que consecuentemente llevaría al razonamiento siguiente:

Si el artículo 218 del CNPP establece, como así lo hace, que para poder tener acceso a los registros de investigación se debe, entre otras cosas, ser sujeto de un acto de molestia y que se pretenda recabar la entrevista del individuo, entonces el hecho de que el Ministerio Público solicite la comparecencia de una persona, independientemente de que sea citado como —erróneamente— imputado, no es un presupuesto determinante para condicionar su acceso a los registros, pues desde el momento en que individuo acude a sede ministerial como consecuencia de la solicitud de comparecencia, ya está siendo objeto de un acto de molestia, a lo que se añade el hecho de que esa comparecencia se da en el marco de que se pretenderá recabar su entrevista.

En consecuencia, más allá de cuestiones terminológicas relacionadas con el presunto o probable sujeto activo, el acceso a los registros de la investigación, deberían estar garantizados para el indiciado desde el momento en que el Ministerio Público requiere su comparecencia a efectos de rendir su entrevista en relación a ciertos hechos. A pesar de lo explicado, de conformidad con la tesis XVII.1o.P.A.97 P (10a.), la interpretación que se puede realizar respecto del acto de molestia es amplia, pues en dicha resolución se estableció que en el caso de la toma de muestras para realizar un examen, ello no representa un acto de molestia de la persona sometida al procedimiento correspondiente, ya que:

Una medida de inspección, registro o tratamiento sobre la interioridad del cuerpo humano, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirven de fuente o medio de prueba en un proceso judicial, las cuales se sobreponen a la voluntad del individuo cuando se efectúan mediante autorización judicial, porque su finalidad es comprobar o descartar hechos materia de investigación por parte del Ministerio Público, o bien de carga probatoria.

Este razonamiento pone en evidencia, por tanto, que el acto de molestia no es identificado solamente como aquel que implica una restricción de derechos, sino que se deben valorar los fines del acto en sí para poder considerar si, efectivamente, se trata de un acto de molestia como tal o de un acto de investigación. De lo anterior se desprendería que, si bien la solicitud de comparecencia emitida por el Ministerio Público restringe derechos del indiciado, sin embargo ello no es suficiente para considerarlo como un acto de molestia, lo cual lleva al razonamiento último de que a falta de acto de molestia el investigado no tendrá habilitado el tercero de los presupuestos previstos por el artículo 218 del CNPP en relación al acceso a los registros de investigación, esto es, ser sujeto de un acto de molestia y que se pretenda

recabar su entrevista, pues a efectos de interpretación literal de la norma estamos ante una previsión legislativa de tipo copulativa o cumulativa en donde el acto de molestia debe acompañarse de la entrevista y viceversa.

Respecto a la posibilidad de interpretación copulativa de los requisitos que permiten el acceso a los registros de la investigación por parte del indiciado, los tribunales se pronunciaron en la tesis aislada I.10o.P.30 P (10a.) a favor de una interpretación disyuntiva como consecuencia de la revisión de los alcances del principio de igualdad de las partes en el proceso penal, de tal forma que en dicha resolución se estableció que “acorde con este principio, una vez que el imputado se encuentre detenido, sea objeto de un acto de molestia o citado a entrevista por el agente del Ministerio Público, tiene derecho al acceso a los registros de la carpeta de investigación, así como a obtener copias de éstos”.

En virtud de lo anterior, se colige que en esta tesis no se consideran como requisitos habilitantes para el acceso a la carpeta el hecho de que el probable responsable sea objeto de un acto de molestia y que, además, se pretenda recabar su entrevista, sino que se opta por un razonamiento disyuntivo como consecuencia de una interpretación teleológica en la que se “atiende al fin de la norma” la cual busca garantizar los derechos humanos tanto del imputado como de la víctima. Es así que en esta tesis se parte de identificar los requisitos para el acceso a la carpeta como elementos independientes, de modo que ya sea que el probable responsable se encuentre detenido, que sea objeto de un acto de molestia o que se pretenda entrevistar, la simple concurrencia de uno de ellos dará lugar a la posibilidad de que el indiciado tenga acceso a la carpeta de investigación, lo cual es consecuencia de una protección y salvaguarda de su derecho de adecuada defensa.

De igual modo, la tesis I.5o.P.64 P (10a.) se ocupó de analizar pormenorizadamente las situaciones que crea la conjunción copulativa en un escenario como el que se puede encontrar el indiciado a efectos de allegarse de la información contenida en la carpeta de investigación. En este sentido, dicha tesis aislada señala que basta con que se actualice el acto de molestia para poder acceder a los registros de investigación, de tal forma que, a pesar de que en el artículo 218 del CNPP se utilice una fórmula copulativa, el hecho de requerirse el acto de molestia más la entrevista como imputado daría lugar a un estado de indefensión del indiciado. Es así que, como ya quedó señalado líneas arriba, la concurrencia de ambos actos podría generar una investigación que se podría calificar como secreta, en el tenor de que si no se da la acumulación de los dos elementos previamente indicados, el Ministerio Público podría denegar el acceso a la carpeta de investigación.

Con base en lo explicado y atendiendo a la tesis aislada I.5o.P.64 P (10a.), el hecho de denegar al probable responsable el acceso a los registros implica “constreñir al imputado que ha sido objeto de un acto de molestia a esperar hasta que el órgano investigador le haga de su conocimiento que pretende recibir su entrevista para ejercer su derecho de adecuada defensa, lo que lo mantendría en estado de indefensión durante un lapso que quedaría al arbitrio de la autoridad ministerial”. Todo lo anterior representa una vulneración de los derechos humanos del indiciado, así como también supone una afectación al derecho previsto en la fracción VI del artículo 20, apartado B de la CPEUM en virtud de que constitucionalmente se reconoce que al imputado se le deben facilitar todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, por lo que una negativa del Ministerio Público puede considerarse, como ya se ha visto, como una determinación contraria a derecho desde la perspectiva de la aplicación del principio *pro homine* o *pro persona* previsto en el artículo 1o. constitucional en relación con la afectación directa del principio de igualdad procesal y de defensa del indiciado.

A pesar de todo lo mencionado, lo cierto es que las tesis que se han revisado son aisladas, por lo que no se cuenta con un criterio jurisprudencial que habilite o deniegue de forma clara e inequívoca las posibilidades del probable responsable de tener acceso a los registros de la investigación, por lo que se depende del criterio tanto del Ministerio Público como de los órganos judiciales, máxime cuando se tiene en cuenta que, por ejemplo, la tesis I.10o.P.30 P (10a.) en la que se defiende la interpretación disyuntiva de los requisitos es del mes de octubre de 2018, mientras que la tesis XVII.1o.P.A.97 P (10a.), en la que se parte de una interpretación copulativa, data del mes de enero de 2020. En este mismo sentido, la tesis I.9o.P.293 P (10a.) del mes de marzo de 2021 tampoco ayuda a resolver esta controversia en cuanto al acceso del indiciado a los registros de la investigación, ya que si bien en dicha resolución se parece abogar por una interpretación disyuntiva, sin embargo está específicamente referida al supuesto de que al probable responsable se le debe facilitar el número de identificación de la carpeta que se integre en su contra.

Por otra parte, al revisar el artículo 20, apartado B, fracción VI de la CPEUM, se puede observar que el constituyente se decanta por una interpretación más restrictiva, en el sentido de que no considera el acto de molestia como un requisito para que el imputado acceda a la carpeta de investigación. De esta forma, la CPEUM solamente atiende a dos criterios habilitantes: 1) el hecho de que el probable responsable se encuentre detenido, y 2) cuando el indiciado pretenda ser entrevistado.

En todo caso, este análisis respecto a las interpretación de los requisitos que permiten el acceso a los registros de investigación por parte del probable responsable es realmente importante a los efectos del presente artículo, toda vez que si se consideran como requisitos cumulativos, se puede propiciar el escenario perfecto para que el Ministerio Público desarrolle investigaciones secretas de cara al probable responsable, limitando sus opciones de allegarse de información y, con ello, afectando seriamente sus posibilidades de defensa en la audiencia inicial, especialmente cuando el delito que el Ministerio Público impute forme parte del catálogo de delitos previstos en el artículo 19 de la CPEUM.

IV. ¿QUÉ IMPLICA LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA?

La comprensión de la prisión preventiva oficiosa requiere del conocimiento de aquellos delitos que habilitan esta figura, de tal forma que tanto la CPEUM como el CNPP indican en su artículo 19 y 167, respectivamente, que ameritarán prisión preventiva oficiosa los delitos de: abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como delitos graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Las consecuencias jurídicas de esta prisión preventiva oficiosa son múltiples, pues se puede debatir acerca de si, por ejemplo, esta figura es compatible con el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción I de la CPEUM, o si atenta contra la máxima que debería regir en un sistema de justicia penal de un Estado de derecho como es el de investigar para detener en lugar de detener para investigar. Con base en lo anterior, el presente escrito está centrado en tres temas interconectados en relación con la figura de la prisión preventiva oficiosa y de sus efectos: 1) su posible uso como regla y no como excepción; 2) los derechos humanos del imputado, y 3) las políticas penitenciarias.

Por lo que respecta al posible uso de la prisión preventiva oficiosa como una regla general, hay que tener presente que el artículo 19 de la CPEUM señala, expresamente, que la prisión preventiva sólo podrá solicitarse y ordenarse en aquellos casos en los que no resulten suficientes otras medidas cautelares, lo cual se confronta directamente con la previsión del catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, toda vez que de un análisis práctico de los delitos se puede llegar al razonamiento de que la regla que inicialmente debería ser excepcional, en realidad no funciona como tal.

La previsión constitucional de un listado de delitos como es el presentado por el legislador genera serios problemas en la práctica jurídica, pues si bien inicialmente parecería que el abanico manejado por el artículo 19 de la CPEUM está orientado a ciertos delitos muy específicos, sin embargo la realidad es que el uso de la fórmula de los delitos cometidos con medios violentos provoca que aquella primitiva apariencia se traduzca en una posibilidad de aplicación de la prisión preventiva oficiosa como regla general. Para comprender mejor este extremo pensemos en el siguiente ejemplo: el sujeto A se encuentra discutiendo con el sujeto B en un bar de la Ciudad de México. La agresividad en la discusión aumenta progresivamente de tal forma que, en un momento dado, el sujeto A golpea al sujeto B con un vaso que tiene a la mano, de tal forma que, como consecuencia del golpe, el vaso se rompe provocando lesiones que tardan en sanar más de quince días y menos de sesenta. A tenor de la pena prevista para este delito, el artículo 130 del Código Penal para el Distrito Federal —aplicable en la Ciudad de México— establece que el sujeto A sería acreedor a una sanción de seis meses a dos años de prisión, por lo que no estamos ante un delito grave, no obstante, a la hora de la formulación de imputación, el Ministerio Público podrá argumentar que se trata de un delito que amerita prisión preventiva oficiosa toda vez que se empleó un medio violento para la comisión del delito como fue el golpe con un vaso. Partiendo del ejemplo expuesto, la regla prevista constitucionalmente, reproducida en los mismos términos en el CNPP, supone que, a pesar de estar ante delitos con penas de prisión mínimas, se puede activar la prisión preventiva oficiosa.

En aras de abundar en lo anteriormente presentado pensemos en otro ejemplo más banal con el que se puede evidenciar el problema de la prisión preventiva oficiosa en la práctica jurídica: el sujeto C, residente en la Ciudad de México y propietario de un automóvil a escala cuyo valor es de tres mil pesos, comparte departamento con el sujeto D. Un día de julio de 2021, como consecuencia de ciertas desavenencias, el sujeto D agarra un martillo y golpea el automóvil en miniatura del sujeto C, provocándole un deterioro.

El sujeto C acude a una tienda de modelismo para evaluar la posibilidad de reparar el automóvil, de tal forma que en el local le comentan que se puede arreglar pero que costará mil ochocientos pesos.

En virtud de las circunstancias del caso, el daño producido por el sujeto D supera veinte veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA) prevista para 2021, por lo que, a la hora de que el Ministerio Público formulase imputación —siempre y cuando, claro está, no haga uso de los criterios de oportunidad previstos en el artículo 256 CNPP o de las causales de sobreseimiento del 327 CNPP, así como las partes no lleguen a un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del proceso— podría hacer valer que estamos ante un delito de daño a la propiedad, del artículo 239, fracción II, del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que el sujeto D se expondría a una pena de seis meses a dos años de prisión considerando el valor del daño producido. En esta tesitura el delito no es grave, así como la pena del sujeto D ameritaría una sanción privativa de libertad mínima, sin embargo, la circunstancia de que éste se valiera de un martillo para asestar el golpe y, con ello, producir el daño, puede ser perfectamente encuadrable en un delito cometido con medio violento. Es así que, considerando las características del supuesto hipotético presentado, el sujeto D podría ser sometido a prisión preventiva oficiosa a pesar de que la conducta realizada no da lugar a un delito grave. En este caso hipotético, la lógica dictaría que no se debería recurrir a la figura de la prisión preventiva oficiosa dada la desproporcionalidad que puede provocar pues, como se verá más adelante, la prisión preventiva implica una anticipación de la pena, la cual, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 84 y siguientes del Código Penal para el Distrito Federal, puede ser incluso sustituida.

V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN UN ESCENARIO QUE PERMITE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Como se ha podido ver hasta el momento, la prisión preventiva oficiosa es una figura problemática que muestra múltiples aristas tanto en lo que supone el proceso penal en sí, como en relación con la afectación de derechos del indiciado. En este sentido, para analizar esa intromisión de la prisión preventiva oficiosa en la esfera jurídica del gobernado es preciso iniciar su análisis en este punto a partir de la consideración del principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 13 del CNPP, el cual no solamente es un principio, sino que, como señala Ferrajoli, ésta tiene una triple vertiente, toda vez que se configura como garantía, libertad y verdad. Asimismo, se entiende como un

derecho humano toda vez que se encuentra reconocida en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La presunción de inocencia supone, como ya es sabido, que toda persona debe ser tratada y considerada como inocente en todas las etapas del procedimiento hasta en tanto no se declare o establezca legalmente su culpabilidad. La terminología utilizada para determinar el alcance de la presunción de inocencia no es caprichosa pues, en primer lugar, el artículo 13 del CNPP señala expresamente la necesidad de declaración de responsabilidad mediante sentencia firme, mientras que el artículo 11 de la Declaración alude a probar culpabilidad y el artículo 8.2 indica la necesidad de que se establezca legalmente su culpabilidad. Partiendo de estos términos, es fundamental recordar que, en el proceso penal acusatorio oral vigente en México, la prueba se debe desahogar ante el Tribunal de Enjuiciamiento, lo que supone que estemos ante la etapa de juicio oral. Debido a ello, será ese tercer momento procesal el oportuno para poder determinar la culpabilidad del sujeto a través de la sentencia. Siendo esto así, el hecho de que desde momentos tempranos, concretamente, desde la etapa inicial, se pueda imponer una medida privativa de libertad al indiciado, tal como es la prisión preventiva oficiosa, representa una clara vulneración de la presunción de inocencia del probable responsable, haciendo que se anticipe su pena a pesar de ni siquiera haberse emitido la sentencia de culpabilidad.

