

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho



REVISTA EL CONSTITUYENTE

EL CONSTITUYENTE, Año 3, número 3, noviembre 2020 - octubre 2021, es una publicación anual, editada por INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SUPERIORES DE QUERÉTARO SC, Álvaro Obregón 270 - 225, Colonia Hipódromo Condesa, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06100. Correo electrónico: ricardo.delrio@anahuac.mx. Teléfono: 442 245642 ext. 403.

Editor Responsable: Dr. Ricardo del Río Trejo.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2019-061314401600-102; ISSN 2683-1805, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Certificado de Licitud de Título y Contenido No. 17291 que otorga la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Impresa por Printor Technology, con domicilio en José Frontera 9, Colonia Mercurio, C.P. 76040, Querétaro, Qro., este número se terminó de imprimir el 1 de noviembre del 2019, con un tiraje de 200 ejemplares.

Distribuida por la
UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO
Circuito Universidades I, Kilómetro 7, Fracción 2,
El Marqués, Querétaro. C.P.76246

Contacto:

Dr. Jorge Vargas Morgado
jorge.vargasm@anahuac.mx

La opiniones, datos, fuentes y contenidos de los artículos publicados son entera y exclusiva responsabilidad de quien los ha escrito y se publican con entero respeto a la libertad de expresión y la libre investigación.

Prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados o del diseño editorial. Se podrán hacer libremente citas académicas cubriendo la referencia correspondiente.



UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO

Rector

Mtro. Luis Eduardo Alverde Montemayor

Vicerrector Académico

Mtro. Jaime Durán Lomelí

Vicerrector de Administración y Finanzas

Mtro. Pablo Galindo Vega

Vicerrector de Formación Integral

Dr. Ricardo Virués Macías

Director de Comunicación, Atención Preuniversitaria
y Desarrollo Institucional

Mtro. Carlos E. Bárcena Ayala

Director de la Facultad de Derecho

Dr. Ricardo del Río Trejo



FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO EDITORIAL

Consejero Presidente

Dr. Ricardo del Río Trejo

Consejero Coordinador

Dr. Jorge Vargas Morgado

Consejeros

Internos

Dr. Salvador Ignacio Escobar Villanueva

Dr. Bernardo García Camino

Dr. Carlos Ignacio Muñoz Rocha

Externos

Dra. Eréndira Salgado Ledesma

Universidad Anáhuac México - UNAM

Dr. Carlos Burgoa Toledo

UNAM Ciudad Universitaria

Dr. Francisco Javier Coquis Velasco

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

INTERNACIONALES

Dra. Gladys Camacho Cepeda

Universidad de Chile

Dr. Isaac Augusto Damsky

Universidad de Buenos Aires

Dr. Juan Francisco Pérez Gálvez

Universidad de Almería



ÍNDICE

ARTÍCULOS DE FONDO

1. ÁREAS METROPOLITANAS Y REGIÓN METROPOLITANA DE BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

Augusto Hernández Becerra

2. LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Jorge Nader Kuri

3. A PROPÓSITO DEL COVID-19. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMERGENCIA SANITARIA INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO NORMATIVO EN LA UE Y ESPAÑA

Juan Alejandro Martínez Navarro

4. EL ENCUENTRO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD FRENTE A LA VIDA PRIVADA, HONOR Y PROPIA IMAGEN EN LOS JUICIOS ORALES

Paola Yazmin de la Rosa Toledo

5. TEST DE PROPORCIONALIDAD SOBRE ÓRDENES DE APREHENSIÓN DICTADAS EN CONTRAVENCIÓN AL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES CON MOTIVO DE LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Aloys Rütter Castro

6. EL DERECHO HUMANO A LA ELECCIÓN DE LA IDENTIDAD SEXUAL

Héctor Lugo Alba

7. LA CONFIANZA LEGÍTIMA, UN PRINCIPIO DE DERECHO PENDIENTE

Jorge Vargas Morgado

PONENCIAS

8. EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO: UN BALANCE PRELIMINAR”

Manlio Fabio Casarín León

9. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, EL CASO MEXICANO 2020

Ricardo del Río Trejo



ÁREAS METROPOLITANAS Y REGIÓN METROPOLITANA DE BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

Autora //

Augusto Hernández Becerra¹

Resumen:

En la primera parte de este ensayo se estudian los diversos arreglos institucionales experimentados en el mundo occidental durante las últimas décadas para hacer frente al desafío de las conurbaciones y las aglomeraciones urbanas de escala metropolitana, con especial referencia al régimen colombiano de las áreas metropolitanas, que agrupan a municipios, y las regiones administrativas y de planificación, que agrupan a los departamentos. En la segunda parte se informa sobre los antecedentes de la Región Metropolitana Bogotá - Cundinamarca, recientemente creada mediante una reforma constitucional, se describen las infructuosas aproximaciones de la capital de la república a un modelo de gobernanza metropolitana en sociedad con los municipios de su entorno en la sabana de Bogotá, se explican las razones y criterios que llevaron a diseñar, mediante una mixtura de área metropolitana y región administrativa, según la experiencia nacional con estas dos formas de administración territorial, una nueva institución, la región metropolitana. Finalmente se comentan los principales contenidos de esta reforma constitucional y las grandes y pequeñas cuestiones que deberá reglamentar en detalle la ley orgánica de esta metrópoli, que será una de las ciudades región más grandes de América Latina.

Palabras clave:

metrópoli, municipio, Bogotá, área metropolitana, región metropolitana, aglomeración urbana, ciudad región, distrito capital

Sumario:

Introducción. I. Áreas metropolitanas. 1. El fenómeno metropolitano. 2. El modelo colombiano de área metropolitana. 3. Las regiones administrativas y de planificación – RAP. II. La conurbación de la Sabana de Bogotá como región metropolitana. 1. Aspectos generales. 2. Bogotá y área metropolitana. 3. Bogotá y región. La RAPE. 4. Criterios para la creación de una institucionalidad metropolitana especial y nueva 5. Creación de la Región Metropolitana Bogotá-Cundinamarca. Reflexión final.

¹ Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia, ex Consejero de Estado nstitucionales, vol. 9, núm. 2, pp. 531-622, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la multiplicación de las ciudades y del crecimiento de la población urbana en Colombia, ² se han formado mayores concentraciones humanas en espacios compartidos, han surgido entre municipios limítrofes numerosos problemas de vecindad, políticos y administrativos, y se ha evidenciado, al igual que en muchos otros lugares del mundo, que en estos casos no basta con tan solo gobierno local para satisfacer las expectativas y necesidades de una población física o funcionalmente integrada en colectivos supramunicipales.

Bien se sabe que la revolución urbana de los últimos cien años en el mundo ha venido asociada con la aparición de grandes ciudades o megalópolis y con el crecimiento orgánico de conjuntos urbanos, bien sea por aglomeración compacta de ciudades vecinas, también denominada conurbación, o por la configuración de redes de ciudades que, aun cuando no conurbadas, se relacionan por interacciones de poderosa intensidad, llegando a tener en ocasiones la dimensión de verdaderas regiones ³.

Haciendo frente al desafío metropolitano, los municipios no han podido negarse ni resistirse a integrar colaborativamente sus funciones y servicios, apremiados por comunidades plurimunicipales que presionan por servicios públicos y obras de complejidad y proporciones sin precedentes. La acción coordinada de los municipios les demanda ceder parcialmente competencias y recursos en favor de una instancia superior, a la cual confiarán, para determinados asuntos, la dirección de la gestión local. Nace así la administración metropolitana.

² En 1938 la población urbana era apenas el 29% del total de los colombianos. Según datos del Banco Mundial, en 2020 la población urbana ha pasado a ser el 81%, lo cual indica que en ochenta años el país se transformó radicalmente, de un país rural, en un país urbano (Ciudad, espacio y población: el proceso de urbanización en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación sobre Dinámica Social, Bogotá, 2007. <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.RUR.TOTL.ZS>).

³ Información de carácter general sobre los fenómenos metropolitanos y su específica institucionalidad podrá obtenerse en: Luc-Normand TELLIER y Carlos B. VAINER (coordinadores). Las transformaciones de las metrópolis de las Américas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Alberto ARELLANO RÍOS. La gestión metropolitana. Casos y experiencias de diseño institucional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, el Colegio de Jalisco, México D.F., 2013. Augusto HERNÁNDEZ BECERRA. "Conurbaciones, redes urbanas y límites de los esquemas asociativos", en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, N° 349, abril de 2012, pp. 101 y ss. A.A.V.V. Gobernabilidad de las áreas metropolitanas. Memorias II congreso Internacional de Gobernabilidad. Universidad de Santo Tomás, Bucaramanga, 2011. OECD. Territorial Reviews: Competitive Cities in the Global Economy, 2006, <http://www.oecd.org/gov/37840132.pdf>



Muy explicablemente el diseño de la institucionalidad metropolitana ha dado lugar a un arduo debate, en el cual se han propuesto y ensayado diversas formas de gobernanza y de trabajo colaborativo ⁴. En tanto que desde el punto de vista técnico se perciben con claridad las razones que aconsejarían determinados cambios institucionales, tercian las consideraciones de los políticos, quienes prefieren aferrarse al statu quo antes que introducir reformas que podrían ir en desmedro de sus intereses personales y de grupo.

La configuración jurídica y política de la instancia metropolitana de información, consulta, deliberación y decisión, facilita la adopción y ejecución de las innumerables decisiones propias del arreglo de los servicios, las obras, las funciones y las inversiones públicas de escala supramunicipal. A partir de tales premisas se han concebido universalmente las administraciones denominadas áreas, zonas o gobiernos metropolitanos, y ese es también el caso de Colombia, que desde 1968 incorporó en su ordenamiento constitucional la noción de área metropolitana.

De otra parte, no tomando en cuenta los municipios sino los departamentos, divisiones intermedias del territorio colombiano, la Constitución introdujo en 1991 la, para Colombia, novedosa idea de región, diseñada bajo dos modalidades, de tal manera que bien podría ser tan solo una división administrativa del territorio, “Región Administrativa y de Planificación – RAP”, o bien una división política con autoridades elegidas, “Región Entidad Territorial – RET”. Hasta el presente únicamente existen algunas regiones organizadas conforme a la primera categoría, las RAP.

En este artículo analizaremos la forma como en Colombia se han regulado y desarrollado las áreas metropolitanas y, a partir de la Constitución de 1991, las regiones, esta últimas en un proceso lento y aún incierto. Luego de haber sido creadas unas cuantas áreas metropolitanas, subsisten en el país al menos quince conurbaciones que carecen de administración metropolitana, siendo la más importante de ellas el conglomerado de municipios de la Sabana de Bogotá. Habiendo sido infructuosas las iniciativas para organizar este conjunto de municipios como un área metropolitana, se ha decidido ensayar ahora una nueva estrategia, y es así como el Congreso de la República ha aprobado recientemente una reforma constitucional mediante la cual se crea la Región Metropolitana Bogotá-Cundinamarca.

A continuación estudiaremos la forma como, a partir de las nociones de área metropolitana y de región administrativa y de planificación - RAP, se diseñó el híbrido “Región Metropolitana” que, se espera, permita articular, con el concurso del departamento de Cundinamarca, los municipios del entorno de la capital de la república en una administración común que asuma

⁴ OECD. Territorial Reviews: Competitive Cities in the Global Economy, op. cit., p 499.

la gestión de los asuntos metropolitanos para lo que puede llegar a constituir, con el paso de los años, un conglomerado de más de treinta municipios.

I. Áreas metropolitanas

1. El fenómeno metropolitano

Los municipios que llegan a formar conjuntos de naturaleza metropolitana pueden estar conurbados o no, entendiendo por conurbación un “conjunto de varios núcleos urbanos inicialmente independientes y contiguos por sus márgenes, que al crecer acaban formando una unidad funcional”.⁵ Bien se sabe que la conurbación desenfrenada ha engendrado megaciudades dirigidas por administraciones altamente centralizadas e ineficientes, y originado algunas de las peores expresiones de la vida urbana en el mundo. Las conurbaciones son como un tsunami, pues no se detienen ante ningún obstáculo, y tan solo, a duras penas, pueden ser encauzadas. Al comportarse de esta manera las conurbaciones, el municipio núcleo devora a los municipios vecinos al igual que los agujeros negros de las galaxias absorben fatalmente a las estrellas próximas.

Algunas conurbaciones, sin embargo, al mismo tiempo que han logrado integrar funciones y servicios en una administración general, conservaron la institucionalidad de los municipios incorporados, respetándoles distintos grados de autonomía, para así compensar la fuerza centrípeta de las autoridades superiores y lograr una mayor eficiencia en la gestión local.

Ahora bien, la conjunción de numerosos municipios en territorios de superior extensión puede dar origen a regiones, en las que los municipios articulan grandes espacios organizados en red. En estas ocasiones el conjunto puede ser discontinuo en sus estructuras o componentes urbanos, pero tiene identidad significativa de orden económico, social, cultural o estratégico, y recibe denominaciones tales como ciudad región, red de ciudades o región metropolitana.

Ante tan diversas opciones de gobernanza metropolitana, la doctrina ha distinguido entre formas de gobierno metropolitano de tipo “duro”, que responderían a una tendencia unitaria, y formas de gobierno de carácter “blando”, que reflejarían una tendencia federal. Es lo que el profesor Luciano Vandelli ha denominado soluciones unitarias y soluciones asociativas.⁶

⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2017.

⁶ VANDELLI, Luciano. Poteri Locali: le origini nella Francia rivoluzionaria, le prospettive nell'Europa delle regioni. Bologna, Il Mulino Editore, 1990, pp. 203-212.



Las instituciones creadas para administrar los fenómenos metropolitanos generados por las aglomeraciones de ciudades han recibido distintos nombres en la literatura especializada y en la legislación particular de cada país. Estas administraciones responden a distintas denominaciones, tales como: zonas metropolitanas, áreas metropolitanas, aglomeraciones urbanas, regiones metropolitanas, metrópolis, ciudades globales, megaciudades.