A este respecto, Beccaria ya indicaba en su famosa obra *De los delitos y de las penas* que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”; planteamiento que ha sido refrendado por otros autores como, por ejemplo, Ricardo Matías Pinto, quien explica que “la detención de una persona sin condena que declare su culpabilidad constituye una gravísima afectación al estado de inocencia y la libertad ambulatoria de las personas”, de tal forma que dicho autor indica que “debe ser interpretada como medida excepcional y solo puede ser utilizada a los fines del proceso”.

Ahora bien, llegados a este punto es preciso distinguir qué se puede entender por esos fines del proceso a los que alude Pinto como circunstancia que permite la utilización de la prisión preventiva, para lo cual resulta de mucha utilidad apoyarse en la brillante explicación de Perfecto Andrés Ibáñez, citando a Vittorio Grevi, a la hora de distinguir las diferentes perspectivas de la prisión preventiva. Ibáñez recuerda que la prisión preventiva puede revestir la función de prisión provisional y de prevención especial, lo

que se traduce en que la prisión preventiva “responde a una finalidad de prevención de la realización de otros delitos por parte del imputado y, al mismo tiempo, desempeña también una función ejemplificadora”, no obstante, esta conceptualización implica, igualmente, tener que partir de una “presunción de culpabilidad”, pues si bien la prisión preventiva puede tener un fin de protección *ex ante* respecto de la comisión de otros delitos por parte del indiciado, esa consideración preventiva implica, simultáneamente, la calificación de prejuzgamiento del indiciado como culpable toda vez que no se puede justificar una intervención previa para que el sujeto no delinca nuevamente sin realizar un juicio de reproche igualmente previo respecto de ese individuo.

Además, la prisión preventiva debe ser un instrumento excepcional para asegurar el desarrollo del procedimiento, para lo cual basta recordar el catálogo de medidas cautelares previsto en el artículo 155 del CNPP donde existen, nada más y nada menos que trece medidas menos gravosas que la prisión y que, del mismo modo, facilitan el desarrollo del procedimiento con finalidades preventivas respecto de una posible reincidencia del indiciado. De este modo, el hecho de justificar la prisión preventiva como elemento que asegura el adecuado desarrollo del proceso decae ante la posibilidad de implementar otra serie de medidas, máxime cuando la prisión preventiva debe ser excepcional.

En atención a todo lo explicado, pierde aún más fuerza la idoneidad no solo de plantear la prisión preventiva, sino también la viabilidad de preverla en la propia Constitución como es el caso del artículo 19 de la carta magna, pues si bien sería constitucional debido a que se encuentra reconocida por ésta, sin embargo es una figura inconventional al confrontar directamente instrumentos internacionales como las ya mencionadas Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Aunado a ello, la circunstancia de que la CPEUM establezca la prisión preventiva oficiosa como regla en lugar de excepción ante ciertos delitos ahonda en la falta de adecuación de esta figura con la realidad jurídica de los derechos humanos, lo cual ya comienza a evidenciarse desde el momento en que el Pleno de la SCJN, como consecuencia de las acciones de inconstitucionalidad 136/2016 y 130/2019 ha declarado inconventional la prisión preventiva oficiosa para los casos de defraudación fiscal y su equiparable, así como compra y venta de facturas falsas, toda vez que no se deben catalogar como delitos contra la seguridad nacional, haciendo de la prisión preventiva una medida desproporcionada.

Con base en todo lo explicado, la prisión preventiva oficiosa supone una vulneración del principio, derecho y valor de considerar y tratar a toda persona como inocente hasta que se emita una sentencia declarando la culpabilidad del sujeto, lo cual, en el caso de México, se produce en la etapa del juicio oral. Privar de la libertad a un individuo como consecuencia de una formulación de imputación que se basa en datos de prueba que, en etapas posteriores del procedimiento podrán ser viables o no, representa una gran problemática que despliega sus consecuencias en el ámbito de los derechos humanos pero, también, en las políticas a desarrollar por parte del Estado. El hecho de que el Estado habilite la figura de la prisión preventiva oficiosa como un instrumento más generalizado que de forma excepcional, pone de manifiesto lo explicado por Michel Foucault al señalar que existe un comportamiento del poder que pretende “invadir dominios cada vez más amplios, como si tendieran a cubrir el cuerpo social entero”, pero que, en realidad, se tratan de actos torticeros que no tienen esa finalidad mostrada a la colectividad.

La prisión preventiva oficiosa en relación con la presunción de inocencia implica una vulneración de derechos, al igual que supone una afectación al mandato de todo Estado de derecho de investigar para detener en lugar de detener para investigar, y es que desde el punto de vista procesal privar de la libertad a un sujeto para continuar una investigación en su vertiente complementaria no hace más que revelar que la prisión preventiva oficiosa se utiliza, a efectos prácticos, como una pena anticipada, así como un elemento de coacción y sumisión del indiciado y de escarmiento respecto de otros individuos, pues su justificación como medida de cautela para garantizar el desarrollo del procedimiento claudica desde el momento en que el artículo 155 del CNPP prevé toda una serie de posibilidades diferentes a la prisión y que, sin embargo, permiten esa prevención respecto de las conductas que pueda llegar a desarrollar el probable responsable.

VI. LA INCIDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN LA POLÍTICA PENITENCIARIA MEXICANA

Al igual que sucede con la presunción de inocencia, la prisión preventiva oficiosa representa importantes afectaciones a principios no sólo del proceso penal sino también de las políticas penitenciarias, creando —o cuando menos contribuyendo a— un sistema en el que las intenciones teóricas del legislador se quedan en mero papel mojado ante la problemática de la realidad, la cual, con la prisión preventiva oficiosa, lamentablemente, se consolida y robustece.

Respecto a estas políticas penitenciarias, es dable destacar que estas se encuentran presididas por una serie de principios que guían su actuar. Entre los principios que rigen el sistema penitenciario, los cuales están plasmados en el artículo 4o. de la Ley Nacional de Ejecución Penal, se encuentran, entre otros, los de dignidad, debido proceso y reinserción social; principios todos ellos que es fundamental destacar a efectos del presente escrito.

Por lo que corresponde al principio de dignidad, implica que ninguna persona debe ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado ni de otros particulares, toda vez que “la dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado”, lo que supone que el privado de libertad tiene el derecho a disfrutar de una seguridad en el centro. El análisis de este principio vinculado con la prisión preventiva oficiosa es absolutamente necesario, pues desde el primer momento se puso de manifiesto que existen centros penitenciarios en México cuyo índice de sobrepoblación reclusa es alarmante. Tal es el caso de los datos obtenidos en el Estado de México, Durango, Morelos y Nayarit, con los cuales abrimos este capítulo y que revelan una realidad muy preocupante en cuanto a capacidad e incidencia delictiva en nuestro país.

Este escenario pone de relieve, igualmente, la incidencia perjudicial de la prisión preventiva oficiosa en las instituciones penitenciarias mexicanas, toda vez que el hecho de prever y aplicar una medida como es la prisión preventiva implica, en primer término y como dicta la lógica, que desde el momento en que un juez de control hace uso de este mecanismo, un individuo sea conducido al centro de reclusión, con lo que se aumenta el problema de la sobrepoblación, lo que a su vez provoca, en segundo término, la vulneración del principio de dignidad del sistema penitenciario. Esta afirmación viene dada por el hecho de que un centro penitenciario que no cuenta con suficiente capacidad para atender a todos sus reclusos proveyendo algo tan básico como un espacio físico mínimamente adecuado, es un centro que no solamente es incapaz de garantizar un respeto incondicionado del preso, sino que además facilita y promueve la vulneración de la dignidad de aquél.

La sobrepoblación de reclusos da lugar, por tanto, a toda una serie de situaciones que revelan que el principio de la dignidad, como tal, no sea respetado pues al hecho de la ausencia de un espacio adecuado para los reclusos hay que añadir la incapacidad del centro para administrar a toda su población, lo cual va a repercutir en la falta de acceso a servicios básicos en tiempo y forma, como la disponibilidad de alimento, la atención de ser-

vicios médicos o contar con una higiene correcta dada la carencia de instalaciones que puedan abarcar la sobredemanda. Aunado a ello, tampoco puede garantizar la seguridad del individuo, pues la elevada cantidad de población reclusa a la que debe controlar y vigilar hace que, en la práctica, no pueda ser asumida por los trabajadores del centro, con lo que el clima de peligrosidad se ve aumentado exponencialmente, máxime cuando, como se explicará más adelante, en las instituciones penitenciarias mexicanas no se cuenta con un sistema de clasificación efectiva de los presos que hace que puedan compartir el mismo espacio un delincuente ya declarado así mediante sentencia firme y un sujeto sometido a prisión preventiva que, hasta el momento, no ha sido sentenciado. Así pues, la prisión preventiva oficiosa es tan criticable a la hora de concebir su idoneidad en el proceso como al momento de revisar su incidencia en la realidad penitenciaria, pues contribuye a agravar un ya de por sí fuerte problema como es el exceso de población de reclusos en los centros penitenciarios con todo lo que ello conlleva.

De igual forma, hay que considerar el principio del debido proceso en materia penitenciaria en aras de continuar con el análisis de los efectos de la prisión preventiva oficiosa en México. Este principio se traduce, en el ámbito penitenciario, en que las personas sujetas a una medida penal pueden ejercer sus derechos, de conformidad con los principios internacionales en materia de derechos humanos, por lo que se deben respetar, en todo momento, derechos tales como no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes; a no ser preso de manera arbitraria; a que se presuma su inocencia hasta que se muestre su culpabilidad; o la ya previamente citada seguridad de su persona. En este sentido penitenciario, la proyección del principio del debido proceso implica una muy importante garantía teórica del recluso respecto a situaciones que, en la práctica, evidencian una realidad muy diferente a la prevista por el legislador.

Como venimos señalando, el problema del exceso de la población privada de su libertad se ve potenciado por la posibilidad de sobrecargar, aún más, el sistema penitenciario mexicano a través del uso de la prisión preventiva oficiosa. Es así que, partiendo de esa premisa, el trato inhumano o degradante se da desde el primer momento, pues es básico tener presente que este tipo de tratos no solamente surgen como consecuencia de golpes, insultos, amenazas o cualquier otro tipo de conductas que dañen o pongan en peligro bienes jurídicos tales como la integridad física, la paz o la seguridad de las personas, sino también tiene lugar como resultado de una falta de condiciones decentes en la estancia dentro del centro. Las ya señaladas faltas de espacio físico adecuado, insuficientes instalaciones y carencia de

insumos suponen, también, tratos degradantes e inhumanos toda vez que el recluso no cuenta con las condiciones mínimas para su vida en prisión.

Llegados a este punto, resulta imprescindible realizar una matización a efectos de discernir los alcances del trato inhumano o degradante, ya que la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes no presenta una definición clara y unívoca de lo que se debe entender por tales tipos de tratos, sin embargo, a la luz de su artículo 29 parece que el trato inhumano o degradante parte de la conjunción de dos requisitos, a saber:

- 1) se realice como medio intimidatorio, como castigo o por motivos basados en discriminación, y
- 2) vejar, maltratar, degradar, insultar o humillar a una persona.

En este tenor, la interpretación de los tratos inhumanos y degradantes de conformidad con la legislación mexicana tendría que encontrarse presidida por un fin, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece no considerar esta finalidad del trato como requisito *sine qua non* para concebirlo como degradante o inhumano. Para efectos de lo anterior, se puede señalar el caso *Castillo Páez vs. Perú*, en el cual la Corte determinó, en el punto 66 de su sentencia del 03 de noviembre de 1997 que:

...el señor Castillo Páez, después de ser detenido por agentes de la Policía fue introducido en la maletera del vehículo oficial... Lo anterior constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

En este caso, la Corte alude al artículo 5o. de la Convención, sin embargo, dicho precepto no proporciona una definición de lo que se debe entender por trato inhumano o degradante, por lo que el espectro interpretativo puede llegar a ampliarse. Tanto es así que la propia Corte, en su sentencia de 18 de agosto de 2000 por la que se resuelve el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* ya indicó que la consideración de los actos puede modificarse con el tiempo, de tal forma que “ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente”.

Como resultado de este planteamiento, no estamos ante una concepción cerrada de lo que es el trato inhumano o degradante, sino que debe

entenderse de una perspectiva lo suficientemente amplia con la cual se pueda corroborar que los derechos del individuo son respetados. Siendo esto así, el respeto a la dignidad humana no solamente se reduce a garantizar que el sujeto no sea agredido física o verbalmente, sino que también implicaría, en el caso penitenciario, proporcionarle los mínimos necesarios para su estancia en el centro. Desde esta perspectiva, el principio de dignidad se encuentra vulnerado desde el momento mismo en que el recluso no dispone de un espacio decente y suficiente. En este sentido, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante CNDH) estableció en su Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los Centros de Reclusión de Baja Capacidad instalada en la República Mexicana que se deben seguir unos criterios básicos para la vida en prisión, los cuales están constituidos por los siguientes:

- 1) Un recluso, una cama.
- 2) Dormitorios que permitan el ingreso de luz natural, aire fresco y ventilación.
- 3) Regímenes carcelarios que permitan un mínimo de 8 horas fuera de la celda (dependiendo del régimen en el que se encuentre el preso).
- 4) Posibilidades de hacer ejercicio físico.
- 5) Derecho y posibilidades de participar en actividades recreativas que promuevan el bienestar físico y mental.
- 6) Espacios físicos donde exista la higiene.
- 7) Acceso a atención sanitaria.
- 8) Espacios físicos que garanticen los vínculos familiares.
- 9) Dieta alimenticia balanceada.
- 10) Comedores y cocinas higiénicas.
- 11) Especial atención a mujeres en reclusión, así como a las hijas e hijos que convivan con ellas.
- 12) Atención y clasificación para personas en condiciones de vulnerabilidad.
- 13) Respeto a las características socioculturales de las personas privadas de libertad.

Con base en lo expuesto, la sobrepoblación en los centros penitenciarios, a la cual ayuda la prisión preventiva (tanto oficiosa como justificada) hace de esta figura una herramienta inconvencional que a corto plazo facilita la creación de un escenario de incapacidad de los centros penitenciarios para recibir y cubrir las necesidades básicas de las personas privadas de su libertad, garantizando su derecho a la dignidad.

Por último, y como consecuencia inmediata de lo anterior, la prisión preventiva oficiosa también implica una vulneración del principio de reinserción social en materia penitenciaria, toda vez que este principio comprende la restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida, sin embargo esa reinserción tiene que estar presidida por el respeto a los derechos humanos del preso y por la conceptualización de la pena como humanitaria, de tal modo que dicha sanción no sea inhumana, degradante, cruel o infamante. En esta tesitura, la afectación viene dada por dos cuestiones principales, a saber:

- 1) La prisión preventiva facilita la sobrepoblación en los centros penitenciarios, lo que directamente se traduce en una vulneración práctica de los derechos humanos del preso al no poder disponer de las condiciones mínimas dignas que fueron mencionadas algunas líneas arriba, convirtiendo a la población reclusa en una carga para la familia.
- 2) La prisión preventiva representa una anticipación de la pena, pues desde un momento inicial del proceso es impuesta sin tener la certeza de que, efectivamente, ese sujeto fue el que participó en la comisión del delito, lo que hace que la prisión preventiva se traduzca en una pena inhumana, degradante e infamante dadas las condiciones del individuo dentro del centro penitenciario en el que, como ya se mencionó, no se cuentan con los elementos que garanticen su vida digna en reclusión como resultado de la sobrepoblación carcelaria.

En todo caso, un sistema garantista —como es el que se pretendió configurar en México a partir de la implementación del modelo procesal penal de corte acusatorio— debe considerar la pena siguiendo la teoría relativa, es decir, conceptualizando la pena como una sanción impuesta para alcanzar una utilidad social de prevención de nuevos delitos como consecuencia de su efecto intimidador para la colectividad, así como de reinserción social, pero no crear o hacer uso de mecanismos procesales que permitan una anticipación de esa pena como es la prisión preventiva oficiosa, ya que ello implica un prejuzgamiento que, además, se convierte en regla general desde el momento en que se prevé para los casos de imputación de un catálogo de delitos excesivamente amplio en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 de la CPEUM.

Por último, para comprender el espectro problemático que supone la prisión preventiva oficiosa, hay que tener en cuenta que en el sistema penitenciario mexicano no existe un sistema de clasificación efectiva de los pre-

sos, lo que tiene como consecuencia que no se separen los procesados de los sentenciados ni tampoco los condenados por delitos graves de los que ingresan por delitos de gravedad mínima. Esta situación representa, por tanto, un elemento de peligrosidad que también debe ser considerado a la hora de analizar las consecuencias de la prisión preventiva oficiosa, las cuales no solamente se reducen a un ánimo preventivo que garantice el adecuado desarrollo del proceso penal como pretende justificar el legislador, sino que también presentan realidades prácticas mucho más complejas que desplieguen sus efectos en otros ámbitos del proceso penal y de la realidad jurídica del privado de libertad.

VII. EL AUMENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA EN 2021 Y EL COSTO ECONÓMICO DEL PRESO EN MÉXICO

Como ya se ha explicado, la prisión preventiva oficiosa es una medida que ordena el Juez de control de forma automática, como consecuencia de la imputación realizada por el Ministerio Público, atribuyendo al probable responsable la participación en alguno de los delitos previstos en los artículos 19 de la CPEUM y 167 del CNPP. Con base en lo anterior, la consecuencia jurídica de la adopción de esta medida a partir de las reformas constitucionales del 14 de julio de 2011 y del 12 de abril de 2019, la cual es importante precisar que no es una facultad del juez sino que es una obligación, no es otra que el imputado ingrese en el centro penitenciario que se señale al efecto, convirtiendo a esta medida en una pena anticipada. Ahora bien, llegados aquí es fundamental considerar dos aspectos:

- 1) La prisión es para los condenados: el ingreso en prisión implica que, como consecuencia de la deficiente estructura organizativa del centro, se entremezclen perfiles muy diferentes de infractores, uniendo en mismos espacios a los sometidos a prisión preventiva con condenados por sentencia firme; autores de delitos de graves; o de naturaleza sexual. Esta situación vulnera el principio de presunción de inocencia, pues los sujetos a prisión preventiva no son personas condenadas, por lo que no deben ser retenidos en un lugar donde el criterio es el de recluir a personas culpables sentenciadas a penas de prisión.
- 2) El hacinamiento en las prisiones va en aumento: a este respecto, caben destacarse los datos del Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2021, actualizado al 27 de octubre de 2021,

en los que se ponen de manifiesto que “comparado con 2019, al cierre de 2020 el total de espacios [camas útiles] en los centros penitenciarios federales y estatales disminuyó un 3.6%”, lo que evidencia aún más el problema de las condiciones en los centros penitenciarios mexicanos.

Derivado de estos dos elementos, el problema que surge a partir de la imposición por mandato legal de que, ante ciertos delitos se determine oficiosamente la prisión preventiva, tiene una composición poliédrica, es decir, no es solamente que el sujeto ingrese en el centro penitenciario aumentando la sobrepoblación, sino que además, como consecuencia de esa sobrepoblación, no se puede lograr una reeducación ni reinserción social, toda vez que las condiciones que tiene en prisión el presunto sujeto activo no son dignas, seguras, humanas ni salubres, lo que finalmente repercute en la seguridad o control social como consecuencia tanto de una falta de reinserción como por el desarrollo en el preso de conductas agresivas durante su estancia en el centro penitenciario.

Adicionalmente es preciso recordar que la prisión preventiva es una medida que, como mandato inicial, debe ser considerada de carácter excepcional (así se reconoce de forma expresa en el artículo 19 del CNPP al señalar que la prisión preventiva sólo podrá solicitarse cuando otras medidas no resulten suficientes para garantizar la comparecencia del indiciado en el juicio); sin embargo, al abordar la figura de la prisión preventiva oficiosa, el hecho de establecer tanto en la CPEUM como en el CNPP que ante la imputación por determinados delitos, se ordene esa prisión preventiva el carácter excepcional se encuentra desvirtuado, haciendo que la inicial excepcionalidad se convierta en regla de actuación procesal. Sobre ello se ha pronunciado, también, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en sus Observaciones de la ONU-DH sobre la Regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa, OACNUDH/REP243/2018, donde tras realizar un examen de esta medida, concluye que:

...la prisión preventiva oficiosa es una figura incompatible e irreconciliable con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia es contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, trastoca la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso, al tiempo que compromete otros derechos básicos como el relativo a la integridad personal.

Abonando a lo explicado, es importante recordar que el artículo 155 del CNPP reconoce todo un catálogo de medidas cautelares susceptibles de imposición, mismas que se encuentran ordenadas mediante un sistema de menos a más gravosas respecto a la afectación de la esfera jurídica del imputado. Considerando esto, la prisión preventiva oficiosa se configura, por tanto, como una medida privativa de libertad que se añade a la también existente prisión preventiva justificada, por lo que las posibilidades de solicitar el internamiento del probable responsable aumenta con los consecuentes efectos ya vistos en, por ejemplo, el aumento de la cantidad de población penitenciaria. En este sentido, el Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales de 2021 revela que, en comparación con 2019, en 2020 “se registró un aumento de 6.2%”, para lo cual hay que tener presente que, en este caso, no se está hablando de personas condenadas, es decir, que ya cuenten con sentencia, sino que dentro de este aumento se encuentran, también, aquellas personas privadas de su libertad como consecuencia de la determinación de la prisión preventiva; tanto es así que en el mismo Censo Nacional se especifica que, en comparación con 2019, la cifra de personas sin sentencia que se encuentran privadas de la libertad aumentó un 21.5% en 2020.

Los resultados de esta situación, más allá de aspectos jurídicos procesales y de vulneración de derechos humanos y principios nacional e internacionalmente reconocidos, se traducen, también, en el ámbito económico. Según los datos proporcionados por la secretaria de Seguridad y Protección Ciudadana, Rosa Icela Rodríguez Velázquez, el costo diario por preso en centros penitenciarios privados es de 3,819 pesos, mientras que penales manejados, por ejemplo, por el Gobierno de la Ciudad de México es de 500 pesos diarios por preso. En todo caso, ya sea que estemos ante la cantidad de más de tres mil o la de quinientos pesos, la reclusión del imputado representa un gasto que puede ser evitado atendiendo tanto a la teórica excepcionalidad de la prisión preventiva como a la afectación a los derechos humanos del privado de su libertad como consecuencia de la aplicación de esta controversial figura.

VIII. CONCLUSIONES

La prisión preventiva oficiosa, como se ha podido ver, es una medida que, bajo el manto de una pretendida legalidad y de una garantía preservadora del proceso penal, provoca vulneraciones reales de los derechos humanos del individuo al mismo tiempo que afecta principios procesales y de la política

penitenciaria. Foucault señala que, históricamente, los Estados han utilizado “pequeños ardides dotados de un gran poder de difusión, acondicionamientos sutiles, de apariencia inocente, pero en extremo sospechosos, dispositivos que obedecen a inconfesables economías, o que persiguen coerciones sin grandeza” los cuales el mismo autor afirma que son “los que han provocado la mutación del régimen punitivo en el umbral de la época contemporánea”. Estos ardides se pueden visualizar, con claridad, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, la cual pone de relieve una preocupante realidad a la hora de entender el fenómeno criminológico por parte del legislador, quien lejos de adoptar políticas realmente preventivas ante la comisión del delito, se centra en prever penas altas para los diferentes delitos a modo de herramienta amenazante, así como en establecer medidas que se asientan más en un populismo legislativo y punitivo que en una eficacia jurídica real.

Esta práctica, que ni mucho menos es exclusiva de México, representa, como bien explican Antón Mellón, Álvarez y Rothstein “el uso del derecho penal que realizan los gobernantes con el fin de obtener ganancias electorales, asumiendo política y acríticamente que el agravamiento e incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad”. Es así que el poder legislativo, desde el momento en que prevé la prisión preventiva oficiosa para un catálogo demasiado amplio de delitos, considera la privación de la libertad como la medida adecuada ante aquellos sujetos que Becker denominaría como *outsiders*, en los que están presentes la desviación, entendiéndose por esta todo aquello que varía demasiado del comportamiento promedio y que, como señala Sancho, “depende de la existencia de normas y de la reacción social frente a la violación de las mismas”. Asimismo, el hecho de la aplicación de la prisión tanto para sentenciados como para imputados revela una realidad en la que el derecho penal mínimo no existe toda vez que éste es invocado en su máxima expresión con la prisión desde momentos iniciales del proceso, de tal forma que, en ese ánimo de crear un escenario de rigurosidad y firmeza en la reacción frente a hechos delictuosos, el legislador y la sociedad parecen contentarse con enviar al imputado a prisión, la cual es calificada por Ferri como “una escuela donde se perfeccionará en el arte del delito”.

La realidad mexicana en la que se ponen sobre la mesa problemas de hacinamiento en los penales, con las consecuentes problemáticas que acontecen al interior del centro penitenciario, no permite hacer viable a efectos prácticos la imposición de medidas como la prisión preventiva oficiosa, máxime cuando existen otra serie de posibilidades como las previstas en el propio artículo 155 del CNPP, tales como la presentación periódica ante

el juez, que permite la vigilancia del imputado sin afectar en exceso su esfera jurídica, o el sometimiento a pautas de comportamiento como la prohibición de acudir a ciertos lugares e, incluso, la colocación de localizadores electrónicos, que habilitan tanto una presencia del imputado en juicio como un adecuado desarrollo del proceso penal.

En consecuencia, la confluencia de la prisión preventiva oficiosa, los principios penitenciarios, los derechos humanos del preso y las altas tasas de sobrepoblación dan lugar a considerar a la prisión preventiva oficiosa como una medida que, lejos de ser una medida procesal oportuna y de lograr una política penitenciaria efectiva, provoca vulneraciones de derechos humanos así como problemas de sobrepoblación carcelaria, lo que simultáneamente implica que se violenten derechos del preso al encontrarse en condiciones que atentan contra su dignidad, seguridad y su derecho a no ser sometido a tratos degradantes o inhumanos sin haber sido sentenciado.

Todo lo anterior hace de la figura de la prisión preventiva oficiosa una medida inconveniente reconocida constitucionalmente que debe ser eliminada ya que vulnera los derechos humanos del imputado a la libertad personal y seguridad, el debido proceso y la integridad personal, lo que restringe una completa transición hacia un sistema acusatorio al contener elementos más propios de un sistema inquisitivo e impide la debida aplicación del principio de presunción de inocencia, provocando graves violaciones sistemáticas y estructurales a los derechos humanos ante las que el sistema judicial no puede reaccionar de una forma adecuada.

Los derechos humanos deben fungir como un límite al poder punitivo del Estado que se traduce en figuras como la prisión preventiva oficiosa, la cual pone de manifiesto, desde diferentes perspectivas, no solamente su inviabilidad práctica, sino también su naturaleza de medida transgresora de derechos que pretende ser justificada con base en argumentos desvirtuados relacionados con la prevención del delito.

IX. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. *Bibliografía*

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio*, México, Hèbo Instituto, 2017.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1968.

- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015.
- BECKER, Howard, *Outsiders—Defining deviance*, Estados Unidos, Free Press, 1963.
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, México, Porrúa, 2011.
- CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *El drama penal*, México, Porrúa, 2015.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, “Prólogo”, en MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel y SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*, 1ª edición, México, UNAM, 2012.
- DUCE, Mauricio y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina, en FRÜHLING, Hugo, *Crimen y violencia en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, México, Siglo XXI editores, 2015.
- ESCUADERO, José Antonio, *Estudios sobre La Inquisición*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6a. edición, Madrid, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2009.
- FERRI, Enrico, *Sociología Criminal*, Madrid, Editorial Góngora, 1907.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo XXI editores, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Seguridad y justicia: plan nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Derecho Procesal Penal. Materiales para el estudio*, Universidad Complutense de Madrid, España, 2021.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Tomo II. Sistemas jurídicos contemporáneos, derecho comparado, temas diversos*, México, UNAM, 2006.

- IPPOLITO, Darío, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Madrid, Trotta, 2018.
- LEÓN FERNÁNDEZ, Marco Antonio, *Violaciones a los derechos humanos del imputado en la etapa de investigación*, México, Colección CNDH, 2016.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos y las prisiones. Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*, Nueva York y Ginebra, 2004.
- OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ONU-DH), *Observaciones de la ONU-DH sobre la Regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa*, noviembre, México, 2018.
- PÉREZ DE LA ROSA, Liliana, El principio de presunción de inocencia, en ÁLVAREZ LEÓN, José Antonio, *Tópicos de política criminal*, México, UNAM, 2019.
- PESSOA, Nelson, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, Argentina, Hammurabi José Luis de Palma Editor, 1992.
- PONCE VILLA, Mariela, *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- SILVA GARCÍA, Fernando (coord.), *Presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2018.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, y BEAUMONT, Gustave de, *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*, España, Tecnos, 2005.
- VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, La interpretación de la ley penal, en Varios, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez, tomo I*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

2. Hemerografía

- ÁLVAREZ LEÓN, José Antonio, “Construcción de la imagen de la seguridad o control social multidimensional”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, núm. 5, 2016.
- ANTÓN MELLÓN, Juan, Álvarez, Gemma y ROTHSTEIN, Pedro, “Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 43, marzo de 2017.
- APARISI MIRALLES, Ángela, “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de bioética*, núm. XXIV, 2013.