La Oficina Europea de Estadística, Eurostat, introdujo el concepto de Larger Urban Zone en 2004. Por su parte la OECD adoptó para las aglomeraciones urbanas la expresión Functional Urban Area. Urban Zone y Functional Urban Area son expresiones que obedecen a la noción de conjunto metropolitano formado por una ciudad núcleo que está rodeada por municipios con los cuales sostiene intensos intercambios.⁷

La expresión ciudad región ha sido utilizada desde la década de 1950 para designar un territorio metropolitano y su entorno rural, formado por varios municipios, que cuenta con una administración común. Comparten recursos en aspectos tales como negocios, mercado laboral, red de transporte, que hacen que el conjunto funcione como una unidad. ⁸ Inevitablemente las ciudades región transforman las geografías político administrativas, y obligan al Estado a redefinir los límites administrativos para armonizarlos con las nuevas realidades de la geografía social, demográfica y económica.

En Francia una figura afín, la metrópoli, surgió de la ley de reforma de las autoridades locales de 2010. La ley de enero de 2014, llamada ley de "modernización de la acción pública y afirmación de las metrópolis", se alejó de la naturaleza voluntaria de las agrupaciones metropolitanas, e hizo obligatorio para todas las áreas metropolitanas de más de 600,000 habitantes convertirse en Metropole. Así se definieron 14 metrópolis en torno a las ciudades de Lyon, Lille, Grenoble, Burdeos, Toulouse, Nantes, Niza, Estrasburgo, Rouen, Rennes, Montpellier, Brest, Marsella y París. A partir del 1° de enero de 2018 Francia tiene 21 metrópolis, dos de las cuales tienen un estatus especial, París y Marsella. La metrópoli de Lyon, a diferencia de las demás metrópolis, no es una mancomunidad sino una colectividad territorial.

El uso generalizado del concepto de ciudad-región para la formulación de políticas tiene implicaciones importantes en el diseño y la implementación de estrategias de desarrollo. La ciudad región demanda una estructura de gobierno más compleja, caracterizada por el concierto de numerosos actores institucionales públicos y privados. Es interesante anotar

⁷ M.A. Jörg Knieling. Metropolitan Regions. Definitions, Typologies and Recommendations for Development Cooperation. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Eschborn, Germany, October 2014.

⁸ OECD. Territorial Reviews: Competitive Cities in the Global Economy, 2006, cit.

que entre urbanistas y planificadores no hay acuerdo sobre cómo definir la ciudad-región, y que, en la práctica, los problemas que enfrentan las ciudades región no son esencialmente diferentes de los que se presentan en aglomeraciones urbanas de otras escalas geográficas que reciben denominaciones diferentes.⁹

Las regiones metropolitanas, producto de una mixtura entre los conceptos de ciudad región y área metropolitana, valen tanto como estas últimas en sus aspectos más generales de orden funcional, institucional y de servicios, pero presentan características especiales de acuerdo con la legislación de cada país.

Por ejemplo, en Brasil los estados recibieron desde la Constitución de 1988 la facultad de crear regiones metropolitanas, siempre y cuando estuvieran constituidas por agrupaciones de municipios limítrofes. Es así como se han llegado a crear 36 regiones metropolitanas, que engloban cerca de 500 municipios, y varias más se encuentran en curso de creación. Además, existen las denominadas regiones integradas de desarrollo económico, RIDE, y otras aglomeraciones urbanas de régimen especial. La región metropolitana de Sao Paulo, por ejemplo, está integrada por 64 municipios.¹⁰ Evidentemente, más que un área convencional, los municipios así agrupados estructuran extensas regiones, no necesariamente todas con gran población. Como si esto no bastara, se maneja el concepto de megalópolis, que estarían formadas por la unión de áreas y regiones metropolitanas.

En medio de esta ebullición de reformas para responder al desafío metropolitano en el mundo, es notable el rezago de México, populoso país en el que, a pesar de contar con 74 áreas o zonas metropolitanas identificadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, dichas zonas carecen de reconocimiento en la Constitución y no cuentan con institucionalidad propia. Ante tal situación autorizados expertos abogan por reformar la Constitución y organizar las zonas metropolitanas mediante una “regulación obligatoria”, “teniendo en cuenta las experiencias y la cultura mexicana”.¹¹

⁹ Andrés RODRÍGUEZ-POSE. The Rise of the “City-region” Concept and its Development Policy Implications. *European Planning Studies*, Volume 16, 2008 - Issue 8. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09654310802315567>

¹⁰ Luc-Normand TELLIER y Carlos B. VAINER (coordinadores). *Las transformaciones de las metrópolis de las Américas*, op. cit., p. 72.

¹¹ Sean Markey y Gretchen Hernández. “Planeación de una gobernanza efectiva en las áreas metropolitanas de México”, IDRC-CRDI, México, 2015. V. también “El desarrollo municipal, factor estratégico en el posicionamiento de México en los escenarios políticos y sociales del siglo XXI”. Roberto Moreno Espinosa (coord.), Academia Internacional de Ciencias Político-Administrativas y Estudios de Futuro, México, 2015.



La experiencia internacional da noticia de múltiples modalidades de gobernanza metropolitana, entre ellas las siguientes: i) de un solo nivel (los municipios conurbados desaparecen al ser absorbidos por el municipio núcleo), ii) de dos niveles, siendo el superior un gobierno supramunicipal, fuerte o débil, respetando la existencia de los municipios integrantes del área, iii) pluralidad de autoridades intermunicipales mono o plurisectoriales, tipo agencias u otras autoridades mancomunadas, iv) modelos no institucionales, que dependen de la buena voluntad de las autoridades locales, del liderazgo de algunas de ellas, de convenios puntuales, de comisiones o consejos ocasionales, de la tutela del gobierno nacional, etc.. pudiendo presentarse el caso, y es lo más habitual, de que sencillamente no existan instituciones ni prácticas especiales para la gestión de los temas metropolitanos, y que cada problema común a un grupo de municipios deba ser objeto de arduos y renovados procesos de negociación, decisión y ejecución.

2. El modelo colombiano de área metropolitana

El principio de la autonomía municipal se ha generalizado en el mundo democrático de las últimas décadas, siendo ese el caso de Colombia, y por tanto los gobiernos metropolitanos tienden a organizarse a partir de la libre voluntad de los municipios, y del compromiso político de garantizarles la conservación de sus identidades e instituciones de origen. De esta manera, y sin el riesgo de extinguirse como entidades políticas, los municipios aglomerados ingresan a una administración común dirigida por ellos mismos, a una forma de coadministración de lo metropolitano que puede presentar distintos grados de eficacia y gobernabilidad.

La noción de área metropolitana fue introducida en Colombia con la reforma constitucional de 1968. En el marco de la Ley 61 de 1978 y el Decreto Ley 3104 de 1979 se crearon, antes de la Constitución de 1991, cinco áreas metropolitanas: en 1980 el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, con núcleo en el municipio de Medellín, en 1981 las áreas Metropolitanas de Bucaramanga y Barranquilla, y en 1991 las de Cúcuta y Centro Occidente, esta última con núcleo en Pereira.

El tipo de área metropolitana adoptado en Colombia, y que aún hoy se conserva, es un modelo de dos niveles, con un gobierno supramunicipal dotado de importantes herramientas para la planeación, además de competencias para la gestión integral de servicios, obras y funciones metropolitanas, aspectos en los cuales quedan subordinados los municipios miembros. Así, por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 1625 de 2013, que contiene el estatuto vigente de las áreas metropolitanas, establece que el Plan Integral de Desarrollo Metropolitano constituye para los municipios integrantes una "norma de superior jerarquía" y es determinante para sus planes de ordenamiento territorial y demás instrumentos de planificación.

La Constitución de 1991 hizo más exigente el procedimiento para crear áreas metropolitanas, pues en el artículo 319 dispuso que su régimen debía quedar contenido en una ley orgánica, y que para crearlas esta ley señalaría “la forma de convocar y realizar las consultas populares que decidan la vinculación de los municipios”. Debido principalmente al requisito de consulta popular, en los casi treinta años de existencia que va a completar la nueva Constitución, y a despecho de que en Colombia existen al menos quince conglomerados urbanos que requieren para su gobernabilidad y desarrollo de esta forma especial de administración, solo ha sido posible crear una más, que es el Área Metropolitana del Valle de Upar, con núcleo en el municipio de Valledupar, en 2005.

Áreas Metropolitanas constituidas

Barranquilla, con proyección regional hacia 13 municipios
Bucaramanga, con proyección regional hacia 5 municipios
Cúcuta, con proyección regional hacia 5 municipios
Valle de Aburrá, con proyección regional hacia 18 municipios
Pereira, con proyección regional hacia 4 municipios
Valle del Cacique de Upar

Conglomerados municipales o conjuntos metropolitanos sin institucionalizar

Conglomerado de Bogotá/Sabana, 19 municipios
Conglomerado de Cali, 13 municipios
Conglomerado de Cartagena, 8 municipios
Conglomerado de Tunja, 14 municipios
Conglomerado de Manizales, 7 municipios
Conglomerado de Popayán, 3 municipios
Conglomerado de Montería, 6 municipios
Conglomerado de Neiva, 7 municipios
Conglomerado de Santa Marta, 3 municipios
Conglomerado de Villavicencio, 5 municipios
Conglomerado de Pasto/ Ipiales, 5 municipios
Conglomerado de Armenia, 12 municipios
Conglomerado de Ibagué, 5 municipios
Conglomerado de Sincelejo, 5 municipios
Conglomerado de Montería, 5 municipios

El artículo 319 de la Constitución, que desde 1991 enmarca la figura del área metropolitana, presenta varios inconvenientes. De una parte, resulta evidente que el requisito de consulta



popular frenó la conformación de nuevas áreas metropolitanas, no solo porque no resulta fácil interesar al público en un proyecto de esta naturaleza, que es básicamente una reforma técnico - administrativa o burocrática, sino porque, teniendo un componente político, toda propuesta de área metropolitana con frecuencia se convierte en un escenario de manipulación del electorado y de reyerta entre grupos partidistas enfrentados. En estas condiciones no hay consulta que logre satisfacer las altas exigencias de participación y mayorías fijadas en la ley para la prosperidad de una consulta popular.

Por supuesto, no puede desconocerse que, en el debate público hacia la creación de gobiernos metropolitanos, pueden emerger importantes objeciones de naturaleza política, tanto por parte de los municipios participantes como de los ciudadanos y, aún, de las propias autoridades nacionales. La desconfianza de los municipios partiría del temor a perder autonomía e incluso del riesgo de desaparecer como entidades políticas. El previsible temor de los ciudadanos tendría origen en que los gobiernos metropolitanos pueden crear burocracia, aumentar los impuestos e incrementar el gasto público. Por su parte, la Nación también podría mirar con reticencia estas iniciativas, pues las nuevas áreas metropolitanas concentrarían mayor poder económico y político en perjuicio del poder central.¹²

Debe anotarse, también, que el artículo 319 parece contrariar el principio de autonomía de los municipios y la consagración del municipio como “entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado”¹³ al expresar, en el inciso final, que “Las áreas metropolitanas podrán convertirse en Distritos conforme a la ley”. En otros términos, los municipios integrantes del área serán absorbidos por el municipio núcleo y dejarán de existir como entidades territoriales. Esto es lo que en clase he denominado la “eutanasia municipal” por precepto constitucional. Explicablemente esta norma ahuyenta a los municipios, pues perciben que el área metropolitana podría ser la antesala de su extinción. La política de fusionar municipios conurbados integrantes de un área metropolitana no se concilia con el espíritu descentralista y autónómico de la Constitución, ni parece tampoco ofrecer una solución práctica a la compleja gestión de los asuntos metropolitanos.

La Ley 128 de 1994, que inicialmente fijó el estatuto de las áreas metropolitanas, ha sido reemplazada por la Ley 1625 de 2013.¹⁴ No introdujo esta ley, sin embargo, ninguna reforma rescatable, salvo en relación con dos aspectos menores que merecen ser comentado. Uno es

¹² Los gobiernos metropolitanos “son una amenaza para el esquema vigente de distribución espacial del poder.” (LÉ-FEVRE, Christian y otros. La utopía metropolitana I. Universidad Externado de Colombia, Serie de Economía Institucional Urbana N° 10, Bogotá, 2014).

¹³ Artículo 311 de la Constitución.

¹⁴ “Por la cual se deroga la Ley orgánica 128 de 1994 y se expide el régimen para las áreas metropolitanas.”

el relacionado con la consulta popular que debe preceder a la creación del área metropolitana. Dispone el artículo 8° que se entenderá aprobado el proyecto “cuando la mayoría de votos de cada uno de los municipios interesados (¡cada uno!) sea favorable a la propuesta y la participación ciudadana haya alcanzado al menos la cuarta parte de la población registrada en el respectivo censo electoral”. Bien, más de lo mismo. Pero en el párrafo 3° encontramos la siguiente novedad: cuando se trate de anexar al área uno o más municipios, bastará con la participación del 5% de los ciudadanos que integren el censo electoral (no el 25%). Mi recomendación a quienes tengan interés en impulsar la creación de un área metropolitana ha sido que organicen inicialmente la consulta popular en solo dos municipios, a quienes se les aplicará la regla plena de participación y, una vez constituida el área, incorporen los demás municipios mediante la figura de la “anexión”, para lo cual basta con la participación del 5%.

El otro aspecto a comentar de la Ley 1625 consiste en que, mientras la ley 128 condicionó la creación de áreas metropolitanas a que los municipios estén vinculados entre sí por “estrechas relaciones” de todo orden, la nueva ley reemplaza esta fórmula por la exigencia de que estén vinculados entre sí por “dinámicas e interrelaciones”, lo cual se ha interpretado como un ablandamiento del requisito de conurbación para facilitar la creación de áreas metropolitanas entre municipios que no estén conurbados. Esta flexibilización puede ser interesante si se tiene en cuenta que municipios vecinos, aunque no conurbados, podrían constituir entre todos un gobierno superior que les permitiría emprender conjuntamente proyectos ambiciosos, compartir recursos y competencias en torno a obras y servicios de beneficio común y pesar más en el contexto departamental e incluso nacional.