- CASSEL, Douglas, “El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva”, *Revista IIDH*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 21, enero-junio de 1995.
- COCA MUÑOZ, José Luis, “El sistema penitenciario mexicano: a un paso del colapso”, *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, núm. 19, 2007.
- DEI VECCHI, Diego, “Prisión preventiva justificada vs prisión preventiva oficiosa: una curiosa distinción”, en ROVATTI, Pablo, *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95, mayo-agosto de 1999.
- GUILLÉN LÓPEZ, Raúl, “Conceptos procesales en el ámbito penal: datos de prueba, medios de prueba y prueba (implicaciones en el campo forense)”, *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, México, año V, núm. 19, mayo de 2017.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, núm. 13, 1997.
- LIRAS PESCADOR, Carmen Alba, “¿Es posible la reinserción social de los penados?”, *La razón histórica. Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas*, núm. 39, 2018.
- MANZANERA RODRÍGUEZ, Luis, “Prisión preventiva: aspectos criminológicos”, *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, año 3, núm. 9, julio-septiembre de 2019.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther, “La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español”, *Revista de Estudios Socioeducativos*, núm. 7, 2019.
- OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, “Prisión preventiva en el procedimiento acusatorio oral”, *Revista Criminalia*, vol. 86, núm. 1, enero-abril de 2019.
- PINTO, Ricardo Matías, “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007.
- POLANCO BRAGA, Elías, “El nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Revista Cultura Jurídica*, núm. 4, diciembre 2010-febrero 2011, México.
- SANCHO, María Dolores, “Sociología de la desviación: Howard Becker y la teoría interaccionista de la desviación”, *Revista del Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social*, vol. 7, núm. 12, julio-diciembre de 2014.

3. Estadística

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los Centros de Reclusión de Baja Capacidad instalada en la República Mexicana*, México, 2017.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Uso excesivo de la pena de prisión y hacinamiento penitenciario*, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/RuleOfLaw/OverIncarceration/CNDH_Mexico.pdf.

GOBIERNO DE MÉXICO, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 13 de enero de 2021*, disponible en: <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-13-de-enero-de-2021?idiom=es>, consultado el 28 de octubre de 2021.

INEGI, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2021*, actualizado al 27 de octubre de 2021, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnsipee/2021/doc/cnsipee_2021_resultados.pdf, consultado el 30 de octubre de 2021.

SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA, *Incidencia Delictiva del Fuero Común 2021. Instrumento para el Registro, Clasificación y Reporte de Delitos y de las Víctimas CNSP/38/15*, octubre, 2021, disponible en: <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia>, consultado el 30 de octubre de 2021.

SECRETARÍA DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN CIUDADANA, *Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional*, septiembre de 2021, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/679288/CE_2021_09.pdf, consultado el 25 de octubre de 2021.

LOS DERECHOS COMO LÍMITES AL PODER. POLÍTICA CRIMINAL Y PODER, UNA MIRADA SOBRE LA MIGRACIÓN EN MÉXICO

José Antonio ÁLVAREZ LEÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Política criminal y poder frente al migrante*. III. *Conflictos locales y prevención*. IV. *Política de reconversión. Poder simulado*. V. *Políticas positivas y derechos*. VI. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca poner de relieve las decisiones de uso del poder punitivo de los Estados y sus encause en las formas del control penal formal respecto de un tema poco visto desde esa perspectiva, la inmigración.¹ La idea central es describir bajo algunas reflexiones teóricas la lucha constante en la cual se enfrentan el Estado de Derecho con la misión integradora, progresista y protectora de los derechos humanos ante la simulación legal de uso punitivo o las instituciones penales respecto de los migrantes, en general y con puntual referencia al caso México.

Se trata de visualizar cómo el tratamiento del migrante es ubicado en las agendas del control punitivo sin ser reconocido bajo este rubro como tal, pero que necesariamente se da cuenta de él en la preparación de estructuras de dirección de los Estados de derecho.

Se buscará advertir de la importancia de hacer valer los derechos humanos y su respeto irrestricto como una forma preventiva a otros conflictos surgidos entre los locales y las fuerzas represoras institucionalizadas con los migrantes.

* Profesor e investigador en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. Adscrito al Programa de Derecho y Política Criminal.

¹ Personas que van de un país a otro. En este trabajo se hará énfasis y tratamiento a los inmigrantes ilegales y las políticas de control sobre ellos.

Este trabajo intenta exponer desde una visión teórica la explicación y tratamiento de los inmigrantes ilegales y los controles formales basados en lo que sucede tanto de forma general en los países receptores de migrantes (España y Estados Unidos) como de forma particular, poniendo la mirada en México. Nos referiremos a los aspectos coincidentes.

II. POLÍTICA CRIMINAL Y PODER FRENTE AL MIGRANTE

La historia contemporánea que enmarca el Estado de Derecho es un tema recurrente. Su evolución, alcance y desarrollo es piedra angular de las democracias occidentales; la misión principal en los gobiernos sometidos al imperio de la ley ha sido esencialmente contener los abusos de poder, las prácticas autoritarias y represivas a través del respeto a los derechos subjetivos. El poder² que se concentra en cada Estado encuentra explicación en los procesos de racionalización normativa, que permiten el orden social y el cumplimiento de los principios democráticos de vida.

Desafortunadamente en las democracias la tentación por el uso del poder se materializa de múltiples formas, una de ellas, la más común tal vez, está en las malas prácticas de algunos servidores públicos cometiendo delitos, como el abuso de poder, extorsión o tortura que traen implícitas manifestaciones de discriminación, odio o xenofobia, por ejemplo. Desafortunadamente expresiones como éstas también surgen por las debilidades estructurales de un Estado, encontrando salida a través decisiones que en desapego a la ley y sus principios vulneran los derechos esenciales que deberían de resguardar.

Algunas de las decisiones Estatales que ponen en evidencia los atropellos a los derechos de las personas tiene que ver básicamente con dos tipos de acciones, las primeras, producidas por debilidad del Estado y las segundas, por la dureza dirigida al control de una situación (mediante el derecho mismo). En el caso de los Estados débiles:

... típicamente son sede de tensiones étnicas, religiosas, lingüísticas u otras intercomunitarias, que todavía no se expresan abiertamente de forma violenta,

² Para Max Weber, poder es “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”, en Carpizo, Jorge, “El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95. Consulta electrónica: 4 de octubre de 2021, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3588/4322>.

o cuando menos no del todo. Los indicadores de criminalidad tienden a ser altos y van en aumento. En los Estados débiles, la capacidad de proporcionar cantidades adecuadas de otros bienes políticos se encuentra disminuida o está disminuyendo.³

Cuando se habla del control de ciertas situaciones y dureza dirigida, generalmente las decisiones provienen de Estados fuertes, que actúan en el marco de la ley (su ley interna), la acción puede ser vista como autoritaria porque aun viniendo de un ordenamiento jurídico lesiona los derechos de las personas por la radicalidad de la acción (estas acciones suelen enmarcarse en los conceptos de seguridad nacional o de emergencia).

La gravedad en el vaciamiento de poder respecto de algunas decisiones sobre los individuos también dependerá de qué tantos mecanismos formales existan para su contención o qué tan delineado se tenga la política de control punitivo (claridad en sus fines). Esto dependerá de la definición política del Estado y sus mecanismos modernos para la racionalización normativa, es decir, el poder de punición es expresión del derecho penal y de la identificación de aparatos represores acordes con esa definición (agencias estatales, cuerpos armados, aparatos policiales, etcétera) y el uso de esos con determinados fines.

En las democracias occidentales contemporáneas, parecería que hablar de controles y usos de fuerza por los Estados es cosa ociosa o superada, pero la realidad es todo lo contrario. Los fenómenos de la globalización y la mundialización de los derechos son parte causante y explicativa de conflictos sociales altamente complejos⁴ derivados del desarrollo acelerado y, por tanto, surge la necesidad de redefinir los límites al uso de poder como forma de enfrentar o solucionar los problemas sociales y los conflictos generados en ellos.⁵ Es claro que existen diversas formas de solución de problemas, pero

³ Rortberg, Robert Irwin, “El fracaso y colapso de los Estado-nación. Descomposición, prevención y reparación”, en Rotberg, Robert Irwin, Clapham, Christopher y Herbst, Jeffrey, *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*, Colombia, Siglo de Hombres Editores, Universidad de los Andes, 2007, p. 161.

⁴ “Complejidad es el hecho de que existen siempre más posibilidades de cuantas pueden actualizarse... En consecuencia, cuando en un sistema los elementos se vuelven muy numerosos, el número de relaciones alcanza tal tamaño que ya no son controlables inmediatamente por el sistema mismo...”, en Corsio, Giancarlo y otros, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 56.

⁵ “La sociedad burguesa, en efecto, destruye el iluminismo de la razón y pone en su lugar nuevas formas de racionalidad de las que los individuos no están excluidos. Esta racionalidad de la sociedad burguesa no es un modelo ni una idea, sino más bien la capacidad del sistema social de mantener cohesionada su estructura íntimamente disgregada. La sociedad

entre más constante y complejo es el conflicto y más inestable llegue a ser el sistema estructural formal, la violencia de Estado se pone al descubierto para reducir esa complejidad, ya sea, como se dijo antes por la debilidad estructural o por decisión legal de endurecimiento sobre ciertas dinámicas sociales calificadas por los discursos legales de peligrosas.

Resulta necesario, entonces, identificar cómo se toman las decisiones del uso de la fuerza violenta del Estado y dónde encuentra sus límites, garantizando no sólo la protección de las personas sino la recomposición y viabilidad del Estado ante decisiones jurídico-políticas exacerbadas o fuera de racionalidad normativa.

La fuerza punitiva en los Estados democráticos está evidentemente racionalizada en sus propios límites, es decir, en el reconocimiento de los derechos subjetivos en favor de las personas que estén bajo su espacio potestativo. Esto significa que cada acción que se realiza en nombre de un determinado Estado democrático y de derecho es visible y sensible al respeto de los derechos subjetivos reconocidos.⁶ Cada acción estatal dirigida a seres humanos debe de enmarcarse de forma legal y justificada.

La política criminal en este siglo XXI adquiere relevancia respecto de eso límites al uso de la fuerza estatal a través de un concepto expansivo de sí misma; es decir, los estados contemporáneos se obligan a establecer y respetar todos los mecanismos que pongan en relieve los discursos del hacer punitivo donde se incluyen las decisiones que se tomarán respecto del conjunto de procesos dinámicos, económicos, políticos, sociales y jurídicos para usar la fuerza, además de referirse a los objetos de referencia epistemológica de la propia política criminal tradicional, como lo son la construcción y dirección del delito, las penas y las medidas de seguridad, también conocidas como la política criminal o políticas penales de Estado, según las llama Zaffaroni, que son relevantes por ser apéndice de las políticas generales del Estado "...la política penal no sería más que el aspecto más importante de la política criminal... la política penal no puede estar separada de las dis-

burguesa, entonces, se caracteriza por un proceso de disgregación, que hace crecer infinitamente la *complejidad* del sistema social", en De Giorgi, Raffaele, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 16.

⁶ "Para Baratta el concepto de derechos humanos cumple una doble función. Primero, una función negativa concerniente a los límites de interacción del Estado. Segunda, una función positiva concerniente a la definición del objeto posible pero no necesaria de la tutela del Estado", citado por Cruz Torrero, Luis Carlos, en *Seguridad, sociedad y derechos humanos*, México, Trillas, 1995, p. 83.

tintas posiciones generales que la señala”.⁷ De esta forma, toda expresión de fuerza controlada por aparatos del Estado en sí misma o por la vía del sistema penal formal se enmarca en el contexto “hoy” de la mundialización de los derechos humanos y fundamentales, como eje guía de cómo debe controlarse el poder público respecto de los procesos sociales.

En cada Estado de corte democrático, los derechos humanos y fundamentales se ajustan al patrón cultural de cada lugar sin perder su esencia; por tanto, la política penal responde a ello, dando lugar a un globalismo y un localismo, por ejemplo:

...[en] todas las culturas, existe un referente de la dignidad humana y un tratamiento de esa dignidad, pero al surgimiento de los derechos humanos, se genera una adecuación de esa dignidad humana distinta en cada lugar... pero tiene un referente obligado en el discurso mundial. Esto entonces genera un problema para el establecimiento de relaciones entre lo local y lo trasnacional o global, donde el “sometido” tiende a adaptarse a la mundialización con la tarea adicional de resolver los problemas internos.⁸

El uso de la fuerza en las democracias se vuelve deficitaria respecto de problemas internos que generalmente no culminan en el ámbito interno de la justicia, por tanto, nos referimos a políticas de contención o solución de problemas de corte económico, político o social que presionan, que se gestan dentro de un Estado, pero que pueden ser, en muchos casos, provenientes del exterior o de origen global. En estos casos la radicalización de la violencia a través de los aparatos estatales se vuelve, desafortunadamente, una opción para los gobiernos.

Se trata de reconocer que la magnitud de movilidad e intensidad de ciertas dinámicas sociales no deseadas por los estados nacionales son difíciles de contener debido a la multiplicidad de eventos que se van sumando a su desarrollo y que en esa suma de eventos el orden puede quedar al límite del control entre lo que el derecho permite y lo que no. Lo que deseamos precisar es que los conflictos sociales o individuales son para el derecho un enfrenamiento de posturas que pueden genera violencia, pero que su consecuencia está proyectada en controles específicos mediante mecanismos administrativos, penales y judiciales; hablamos de predicciones cibernéticas

⁷ Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 34.

⁸ Álvarez León, José Antonio, Estudio de la conformación de la agenda penal nacional (1999-2003), en el contexto de la regionalización de Norteamérica. Un acercamiento tópicocibernético, tesis doctoral, México, UNAM, FES Acatlán, 2005, p. 6.

del control jurídico como parte del control formal. Pero la connotación jurídica es diferente cuando hablamos de conflictos estructurales de dimensión amplísima.

Los conflictos estructurales no pueden ser controlados cibernéticamente por el derecho en canales restringidos (tradicionales) de la justicia, por tanto, se hace mediante las estructuras represora del Estado como ya se dijo en párrafos anteriores, esto sucede cuando surge una justificación conceptual “orden-hostilidad”. En esta parte, la violencia estructural estará sujeta a la apreciación subjetiva, donde el resultado de esa violencia tenga un contexto reflejado en resto del sistema social (qué tanto bienestar es favorecido con el control impuesto a la dinámica social conflictiva), es por ello que un ejemplo muy claro sería la represión a migrantes por cuerpos policiacos o militares y como se ven diferente en España o Estados Unidos respecto de México o Turquía.

La violencia política, en cuanto forma de hostilidad extrema, presenta los mismos problemas de interpretación que se encuentran cuando se estudian en general, las conductas agresivas, o sea, el problema de explicar su intensidad y comprender su forma organizada. Un problema interpretativo ulterior considera el efecto provocado por su intensidad y por las formas organizativas en el control social y en las respuestas institucionales.⁹

A lo que nos referimos, entonces, es a las formas de actuar con violencia ante un conflicto social, mismas que se encuadran en dos criterios a los que llamaremos: *a)* procedimientos puros articulados, y *b)* procedimientos puros desarticulados. Los primeros (articulados) se producen cuando las estructuras estatales anticipan en atención a sus antecedentes, mecanismos, estrategias, recursos y estructuras para hacer frente a lo que sucederá entonces, como parte de esto está prevista la reacción represora y la violencia, donde las consecuencias se canalizan al orden jurídico *ex post* de la violación de derechos para después justificarlos en el concepto amplio de la seguridad, así entonces se legitima el uso de la fuerza legitimada del Estado para con ello cumplir objetivos políticos y al resguardo de intereses que el mismo Estado, al desatarse el evento (esperado), pueda anteponer el discurso de los límites a la violencia y el poder en el marco de respeto a los derechos humanos.