3. Las regiones administrativas y de planificación – RAP

Inspirada más en el modelo regional francés que en el italiano, la Constitución de 1991 introdujo la noción de región, definida como una entidad que se formaría a partir de la unión de dos o más departamentos. La región está llamada a organizarse, en una primera fase, como Región Administrativa y de Planificación (RAP, artículo 306), pudiendo transformarse posteriormente en una entidad territorial (RET, artículo 307). Excepcionalmente, la ciudad de Bogotá también puede formar parte de una región (RAPE, artículo 325).¹⁵

De las RAP se debe realzar su naturaleza puramente administrativa, lo cual significa que este tipo de región no desempeña un papel político sino meramente técnico, aplicado a los propósitos de una mejor gestión del territorio. Como claramente establece el artículo 306 de la Constitución, su objeto principal es “el desarrollo económico y social del territorio”, con fundamento en la planeación, función primordial de la que deriva el nombre de la RAP. En

¹⁵ La materia regional está principalmente regulada en las leyes orgánicas 1454 de 2011 y 1962 de 2019.



este sentido el artículo 30 de la Ley 1454 de 2011 subraya que “en ningún caso las Regiones Administrativas y de Planificación podrán constituir circunscripción electoral especial dentro de la división político-administrativa territorial del país”.

Es importante destacar, para los propósitos de este artículo, que, a diferencia del procedimiento de creación de las Regiones como entidades territoriales (RET, artículo 307), para crear una RAP no exige la Constitución que se realice un “referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados”. Así, pues, las RAP se constituyen por iniciativa de los departamentos, sin sujeción a consulta o referendo, lo cual se justifica por no tener una naturaleza política, como las RET, sino exclusivamente administrativa.

También es característico del modelo colombiano de construcción regional la considerable extensión geográfica de las regiones resultantes, dado que los departamentos son enormes, a diferencia de los franceses. Dichas regiones, debido a su gran tamaño y diversidad, son en realidad entes plurirregionales.

En la Constitución las regiones no están llamadas a sustituir a los departamentos sino a complementarlos. Además, no exige la Constitución que las regiones se conviertan en una división homogénea del territorio nacional, como sí ocurre con los municipios y los departamentos. En tanto que municipios y departamentos configuran la división político administrativa general y permanente del Estado, la creación de regiones es, para los departamentos, simplemente una opción.¹⁶

II. LA CONURBACIÓN DE LA SABANA DE BOGOTÁ COMO REGIÓN METROPOLITANA

1. Aspectos generales

El Distrito Capital de Bogotá y los municipios de la Sabana de Bogotá, mirados en conjunto, aportan cerca del 30% del PIB nacional y son sede del 34% de las empresas del país y del 40% de los centros de educación superior. Bogotá concentra el 16% de la población colombiana y es la principal plataforma productiva del país, al generar el 26% del producto interno bruto, con lo cual su economía viene a ser más grande que la de países como Ecuador, Bolivia, Paraguay y Uruguay.¹⁷

¹⁶ Actualmente se encuentran constituidas las siguientes regiones administrativas y de planificación: Caribe, Eje Cafetero, Rape Central, Pacífico. En proceso de creación: Amazonia, Córdova o Noroccidente, Gran Santander.

¹⁷ PROBOGOTÁ. La región metropolitana de la Sabana de Bogotá. <https://www.slideshare.net/ProBogota/documento-completo-la-regin-metropolitana-de-la-sabana-de-bogot>, p.

No obstante la importancia del conglomerado de municipios de la sabana de Bogotá, este conjunto de administraciones carece de una dirección común. Debido a su debilidad institucional, la región metropolitana, que existe de facto, viene creciendo descoordinadamente y al impulso de fuerzas económicas que se nutren de la especulación y la maximización de las rentas, con desmedro del interés general. La sabana se ha organizado de hecho como un área metropolitana, pero esta “no es reconocida como tal por las comunidades, ni por los gobiernos locales y el distrital”, pese a la importancia que generalmente se le reconoce.¹⁸ Tampoco es reconocida como tal en los planes nacionales de desarrollo ni por el gobierno nacional.

La integración regional de la sabana de Bogotá también es consecuencia de iniciativas particulares que privilegian beneficios personales sobre el interés general, como ocurre por ejemplo con el tráfico de licencias de construcción en los municipios vecinos y los emprendimientos descontrolados de empresas urbanizadoras y de urbanizadores piratas. Con razón señala el profesor Óscar Alfonso que, al ausentarse el Estado de la dimensión metropolitana, “las políticas urbanas llamadas a enfrentar estos problemas son orientadas cada vez más por los intereses particulares y no por los generales”.¹⁹

2. Bogotá y área metropolitana

La creación del Distrito Especial en 1954 mediante la fusión de la capital con seis municipios, comenta el profesor Vidal Perdomo, “quitó el interés de otros municipios cundinamarqueses de asociarse con Bogotá” y originó uno de los problemas que impiden la organización metropolitana de la sabana, consistente en la resistencia y desconfianza de los municipios que podrían hacer parte de ella.²⁰

La Constitución de 1991 transformó el Distrito Especial de Bogotá en Distrito Capital y en los artículos 319 y 325 reiteró que Bogotá podría formar parte de un área metropolitana con municipios del entorno sabanero. Sin embargo, la desconfianza de los municipios, la arrogancia de Bogotá en su trato con los municipios vecinos y otros motivos esencialmente políticos, impidieron sacar adelante la iniciativa. Recientemente la Ley 1625 de 2013 excluyó

¹⁸ Miguel BORJA y Angélica María NIETO. El gobierno en los Andes centrales. La metrópoli en la sabana. Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, Bogotá, 2007, p. 70

¹⁹ Óscar A. ALFONSO ROA (compilador). Bogotá en la encrucijada del desorden: estructuras socio-espaciales y gobernabilidad metropolitana. Universidad Externado de Colombia, Colección Economía Institucional Urbana N° 13, Bogotá, 2017, p.32.

²⁰ Jaime VIDAL PERDOMO. ¿Distrito Especial? ¿Distrito Capital? ¿o Área metropolitana?, en “Estatutos jurídicos de las capitales y áreas metropolitanas”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991, pp. 176-



a Bogotá de sus disposiciones en consideración a que la capital debía regirse por reglas especiales, y de esta manera el proyecto metropolitano para Bogotá, por mandato de la ley, quedó definitivamente en el limbo.

Varias razones han llevado a concluir que el marco constitucional establecido para Bogotá en 1991 resulta inadecuado para avanzar hacia un gobierno metropolitano de la sabana de Bogotá. En efecto: i) dichas disposiciones ahuyentan a los municipios invitados a conformar área metropolitana, pues con toda razón temerían desaparecer absorbidos por el núcleo metropolitano, ii) la consulta popular convierte todo proyecto metropolitano en presa de la politiquería y la demagogia municipales, y deja en manos de la opinión un asunto que es más técnico que electoral, puesto que se trata de poner en práctica un modelo de administración indispensable para la planeación y la racional provisión de bienes y servicios públicos urbanos a gran escala; iii) la idea genérica de área metropolitana, a partir de “dos o más” municipios, y su estatuto legal, resultan modestos e insuficientes para organizar un conjunto metropolitano de excepcional tamaño como es la conurbación o conjunción de Bogotá con los municipios vecinos. Puesto que comprende decenas de municipios, el conglomerado de la sabana de Bogotá asciende a una escala urbana superior, la de las ciudades región, como son en Suramérica el Gran Buenos Aires y la ciudad región Río de Janeiro-Sao Paulo.

3. Bogotá y región. La RAPE

En tanto que el artículo 306 de la Constitución prevé que dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, el artículo 325 agrega que el Distrito Capital podrá conformar una región “con otras entidades territoriales de carácter departamental”. Es decir, con departamentos, recibiendo el Distrito Capital en este caso tratamiento de departamento, como parte integrante de la Región Administrativa y de Planificación Especial-RAPE.

Mediante la creación de una región administrativa y de planificación los departamentos (y eventualmente el Distrito Capital) pueden disponer de sus recursos y competencias para aplicarlos al “desarrollo económico y social del respectivo territorio”. Sin embargo, las regiones así previstas no pueden disponer de los recursos y competencias municipales. Las competencias municipales son indisponibles para el departamento (y para la región que llegare a constituirse) porque los municipios son titulares de derechos constitucionales derivados del principio fundamental de autonomía (artículo 287 numeral 2), y sus bienes y rentas son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares conforme al artículo 362.

En aplicación de los párrafos 2° y 3° del artículo 30 de la Ley orgánica 1453 de 2011, mediante convenio²¹ los departamentos de Meta, Tolima, Boyacá y Cundinamarca, junto con el Distrito Capital, constituyeron la región administrativa y de planeación especial denominada Región Central, a la cual adhirió posteriormente el departamento del Huila. De acuerdo con la ley y según se ha explicado, la RAPE es un esquema asociativo que no constituye entidad territorial ni circunscripción electoral, a pesar de lo cual cuenta con personería jurídica, autonomía, patrimonio propio y, claro está, gastos de funcionamiento.²²

Puesto que las entidades integrantes de la región deberán aportar al “desarrollo económico y social del respectivo territorio” en proporción a sus recursos, Bogotá se convertirá en la principal fuente de recursos para financiar proyectos y ejecutar obras en los departamentos integrantes de la RAPE.²³ Es por esta razón que la región con Bogotá interesa mucho a los departamentos, porque les da la oportunidad de sumarse al desarrollo de la capital y eventualmente obtener algunos beneficios. Este tipo de región no es equitativo con la ciudad, no es recíproco con los impuestos que en la capital pagan los ciudadanos, ni le resuelve a Bogotá ni a los habitantes de los municipios vecinos sus necesidades y problemas, que son los derivados de una conurbación galopante, descontrolada e ingobernable.

La ciudad de Bogotá está inmersa en un fenómeno regional, pero para encararlo no le es funcional la manera como según la Constitución se construyen las regiones, esto es, por agregación de territorios departamentales completos. En torno a Bogotá se configura una región muy particular, formada por municipios, que en eso consisten los fenómenos y los problemas metropolitanos: son en principio asuntos municipales. Por tanto, la cuestión regional para Bogotá no es con todos los 116 municipios de Cundinamarca, ni los 29 de Meta, ni los 123 de Boyacá, ni los 47 de Tolima, ni los 36 del Huila. Los problemas de gobierno de los conglomerados urbanos no se solucionan mediante arreglos institucionales entre departamentos, entre otras razones porque los departamentos no pueden decidir en relación con asuntos que son propios de los municipios en virtud de su autonomía.

²¹ Convenio No. 1676 del 25 de septiembre de 2014.

²² Su burocracia mínima comprende: Consejo Directivo, Director Ejecutivo, Oficina de Control Interno, Subdirección de Planeación y Proyectos Estratégicos, Oficina Jurídica y de Contratación, Oficina Administrativa y Financiera, Comités y Órganos Asesores (Consejo de Participación Ciudadana, Comité Técnico Asesor, Comité de Conciliación y Defensa Judicial), al tenor del artículo 23 del Acuerdo Regional Número 001 (septiembre 30 de 2014).

²³ Los aportes de los integrantes de la Región Central se definirán de conformidad con la disponibilidad de ingresos y la sostenibilidad del marco fiscal de mediano plazo de cada una de las entidades. Fue lo resuelto en el artículo 31 del acuerdo regional número 001 (septiembre 30 de 2014)



Por consiguiente, carece de sentido esforzarse en la búsqueda de acuerdos con los departamentos, cuando de lo que se trata es de encontrar una fórmula que permita la gobernanza del territorio afectado por el crecimiento actual y futuro de la capital y de los municipios próximos a ella. Los acuerdos institucionales del orden metropolitano hay que construirlos con los municipios que forman o van a formar red de ciudades con la capital.

Es por estas razones que en su momento fracasó la denominada Región Bogotá-Cundinamarca, y por las que no parece prometedora la RAPE Región Central. En materia de organización territorial del Estado cada problema tiene su propia solución. En tratándose de dificultades para la planeación y la gestión de funciones, servicios y obras comunes para municipios vecinos, la cuestión atañe a alguna modalidad de cooperación, coordinación, asociación y cogestión entre municipios, no entre departamentos.

Los departamentos ya tienen bastante con lo suyo para que quepa esperar de ellos capacidades adicionales que les permitan concurrir a la solución eficiente de los problemas metropolitanos de la sabana de Bogotá. En fin, como han declarado reconocidos especialistas, la RAPE es una zona que no tiene asidero en la realidad y “es un despropósito geoeconómico y geopolítico”.²⁴

4. Criterios para la creación de una institucionalidad metropolitana especial y nueva²⁵

En la búsqueda de una institucionalidad apropiada para organizar gobierno metropolitano en la Sabana de Bogotá hubo lugar a considerar varias alternativas: i) organizar el área metropolitana de conformidad con el régimen constitucional vigente, y mediante un breve proyecto de ley orgánica permitir la extensión de las disposiciones de la Ley 1625 de 2013 al Distrito Capital; ii) crear un área metropolitana mediante una ley especial para el Distrito Capital, dentro del marco constitucional vigente; iii) Impulsar la Región Administrativa y de Planificación Especial – RAPE, en los términos del artículo 30, parágrafos 2° y 3°, de la ley 1454 de 2011; iv) promover una reforma constitucional para crear un nuevo tipo de Región

²⁴ Miguel BORJA y Angélica María NIETO. El gobierno en los Andes centrales. La metrópoli en la sabana, cit., p. 72.

²⁵ Augusto HERNÁNDEZ BECERRA Gobierno de conjuntos municipales y la Sabana de Bogotá como región metropolitana, publicado en la Revista “AIDA. Ópera Prima del Derecho Administrativo”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, segunda época, N° 1, México, 2018 y luego también en “Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo - AIDA, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2019. Este artículo presenta algunas de las conclusiones de la consultoría realizada en colaboración con el doctor Carlos Medellín Becerra para la Fundación ProBogotá en el año 2017.

Administrativa, formada exclusivamente por municipios, junto con el Distrito Capital, que no conduciría, como hoy predica el artículo 326 de la Constitución, a la futura desaparición de los municipios integrantes del conjunto metropolitano.

Al explorar alternativas en torno a una propuesta institucional de administración metropolitana en la sabana de Bogotá, se encontró recomendable prescindir de la expresión “área metropolitana”. La idea de un área metropolitana para Bogotá presenta varios inconvenientes, como ya se ha explicado. En primer lugar, ha sufrido considerable desgaste debido a los infructuosos esfuerzos para constituirla. En segundo lugar, la rodea un hábito de desconfianza y temor porque está jurídicamente asociada con la posibilidad de suprimir los municipios que lleguen a integrarla. En tercer lugar, aun cuando no esté concebida con ese propósito, el área metropolitana suscita en los municipios circunvecinos a Bogotá la idea de una imposición por parte de la capital. En cuarto lugar, el requisito constitucional de realizar consultas populares para decidir la vinculación de los municipios no es práctico ni idóneo para resolver una necesidad que, antes que política, es de orden técnico y administrativo.

A las anteriores consideraciones hay que agregar razones de orden conceptual. El fenómeno metropolitano en torno a Bogotá desborda el concepto tradicional de área, asociada al fenómeno de la conurbación entre municipios próximos. En cambio, el hecho metropolitano en el centro geográfico de Colombia ha adquirido una dimensión regional, porque vincula a numerosos municipios, no todos ellos necesariamente conurbados con Bogotá, pero sí estrechamente relacionados por una multitud de factores, configurando una red de ciudades con intensos intercambios y cotidianos desplazamientos de personas, bienes y servicios.

Al no existir en la Constitución un tipo de organización metropolitana adecuado a las necesidades de una administración intermunicipal de Bogotá con los municipios de la Sabana de Bogotá, se concluyó que era necesario reformar la Constitución. El nuevo modelo de gobernanza metropolitana debía respetar los principios constitucionales fundamentales, para no modificar la Constitución en su esencia, y exhibir rasgos que lo hicieran reconocible por afinidad con otras formas de organización territorial existentes en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, con las regiones y las áreas metropolitanas. Debía beneficiarse, también, de las buenas prácticas conocidas en otras formas de gobierno metropolitano en el mundo, adaptadas a las condiciones de nuestra institucionalidad y de nuestra cultura política.

La reforma constitucional tendría que enfocarse en tres aspectos principales: i) suprimir en los artículos 319 y 326 la “eutanasia municipal”, lo cual implica borrar el último inciso del artículo 319 y derogar el artículo 326; ii) regular en el artículo 325, con mayor detalle, el área metropolitana de Bogotá; iii) crear en el artículo 325 un concepto metropolitano nuevo, como podría ser el de ciudad región, federación de municipios, comunidad metropolitana o región metropolitana.



Recurrir al concepto de región ofrece utilidad y pertinencia teniendo en cuenta las circunstancias de nuestra evolución constitucional y administrativa: i) deja en claro que no se aplicará el concepto tradicional de área metropolitana, que presenta los inconvenientes jurídicos y políticos atrás anotados; ii) da fuerza a la excepcionalidad de la red de ciudades que se está formando en el centro del país; iii) da pie para proponer un arreglo institucional novedoso y único; iv) aun cuando nueva para nosotros, en el terreno de lo municipal, la expresión región aplicada a los fenómenos metropolitanos, permite asociarla con las regiones administrativas y de planificación – RAP previstas en el artículo 306 de la Constitución; v) algunas de las características de la región metropolitana se tomarían directamente del artículo 306, entre ellas que, siendo región, no es entidad territorial, porque su naturaleza es estrictamente administrativa; vi) puesto que se crearía por medio de acto legislativo, a esta región se le podrían atribuir otras características, como el hecho de estar formada exclusivamente por municipios, sin la participación de departamentos; vii) se le conservaría un carácter asociativo, y por tanto voluntario, como es el caso también de las RAP; viii) permite considerar diversas formas de vinculación de la nación a la región metropolitana, así como incluir fórmulas nuevas de financiación y tributación.

De otra parte, no sería necesario tocar el artículo 319 sobre las áreas metropolitanas, porque no se insistiría en la aplicación de esta figura a la capital. Tampoco pareció recomendable desgastarse en la modificación al artículo 326, que mejor sería suprimirlo, para así concentrar esfuerzos en la reforma de un solo artículo de la Constitución, el 325.

La reforma del artículo 325 tendría dos componentes importantes, consistentes en: i) garantizar que no se suprimirían los municipios integrantes de la región; ii) invitar a los municipios circunvecinos para que voluntariamente se vinculen a la Región Metropolitana, entidad de naturaleza administrativa, asociativa y de carácter especial.

Gracias a la semejanza constitucional de la Región Metropolitana con las regiones administrativas y de planificación del artículo 306, que no son entidades territoriales, la Región Metropolitana participaría de dos rasgos jurídicos de las RAP: i) se podría crear simplemente por convenio de las autoridades municipales dispuestas a asociarse, ii) la creación de la Región Metropolitana no estaría sujeta a consulta popular, dado que el artículo 306 no la exige para constituir la RAP.

5. Creación de la Región Metropolitana Bogotá-Cundinamarca

En procura de una solución al problema no resuelto de la conurbación de Bogotá con los municipios de la Sabana de Bogotá, el Congreso de la República ha reformado un artículo de la Constitución, el 325, para introducir una institución nueva en la organización territorial

de Colombia, que no es área metropolitana ni región, sino una combinación de las dos: una “región metropolitana”. El resultado se distancia un tanto de la idea expuesta en el capítulo anterior, pero la recoge en su esencia.

En efecto, algunas de las propuestas a las que se refiere nuestro escrito *Gobierno de conjuntos municipales y la Sabana de Bogotá como región metropolitana*²⁶ no fueron recogidas por los legisladores, entre ellas las siguientes: i) que la Región Metropolitana tuviera como fundamento los principios de solidaridad y equidad territorial, de continuidad territorial y no enclave; ii) que la Región Metropolitana fuera, en el ámbito de su jurisdicción, Autoridad Regional de Transporte y Autoridad Ambiental; iii) que estuviera garantizada la adecuada participación de las respectivas autoridades municipales en los órganos de la administración regional; iv) que la ley orgánica estableciera los compromisos de orden presupuestal y administrativo que la Nación debe asumir para asegurar la sostenibilidad del proyecto metropolitano; v) autorización al Presidente de la República para delegar en la Región Metropolitana las funciones que determinara la ley orgánica; vi) que, mientras el Congreso de la República dicta la ley sobre régimen especial para la Región Metropolitana, se le aplicarán en lo pertinente las normas vigentes para las áreas metropolitanas; vii) que, si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la reforma constitucional, el Congreso no dictase la ley sobre régimen especial para la Región Metropolitana, el Gobierno, por una sola vez, pudiera expedir las normas correspondientes; viii) la derogatoria del artículo 326 de la Constitución. Con todo, la ley orgánica que deberá desarrollar la nueva disposición constitucional podría retomar algunos de estos temas.

A diferencia de las regiones de los artículos 306 y 307, que se organizan únicamente entre departamentos, la Región Metropolitana Bogotá-Cundinamarca ha sido pensada como una región de municipios. De esta manera se logra un ensamblaje regional más estrecho y sólido. Participa también el departamento de Cundinamarca, que así vela por los intereses de los municipios que sellarán el pacto regional con Bogotá, y prestará su concurso político y financiero a los objetivos de la región metropolitana.

Precisa el nuevo artículo 325 que la Región Metropolitana Bogotá - Cundinamarca será una entidad de naturaleza administrativa, y al tener como objeto “*garantizar la ejecución de planes y programas de desarrollo sostenible y la prestación oportuna y eficiente de los servicios a su cargo*”, toma un tanto de la región administrativa y de planificación – RAP y otro tanto de las áreas metropolitanas. Queda claro, por tanto, que la Región Metropolitana

²⁶ Ibid.



Bogotá – Cundinamarca no es entidad territorial, como sí lo son los municipios y los departamentos, y que participa de la naturaleza administrativa que distingue a las RAP y a las áreas metropolitanas.

La norma constitucional crea de una vez la región, que inicialmente queda formada por la capital de la república y el departamento de Cundinamarca. Mediante votación el concejo distrital y la asamblea departamental ratificarán la creación del ente, cumplido lo cual este *“entrará en funcionamiento”*, dice la norma constitucional. Sin embargo, será necesario esperar a que el Congreso expida la ley orgánica que, precisamente, *“definirá el funcionamiento de la Región Metropolitana”*.

La región metropolitana Bogotá-Cundinamarca será un organismo bicelular en su fase inicial, pero deberá comenzar a crecer mediante la adhesión voluntaria y progresiva de los municipios más próximos a la capital, según el procedimiento y conforme a los requisitos que establezca la ley orgánica. El derecho de ingreso a la región metropolitana está limitado a los municipios de Cundinamarca. Si en el futuro llegaren a manifestar interés en unirse al proyecto regional municipios pertenecientes a otros departamentos, sería necesario reformar de nuevo la Constitución y, probablemente, darle ingreso también a los respectivos departamentos. Así parece que evolucionaría el tipo de región por bloques departamentales heredado del texto constitucional de 1991, para convertirse en una región anclada en los municipios y, por tanto, más compacta y participativa.

La progresividad y la voluntariedad serán principios que rijan la construcción territorial del ente. Otro principio será, seguramente, la continuidad geográfica. No quedaría mal tampoco consagrar los principios de solidaridad y equidad territorial. Es significativa la garantía que se les da a los municipios ingresados a la Región Metropolitana, en el sentido de que *“Las entidades territoriales que la conformen mantendrán su autonomía territorial y no quedarán incorporadas al Distrito Capital”*. Esta nueva regla entra en contradicción con el artículo 326, en el cual sigue prevista la eventual extinción y absorción de los “municipios circunvecinos” por el Distrito Capital, motivo por el cual mejor habría sido suprimirlo, como en un principio se aconsejó.

Muy importante para garantizar la gobernanza de la región metropolitana es la regla conforme a la cual *“En su jurisdicción las decisiones de la Región Metropolitana tendrán superior jerarquía sobre las del Distrito, las de los Municipios que se asocien y las del Departamento de Cundinamarca, en lo relacionado con los temas objeto de su competencia.”*

Se le preserva al Distrito Capital la facultad de conformar una región administrativa con otras entidades territoriales de carácter departamental, mas no así la de constituir un área metropolitana, porque se consideró que esta posibilidad refiría con el nuevo concepto de

región metropolitana.

Luego de la reforma constitucional vendrá el debate sobre la ley orgánica que definirá el funcionamiento de la Región Metropolitana. La norma constitucional exige que en el trámite de esta ley orgánica el Congreso de la República promueva la participación de los ciudadanos, de los municipios interesados y del departamento de Cundinamarca.

En cuanto a los contenidos la ley orgánica deberá definir: i) el procedimiento y las condiciones para la asociación de los municipios a la Región Metropolitana; ii) el grado de autonomía de la Región Metropolitana; iii) el Consejo Regional como máximo órgano regional de gobierno, estará conformado por el Alcalde mayor de Bogotá, los Alcaldes de los municipios de Cundinamarca que se asocien y el Gobernador de Cundinamarca; iv) un "sistema de toma de decisiones que promueva el consenso"; v) no existirá la figura de municipio núcleo; vi) en materia de votaciones: no habrá derecho al veto, ninguna decisión sobre los temas que defina la Región Metropolitana podrá ser tomada por una sola de las entidades territoriales-asociadas, para las decisiones referentes al nombramiento y retiro del Director y los gastos y las inversiones de la Región Metropolitana, se requerirá la aceptación de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Gobernación de Cundinamarca; vii) parámetros de identificación de hechos metropolitanos; viii) mecanismos de financiación; ix) estructura administrativa del Consejo Regional, sus funciones, la secretaría técnica, los mecanismos de participación ciudadana y la transferencia de competencias de la nación; x) el control político de las decisiones de la Región Metropolitana por parte del concejo distrital, los concejos municipales y la Asamblea departamental.

REFLEXIÓN FINAL

Al enfrentar sus desafíos metropolitanos, los países han desarrollado soluciones institucionales propias, que varían notablemente de acuerdo con la cultura y la historia locales, y con las necesidades y posibilidades económicas, políticas, sociales y jurídicas. Las fórmulas han oscilado entre la creación de un orden administrativo nuevo, de naturaleza supra municipal, un macro municipio extendido sobre otros a partir de un núcleo, la creación de agencias especializadas u organismos intermunicipales, la celebración de contratos o convenios entre diferentes autoridades, además de contratos de concesión y asociaciones público privadas. La tendencia más contemporánea apunta al diseño de arreglos institucionales basados en el reconocimiento de la interdependencia entre los municipios, de su autonomía, de las diversidades existentes, y de la garantía de transparencia en la gestión de las acciones compartidas.²⁷

El acelerado crecimiento de la capital de Colombia y de los municipios próximos, así como una compleja y cada vez más desordenada trama de relaciones jurídicas, económicas



y sociales en este archipiélago de administraciones autónomas, han precipitado crecientes dificultades para proveer a la población oportunamente y con visión de futuro, bienes y servicios públicos de calidad.

La carencia de una eficiente coordinación interadministrativa y de una dirección común que garantice la gobernabilidad del conjunto ha evidenciado que no es posible gestionar el fenómeno metropolitano de la Sabana de Bogotá mediante los instrumentos administrativos que ofrece nuestro actual ordenamiento jurídico. Se requería de una arquitectura institucional nueva, de características excepcionales, apta para asumir responsabilidades administrativas a escala regional en beneficio de una aglomeración humana que no cesa de crecer, y capaz de transformar el centro del país en una plataforma estratégica para el desarrollo nacional.

Ha sido arduo el camino recorrido para que Bogotá pudiera encontrar una institucionalidad que le permitiera, en conjunción con los municipios de la sabana o meseta del mismo nombre, encauzar ordenadamente los ímpetus de su crecimiento y desarrollo, y de esta manera asegurar el bienestar y la prosperidad de los habitantes de la región. Es por este motivo que representa un logro significativo para los intereses nacionales y para la modernización de la administración pública que el Congreso de la República, en un procedimiento excepcionalmente fluido y con grandes mayorías en su favor, hubiera aprobado la reforma constitucional por medio de la cual se crea la Región Metropolitana Bogotá-Cundinamarca.

La Región Metropolitana no apunta hacia la formación de una mega ciudad sino, por el contrario, hacia la organización de un ecosistema equilibrado de municipios, respetuoso de las autonomías locales, animado por administraciones municipales dispuestas a coordinarse con las demás en aquellos aspectos que trasciendan a los intereses locales, en procura de contribuir al beneficio general.