En esta primera vertiente de los “procedimientos puros” tenemos como ejemplo: la muralla de Ceuta y Melilla, que marcan límites a los migrantes africanos:

⁹ Ruggiero, Vincenzo, *La violencia política. Un análisis criminológico*, Barcelona, Anthropos-UAM Azcapotzalco, 2009, p. 137.

Con tres vallas, dos de ellas hasta seis metros de altura, cuchillas cortantes, un foso para dificultar el paso, torres de control para dificultar el paso de la frontera y sensores que detectan cualquier movimiento, el muro que separa África de Europa, en los enclaves de Cuata y Melilla, podría ser la envidia del presidente estadounidense Donal Trump. Las vallas de Cauta y Melilla, serpentean a través de perímetros de poco más de ocho y doce kilómetros respectivamente...¹⁰

Ejemplos como el anterior nos permiten ver que la construcción de bardas para contención inmigrante tiene elementos explícitos de rechazo con muestra de violencia política; además de esas muestras, tras las vallas están los guardias policiales e incluso en ocasiones con refuerzos militares para enfrentar las oleadas de inmigrantes. Los choques entre fuerzas siempre legitiman la violencia que después de la confrontación se racionalizan, en este caso ante las instancias de deportación, por ejemplo. Lo que se quiere advertir en el caso que se cita es que la anticipación en el uso de la fuerza no significa que no haya violencia, represión y hostilidad; tampoco se justifica en pro de algún Estado hacerlo para defender su soberanía, lo que intentamos demostrar es que la forma de actuar, efectivamente, es violencia punitiva del Estado, pero los derechos preestablecidos obligan a detonar límites a esas fuerzas para con ellos restaurar los derechos sustanciales (al menos en una expresión mínima). Las consecuencias sobre las víctimas por intentar pasar el muro o al pasarlo son: recibir las agresiones policiales que actualizan por sí solo la advertencia de no hacer lo que en la política punitiva es, en cierta forma, la postura preventiva. La advertencia policial es advertencia para salvaguardar los derechos de los migrantes, iniciando por no ponerlos en riesgo.

Es aquí donde la estrategia de cibernética jurídica a través de lenguaje hace una tarea específica en el ámbito del control social, pues los usos expansivos del lenguaje desdoblan los significados semánticos para tener alternativas definitorias dentro de un solo concepto jurídico, pensemos en el caso de la seguridad o los derechos humanos, ambos conceptos expansivos; veamos, el concepto “seguridad en sentido abierto”¹¹ permite advertir dos

¹⁰ Jiménez, David, “La futilidad del muro antinmigración está demostrada”, *The New York Times*, 10 de septiembre de 2018, consultada el 9 de octubre de 2021, disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/09/10/espanol/opinion/opinion-muro-migracion-europa.html>.

¹¹ El concepto de *seguridad* ha cambiado de acuerdo con el surgimiento de otros conceptos clave y relacionados con ella, y con la evolución del Estado mismo. Primero se tenía un concepto de seguridad restringido que sólo refería al control de la visión de control en el área de persecución y reacción a delitos, después, se amplió para incluir estructuras de derechos humanos y se asoció a modos de actualización en temas de actuación de estructuras

extremos en el uso de la ley y la fuerza; por un lado, la prevención estriba en que “todos somos responsables de ella, por lo tanto debemos cuidarnos a nosotros mismos”, por otro, advierte acción del lado de la fuerza para la seguridad: “es facultad del Estado para preservar el orden”, por tanto se instrumenta la violencia discursiva porque salvar el orden significa usar la fuerza protegiendo bienes con procedimientos y protocolos antes o después del uso de la fuerza y el saldo de eso responsabiliza no al Estado, sino al que arriesgó sus bienes tutelados, objetivos o subjetivos.

Cuando nos referimos a los derechos humanos queda claro que todo aquello que el ser humano necesita para adaptarse a la vida actual y que le permita realizarse como persona es un derecho humano; por lo tanto, el problema de control es dónde se positiviza, cómo se usa el poder, pero a su vez cómo se dirige en pro a ese derecho humano que se confronta a la seguridad de un Estado (se respeta el derecho humano de unos) poniendo en riesgo la desestabilización social o económica de otros (locales); es el caso de la migración, por ejemplo. La migración e inmigración son parte del derecho humano de movilidad y en muchos casos se suma el derecho a la vida (la subsistencia), pero qué pasa cuando esto es masivo hacia a algún Estado, qué pasará con las condiciones de vida de estos y de aquellos que se asientan en un lugar. De esta forma los conceptos expansivos están sujetos a conceptos también expansivos de control social y violencia articulada.

La violencia política puede ser situada en el marco conceptual utilizado por Smelser, en los análisis de la hostilidad. Se consideran los siguientes conceptos: facilitación, malestar, convicción genérica, factores principales movilización y control social... Si bien la intensidad de la violencia puede ser independiente de la eficacia de los canales de expresión y comunicación, estos últimos determina en gran medida el tipo de acción hostil que podrá darse. Las diferencias fundamentales entre revuelta, rebelión, insurrección y revolución —cada una de las cuales conlleva explosiones de hostilidad— derivan de la amplitud de los movimientos a los cuales están asociadas.¹²

No queremos con esto justificar la violencia, sino más bien exponer, nos guste o no, que los Estados articulan formas de violencia porque de otra

represoras del Estado; luego cambió al sentido amplio donde todo entra: la responsabilidad individual de los ciudadanos, la protección civil, los derechos humanos, los organismos civiles para la participación ciudadana colectiva, el cuidado de todo tipo de bienes sin importar condiciones específicas. Ahora pensemos en los derechos humanos, lo que cabe en ellos, de ahí la necesidad de positivizar sus alcances y ordenarlos de diferentes formas (generaciones, usos, etcétera).

¹² Ruggiero, Vincenzo, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

manera el cumplimiento de límites al poder o la violencia simplemente no se daría y sería una represión abierta y sin control.

Las formas desproporcionadas del control de la violencia están más visibles cuando estamos en presencia de los “procedimientos puros no articulados”. En estos casos la exposición de los derechos humanos está más comprometida en lo individual o lo colectivo (sujetos que participan en la marcha, revuelta o movimiento masivo). Las estructuras del Estado, los aparatos represores, policías, militares, marinos o grupos especiales antimotines, suelen ser usados como murallas de choque, cuya misión, en todo caso, significa contener como barrera humana lo que sería un cara a cara entre grupos oficiales y no oficiales.

Las barreras humanas de control suelen estar listas para amotinamientos internos dentro del país, por ejemplo, en manifestaciones abiertas, toma de plazas o prisiones, pero ¿qué pasa cuando las dinámicas son sin control, abiertos, en movimiento, justo como los movimientos migratorios masivos?; en estos casos el cara a cara significa enfrentamiento y rechazo, no contención. En estos casos los derechos humanos se ubican a punto de vulneración de forma sistemática y directa, pues el Estado, a diferencia de lo que sucede en los movimientos puros controlados, carece de estructuras específicas para actuar.

El actuar sin estructuras conduce entonces a dos posibilidades directas; la primera sin duda es la colisión de fuerzas, con ello la represión directa: las lesiones a las personas, la detención, el encarcelamiento y las deportaciones son los saldos más comunes. En muchos de estos casos, a pesar de que después de la violencia se intente dar un trato digno a los detenidos, los actos de brutalidad ya vulneraron los derechos de las personas e hicieron su parte de castigo; en otras ocasiones los abusos se dan después de la confrontación, pues además del choque de fuerzas, los traslados a los centros de detención son motivo para violaciones, injurias, insultos, golpes, robo de pertenencias, interrogatorios y demás (los agentes del orden lo hacen para buscar líderes, para buscar información o simplemente como un acto de castigo anticipado).

La segunda posibilidad nos pone de frente a la criminalización de la protesta social o a la criminalización selectiva-disuasiva. La criminalización social trae un efecto simbólico y uno directo; en el directo, lisa y llanamente, significa demostrar que los participantes en ciertas revueltas, bajo ciertas demandas, serán reprimidos por el Estado, dejando claro un mensaje de hostilidad y una advertencia política de castigo anticipado. En estos casos la intención es vulnerar y reprimir los derechos de las personas y enfrentar-

los a los sinuosos procesos judiciales donde no se busca tener una sentencia favorable (condenatoria), sino tener encerrada a una persona, investigar su entorno, llevarla a vivir el infierno de la detención arbitraria (encarcelamiento anticipado) para después de un periodo prolongado dejar al sujeto en libertad.

Estamos evidentemente en acciones de un Estado débil, donde el choque trata de diluir precisamente el incumplimiento de derechos sustanciales de las personas, pues en la mayoría de estos casos la protesta social tiene su génesis en un reclamo de justicia por incumplimiento de derechos humanos o sociales y, por otro, en la búsqueda de resoluciones de problemas estructurales del propio Estado: hambre, trabajo, seguridad, etcétera.

Muchas veces la protesta refiere en razón de los demandantes la defensa de sus derechos, pero éstos no siempre se pueden atender como se plantean, entonces el manifestante busca una razón de peso político camuflajeada en el cumplimiento de un derecho frente al Estado; esto obliga a una respuesta política de inmediato, es decir, la protesta social puede buscar en su represión directa la atención o exposición de los derechos y así llamar la atención de las autoridades para canalizar políticamente un asunto que, en derecho se cree, puede ser atendido y no se ha cumplido, por ello Zaffaroni afirma:

...en algunos casos la atención de las autoridades favorece los errores de prohibición invencibles. Ello obedece a que los reclamos sociales son, en el fondo, problemas políticos o de gobierno, lo que hace que, con harta frecuencia, que sean atendidos por las propias autoridades políticas que los resuelven en ocasiones *in situ*.¹³

El efecto simbólico de la represión de protestas sociales o demandas legítimas a menudo puede ser filtrado por tres efectos simbólicos que, por un lado, hacen ver como necesario el uso de la fuerza y, por otro, generan un efecto social que incide en la opinión del todo social (no sólo de colectivos), veamos:

- a) El símbolo subyacente. Hoy día difícilmente encontraremos tipos penales que permitan encuadrar la criminalización de protesta social o movimientos sociales abiertos como la migración, pero sí podemos encontrar tipos penales que existen (y se aplican) de forma subya-

¹³ Zaffaroni, Raúl, “Derecho penal y protesta social”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la Protesta Social? Derecho Penal y Libertad de Prensa en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo-Centro de Estudios en Libertad de Prensa y Acceso a la Información, 2010, p. 14.

cente a los derecho humanos y fundamentales por ejemplo, el robo, daño en la propiedad, lesiones, etcétera; es decir, si se disuelve una protesta o se provoca su desarticulación el tipo subyacente común se da en la confusión y entonces se procede pasando de una acción violenta carente de estructura de contención social a un punto o estructura donde sí se puede dañar de manera individual pero con referencia al grupo o colectivo (conocida como provocación-criminalización). Estos tipos penales subyacentes también suelen darse cuando una marcha o protesta se prolonga al límite, de tal suerte que ante las carencias que viven sus miembros se cae en la realización de situaciones típicas.

- b) La imagen de la seguridad. La actuación de las fuerzas del orden siempre está sujeta a la mirada que ejerce la opinión pública. Es bien sabido que un entorno social puede apreciar una actuación legal como algo negativo, y algo enmarcado en la ilegalidad o el exceso como positivo; la mirada social siempre es subjetiva, sin embargo, siempre es un regulador del actuar de la fuerza pública. En muchas ocasiones, ese actuar puede limitar y proteger de forma indirecta los derechos de las personas que son parte de movimientos sociales o de alguna circunstancia que los mueve a chocar con estructuras institucionales (desplazados, inmigrantes).

La vigilancia y el interés social frenan a las corporaciones que reaccionan al intentar poner orden por la vía de la fuerza. La mirada social suele tocar con sus prejuizgamientos aún el uso de la fuerza legítima de Estado aún donde hay procedimientos de actuación duros y estructurados.

La construcción de la imagen de la seguridad, para que realmente sea exitosa, debe de combinar procedimientos claros y difundir los alcances de la ley independientemente de la información precisa de lo que pasa con el fenómeno social a contener; es decir, debe de privilegiar el imperio legal con reglas claras, o sea: entre más conciencia social exista de lo que pasa, la mirada respecto del actuar de los cuerpos represores será más o menos comprendida por la ciudadanía; esto significa que se convalidará su actuación en pro de una imagen de inseguridad o de seguridad, todo depende de cómo se perciba el actual de los guardianes del orden.

...el control formal induce a actuar desde el rigor de la ley y en el marco institucional, con vistas a generar imágenes positivas (obligatorias, permanentes y generales). Desde esta perspectiva el lenguaje situacional o no situacional queda reservado en sus usos retóricos de convencimiento y persuasión institu-

cionales. Tal vez por ello las prácticas fácticas del control formal puedan tropezar con sus prácticas discursivas oficiales de convencimiento. El problema surge entonces cuando la generación simbiótica de la imagen no es controlada, por cuya falta de control se producen o acentúan percepciones negativas de la ciudadanía sobre el mismo control.¹⁴

Así entonces, el despliegue articulado o no de la violencia estatal da cuenta siempre de una calificación subjetiva pero favorable o desfavorable del cómo se procede por parte de la ciudadanía, y esto incide políticamente en el contexto democrático; obligando a las autoridades a que su actuar sea cuidadoso a los derechos de las personas y del trato que deben recibir. Se trata de que los derechos humanos sean por ello conocidos en la conciencia colectiva para poder ser un calibrador del actuar de los gobiernos siempre frente a la ciudadanía y sus procesos sociales de cambio.

- c) El efecto multiplicador. Nos referimos a las formas de actuar del poder público (policías, fiscales y jueces) cuando los Estados no tienen estructuras de acción para enfrentar movimientos sociales o si las tienen están mal organizada, generalmente lo que se busca es desintegrar los movimientos a través de múltiples formas, como en la emisión de discursos que desincentiven el reclamo que origina el movimiento o desplazamiento (caso inmigrantes), en provocar choques que desintegren el movimiento, o simplemente dejar que el movimiento se desintegre por estar expuesto a otras variables que los afecten, por ejemplo, la delincuencia.

En estos supuestos se busca que los sujetos se desvíen en sus objetivos o al desintegrarse de su grupo puedan ser controlados de forma individual, una forma de lograr esto es criminalizándolos. Cuando los individuos quedan frente a la autoridad local son fácilmente detectables y se les deporta, o inician procedimiento administrativos que los sancionan y confinan a centros de control donde generalmente están en condiciones deplorables; en otros casos, al quedar a la merced del clima, hambre y la desorientación (en los casos de los migrantes) la tentación de cometer delitos para suvenir sus necesidades es un hecho real, pero también lo es que a veces están a merced de grupos criminales que los usan para cometer delitos o son ellos

¹⁴ Álvarez León, José Antonio. “La construcción de la imagen de la seguridad o control social multidimensional”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 3, núm. 5, julio-diciembre de 2007, pp. 84 y 85.

mismos objeto de los delitos (como la trata de personas, explotación sexual, esclavitud, uso para trasiego de drogas o armas, etcétera).

En algunos casos los sujetos de una masa que reclama algo queda expuesto de forma local, nos referimos a manifestantes que en las marchas o toma de instalaciones al enfrenarse a la autoridad intentan escapar, etcétera, facilitando su captura de forma aislada y con ello la imputación de ilícitos (se les orilla o hace ver como delincuentes).

Estos efectos simbólicos sobre las personas que de por sí ya son víctimas de sus circunstancias, ahora además están expuestas a los poderes fácticos, poder institucional y en alguna medida y en algunos casos, al poder de grupos sociales que los rechazan y estigmatizan por su condición, situaciones que los ponen el alto grado de vulnerabilidad. La unión de todos estos factores favorece las expresiones de poder respecto de inmigrantes y migrantes de forma cada vez más radical y peligrosa, haciéndonos la pregunta ¿son o no los derechos fundamentales los límites al poder? El poder institucionalizado o no institucionalizado, pero al final formas de control social.

La radicalización del poder sobre las personas locales está sujeto al orden de procuración e impartición de justicia que, al menos, en algún momento puede dar cuenta de la brutalidad policial o las vinculaciones procesales viciadas que los llevarán a terminar en libertad, sin embargo, esto no significa que no se dio el castigo, por el contrario, las vejaciones, el maltrato, los abusos y el encarcelamiento provisional son considerados castigos anticipados. Este tipo de castigos son la señal simbólica para advertir el no hacer. Recordemos el caso Atenco en el Estado de México, donde la población se enfrentó en defensa de sus territorios a la policía estatal, dejando como saldo más de 150 detenidos, de los cuales muchos reportaron abuso de autoridad, golpes, vejaciones, violación a mujeres por policías y robo de pertenencias. A pesar de esto fueron consignados a proceso y encarcelados de forma provisional; a lo largo de las investigaciones y en algunos casos de los procesos iniciados, fueron siendo liberados para que al final sólo se sentenciaran a 2 de los 150, por supuesto, los líderes.¹⁵

¹⁵ Algunos rasgos que ejemplifican el caso Atenco: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que tras una denuncia recibida en abril de 2008 y años posteriores de estudio presentó el caso el 27 de septiembre ante la Corte IDH, asegura que la detención de las 11 mujeres que presentaron la denuncia fue ilegal y arbitraria y considera:

“Acreditada la existencia de graves actos de violencia física y psicológica”, incluyendo diversas formas de violencia sexual en contra de las 11 mujeres, y de violación en el caso de siete de ellas. Los actos, que calificó como tortura de distinto tipo, fueron cometidos por agentes estatales. El Estado mexicano incumplió con su obligación de investigar los hechos con la debida diligencia y en un plazo razonable. Determinó que hubo afectaciones a la inte-

Casos como el de Atenco en México ponen en relieve a los Estados que, con procedimientos puramente desarticulados, envían un segundo (el primero fue el castigo anticipado) mensajes simbólicos de la fuerza del Estado aún por arriba de la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El mensaje fue que el presidente en turno quedó incólume y las víctimas sin reparación.

El mensaje simbólico de los Estados con procedimientos puros (estructurados) está reflejado en la institucionalización de su actuar y sus consecuencias permanentes, donde legalmente se reconocen los derechos serán suprimidos de forma excepcional al poner en riesgo el orden.

Es importante hacer notar que, en correlación con los Estados cuyos procedimientos no son puros, que terminan como ya se dijo con castigos anticipados o con procesos de criminalización directa aislando a líderes o identificando a sujetos secundarios en los movimientos para ser reprimidos, los Estados con procedimientos puros no sólo terminan reprimiendo y luego haciendo el juego del respeto de derechos humanos a los sometidos, sino que tienen un efectos más de poder contra aquellos que pueden evadir ese orden, particularmente referido a los migrantes, pues ellos suelen buscar estatus de protección o neutralidad para evitar ser deportados, pero el sistema no se guarda nada y amplía el espectro del control como una consecuencia posterior peor o igual de dura, y nos referimos a la neutralización por exclusión, es decir, por negar cualquier reconocimiento legal cuando libran el momento de deportación violenta.

La conversión de los Estados europeos en máquinas de expulsión de extranjeros ha requerido que en el interior de las estructuras del Estado de derecho se erija un subsistema administrativo sancionador, con reglas específicas para detener, internar y expulsar extranjeros.

El extranjero inexpulsable queda excluido legalmente del ordenamiento jurídico para ser situado bajo un estatus jurídico especial: el de la ilegalidad administrativa... El ordenamiento les otorga unos derechos, pero no lo reconoce como sujeto jurídico, lo excluye de su funcionamiento ordinario.¹⁶

gridad psíquica y moral en perjuicio de los familiares de las víctimas... “Las mujeres no sólo fueron abusadas, sino que estuvieron entre ocho días y hasta dos años y ocho meses presas acusadas por distintos delitos”, *BBC News Mundo*. “México: el brutal caso de 11 mujeres de Atenco que complica a Peña”, 29 de septiembre de 2016, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37514239>, consultado el 11 de octubre de 2021.

¹⁶ Fernández, C., Silveira, H., Rodríguez, G. y Rivera, I. (eds.), *Controles bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión*, Barcelona, Anthropos, 2010, p. 153.

La dureza del derecho es sin duda y de forma histórica un vaciamiento de poder punitivo penal sobre los individuos. Es interesante observar tal como se muestra en la cita anterior que los Estados “reconozcan” derechos viendo al ser humano sólo así, como un ser que debe recibir lo mínimo, mientras se le deporta o sanciona, sin embargo, hay una neutralización jurídica para impedirle hacer cualquier otra cosa digna de la vida humana. Mientras que en países como México el internamiento supone consigo neutralizar esos derechos para expulsarlos, al menos cuando la mirada social no está sobre el actuar policial o cuando el acto de expulsión es directo (sin procedimiento de deportación).

En Estados Unidos es un actuar combinado pero duramente neutralizador, expulsa de inmediato, aplica neutralidad administrativa, o tratamiento violento de criminalización para marcar la vida de los inmigrantes.¹⁷

En otro caso muy parecido con el fenómeno de la migración pueden equipararse en cierta forma la condición de las personas refugiadas por desplazamientos forzados, como las luchas armadas civiles, invasiones extranjeras o por persecución de grupos criminales. En estos casos los países receptores aplican de igual forma la citada “alegalidad administrativa” pues reconocen derechos humanos de las personas, pero al catalogarlos como “personas en estado de emergencia” el mensaje es claro como diría Bauman “Estar bajo protección, no significa ser queridos; y se está haciendo todo lo necesario, y mucho más, para impedir que los refugiados confundan ambas condiciones”.¹⁸

El poder de los Estados, ya sea bajo el rigor institucionalizado o bajo la acción simulada, pone a prueba la verdadera utilidad y misión de los derechos como límites al poder. Proteger a las personas en su integridad y dignidad humana supone en realidad poner a la vista que el desprecio por

¹⁷ “...se conocen cada vez más detalles sobre las condiciones en que los menores son detenidos, mientras esperan ser reunidos con sus progenitores. Después de que se filtrara un audio con llantos de los pequeños, algunas imágenes muestran a algunos de ellos, encerrados en jaulas...”, “Video muestra a los niños enjaulados en la frontera de EE.UU.”, *La Vanguardia*, 19 de junio de 2018, Barcelona, consultado el 11 de octubre 2021, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180619/45267919977/video-ninos-enjaulados-eeuu.html>. También, “las imágenes muestran a niños acurrucados en el suelo bajo mantas de aluminio en habitaciones improvisadas llenas de gente”, “Niños migrantes: Las impactantes primeras imágenes de los centros de detención de menores en EE. UU. durante el gobierno de Biden”, *Diario BBC, Extá*, 23 de marzo de 2021, consultado el 13 octubre de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-56492224>.

¹⁸ Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. México, Paidós, 2015, p. 105.

el otro y su condición es algo que se entiende y pregona, pero se vive de forma diferente.

III. CONFLICTOS LOCALES Y PREVENCIÓN

Dos alternativas siempre están de manifiesto cuando se habla del poder punitivo del Estado y su formalidad con las políticas de control. La primera es reconocer que al hablar de control formal punitivo se tiene como referencia la relación de conflictos-delitos; la segunda es la forma de tratar la solución de conflictos y de evitar los delitos. El tema de delitos y la prevención son objetos de la política criminal del Estado, apéndice de la política general.

La migración es un fenómeno social que, por su propia naturaleza, no debería de ser vista desde las estrategias del control social formal penal. Sin embargo, las condiciones de aumento del fenómeno y de alguna manera las condiciones de rechazo que siempre han existido entre algunos pueblos han generado que el tema inmigratorio se vea más como un conflicto por sus consecuencias colaterales que como una condición humanitaria por resolver.

La migración masiva suele ser la que preocupa a los Estados receptores. Es bien sabido que las causas que los motivan tienen que ver con la dignidad humana y con la viabilidad de existencia, se está en juego el bien jurídico de mayor jerarquía en los Estados de Derecho. Los inmigrantes salen de sus lugares de vida para salvarse junto con su familia (de la miseria y la violencia) y con ello buscar un reinicio en sus proyectos de vida. Pero para los Estados receptores eso significa en muchos casos poner en riesgo la viabilidad de sus nacionales y el aumento de problemas de orden público serios, particularmente de servicios (salud, vivienda, educación, empleo, etcétera). Recibir inmigrantes y darles un estatus de refugiados, asilados, o nacionalizarlos significaría por mucho enfrentar condiciones para el desarrollo. De ahí que para hacerlo busquen políticas públicas migratorias controladas que permita ir cumpliendo las expectativas de integración en todo ámbito. Pero lo cierto también es que aquellos migrantes al entrar por la fuerza o la clandestinidad a un país de tránsito como México o de destino como Estados Unidos, España, Francia, etcétera, y que no pueden ser canalizados a través de políticas públicas específicas, quedan a merced de otros fenómenos sociales, como el enfrentamientos a poderes fácticos (delincuencia organizada) o quedan inmersos a dinámicas de vida local donde las condiciones infrahumanas los llevan a la marginalidad, el conflicto y el delito.

El objetivo es que todos los problemas locales, sigan siendo locales y, por consiguiente, cortar toda tentativa de los rezagados por seguir el ejemplo de los pioneros de la modernidad buscando soluciones globales... La miseria prolongada provoca la desesperación de millones de personas y, en la era de una zona fronteriza global y de la delincuencia globalizada, apenas cabe esperar que falten los “negocios ansiosos” por conseguir un dólar o unos cuantos miles de millones de dólares sacando provecho de esa desesperación.¹⁹

Los migrantes sin expectativa que se asientan el territorio fuera de su patria buscan sobrevivir y la única salida es, en ocasiones, delinquir o dejarse llevar por la condición de subsistencia por criminales locales o ser ellos mismos objeto del delito (trata de personas o esclavitud). En otros casos, mezclarse con los locales y establecer relaciones de trabajo en condiciones infrahumanas, o ser vagabundos, lo que significará en el corto plazo el enfrentamiento con el otro (local) que llevará ventaja si aparece la ley.

La condición de neutralidad jurídica deja a todos los migrantes a los que se les aplica en la desaparición social, pues al no ser visto por la ley simple y llanamente no existen, hecho que sin duda significará más conflictos para los migrantes y más conflictos para el Estado. Debemos recordar que un conflicto es el choque o contraposición de dos visiones motivadas por situaciones ideológicas o prácticas, digamos por comportamientos que se encuentran entre sí para realizar alguna acción necesaria dentro del orden establecido, los conflictos pueden ser moderados o violentos, todo dependerá de su inicio, es decir, de la agresividad con la que los contendientes se enfrentan. Sin embargo, conflicto es sinónimo de cambio social, es parte de un proceso de adaptabilidad donde la ley puede generar los actos preventivos mediante el discurso normativo o mediante acciones reparadoras pero integradoras a la sociedad misma. El conflicto es un calibrador social de lo que ha de corregirse o no.

Así, la prevención como acto o estrategia política para evitar conflictos, delitos y violencia se vuelve evidentemente integradora de la sociedad, es por esto que la política criminal se contiene en sus discursos de fuerza y busca la solución de conflictos sociales previo a la acción legal punitiva o desde el discurso prohibitivo a través de los delitos, produciendo en ambos casos la general inclusión. Por tanto, lo criminales son parte, incluso, del proceso de adaptación conflictual.

Los movimientos masivos de migrantes presuponen retos para las democracias occidentales y los países poderosos o con estabilidad económica

¹⁹ *Ibidem*, pp. 97 y 98

y social; el primer reto es cómo atender la situación de los migrantes en fusión del riesgo delictivo que pueden presentar si, por necesidad, encuentran en el crimen una manera de subsistencia, lo que implica peligros para los locales y para los mismos migrantes. Bajo esta óptica, algunos países receptores endurecen su sistema penal para usar la fuerza y tener motivos para neutralizarlos.

La pregunta paradójica es si los migrantes son filtrados por los sistemas de procuración en impartición de justicia ¿será el mismo fin de la pena para ellos? ¿esto representará un problema en el sistema de justicia?, ¿el delito mismo y la pena serán inhibidores de conductas delictivas por inmigrantes? Esto significa que un conflicto de interacción entre pobladores e inmigrantes no será resuelto con estrategias criminalizantes, pues de forma contraria generarían un conflicto estructural del sistema carcelario y una crisis de derechos humanos.

El poder penal criminalizante también generaría un problema dentro de los fines del sistema penal mismo, pues el Estado receptor tendría que financiar la atención a las víctimas y la reparación del daño, cosa que los detenidos no podría enfrentar aun tratándose de delitos de bagatela hechos que a su vez serían violaciones de derechos humanos.

Las tareas preventivas sociales resultarían inocuas en virtud de que para ellos (inmigrantes) cualquier campaña que advierta la escasez de recursos al país donde llegan, las advertencias legales de neutralización o de ilegalidad administrativa, los riesgos del crimen o la falta de atención sanitaria siempre serán poca cosa para esos inmigrantes que ya lo han perdido todo y no tiene otra expectativa que algo que consigan será siempre mayor en el país de tránsito o de destino. Es decir, las políticas preventivas no son contendoras de estos procesos sociales, pero sí representan más conflictos para los países a donde llegan.

En otros tiempos la fuerza migrante significó el desarrollo económico y cultural de los países receptores, pero hoy esa realidad cambió en función de los bajos índices de desarrollo humano en los países²⁰ con estabilidad plena o relativa. Esto significa que si el derecho penal no es la solución sí lo es dentro de su discurso punitivo el concepto de ayuda humanitaria que *per se* incluye la atención a los derechos humanos básicos.

²⁰ Cfr. IDH, mide en diferentes variables el desarrollo de cada país, atendiendo a variables como pobreza, educación, salud, esperanza de vida, ingreso per cápita etcétera, Naciones Unidas para el Desarrollo, México, disponible en: https://www.mx.undp.org/content/mexico/es/home/ourwork/povertyreduction/in_depth/desarrollo-humano.html.