La nueva institucionalidad que ofrece la reforma constitucional trasciende los tradicionales conceptos de región y área metropolitana, toma de cada uno lo mejor y los proyecta en la atractiva figura de región metropolitana, que de seguro inspirará la aparición de otras regiones metropolitanas en el futuro.

²⁷ Metrópolis, Asociación Mundial de las grandes metrópolis. Estudio comparativo sobre gobernanza metropolitana. Barcelona, informe de octubre de 2014, pp. 9-11, https://www.metropolis.org/sites/default/files/media_root/publications/estudio_comparativo_esp_24122014.pdf

Bibliografía

A.A.V.V. Estatutos jurídicos de las capitales y áreas metropolitanas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

A.A. V.V. Estudio comparativo sobre gobernanza metropolitana. Metrópolis, Asociación Mundial de las grandes metrópolis. Barcelona, informe de octubre de 2014, pp. 9-11, https://www.metrosolis.org/sites/default/files/media_root/publications/estudio_comparativo_esp_24122014.pdf

A.A.V.V. Gobernabilidad de las áreas metropolitanas. Memorias II congreso Internacional de Gobernabilidad. Universidad de Santo Tomás, Bucaramanga, 2011.

A.A.V.V. Ciudad, espacio y población: el proceso de urbanización en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación sobre Dinámica Social, Bogotá, 2007.

ALFONSO ROA, Oscar A. (compilador). Bogotá en la encrucijada del desorden. Estructuras socioespaciales y gobernabilidad metropolitana. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

ARELLANO RÍOS, Alberto. La gestión metropolitana. Casos y experiencias de diseño institucional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, el Colegio de Jalisco, México D.F., 2013.

BORJA, Miguel y NIETO, Angélica María. El gobierno en los Andes centrales. La metrópoli en la sabana. Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, Bogotá, 2007.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. “Ciudad región, región Bogotá Cundinamarca, región central”. Seminario - taller Las Ciudades y las Regiones, UNCR, CEPAL y Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. “Conurbaciones, redes urbanas y límites de los esquemas asociativos”, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, N° 349, abril de 2012, pp. 101 y ss.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Organización Territorial de Colombia. Doscientos años en búsqueda de un Modelo. Universidad Externado de Colombia. “Serie documentos de trabajo”, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá, N° 57, 2015.



HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Gobierno de conjuntos municipales y la Sabana de Bogotá como región metropolitana, Revista "AIDA. Ópera Prima del Derecho Administrativo", Asociación Internacional de Derecho Administrativo, segunda época, N° 1, México, 2018. "Homenaje de AIDA al profesor D. Jesús González Pérez", Asociación Internacional de Derecho Administrativo - AIDA, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2019.

JÖRG KNIELING, M.A. Metropolitan Regions. Definitions, Typologies and Recommendations for Development Cooperation. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH. Eschborn, Germany, October 2014.

LÈFEVRE, Christian y otros. La utopía metropolitana I. Universidad Externado de Colombia, Serie de Economía Institucional Urbana N° 10, Bogotá, 2014.

MARKEY, Sean y HERNÁNDEZ, Gretchen. Planeación de una gobernanza efectiva en las áreas metropolitanas de México, IDRC-CRDI, México, 2015.

MORENO ESPINOSA, Roberto (coord.). El desarrollo municipal, factor estratégico en el posicionamiento de México en los escenarios políticos y sociales del siglo XXI. Academia Internacional de Ciencias Político-Administrativas y Estudios de Futuro, México, 2015.

OECD. Territorial Reviews: Competitive Cities in the Global Economy, 2006, <http://www.oecd.org/gov/37840132.pdf>

PROBOGOTÁ. La región metropolitana de la Sabana de Bogotá. <https://www.slideshare.net/ProBogota/documento-completo-la-regin-metropolitana-de-la-sabana-de-bogot>

RODRÍGUEZ-POSE, Andrés. The Rise of the "City-region" Concept and its Development Policy Implications. En European Planning Studies, Volume 16, 2008 - Issue 8. <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09654310802315567>

TELLIER, Luc-Normand y VAINER, Carlos (coordinadores). Las transformaciones de las metrópolis de las Américas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

VALENZUELA VAN TREK, Esteban. Las áreas metropolitanas. Reflexión, evolución y casos de estudio. Urbano, vol. 9, núm. 14, 2006, pp. 4-12.

VANDELLI, Luciano. Poteri Locali: le origini nella Francia rivoluzionaria, le prospettive nell'Europa delle regioni. Bologna, Il Mulino Editore, 1990.

VIDAL PERDOMO, Jaime. ¿Distrito Especial? ¿Distrito Capital? ¿o Área metropolitana?,



en “Estatutos jurídicos de las capitales y áreas metropolitanas”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.



LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Autor //

Jorge Nader Kuri¹

Sumario:

I.- Teoría de la corrupción. II. Génesis del vocablo corrupción al orden jurídico mexicano. III. Sujetos ejecutores de los hechos de corrupción. Bibliografía.

I.- TEORÍA DE LA CORRUPCIÓN.

Es sabido que la palabra corrupción procede del latín *corruptio*, que se encuentra conformado por el prefijo con, que es sinónimo de junto; el verbo *rumpere*, que puede traducirse como hacer pedazos; y finalmente el sufijo *tio*, que es equivalente a acción y efecto. Significa, pues, la acción y efecto de destruir, dañar o pervertir totalmente.

El expuesto origen etimológico resulta insuficiente para comprender el fenómeno que se estudia, principalmente porque no expresa qué es lo que se destruye, daña o pervierte de determinada entidad, sobre todo si es inmaterial. Por tanto, la corrupción ha debido ser apreciada académicamente desde muy variados puntos de vista: filosófico, ético, moral, religioso, antropológico, sociológico, político, psicológico, biológico y otros más.

Los límites de la presente investigación jurídica y sus específicos objetivos ya expuestos, nos conducen al análisis del problema de la corrupción a partir de tres perspectivas: como desviación ética, como categoría jurídica *lato sensu* y como categoría jurídica *stricto sensu* del subsistema de responsabilidad penal; aspectos que, aunque diversos, se complementan

*Este artículo es parte de una investigación mayor intitulada El control penal de la corrupción en México, del mismo autor.

¹ Abogado por la Universidad La Salle. Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Académico de Número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. jnaderk@hotmail.com

dado que la corrupción interés de la presente investigación es todo eso: una desviación ética² convertida en categoría jurídica con especiales consecuencias normativas de control penal.

Bajo esa perspectiva, se establece un principio de orden para el análisis de un fenómeno de origen subjetivo que es necesario objetivar para su regulación jurídica en congruencia con el principio de materialidad o de exterioridad de la acción (*nulla iniuria sine actione*) que caracteriza a nuestro derecho penal, según el cual, ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante si no es efecto de una acción humana material, física o externa, es decir, empíricamente observable.

i.1.- La corrupción desde la perspectiva ética.

Sobre el aspecto ético de la corrupción, Jaime Cárdenas y María de la Luz Mijangos consideran que el enfoque moral³ [ético] sobre la corrupción sirvió durante mucho tiempo para explicarla: se consideraba que era un tema que tenía que ver con la moralidad de las personas, de la sociedad o del poder. Expresan que hoy en día, si bien no se puede negar una dimensión moral -en tanto libertad de elegir-, existen otras dimensiones como la institucional y la jurídica que sirven para entender el fenómeno y brindar soluciones. Aun así, afirman, el enfoque moral de la corrupción es útil en tanto sirve para evaluar la legitimidad institucional, al punto que, por ejemplo, organizaciones no gubernamentales, como Transparencia Internacional, han evaluado a la corrupción desde enfoques también de carácter ético.

Por lo anterior, señalan, la corrupción sí que tiene que ver en buena medida con la moral [ético], tanto sobre el comportamiento de las personas como de los políticos; y entenderlo así permite combatir sus causas y consecuencias a través del fortalecimiento de la cultura de la legalidad en los comportamientos sociales y, paralelamente, con la construcción de mecanismos participativos, deliberativos y de control suficientes que refuercen el Estado de Derecho.

En resumen, concluyen, la corrupción no es solo la violación a las obligaciones del sistema normativo para obtener beneficios, sino también un acto de subversión al compromiso cívico, a la democracia y al Estado de Derecho, y por eso no debe entenderse sólo en términos de

² Entendemos por ética el conjunto de virtudes que se reproducen como principios, bajo los cuales se rige el actuar deseable. En esta investigación sólo se atienden las virtudes establecidas normativamente a modo de principios rectores del comportamiento de los servidores públicos con motivo de sus funciones, así como los deseables en los procederes de los particulares que se relacionan con aquéllos o que, por su lado y de forma independiente, aplican un sistema normativo cualquiera sobre el que tienen potestad.

³ Los autores usan la voz moral aun y cuando se refieren a comportamientos externos y, por tanto, pertenecientes a la ética. Lo anterior, no obstante, no impide conocer su postura en el sentido de que la corrupción no es un fenómeno ajeno por completo a la ética; es decir, que no se trata de un tema puramente jurídico o político.



extorsión, cohecho, etc.⁴

Por su parte, Oscar Diego Bautista distingue entre ética y ética pública. Sobre ésta, afirma que se trata de la ética puesta en práctica por los servidores públicos mediante actos concretos orientados hacia el interés público, mismos que en todos los casos deben estar caracterizados por los valores de calidad, eficacia, eficiencia, objetividad, productividad, transparencia, rapidez y flexibilidad, entre otros.⁵

Para él, el factor que más ha contribuido a la sustitución de valores por antivalores en la ética pública y, por tanto, a la corrupción-, es la que denomina *nueva fase del desarrollo del capitalismo*, caracterizada por la estrategia neoliberal, en la que las nuevas formas de actuación giran en torno al principio económico y la individualidad; y a ese respecto, elabora una tipología de antivalores en el servicio público entre los que se incluyen: ausentismo, abuso de autoridad, ambición, codicia, improvisación, indiferencia, deshonor, apatía, mal ejemplo, falsedad, subjetividad, injusticia y deshonestidad, entre muchos más.⁵

La perspectiva ética de la corrupción se proyecta hacia conductas humanas voluntarias contrarias a lo esperado por una comunidad según sus valores vigentes expresados en la tradición popular o en la normatividad: el actuar será corrupto si implica la realización de un antivalor social.

Así observada, la corrupción sólo mira los aspectos propiamente morales -creencias, ideas, valores personales, etc.- en tanto fundamentos psicológicos de una voluntad que precisa de ser materializada para poder ser disvaliosa desde el punto de vista ético. En tal sentido, basta la trasgresión o el incumplimiento de los deberes individuales derivados del valor colectivo para que el actuar sea corrupto, independientemente de la finalidad perseguida por su autor.

Por supuesto, los valores que rigen los comportamientos socialmente adecuados son temporales y mudables por naturaleza. Lo que antes fue un antivalor, p. ej., el embarazo sin matrimonio de por medio, hoy no tiene tal connotación e incluso puede apreciarse como valor: el de asumir la maternidad en soltería. De la misma forma, lo que antaño era un valor, p. ej., la virginidad prematrimonial, hoy resulta social y jurídicamente intrascendente.

Es claro que no existen valores colectivos perennes, si bien algunos tengan vigencia prolongada, p. ej. utilizar cubiertos para comer determinados alimentos. Por lo mismo, los

⁴ Estado de Derecho y Corrupción. Editorial Porrúa, México, 2005.

⁵ Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público, Instituto de Administración Pública del Estado de México, México, 2009.

comportamientos éticamente corruptos se encuentran sujetos a circunstancias cambiantes.

Cabe concluir señalando que la corrupción en su aspecto ético tiene un alcance relativo en México, que se intenta regular a través del subsistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos y que, por tanto, no trasciende al control penal.⁶ Así se desprende de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA) y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA) en tanto establecen que los entes públicos expedirán códigos de ética que sostengan la actuación ética⁷ y responsable de los servidores públicos, cuyo incumplimiento o trasgresión se sancionará como falta administrativa no grave.⁸

1.2.- La corrupción como categoría jurídica *lato sensu*:

El español Ernesto Garzón Valdés⁹ considera que la corrupción puede verse bajo dos configuraciones: *la perspectiva de la modernización*, según la cual la corrupción sería un fenómeno propio de regímenes políticos no evolucionados –con lo cual no concuerda– y *la perspectiva de la moralidad*, que tiende a considerar que todos los actos de corrupción son moralmente reprochables –con lo cual coincide parcialmente.

Con base en lo anterior, formula una teoría que se fundamenta en los elementos siguientes: la corrupción está necesariamente vinculada a un sistema normativo determinado dentro del cual se actualiza el acto corruptor; ese sistema normativo consiste en una práctica social, por lo que nada impide considerar sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos, económicos, deportivos, etc.; el corrupto no necesariamente debe ocupar una posición oficial, ser una autoridad, ejercer un poder, sino ser un decisor, en el sentido de tener la potestad de dictar disposiciones obligatorias con base en el marco del sistema normativo de que se

⁶ A ese respecto, cfr. la tesis aislada “SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO. PARA IMPONER AMBAS ES NECESARIO QUE NO EXISTA IDENTIDAD DE SUJETO, HECHO Y FUNDAMENTO, CONJUNTAMENTE, ATENTO AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.” Décima época, registro 2017137, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 55, junio de 2018, Tomo IV, tesis I.4o.A.114 A (10a.) p. 3199.

⁷ Para consultar el código de ética de los servidores públicos del gobierno federal, acúdase a la liga <https://www.gob.mx/sfp/documentos/codigo-de-etica-de-los-servidores-publicos-del-gobierno-federal-94426>. Para los códigos de ética expedidos por las entidades federativas, a <https://www.gob.mx/sfp/documentos/codigos-de-etica-en-las-entidades-federativas>.

⁸ Arts. 2 f. VIII y 5 de la LGSNA; 4, 16 y 49 f. I de la LGRA.