El poder duro (uso de la fuerza armada policial o militar) de los Estados respecto de migrantes siempre estará presente como un elemento intimidatorio y de contención, pues el uso de los aparatos represores no referidos al sistema penal para efectos nacionales están inscritos en las políticas penales, es por eso que la migración no sólo representa problemas de integración económica y social, sino también sanitario, educativo, religioso, etcétera, que pueden poner en riesgo la seguridad de los países aunque esto signifique una visión purista del control social, es una realidad innegable, la pregunta, entonces, es: ¿cómo controlar ese poder punitivo sobre los inmigrantes ilegales?

Como se puede apreciar, estamos hablando de que la migración es vista como un conflicto, pero también como generadora de conflictos. Desafortunadamente, cuando un conflicto no puede contenerse aparecen los factores negativos, como la agresión y la violencia, elementos que de por sí, ya son parte latente de cualquier conflicto. La violencia entonces sobre los migrantes es social negativa, y es así porque sociedad e instituciones de derecho en lugar de ser partes resolutoras o gestionadoras del conflicto mediante su prevención, terminan siendo agresoras.

La violencia social en “[e]l sentido negativo refiere al acto de intercambio forzoso de posiciones donde el sometimiento es el resultado. Es aprovechar las circunstancias de sumisión mediante poder de dominación, de ahí su expresión de poder como la forma de lograr que otro termine haciendo lo que se desea”,²¹ esta violencia al ser estructural focaliza a su objetivo como no cambiante e intenta, siempre, simbólicamente dar una etiqueta negativa, es por eso que busca criminalizarla no obstante esto genere problemas en ese proceso, pues la idea es mandar el mensaje de advertencia para “no hacer mediante la prevención negativa” o busca validar reacciones agresivas y violentas porque es la institución respecto del inmigrante un extremo del conflicto sobre el otro (inmigrante) y la violencia negativa es el medio disuasivo “[l]o anterior significa que el sujeto que no encuentra límites y traduce su agresividad en conflicto, porque se posesiona de manera primitiva del otro o sus espacios y, en tanto le resulta, lo repetirá sistemáticamente”.²²

Entonces la institución es agresiva (de ahí el concepto primitivo), pues encuentra en la fuerza su modo de advertencia social, evidente e inconsis-

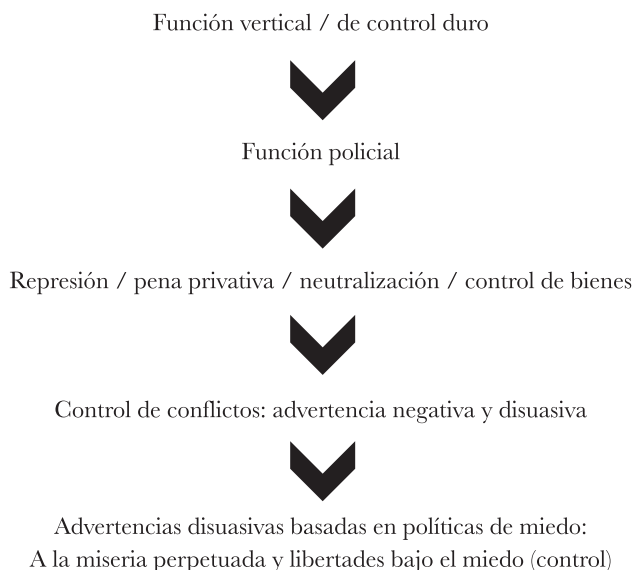
²¹ Álvarez León, José Antonio (coord.), *Política criminal y prevención. El entorno personal del Individuo y su espacio de movilidad situacional, en los municipios de Atizapán de Naucalpan de Juárez y Atizapán de Zaragoza (segunda parte)*, México, Proyecto de investigación PAIDI/001/18, 2019, p. 33.

²² *Ibidem*, p. 31.

tentamente ilógico pero no irracional. Prevenir es violentar, ese es su lenguaje simbólico. El mensaje y reto para el migrante es saber que la fuerza pública lo espera para detenerlo neutralizarlo y deportarlo. Esto parece una incoherencia, pero termina siendo una realidad.

Esto sucede porque la implementación del control migratorio es de forma vertical:

IMAGEN 1. CONTROL VERTICAL



FUENTE: elaboración propia.

Como se puede ver en la imagen anterior, no sólo es la violencia institucional la que se ejerce contra los migrantes, sino también la advertencia donde el hambre, el dolor y la pérdida de la libertad están en juego. Tampoco podemos olvidar que la percepción ciudadana juega un papel fundamental para legitimar las acciones de las autoridades. La construcción de la imagen de la inseguridad abonará como estrategia pública a la construcción de la seguridad en ciertos términos, por ejemplo, la necesidad de la violencia y el riesgo para los locales.

El uso de los aparatos de comunicación del Estado y el control sobre los medios privados multiplican esa imagen de rechazo a los migrantes generando en algunos sectores de la población (conservadores, radicales nacio-

nalistas o con poca capacidad de reflexión, etcétera) odio, rechazo y, sobre todo, verlos como los causantes de los males locales y poner en relieve que lo poco que puede ofrecer el Estado a eso locales puede perderse, ¿cómo dar a otros si no alcanza para los propios?

Los Estados como el mexicano no tienen determina una agenda de control migratorio de forma abierta, sin embargo van perfilando algunos ejes de acción de control donde ubican a grupos de migrantes como integrantes de bandas delincuenciales, ladrones ocasionales, tratante de blancas e incluso traficantes de drogas. En las cifras oficiales por procesado no se da cuenta de su estatus por el tema de los derechos humanos, pero sin duda están ahí. México no es considerado todavía un Estado expulsor,²³ aunque tampoco tiene definida una estrategia migratoria preventiva para evitar que los migrantes sean víctimas de delitos o se vuelvan delincuentes, la pregunta es: ¿*dejar de hacer* puede ser parte de esa agenda?

Los tratamientos de retención y expulsión sí hacen diferencia con la criminalización, esto es así porque la relación delito-pena no se da, sin embargo, la neutralidad y la deportación pueden tener implícito esa relación, pues detener, encarcelar y expulsar hace las veces de un control-penal administrativo. Como también lo es en relación con la criminalización primaria y la construcción de la imagen de la inseguridad sobre ellos.

IV. POLÍTICA DE RECONVERSIÓN. PODER SIMULADO

Cuando los Estados como el mexicano no son frontales o no definen su estrategia ante los problema migratorios y diluyen los controles administrativos, con uso directo de fuerza o encaminan el tema a la victimización o delincuencia migratoria (*supra*, procedimientos no puros), se está frente a estrategias negativas de reconversión, lo que significa que para los migrantes que no asumen el control suave de advertencia de que insistir en la migración como forma de resolver sus problemas únicamente los perjudicará más, entonces el Estado visualiza los resultados de sus decisiones (del migrante) y en las consecuencias de lo hecho para responsabilizar el Estado origen y por supuesto al propio migrante. Hecho que agrava la percepción de los derechos humanos.

²³ “Los *Estados expulsores* son aquellos que implementan políticas de expulsión y devolución de personas extranjeras de su territorio o que las rechazan en sus fronteras a través de procedimientos administrativos que suelen ir acompañados de retención e internamiento de extranjeros en cárceles creadas para estos casos”, Fernández, C., Silveira, H., Rodríguez, G. y Rivera, I. (eds.), *op. cit.*, p. 135.

La reconversión negativa tiene dos ejes, el primero va del Estado expulsor, para el Estado origen. En esta política, la consecuencia del poder duro (contra los migrantes) y de la insistencia de disuadir al Estado origen de detener la migración pone de manifiesto los resultados nefastos llenos de desgracias y humillación para sus ciudadanos. Se trata de evidenciar que las consecuencias funestas por la falta de atención a los problemas de su país (origen) significan que el desenlace fatal para los migrantes, no importando que se den en el Estado expulsor, serán culpa del Estado que lo provoca.

El segundo eje refiere a la asunción de que el país expulsor hace lo humanamente correcto en el tratamiento de los migrantes, pero otra vez el culpable del destino de los migrantes es su país de origen, por tanto es ese país quien debe asumir costos y no así el receptor.

Las políticas de reconversión intentan focalizar los usos de la fuerza sobre los migrantes, pero no por consecuencia de ellos mismos, sino de sus estados que generalmente son catalogados como estados en descomposición. No se advierte esta estrategia en Estados fallidos porque en ellos hay una ausencia de autoridad y resultaría inútil exigirle a su Estado.

Las políticas de reconversión son usadas en países como Estados Unidos, México, España y Francia. En sentido estricto, estas políticas tratan de suavizar las estrategias de control duro y por tanto aceptar lo menos posible la violación de derechos humanos. La utilidad de la reconversión, de forma no declarada, es insistir y presionar a las instancias supranacionales en buscar que la ayuda humanitaria de otros países y los órganos internacionales se incremente para detener el flujo humanitario.

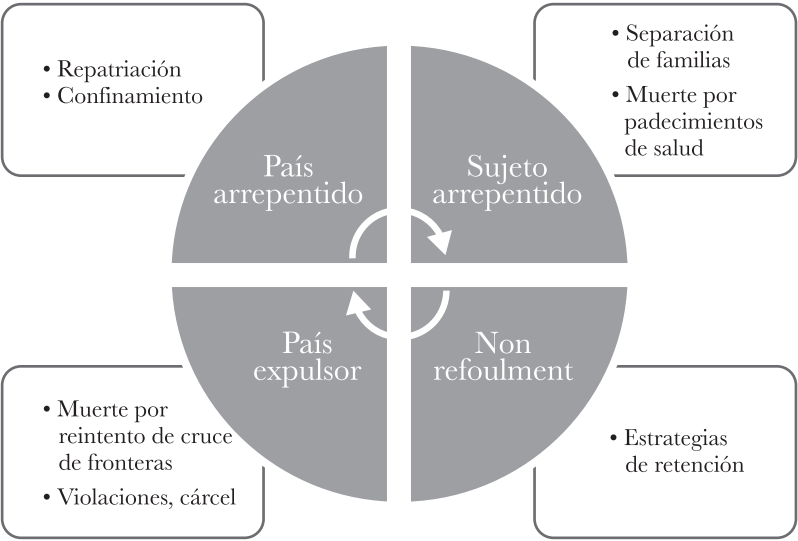
Para algunos países como México estas políticas de reconversión serían tendientes mitigar su propio fenómeno de inmigración pues países del Caribe o Centro América usan a México para ir a los Estados Unidos, siendo una realidad la permanencia en nuestro país como última opción de los migrantes. Por esto, por ejemplo, el programa del gobierno mexicano (2019-2024) *Sembrando Vida*²⁴ o las acciones de fomentar junto con Estados Unidos el pleno empleo en la frontera sur mexicana; por otro lado, sin embargo, están las detenciones, las deportaciones y la violencia estructural.

En Norte América, las políticas migratorias selectivas, al igual que en Europa, son parte de esas estrategias de reconversión. Intentan paliar su imagen de Estado expulsor (al que llegan los migrantes y los desecha, también es concebido como receptor porque ahí llegan los inmigrantes ilegales, aunque en realidad esos países son violentos con los ilegales); respecto del

²⁴ Cfr. Programa de la Secretaría del Bienestar, Gobierno de la República Mexicana, disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-sembrando-vida>.

Estado Arrepentido (el que saca de su país de origen a las personas), y también en función del ciudadano migrante ambos (sujeto inmigrante y Estado expulsor) son vistos como copartícipes de las situaciones de desgracia en los migrantes, según se sintetiza en la imagen siguiente:

IMAGEN 2. RECONVERSIÓN-CONVERSIÓN
Consecuencias de la reconversión



FUENTE: elaboración propia.

La decisión de salir de un país es considerada un riesgo tanto para el migrante como para el Estado receptor. El cuadro anterior explica que el control de repatriación y confinamiento como estrategia de poder respecto de los migrantes es consecuencia de acción del Estado débil que debería estar arrepentido de expulsar a su gente, por ello debe verse que las consecuencias respecto de los migrantes es culpa en origen de él; por otro lado respecto del migrante en lo individual se asume que los riesgo que enfrentará (padecimientos de salud, desintegración de su familia, muerte) son asumidos por él y su condición de violación de las leyes por ir a un país que no puede recibirlo y como parte de su travesía son su responsabilidad. Sin embargo, el mismo cuadro muestra como las acciones anteriores en realidad generan un abuso respecto de los derechos básicos del migrante, pues al expulsarlos quedan expuestos a condiciones tan graves como la muerte misma, la cárcel

u otras condiciones de poder sobre ellos de forma permanente. Es por esto que los Estados expulsores proponen estrategias de retención.

El principal problema en el círculo vicioso que se explicó en la imagen anterior esencialmente se alimenta de por la precarización económica. Entre más crezcan las condiciones de marginación en los países origen de la migración, más aumentarán las tensiones de un lado o del otro (migrante-Estado receptor); el hombre visto como mercancía es la peor humillación que puede existir, pero también lo es el hombre humillado por el poder punitivo de los Estados. Las políticas de reconversión integran programas que son paliativos, pues la ayuda económica no durará para siempre si no cambian las condiciones humanas.

V. POLÍTICAS POSITIVAS Y DERECHOS

El problema migratorio requiere de políticas positiva de control del poder sobre los migrantes. La migración, como se ha dicho, no cesará en tanto no existan condiciones para no hacerlo. Los Estados marginados han alcanzado esa condición por el empobrecimiento causado en su mayoría por modelos económicos impuestos por las potencias, por las guerras provocadas, por la miseria económica y por los saldos en algunos casos de catástrofes naturales, y, además, por la desestabilización política creada por la debilidad de los Estados.

La única salida a los agravios que viven los seres humanos migrantes está en las políticas positivas creadas mediante las estrategias de la seguridad humanitaria surgida en 1994 por la ONU.²⁵ Sus ejes torales parten de la prevención y de la acción. Tal como deben de atacarse todos los conflictos y para ello el primer paso es reconocer las amenazas y los riesgos, por lo tanto, los grandes peligros.

Los derechos humanos deben de ser vistos como un alto a las políticas disfrazadas de poder punitivo. No basta decir que se reconocen los derechos de los migrantes para después neutralizarlos, perseguirlos o dejarlos a su suerte. Es comprensible en cierta forma el porqué de las acciones de los Estados receptores cuando se piensa en cómo estos pudiesen atender a miles de personas desplazadas o que huyen de sus países para simplemente sobrevivir, pero también lo es de cierto que un conflicto resuelto por la violencia no termina, se multiplica.

²⁵ Cfr. La seguridad humana en las Naciones Unidas, disponible en: *file:///C:/Users/drjal/Desktop/12-41684_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure_web_December%2010.pdf*, consultado en enero de 2021.

Los poderes fácticos tendrían que ser combatidos como estrategia de protección de los migrantes porque la violencia que ejercen éstos sobre los indocumentados terminan siendo visibilizadas como responsabilidad de los Estados. Sin embargo, se sabe bien que, de igual forma, de todo lo que se filtra por el derecho penal el 98% queda impune, por tanto, es conveniente que el Estado expulsor contenga la fuerza de grupos fácticos contra los migrantes y evite que se mezclen los temas de los migrantes con los delitos.

La deportación actualmente puede ser un arma de doble filo. Por un lado, significa el control administrativo para detener, encerrar y expulsar; por otro lado, el retorno de un desprovisto a su tierra donde ha perdido todo será la condena a una vida donde la dignidad humana puede ser lacerada en grados insostenible, y el Estado expulsor cometería una repetición del daño, violando otra vez los derechos lacerados de los migrantes.

Los derechos de las personas migrantes deben de ser atendidos de forma gradual, buscar salidas alternativas para poder ubicar a las personas en situaciones temporales donde puedan tener un techo, atención médica y trabajo en tanto pueden establecerse. Resulta fácil decirlo y es comprensible que, en la práctica de una progresión negativa a una positiva, requerirá de una estrategia gubernamental y de desarrollo internacional; pero el primer punto es aminorar la violencia estructural contra los migrantes por que la dignidad humana es lo fundamental para atender al resto de los derechos humanos.²⁶

Los derechos de las personas, y en este caso de los migrantes, deben de visualizarse en dos bloques, atendiendo los derechos básicos de supervivencia dignidad, bajo los principios de no criminalización simulada y no repetición de daños.

Así, las primeras reglas para los estados que eminentemente son receptores-expulsores son (primer bloque):

- 1) En tránsito masivo recibir migrantes en centros establecidos, documentar y atender con dignidad mediante procesos de observancia ciudadana.
- 2) En caso de poder colocar a cierto número de migrantes como refugiados o trabajadores, censarlos y darles seguimiento temporal y de buena conducta en el centro de control (colonias de migrantes).

²⁶ La progresión negativa es la estrategia gubernamental que puede generar daños (reconocidos como menores o colaterales con el fin de que los efectos cambien a conversión positiva, es decir, que favorezcan).

- 3) El país receptor deberá de recibir asistencia de los países miembros de las Naciones Unidas con gasto económico, ayuda humanitaria (atención) y para establecer políticas de repatriación (aun siendo potencias).
- 4) El Estado expulsor deberá de ser sujeto de observancia por los organismos internacionales.
- 5) Deberán de fijarse rutas de recorrido de los migrantes en caso de ser país de tránsito para ser acompañados por la autoridad (cuidar de grupos delictivos y evitar choque con migrantes) y en caso de poder continuar, iniciar proceso de repatriación (punto 1 al 4).

Segundo bloque:

- 1) En el trato personal. Proporcionar atención alimentaria, médica y de vigilancia.
- 2) Explicar durante el traslado o en las estancias de paso, cuál será su situación y por qué censarlos.
- 3) Establecer, de ser posible, políticas migratorias (si se trata de un Estado de paso como México) de apoyo para el trabajo temporal o la estancia definitiva.
- 4) Vigilar a los agentes migratorios y de seguridad pública para evitar abusos o extorsión.
- 5) Visibilizar los casos donde los delitos sean cometidos por migrantes y establecer si el móvil fue por supervivencia y, de ser el caso, deportar bajo proceso humanitario y transparente.
- 6) Abrir la información a la población local para que sepan como interactuar con los migrantes y evitar conflictos de cualquier especie.
- 7) Mejora las condiciones de las estancias de migración y de paso (albergues con ayuda internacional).

Estos dos bloques no pretenden ser recomendaciones o advertencias, sino más bien significaciones claras distintas al uso del poder violento y sí, al poder que está conferido en los derechos para limitar al mismo Estado. No se pretende con estas reglas cambiar la lógica de procesos históricamente complicados y llenos de intereses ni con ello resolver el problema respecto de los países expulsores, la idea es sugerir la reversión de esos procesos de detección de flujo de migrantes y repetirlo pero con base en el respeto a la dignidad humana, por ello, la referencia puntual también de comprensión a los Estados receptores, al verse en la disyuntiva de cómo controla algo que pudiese salirse de todo orden con perjuicio para su régimen del interior.

Se trata de responsabilizar a todos los que sólo recomiendan bajo crítica a los expulsos, para que todos participen en la atención de seres humanos que viven sin decidirlo o provocando la peor de las condiciones humanas. Exaltar los límites al poder significan exaltar el poder del respeto por el ser humano y su tránsito al menos en su ya penosa vida.

Pareciera ser que se habla de una lectura pesimista de seres residuales, como diría Bauman, pero hablar de los derechos como límites al poder es la condición mínima que los seres en la globalidad podemos exigirnos, bajo la condición de sujetos desprovistos de seguridad perenne.

La política de criminalización de migrantes y de vigilancia de sus trayectorias significa un encause de la política de derechos humanos, que se suma hoy en su concepto más amplio al de seguridad nacional, pues salvar individuos en su territorio, y proveerlos de lo necesario para la subsistencia es, sin duda, cumplir la misión de la seguridad humanitaria. Tal vez plantear proceso de respeto al migrante puede parecer utópico, pero de ser así, entonces los derechos también imponen el deber de la verdad y el desenlace pudiese ser más peligroso. Hoy la seguridad está dada por el poder inteligente²⁷ de los Estados, y el tratamiento de la migración desde esta perspectiva fortalecería las estrategias de seguridad nacional de los Estados expulsos y de tránsito, porque traería consigo control de conflictos y control de su territorio. El uso de la fuerza inteligente comprometería a las instancias supranacionales y posicionaría a los poderosos, como esos verdaderos garantes de los derechos.

Los derechos de las personas migrantes deben de ser siempre políticas de reconversión positivas porque en los estados democráticos no se trata del derecho de los Estados, sino de las personas.

²⁷ *Smart Power*. Aunque refiere al poder que usó Obama para posicionarse de una forma diferente ante el mundo y no como un país donde la fuerza bruta era el medio contra los débiles producto de la inteligencia estatal; dicho concepto puede aplicarse a cualquier estado que hoy tenga la disyuntiva del uso de la fuerza para resolver un problema que puede tener un corte humanitario y además implique seguridad nacional en sentido amplio. Dicho concepto fue acuñado por Suzanne Nosel y citado por Valdés Ugalde, José Luis y Duarte, Frannia, “Del poder duro al poder inteligente. La nueva estrategia de seguridad de Barack Obama o de la sobrevivencia de la política exterior de los Estados Unidos”, *Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM*, año 8, núm. 2, julio-diciembre de 2013, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193730201002>.

VI. FUENTES CONSULTADAS

1. Bibliográficas

- ÁLVAREZ LEÓN, José Antonio (coord.), *Política criminal y prevención. El entorno personal del Individuo y su espacio de movilidad situacional, en los municipios de Atizapán de Naucalpan de Juárez y Atizapán de Zaragoza (segunda parte)*, México, Proyecto de investigación PAIDI/001/18, 2019.
- ÁLVAREZ LEÓN, José Antonio, *Estudio de la conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003), en el contexto de la regionalización de Norteamérica. Un acercamiento tópico-cibernetico*, tesis doctoral, México, UNAM, FES Acatlán, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, México, Paidós, 2015.
- CORSIO, Giancarlo y otros, *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, México, Universidad Iberoamericana, 2006.
- CRUZ TORRERO, Luis Carlos, *Seguridad, sociedad y derechos humanos*, México, Trillas, 1995.
- DE GIORGI, Raffaele, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.
- FERNÁNDEZ, C., SILVEIRA, H., RODRÍGUEZ, G. y RIVERA, I. (eds.), *Controles bélicos del Estado securitario. Control de la vida y procesos de exclusión*, Barcelona, Anthropos, 2010.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- RORTBERG, Robert Irwin, “El fracaso y colapso de los Estado-nación. Descomposición, prevención y reparación”, *Los Estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*, Colombia, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2007.
- RUGIERA, Vincenzo, *La violencia política. Un análisis criminológico*, Barcelona, Anthropos-UAM Azcapotzalco, 2009.
- ZAFFARONI, Raúl, “Derecho penal y protesta social”, BERTONI, Eduardo (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de prensa en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo y Centro de Estudios en Libertad de Prensa y Acceso a la Información, 2010.

2. Hemerográficas

ÁLVAREZ LEÓN, José Antonio, “La construcción de la imagen de la seguridad o control social multidimensional”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 3, núm. 5, julio-diciembre de 2007.

VALDÉS UGALDE, José Luis y DUARTE, Frannia, “Del poder duro al poder inteligente. La nueva estrategia de seguridad de Barack Obama o de la sobrevivencia de la Política Exterior de los Estados Unidos”, *Norteamérica. Revista Académica del CISA-UNAM*, año 8, núm. 2, julio diciembre de 2013.

3. Cibergráficas

BBC News MUNDO, “México: el brutal caso de 11 mujeres de Atenco que complica a Peña”, 29 de septiembre de 2016, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37514239>.

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, núm. 95, México, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3588/4322>.

DIARIO BBC EXTA, “Niños migrantes: Las impactantes primeras imágenes de los centros de detención de menores en EE. UU durante el gobierno de Baiden”, 23 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-56492224>.

JIMÉNEZ, David, “La futilidad del muro antinmigración está demostrada”, *The New York Times*, 10 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.nytimes.com/es/2018/09/10/espanol/opinion/opinion-muro-migracion-europa.html>.

LA SEGURIDAD HUMANA EN LAS NACIONES UNIDAS, disponible en: file:///C:/Users/drjal/Desktop/12-41684_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure_web_December%2010.pdf.

LA VANGUARDIA, “Un video muestra a los niños enjaulados en la frontera de EE. UU.”, 19 de junio de 2018, disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180619/45267919977/video-ninos-enjaulados-eeuu.html>.

NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, disponible en: https://www.mx.undp.org/content/mexico/es/home/ourwork/povertyreduction/in_depth/desarrollo-humano.html.

PROGRAMA DE LA SECRETARÍA DEL BIENESTAR, Gobierno de la República Mexicana, disponible en: <https://www.gob.mx/bienestar/acciones-y-programas/programa-sembrando-vida>.

ACERCA DE LOS COORDINADORES

ABRIL USCANGA BARRADAS. Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), grado otorgado con mención honorífica, asimismo obtuvo la equivalencia de doctora en derecho por la Universidad de León, España. Profesora de tiempo completo definitiva en la Facultad de Derecho en licenciatura y posgrado, y directora del Seminario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad. Directora de la *Revista del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM* de 2017 a 2023. Galardonada con las cátedras extraordinarias “Salomón González Blanco” (2015) y “Héctor González Uribe” (2021), ambas en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Reconocida como Investigadora en el Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 2, del Conacyt. Autora de diversos textos jurídicos en temas relacionados con: Protección de los Derechos Fundamentales, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Democracia, principalmente. Integrante del Padrón de Tutores de la Maestría y Doctorado del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Ha realizado diversas estancias de investigación en las universidades de Buenos Aires, Argentina; Carlos III de Madrid; Complutense de Madrid, así con en la de León, España.

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE. Licenciado (1992) y doctor en derecho (1996); catedrático en el Departamento de Filosofía del Derecho (2022) en la Universidad de Granada (España). Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia), la Universidad de Limoges (Francia), la Georgia State University (Estados Unidos de América) y la Universidad de Toronto (Canadá). Es autor de diversos libros: *Ecología y derecho II: la evaluación ambiental* (Comares, 1996), *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (1997), así como *Legalidad y orden jurídico* (2018). También es autor de capítulos de libros y artículos, por ejemplo, “La teoría fuerte de los derechos sociales” (*Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016); “¿Fue Auschwitz legal?” (*Isonomía*, 2016); “There Must Be Rules” (*Eunomía*, 2016); “Reasons for Legality: The moral Ideal of Legality and Legal Positivism” (*Diritto&Questioni Pubbliche*, 2014) o “Cinco teorías sobre el concepto de los

derechos” (*Doxa*, 2009). Entre sus últimos trabajos destacan “Apuntes para una lectura fulleriana de los principios del derecho penal liberal” (*Derechos y Libertades*, 2020); “La Constitución del Estado de derecho” (*ACFS*, 2020); “Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico” (*Doxa*, 2020); “La enseñanza del derecho y de su dimensión moral” (*Atelier*, 2020) y “Estado de derecho, adjudicación y racionalidad jurídica” (*Atelier*, 2020); “Legalidad y justicia. Cuestiones iusfilosóficas abiertas a la luz de la experiencia nacionalsocialista” (*Athenaica*, 2021) o “La filiación filosófica de Lon Fuller: iuspositivismo normativo (ni iusnaturalismo ni principialismo)” (*CEFD*, 2022). También ha editado, junto a Ma. Ángeles Cuadrado, *Bioseguridad, derecho y defensa* (2013) y es autor de un estudio sobre los estados de emergencia titulado “El Estado de derecho en situaciones de emergencia”, contenido en ese mismo volumen. Fue editor de *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, revista de filosofía jurídica y política, editada por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, de 2017 a 2021.

CARLOS H. REYES DÍAZ. Doctor en derecho por la UNAM. Actualmente es profesor de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fue coordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM (2014-2020). Cuenta con 20 años de experiencia docente de materias del área de derecho económico internacional. Ha impartido clases en la licenciatura y en el posgrado de la Facultad de Derecho, en el posgrado de Derecho de la FES Acatlán y en el posgrado de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, todas en la UNAM. Es Investigador Nacional nivel II del Conacyt. Recibió el Reconocimiento Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en Docencia en Ciencias Sociales (2007). Ha sido panelista del capítulo XIX del TLCAN y recientemente fue propuesto dentro de la lista de panelistas del T-MEC para el capítulo de Remedios Comerciales. Es árbitro en temas de energía en la Corte de Londres (LCIA) y de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Es autor de obra en materia de derecho económico internacional.

Los derechos como límites al poder, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 29 de mayo de 2023. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Esta obra reúne el esfuerzo intelectual de autores iberoamericanos que desarrollan tres líneas de investigación: 1) Poder y Estado, 2) Sujeto y Estado, y 3) Pena y Estado, desde una visión de análisis crítico del derecho, buscando soluciones a partir de un aspecto integrador del mismo.

Uno de los conceptos claves que integran este libro es el de *poder*, el cual ha sido impreciso y difícil de conceptualizar, y que a lo largo de la historia se ha entendido con otros conceptos imprecisos como justicia, fuerza o seguridad. Asimismo, el concepto de poder está relacionado con el concepto de *Estado* desde la teoría tradicional de la división de poderes que los coloca en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Ahora bien, si el *Estado* detenta el *poder*, al ejercerlo lo hace aplicándolo sobre la sociedad y es en razón de ello que resulta necesaria la existencia de una limitación a dicho ejercicio del poder. Así se entiende que exista una relación entre *sujeto* y *Estado*, misma que en esta obra se representa en los diversos capítulos que la integran.

A su vez, el *Estado* cuenta con una obligación de llevar a cabo acciones para investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos del gobernado. De esta manera es notable la relación entre *pena* y *Estado*, tópico tratado en la obra; la cual, desde la experiencia y perspectiva de destacados autores de México y España exponen problemas de diferente índole pero de indudable relevancia en la actualidad, al tiempo que incorporan importantes propuestas.