⁹ Acerca del concepto de corrupción, en Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.



trate; en cuanto a los cargos oficiales, éstos imponen a los decisores una serie de deberes y obligaciones, cuya violación es condición *sine qua non* para que el acto sea considerado corrupción, en tanto esté dirigido a la obtención de un beneficio económico adicional al que le corresponde por su actividad -aunque no siempre de esa naturaleza; y, finalmente, el acto corruptor requiere al decisor y la intervención de una o más personas adicionales, decisoras o no, que procuran un beneficio o ganancia, con o sin derecho a ella, por lo que se representa bajo la forma de soborno o extorsión.

En la opinión de José Woldemberg, la corrupción es el disolvente más poderoso de la confianza en las instituciones por lo que, aunque también está presente en los ámbitos privado y social, la erosión que causa a la credibilidad institucional hace imprescindible su combate, entre otras formas, mediante la exhibición pública, la denostación política, las sanciones administrativas y penales, así como la recuperación de los bienes y dineros mal habidos. Para él, los llamados juicios mediáticos serían una suerte de acción afirmativa para revertir la “penosa situación” de la corrupción en las instituciones públicas.¹⁰

Max Kaiser,¹¹ cuyo análisis va más allá de lo estrictamente jurídico y lo circunscribe al ejercicio del servicio público, consigna que el discurso político suele expresar que la corrupción es un asunto de buenos servidores públicos contra malos servidores públicos, no obstante lo cual, no se trata de una decisión personal, ni de una cultura, menos aún de una especie de carga genética o social que tenemos los mexicanos o latinoamericanos, sino que surge en cada caso por combinaciones de factores que la hacen posible: oportunidad, necesidad, mal diseño institucional, ambición, impunidad, ambigüedad o vaguedad normativa, exceso de regulación, ausencia de regulación, intereses personales, presiones, ciclos políticos, etc.. por lo que no hay país que se salve del fenómeno, ni tipo de gobierno, ni estructura humana que pueda garantizar que es inmune a éste.

Para el citado autor, la corrupción es un ataque al sistema democrático, porque “distorsiona el esquema de igualdad de oportunidades desde el Estado hacia la sociedad al permitir que los servidores públicos incumplan su responsabilidad fundamental de cuidar los derechos fundamentales de las personas, sobre cualquier otro fin o propósito. Y al intentar una aproximación al concepto de corrupción, pues reconoce que es prácticamente imposible arribar a una definición que englobe y explique el fenómeno, desarrolla una fórmula compuesta por cinco elementos o variables: el tipo, la actividad, el sector, la persona y las circunstancias y/o contexto y, a partir de ellas, señala cuáles son, a su juicio, los casos de corrupción posibles. En todos éstos, se trata de acciones u omisiones realizadas por servidores públicos

¹⁰ Corrupción, en Periódico Reforma, sección opinión, México, 6 de julio de 2017.

¹¹ El combate a la corrupción. La gran tarea pendiente en México, ITAM, México, 2014.

en ejercicio de sus funciones.

Por su parte, Edgardo Buscaglia¹² sostiene que el lavado de dinero o blanqueo de capitales está estrechamente vinculado con la corrupción política; que ésta se ha vuelto cada vez más sofisticada y globalizada en virtud de los avances tecnológicos, así como que ni siquiera los países que cuentan con sistemas de justicia efectivos han podido enfrentar la complejidad y creatividad destructiva de las redes criminales que conjugan a la política y a la delincuencia organizada, por lo que los señalamientos por corrupción política a funcionarios del más alto nivel son crecientes, en lo que un sector privado cómplice ha jugado un papel crucial. Por tanto, para combatir la corrupción se requieren instituciones judiciales y administrativas desarrolladas, sujetas a controles objetivos, así como una sociedad civil activa en un sistema democrático; de lo contrario, las élites políticas encuentran cómo beneficiarse y también a los empresarios, sindicatos y organizaciones criminales que las financian.

En cuanto a la posible relación entre corrupción y desarrollo nacional, para el autor, desde un punto de vista que integra los aspectos políticos, económicos y culturales, las sociedades más desarrolladas y prósperas son aquéllas donde las personas y organizaciones aceptan libre y democráticamente conducirse de acuerdo a leyes que son aplicadas por estados que actúan en condiciones de gobernabilidad, entre los que no figura México (al que reiteradamente coloca al lado de Nigeria, Camboya, Pakistán y Centroamérica en general).

No obstante, al mismo tiempo existen países desarrollados que poseen sistemas judiciales y controles económicos avanzados, como Estados Unidos, Alemania, Francia o Japón, que, sin embargo, sufren altos niveles de violencia patrimonial y delitos económicos, sobre todo a través de medios cibernéticos, en los que, además, los capitales sucios -originados en los países con vacíos institucionales y controles débiles-, quedan finalmente integrados a sus economías formales precisamente por la alta seguridad jurídica y de gobernabilidad que ofrecen.

Para Diego Valadés,¹³ cuya postura es sumamente crítica, la creación del SNA muestra un patrón socorrido en el sentido de que los problemas de la realidad se resuelven en la idealidad plasmada en el papel y deja ver que el problema de la corrupción no ha sido entendido debidamente. Se partió de un diagnóstico equivocado que vio equivocadamente la corrupción como un fenómeno autónomo que puede ser contrarrestado con normas e instituciones específicas, cuando que en realidad sus efectos guardan una estrecha relación

¹² Lavado de dinero y corrupción política, editorial Debate, México, 2015.

¹³ Op., cit.



con el conjunto institucional al que pertenecen y por eso es indispensable que las soluciones para la corrupción sean elaboradas desde una perspectiva sistémica. La corrupción, afirma, no se combate sólo con mecanismos coercitivos, de modo que, mientras no se dé el peso relativo que le corresponde al elemento sistémico, poco será lo que se resuelva.

Para él, la característica principal de ese elemento sistémico parte, en primer lugar, del diseño del sistema presidencial mexicano fundado en una intangibilidad que favorece al presidente, como jefe de Estado, y que se ha trasladado a sus colaboradores e incluso a los jefes de gobierno de las entidades federativas y sus respectivos equipos de trabajo, lo cual, a la larga, ha debilitado la autoridad del Estado y propiciado prácticas corruptas en detrimento de su integridad y estabilidad. En segundo término, señala la incompetencia profesional causada, a su entender, por errores graves en el diseño del servicio civil de carrera que han provocado un ejercicio patrimonialista de la política, que ha hecho de las posiciones administrativas un objetivo de la lucha electoral y un botín a repartir entre amigos y familiares, quienes, en un efecto en cadena, o bien siguen el mal ejemplo que se les da, o bien asumen sus tareas sin convicción ni compromiso. En este sentido, recomienda controles intraorgánicos, específicamente la exposición de los titulares de las secretarías de Estado al control sistemático por parte de los representantes políticos, con todo y las distorsiones que naturalmente podrían darse.

Para nosotros, cercanos a la teoría expuesta de Garzón Valdés, la corrupción es ante todo una degradación ética que como tal promueve una conducta humana consistente en la aplicación o inaplicación de un aparato normativo con la finalidad última de obtener un beneficio indebido de índole patrimonial a favor de sí mismo o para un tercero.

Ahora bien, toda aplicación abusiva de un aparato normativo debe estar sujeta a responsabilidad legal, pues supone la vulneración al deber jurídico básico de actuar siempre de manera objetiva y sin perseguir finalidades indebidas o adicionales, en observancia de los valores constitucionales de legalidad, imparcialidad y honradez y cuidado del patrimonio ajeno.

Como fenómeno objetivo del que se ocupa la legislación nacional desde distintas perspectivas que van desde la prevención y detección hasta la persecución y sanción, la corrupción ha trascendido su aspecto meramente ético y constituye hoy en día una categoría jurídica de la que se ocupan distintas ramas del derecho, más no en un sentido abstracto¹⁴ -como corrupción- sino en sus expresiones concretas -como hechos de corrupción sujetos a prevención, detección y sanción.

¹⁴ Somos partidarios de la regulación jurídica del fenómeno en abstracto a través de tipos básicos de delitos de corrupción, según se propone en la parte final de la presente investigación.

I.3.- La corrupción como categoría jurídica stricto sensu del subsistema de responsabilidad penal de servidores públicos y particulares vinculados.

El Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) intitulado de las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción y patrimonial del Estado, en el que se establece un sistema de responsabilidades de los servidores públicos frente al Estado compuesto por diferentes subsistemas o procedimientos, implica que, para nuestra ley suprema, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos sirve para sancionar la corrupción en que incurran éstos y los particulares vinculados a través de la tipificación penal de hechos de corrupción.

En efecto, el Decreto de reformas constitucionales que, entre otras cosas, modificó la rúbrica del Título Cuarto de la CPEUM,¹⁵ distinguió entre responsabilidad administrativa, responsabilidad política y hechos de corrupción¹⁶ para cuya sanción dirige al subsistema de responsabilidad penal.¹⁷

¹⁵DOF del 27 de mayo de 2015.

¹⁶Arts. 109 y 113 de la CPEUM.

¹⁷ Art. 109 de la CPEUM: "Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:

I. Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. No procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

II. La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público o particulares que incurran en hechos de corrupción, será sancionada en los términos de la legislación penal aplicable.

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan;

III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el procedente y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.

Las faltas administrativas graves serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y



los órganos internos de control, o por sus homólogos en las entidades federativas, según corresponda, y serán resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente. Las demás faltas y sanciones administrativas serán conocidas y resueltas por los órganos internos de control.

Para la investigación, substanciación y sanción de las responsabilidades administrativas de los miembros del Poder Judicial de la Federación, se observará lo previsto en el artículo 94 de esta Constitución, sin perjuicio de las atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación en materia de fiscalización sobre el manejo, la custodia y aplicación de recursos públicos.

La ley establecerá los supuestos y procedimientos para impugnar la clasificación de las faltas administrativas como no graves, que realicen los órganos internos de control.

Los entes públicos federales tendrán órganos internos de control con las facultades que determine la ley para prevenir, corregir e investigar actos u omisiones que pudieran constituir responsabilidades administrativas; para sancionar aquéllas distintas a las que son competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; revisar el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales; así como presentar las denuncias por hechos u omisiones que pudieran ser constitutivos de delito ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción a que se refiere esta Constitución.

Los entes públicos estatales y municipales, así como del Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales, contarán con órganos internos de control, que tendrán, en su ámbito de competencia local, las atribuciones a que se refiere el párrafo anterior, y

IV. Los tribunales de justicia administrativa impondrán a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, las sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos federales, locales o municipales. Las personas morales serán sancionadas en los términos de esta fracción cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella. También podrá ordenarse la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando se trate de faltas administrativas graves que causen perjuicio a la Hacienda Pública o a los entes públicos, federales, locales o municipales, siempre que la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves; en estos supuestos la sanción se ejecutará hasta que la resolución sea definitiva. Las leyes establecerán los procedimientos para la investigación e imposición de las sanciones aplicables de dichos actos u omisiones.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones mencionadas en las fracciones anteriores se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

Cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba, podrá formular denuncia ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión respecto de las conductas a las que se refiere el presente artículo.

En el cumplimiento de sus atribuciones, a los órganos responsables de la investigación y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción no les serán oponibles las disposiciones dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia fiscal o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. La ley establecerá los procedimientos para que les sea entregada dicha información.

Así, el art. 109 f. II de la CPEUM dispone que los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado serán sancionados, entre otras formas, conforme a lo siguiente:

“II. La comisión de *delitos* por parte de cualquier *servidor público o particulares* que incurran en hechos de *corrupción*, será sancionada en los términos de la *legislación penal* aplicable.

Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de *enriquecimiento ilícito* a los servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan.”

Por lo tanto, la corrupción no es objeto directo de los subsistemas de responsabilidad política ni administrativa en nuestra Constitución, como tampoco de los subsistemas de fiscalización y control de los recursos públicos¹⁸ ni del de violaciones graves a los derechos humanos,¹⁹ si bien de cualquiera de ellos puede resultar la detección de hechos de corrupción para su posterior denuncia²⁰ y consecuente persecución y sanción por las autoridades competentes -lo cual en forma alguna se debe pensar como de alcances exiguos, sino por el contrario.

Así, la corrupción es una categoría jurídica *stricto sensu* propia del subsistema de responsabilidad penal de los servidores públicos y de los particulares vinculados. Como tal, su persecución y sanción compete exclusivamente a las instituciones penales a partir de los

La Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno, podrán recurrir las determinaciones de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción y del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 20, Apartado C, fracción VII, y 104, fracción III de esta Constitución, respectivamente.

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”

¹⁸ Art. 113, primer párrafo, de la CPEUM.

¹⁹ Art. 102, último párrafo, de la CPEUM.

²⁰ Arts. 10 f. III y 11 de la LGRA.



hechos que se tipifiquen como delitos de corrupción.²¹

En tal orientación, la LGRA establece que, cuando los actos u omisiones de los servidores públicos queden comprendidos en más de uno de los subsistemas previstos en el art. 109 constitucional, los procedimientos respectivos se desarrollarán en forma autónoma según su naturaleza y por la vía procesal que corresponda, debiéndose turnar las denuncias a quien deba conocer de ellas.²²

II. GÉNESIS DEL VOCABLO CORRUPCIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

II.1.- Aparición.

La voz corrupción apareció explícitamente en el orden jurídico nacional en 1998 a partir de la entrada en vigor en México de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada por la Conferencia Especializada sobre Corrupción de la OEA, en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.²³

A partir de ella, en 1999 entró en vigor en México la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, firmada en París el 17 de diciembre de 1997.²⁴

Tiempo después, en 2003, nuestra Nación suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de Nueva York por resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 31 de octubre de 2003, abierta a firma en Mérida, Yucatán,²⁵ para cuyo apoyo fue creada la Academia Internacional contra la Corrupción como Organización Internacional, varios años más tarde.²⁶

²¹ Como se verá más adelante, por virtud del SNA, a las autoridades no penales compete participar en la prevención y detección de los hechos de corrupción, así como el control de las responsabilidades administrativas y la fiscalización y control de los recursos públicos.

²² Art. 14.

²³ Firmada por México el 26 de marzo de 1996, ratificada el 27 de mayo de 1997 y publicada en el DOF el 9 de enero de 1998.

²⁴ Firmada por México el 17 de diciembre de 1997, ratificada el 22 de abril de 1999 y publicada en el DOF el 17 de septiembre de 1999.

²⁵ Firmada por México el 9 de diciembre de 2003, ratificada el 20 de julio de 2004 y publicada en el DOF el 14 de diciembre de 2005.

²⁶ DOF, 13 de diciembre de 2011.

En aquellos tiempos, la obligatoriedad de los tratados internacionales era relativa; no existían las fórmulas de control convencional difuso que hoy son corrientes, por lo que a pesar de la suscripción de esos instrumentos internacionales, la legislación nacional no regulaba, al menos en forma explícita, el fenómeno de la corrupción.

Fue más de diez años después, mediante la publicación del Decreto de reformas a la CPEUM en materia político-electoral,²⁷ que la legislación mexicana incorporó el fenómeno -y la palabra- de la corrupción como objeto de regulación jurídico-penal en tanto dispuso, en la lógica de hacer transitar al Ministerio Público de la Federación hacia un modelo constitucional autónomo, que la Fiscalía General de la República contaría con una Fiscalía Especializada en Materia de Delitos de Combate a la *Corrupción*, organizada por el Procurador General de la República mediante Acuerdo.²⁸

Cabe señalar que los documentos del proceso legislativo llevado por el Constituyente Permanente omiten expresar las razones o motivaciones que lo llevaron a establecer la necesidad de la señalada Fiscalía Especializada. Quizás se debió a la orientación derivada de las convenciones internacionales suscritas años antes; pero lo cierto es que la *ratio legis* que motivó la incorporación constitucional del término corrupción es incierta y, por lo mismo, está a expensas del intérprete. En todo caso, el objetivo central de la reforma político-electoral era amplio y diverso; si acaso, entre otras cosas, para la transformación de la Procuraduría General de la República en un órgano constitucional autónomo.

Así, aunque el fenómeno de la corrupción no era materia definida de ese esfuerzo legislativo, el término quedaba incorporado por primera ocasión al campo de las ciencias penales.

Meses después, el Poder Revisor amplió el ámbito de cobertura jurídico penal hacia el derecho administrativo y el derecho civil. Lo hizo mediante las reformas a la CPEUM en materia de combate a la corrupción,²⁹ orientadas a la creación de un Sistema Nacional Anticorrupción, entendido como instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y *hechos de corrupción*, así como en la fiscalización y control de recursos

²⁷ DOF, 10 de febrero de 2014.

²⁸ Cfr. Acuerdo A/011/14 por el que se crea la Fiscalía Especializada en materia de Delitos relacionados con Hechos de Corrupción y se establecen sus atribuciones, publicado en el DOF del 12 de marzo de 2014, modificado mediante el Acuerdo A/029/17 publicado en el DOF del 19 de abril de 2017.

²⁹ DOF, 27 de mayo de 2015.



públicos.

A diferencia de las previas reformas en materia político-electoral, en esta ocasión el Constituyente Permanente, al analizar los modelos anticorrupción propuestos a lo largo del procedimiento legislativo, expresó, entre otras cosas, que la corrupción es el abuso del poder público para obtener un beneficio particular que, como fenómeno social, aparece cuando un servidor público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema, con la finalidad de favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa, y se da en dos categorías: la primera acontece cuando los actos corruptos se cometen de acuerdo con las reglas y, la segunda, cuando las operaciones se desarrollan en contra de las reglas.³⁰ En seguida, con base en lo anterior, estableció, como elementos del fenómeno de la corrupción, los siguientes:

- a) La acción corrupta está prohibida por una norma.
- b) La finalidad es obtener un beneficio privado indebido, para sí o para terceros.
- c) Ocurre dentro del ejercicio de una función pública, y
- d) El corrupto intenta encubrir su comportamiento.

Es así como, para el Poder Revisor de la CPEUM, la premisa básica de la corrupción consiste en ser un disvalor que se manifiesta necesariamente en el ejercicio del servicio público y siempre que se persiga un beneficio indebido propio o para terceros.

Derivado de ambos decretos de reformas constitucionales, con posterioridad el Congreso de la Unión expidió las leyes secundarias siguientes:³¹

- a) Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.
- b) Ley General de Responsabilidades Administrativas.
- c) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, y
- d) Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

³⁰ Senado de la República. Dictamen de las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, de Gobernación, de Anticorrupción y Participación Ciudadana y de Estudios Legislativos Primera, con proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción. Tomado el 17 de julio de 2017 de http://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Dictamen_Anticorrupcion.pdf

³¹ DOF, 18 de julio de 2016.

Asimismo, en el mismo Decreto, aprobó reformas y adiciones a las leyes secundarias siguientes:³²

- a) Código Penal Federal.
- b) Ley General de Contabilidad Gubernamental.
- c) Ley de Coordinación Fiscal.
- d) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y
- e) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

II.2.- El Sistema Nacional Anticorrupción como nuevo punto de partida.

Como se dijo, el eje central de la reforma constitucional en materia anticorrupción publicada en el DOF del 27 de mayo de 2015 fue la creación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) mismo que, de conformidad con el art. 113 de la CPEUM, se encuentra integrado por las instancias siguientes:

a) Un Comité Coordinador compuesto por titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, de la Secretaría de la Función Pública; por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana, y

b) El Comité de Participación Ciudadana integrado por cinco ciudadanos destacados por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción.

Por su parte, el artículo 7º de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción agregó a:

- a) El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, y
- b) Los sistemas locales anticorrupción, a través de sus representantes.

Ahora bien, por lo que hace al titular de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, cuya primera designación correspondió al Senado de la República,³³ éste nunca lo nombró³⁴ a pesar de que desarrolló dos procedimientos de elección -severamente criticados por la academia y la opinión pública en general.

³² Ídem.

³³ Cfr. Art. Décimo Octavo Transitorio del Decreto de reformas constitucionales en materia política-electoral.

³⁴ Al día 15 de noviembre de 2018.



En lo que corresponde a los integrantes del Comité de Participación Ciudadana, su designación fue concretada. Al efecto, el Senado de la República constituyó un Comité de Selección³⁵ integrado por nueve miembros versados en materias afines a la fiscalización, rendición de cuentas y combate a la corrupción -cinco provenientes de instituciones de educación superior e investigación y cuatro de organizaciones de la sociedad civil, con la responsabilidad de designar al Comité de Participación Ciudadana.

El Comité de Selección, previa aprobación de sus reglas de operación y metodología de selección, expidió una convocatoria pública a la que acudieron 59 personas y, finalmente, designó a los cinco integrantes del Comité de Participación Ciudadana.³⁶

Por lo que hace al Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, éste se encuentra integrado por la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las entidades de fiscalización superiores locales y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas, de conformidad con el art. 37 de la LGSNA.

Por último, en observancia a las bases constitucionales establecidas para el SNA, las entidades federativas deberán establecer sistemas locales anticorrupción con el objeto de coordinar a las autoridades locales competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción.

El SNA cuenta también con una instancia funcional que la LGSNA denomina Órgano de Gobierno. Éste se integra por los miembros del Comité Coordinador y se encuentra bajo la titularidad de quien presida el Comité de Participación Ciudadana. Entre sus facultades se cuenta la de emitir su Estatuto Orgánico,³⁷ así como nombrar y remover al Secretario Técnico del SNA cuya naturaleza jurídica es de organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y con autonomía técnica y de gestión. El Secretario Técnico, si bien no forma parte nominal del SNA, es así un componente de primer orden en su funcionamiento y para el cumplimiento de sus fines.

Otro elemento fundamental en la operación del SNA es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. De conformidad con su legislación orgánica, contará con salas especializadas en materia de responsabilidades administrativas, integradas por un total de 18 magistrados que serían designados a más tardar en el periodo ordinario de sesiones del Congreso de

³⁵ Gaceta del Senado, LXIII Legislatura, Número 30, Tomo 1, del 18 de octubre de 2016.

³⁶ Información tomada el 17 de julio de 2017 de www.comisionsna.mx

³⁷ Publicado en el DOF de 21 de julio de 2017.

la Unión inmediato anterior a la entrada en vigor de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, lo cual no ha ocurrido.^{38 39}

De conformidad con la LGSNA, el SNA debió estar totalmente integrado a más tardar un año después de su publicación, en que entró en vigor la Ley General de Responsabilidades Administrativas. No obstante, la pretendida conformación quedó inconclusa por la falta de designación del Fiscal Especializado en Combate a la Corrupción y de los magistrados especializados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, así como porque sólo parte de las entidades federativas conformaron sus sistemas locales anticorrupción. Es así como el 19 de julio de 2017 marcó el inicio de las acciones sustantivas del SNA. A partir de entonces deberían de constatare sus resultados, aplicarse los mecanismos de evaluación y seguimiento, así como plantearse las pautas que lo lleven a su consolidación.

En relación con la finalidad del SNA, resulta interesante la tesis aislada de jurisprudencia de rubro “SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN. SU GÉNESIS Y FINALIDAD”, cuyo texto señala que el SNA es la institución adecuada y efectiva encargada de establecer las bases generales para la emisión de políticas públicas integrales y directrices básicas en el combate a la corrupción, difusión de la cultura de integridad en el servicio público, transparencia en la rendición de cuentas, fiscalización y control de los recursos públicos, así como de fomentar la participación ciudadana, como condición indispensable en su funcionamiento.⁴⁰

II.3.- Concepto jurídico de corrupción.

Ni nuestra legislación nacional, ni los instrumentos internacionales -vinculantes u orientadores- que se han ocupado del fenómeno, establecen definición alguna de corrupción, si bien de ellos se pueden deducir sus elementos configurativos. No obstante, para los fines de esta investigación es menester formular un concepto jurídico de corrupción que refleje sus notas características y, a partir de él, realizar el análisis crítico de los actuales delitos

³⁸ Al 9 de julio de 2019.

³⁹ Entre otras cosas, porque el Consejo de Participación Ciudadana objetó a los candidatos propuestos por el titular del Ejecutivo Federal debido a que, a su juicio, la nominación inobserva los principios de transparencia, parlamento abierto y máxima publicidad establecidos en los arts. 6º, 109 y 113 de la CPEUM. Al respecto, cfr. el comunicado consultado el 17 de julio de 2017 en <http://cpc.org.mx/2017/06/22/comite-de-participacion-ciudadana-realiza-segunda-mocion-al-senado-sobre-nombramiento-de-magistrados-anticorrupcion/>

⁴⁰ Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, correspondiente a la Décima Época, registro: 2020037, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tesis I.10o.A.107 A (10a.), publicada el viernes 07 de junio de 2019 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.



por hechos de corrupción, así como fundamentar la propuesta con la que finaliza la presente investigación.

La definición léxica de corrupción del Diccionario de la Lengua Española:⁴¹ acción y efecto de corromper, resulta exigua para establecer una definición de naturaleza normativa. De mayor entidad es la definición que el mismo glosario propone cuando involucra a las organizaciones públicas: práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores. De esta última se desprenden algunos elementos importantes del fenómeno: práctica, funciones, medios, provecho económico, provecho de otra índole, gestores, que han de ser considerados en la definición jurídica de corrupción.

En cuanto a la doctrina jurídica, la mayoría de los autores analizan las características configurativas de la corrupción, pero escasos han propuesto una definición. Entre éstos, Roberto Ochoa Romero la conceptúa como la actividad que altera y trastoca la forma y el objeto de una cosa, de un procedimiento o de una relación, a cambio de la promesa u obtención de beneficios recíprocos entre sus protagonistas.⁴² Por su parte, Bernardino Esparza señala que esta práctica [la corrupción] supone la realización de actos u omisiones contrarios a derecho, realizados con motivo de un ejercicio público para la obtención de un beneficio personal.⁴³

Para nosotros, corrupción en sentido jurídico es la conducta de ejercer o abstenerse de ejercer atribuciones públicas o privadas o bien de ostentar un poder *de facto* o influencia, aprovechando de cualquier forma los recursos humanos, materiales, financieros o de otro tipo pertenecientes al Estado o a un tercero, con la finalidad última de obtener algún beneficio de naturaleza patrimonial que no le corresponda o de procurar cualquier beneficio patrimonial indebido para un tercero, con independencia del cumplimiento efectivo de las atribuciones.

De entre los elementos configurativos de tal definición, la finalidad última es el componente básico para la distinción de los delitos de corrupción de otros delitos cometidos por servidores públicos o particulares. Si fuere obtener algún beneficio de naturaleza patrimonial o bien procurar cualquier beneficio indebido a favor de un tercero, se tratará de hechos de

⁴¹ Consultado el 30 de octubre de 2018 en <http://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>

⁴² Corrupción. Significado y estrategias internacionales y nacionales para su prevención y persecución, en Salazar, Pedro; Ibarra Palafox, Francisco y Flores B., Imer (coords). ¿Cómo combatir la corrupción?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, p. 206.

⁴³ Esparza Martínez, Bernardino y Silva Carreras, Alejandra. Cómo investiga el Ministerio Público los hechos de corrupción. Propuesta de protocolo de actuación, ed. Inacipe, México, 2018, p. 21.

corrupción. En cambio, si el sujeto obrare para lograr algún beneficio distinto al patrimonial -como, p. ej. favores sexuales-, o causar un daño a otro -como p. ej. privarlo de la libertad-, se trataría de diversos delitos, ciertamente de importante dimensión, pero no de corrupción.

Cabe precisar que la finalidad última difiere de la finalidad inmediata propia del ejercicio de atribuciones. Ésta es indiferente para la consumación de los hechos de corrupción y frecuentemente dificulta la detección de la finalidad última que, por naturaleza, permanece oculta o ayuna de pruebas. Piénsese en el servidor público que, a cambio de dinero, otorga un permiso conforme a derecho: el ejercicio de las atribuciones logró la finalidad inmediata consistente en emitir un acto jurídico -permiso- aunque en realidad la finalidad última fue lograr un beneficio de naturaleza patrimonial que no corresponde al ejercicio de las atribuciones. De allí que nuestra definición precise que el acto de corrupción surge con independencia del logro de las finalidades propias del ejercicio de las atribuciones de que se trate.

Así vista, la corrupción jurídicamente considerada se compone de elementos estructurales capaces de formar tipos delictivos, a saber:

1. Una conducta (de servidor público) consistente en,
 - a) Ejercer atribuciones, o
 - b) Abstenerse de ejercer atribuciones, o
 - c) Ostentar un poder *de facto* derivado de su cargo,
2. Aprovechando de cualquier forma los recursos del Estado o de un tercero a su alcance,
3. Con la finalidad última de:
 - a) Obtener algún beneficio de índole patrimonial ajeno al ejercicio de las atribuciones,o
 - b) Procurar algún beneficio indebido para otra persona.
4. Independientemente de las finalidades inmediatas propias del ejercicio de atribuciones.

3.- SUJETOS EJECUTORES DE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.

III.1.- Servidores públicos y particulares calificados o indiferenciados.

La legislación mexicana ha creado un binomio indisoluble entre corrupción y función pública. Tanto así que nuestro legislador, al reformar el Título Décimo del CPF,⁴⁴ lo único

⁴⁴ DOF de 18 de julio de 2016.



que hizo fue cambiar la tradicional definición de *delitos cometidos por servidores públicos a delitos por hechos de corrupción* y, con algunos ajustes, conservar allí un conjunto de delitos cuyo autor calificado es casi siempre un servidor público.

Lo anterior obedece a la predisposición prácticamente unánime en el plano internacional de controlar penalmente la corrupción que acontece en el entorno político o del ejercicio de las funciones públicas, misma que ha sido objeto de regulación en los tratados internacionales correspondientes a partir de que las legislaciones de los países suscribientes han hecho lo propio, como en el caso mexicano.

No está por demás recordar que la conducta de los servidores públicos como ciudadanos, al margen de sus funciones, no forma parte del interés legítimo de la administración y por tanto no puede ser objeto de control por ninguno de los procedimientos de responsabilidad establecidos para aquéllos.⁴⁵

Paralelo a lo anterior, nuestra legislación penal también establece un conjunto de delitos en los que el sujeto activo calificado es un particular o bien resulta indiferenciado. Véase, p. ej., el delito que comete cualquier persona que solicite o promueva la perpetración de alguno de los delitos de uso ilícito de atribuciones y facultades;⁴⁶ el que comete el particular que en carácter de contratista genere información falsa respecto de los beneficios que obtenga por la explotación de un servicio público,⁴⁷ o, en fin, el que comete el particular que afirme tener influencia ante servidores públicos.⁴⁸ En todos estos casos, si bien el sujeto activo es un particular calificado o resulta indiferenciado -lo cual significa que puede ser un particular o un servidor público-, la conducta delictiva se desarrolla en el contexto o en relación con el servicio público; es decir, el resultado delictivo afecta la administración pública en su debido desarrollo en favor de los intereses públicos y por ello se justifica la previsión de tales conductas en el grupo de los delitos que cometen los servidores públicos y que actualmente se consideran como hechos de corrupción.

⁴⁵ Véase la Tesis "SERVIDORES PÚBLICOS. SU CONDUCTA COMO SIMPLES CIUDADANOS, AL MARGEN DE SUS FUNCIONES, NO FORMA PARTE DEL INTERÉS LEGÍTIMO DE LA ADMINISTRACIÓN Y NO PUEDE SER OBJETO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO, SALVO QUE CAUSE PERJUICIO AL SERVICIO, DADA SU NATURALEZA. Décima Época, registro 2018213, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, tesis I.4o.A.125 A (10a.) publicada el 19 de octubre de 2018.

⁴⁶ Art. 217 penúltimo párrafo del CPF.

⁴⁷ Art. 217 Bis del CPF.

⁴⁸ Art. 221 f. IV del CPF.

III.2.- Coautores, partícipes y encubridores.

Otros supuestos de sanción penal a particulares o sujetos activos indiferenciados por hechos de corrupción son en puridad formas de coautoría o participación que no sería necesario prever expresamente ante la aplicación obligada de lo establecido en el art. 13 del CPF⁴⁹ pero que, sin embargo, el legislador ha preferido enfatizar como si se tratase de una conducta típica. Piénsese, p. ej., en la persona que acepte realizar promociones de imagen política que le solicite un servidor público,⁵⁰ en el que dé cualquier beneficio indebido a un servidor público,⁵¹ en el particular que promueva una conducta ilícita del servidor público,⁵² o bien las hipótesis de conductas delictivas de servidores públicos que produzcan beneficios a favor de otro, de terceros o de parientes, entre otros casos.

Por otro lado, como se sabe, el encubrimiento es un delito que no exige calidad especial en el sujeto activo, por lo que puede consumarse a propósito de particulares o de servidores públicos que incurran en cualquiera de las hipótesis establecidas en el art. 400 del Código Penal Federal⁵³ con respecto de delitos por hechos de corrupción que cometan servidores públicos o particulares.

⁴⁹ “Son autores o partícipes del delito: I.- Los que acuerden o preparen su realización. II.- Los que los realicen por sí; III.- Los que lo realicen conjuntamente; IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y VIII.- los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.”

⁵⁰ Art. 223 f. III del CPF.

⁵¹ Art. 222 f. II del CPF.

⁵² Art. 221 f. II del CPF.

⁵³ “Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad; II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe; IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están



Es así como las formas de coautoría y de participación, así como el delito de encubrimiento, constituyen actos de ejecución de los hechos de corrupción en la medida específica de cada una de tales figuras jurídico-penales.

III.3.- Sector privado.

Ya se expuso que la legislación mexicana regula la corrupción a propósito del ejercicio de funciones públicas. Lo hace en directamente con respecto a los servidores públicos y de manera contigua en casos de particulares que incurran en alguna forma de coautoría o participación con los servidores públicos, o bien en encubrimiento de algún delito de corrupción.

También opera así tratándose de particulares que, aunque realizan conductas autónomas que no se encuentran vinculadas a título de coautoría o participación con servidores públicos, se realizan en un contexto de relación o de vinculación con el ejercicio de funciones públicas y por ello se incluyen en el conjunto de delitos por hechos de corrupción.

Al margen de lo anterior, en la discusión académica mexicana es creciente la idea de que la corrupción es un fenómeno amplio para cuyo combate se requieren políticas globales que también deben abarcar a individuos del derecho privado por conductas autónomas e inconexas al servicio público que se consideren de corrupción y que, por tanto, nuestra legislación debe avanzar en esa dirección.

Lo anterior deriva, sobre todo, del derecho de la Unión Europea, particularmente de tres instrumentos normativos de vasta influencia:

cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables; VI. Altere, modifique o perturbe ilícitamente el lugar, huellas o vestigios del hecho delictivo, y VII. Desvíe u obstaculice la investigación del hecho delictivo de que se trate o favorezca que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles. El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo.”

1.- La ya derogada⁵⁴ Acción Común del Consejo de la UE 1998/742 JAI, de 22 de diciembre de 1998, adoptada sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE, sobre la corrupción en el sector privado.⁵⁵ Según ésta, la corrupción en el sector privado perjudica la competencia leal y los principios de apertura y libertad de los mercados; daña en concreto el correcto funcionamiento del mercado interior y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional, por lo que resulta necesario tipificarla en las legislaciones de los estados parte considerando los elementos siguientes:

a) Como corrupción pasiva en el sector privado por el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

b) Como corrupción activa en el sector privado por la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

2.- El Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999,⁵⁶ cuyos arts. 7 y 8 establecen previsiones para la adopción de medidas contra la corrupción en el sector privado, a saber:

a) Sobre la corrupción activa en el sector privado, cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes.

b) Sobre la corrupción pasiva en el sector privado, cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito cuando se cometa

⁵⁴ Por la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea citada adelante.

⁵⁵ Consultado el 5 de noviembre de 2018 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998F0742&from=ES>

⁵⁶ Consultada el 10 de noviembre de 2018 en <https://www.boe.es/boe/dias/2010/07/28/pdfs/BOE-A-2010-12135.pdf>



intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes, y

3.- La Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la UE, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, publicada en el Diario Oficial de la UE de 31 de julio de 2003,⁵⁷ que derogó (y por tanto sustituyó) la Acción Común 1998/742 JAI ya citada, y de cuyo texto se desprende la necesidad de sancionar la corrupción en el sector privado cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales:

a) Como corrupción activa en el sector privado cuando consistan en prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;

b) Como corrupción pasiva en el sector privado cuando consistan en pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Resultante de las citadas normas de derecho europeo -y desde luego de las interpretaciones y doctrina desarrolladas a propósito de ellas-, varios estados miembros de la UE han establecido previsiones normativas sobre corrupción en el sector privado.⁵⁸

Por ejemplo, el Código Penal español establece, en su Sección 4ª, un capítulo destinado a los delitos de corrupción en los negocios que sancionan con prisión al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por interpósita persona, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales; a quien, por sí o por interpósita persona, prometa,

⁵⁷ Consultada el 6 de noviembre de 2018 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32003F0568>

⁵⁸ No es objetivo de la presente investigación referir o analizar en exhaustivo las legislaciones europeas sobre el tema en tratamiento, sino acaso invocar algunos ejemplos a título ilustrativo.

ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales; así como a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.⁵⁹

⁵⁹ “Art. 286 bis. 1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminedar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate. 5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

Artículo 286 ter. 1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de



En Italia, por citar otra experiencia, en el ámbito de los delitos societarios el art. 2635 de su Código Civil prevé una figura delictiva de corrupción en la gestión de las sociedades mercantiles, definida como un comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor y cuya definición típica sanciona penalmente a los administradores, los directores generales, los auditores internos y los responsables de la revisión, que tras la dádiva o promesa de favor realicen u omitan actos contrarios a los deberes inherentes a su cargo, causando un daño a la sociedad.^{60 61}

prisión de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio. Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. 2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.

Artículo 286 quáter. Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando: a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,

b) la acción del autor no sea meramente ocasional, c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad. En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando: a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o

b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.”

⁶⁰ Art. 2635 del Código Civil italiano: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, di società o enti privati che, anche per interposta persona, sollecitano o ricevono, per sé o per altri, denaro o altra utilità non dovuti, o ne accettano la promessa, per compiere o per omettere un atto in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, sono puniti con la reclusione da uno a tre anni. Si applica la stessa pena se il fatto è commesso da chi nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercita funzioni direttive diverse da quelle proprie dei soggetti di cui al precedente periodo. Si applica la pena della reclusione fino a un anno e sei mesi se il fatto è commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al primo comma. Chi, anche per interposta persona, offre, promette o dà denaro o altra utilità non dovuti alle persone indicate nel primo e nel secondo comma, è punito con le pene ivi previste. Le pene stabilite nei commi precedenti sono raddoppiate se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni. Si procede a querela della persona offesa, salvo che dal fatto derivi una distorsione della concorrenza nella acquisizione di beni o servizi. Fermo quanto previsto dall'articolo 2641, la misura della confisca per valore equivalente non può essere inferiore al valore delle utilità date, promesse o offerte.

Aunado a la experiencia europea ya referida, la creciente idea de controlar penalmente los hechos de corrupción en el sector privado mexicano también se basa en disposiciones normativas vinculantes de carácter internacional sobre soborno, malversación y peculado en el sector privado, contenidas en los arts. 21 y 22 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,⁶² y con respecto a la adopción de medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como de prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas, contenidas en su art. 12,⁶³ que no han sido observadas aún por nuestra legislación.

⁶¹ La norma italiana pretranscrita no está exenta de críticas. Al ese respecto, cfr. FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el derecho comparado, en Revista Penal No. 12, Università di Modena y Reggio Emilia, Italia, 2003, consultado el 6 de noviembre de 2018 en <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2foffani.pdf>

⁶² "Artículo 21.- Soborno en el sector privado. - Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Artículo 22.- Malversación o peculado de bienes en el sector privado.- Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo."

⁶³ "Artículo 12. Sector privado. 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas. 2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en: a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes; b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado; c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la



En ese sentido, en la doctrina mexicana destacan Salazar Ugarte quien señala que la corrupción no es patrimonio exclusivo de los políticos sino que también es práctica arraigada en la sociedad y en eso que llamamos sector privado y que conviene no olvidarlo si en verdad queremos salir del marasmo que nos tiene atrapados.⁶⁴ Asimismo, Ochoa Romero al explicar que, si bien hemos validado una equivalencia entre corrupción y desviaciones en el ejercicio del poder público, el concepto de corrupción debe extenderse más allá de las actividades gubernamentales de cualquier nivel porque también envuelve algunas relaciones entre particulares que amplifican los efectos del fenómeno.⁶⁵

También el INEGI, que ha afirmado que éste [el fenómeno de la corrupción] no es exclusivamente del sector público, sino que también involucra al sector privado y a la población en general.⁶⁶

gestión de empresas; d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales; e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo; f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción, y porque las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación. 3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención: a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros; b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; c) El registro de gastos inexistentes; d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto; e) La utilización de documentos falsos; y f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley. 4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.”

⁶⁴ SALAZAR, Pedro, IBARRA Palafox, Francisco y FLORES B., Imer (coords). ¿Cómo combatir la corrupción?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, p. XVI.

⁶⁵ Op. cit., p. 206.

⁶⁶ Corrupción: una revisión metodológica, tomado el 17 de julio de 2017 de la página Internet <http://www.beta.inegi.org.mx/app/biblioteca/ficha.html?upc=702825090340>

Para nosotros, es indiscutible que el sujeto del acto corrupto puede y debe de ser también cualquier persona de derecho privado, con la única condición de tener la potestad de aplicar un sistema normativo cualquiera a partir de la que buscará un beneficio final de naturaleza patrimonial, para sí o para un tercero, que no le corresponde por la aplicación del aparato normativo, independientemente de que también logre los beneficios que supone la aplicación desinteresada de éste.

Así entonces, el concepto jurídico de corrupción en el sector privado se descompondría en los elementos estructurales siguientes:

1. Una conducta de cualquier persona consistente en,
 - a) Aplicar un sistema normativo sobre el que tiene competencia, o
 - b) Dejar de aplicar un sistema normativo sobre el que tiene competencia, o
 - c) Ostentar una influencia de facto derivada de sus relaciones personales o corporativas.
2. Aprovechando de cualquier forma recursos ajenos puestos a su alcance,
3. Con la finalidad última de:
 - a) Obtener algún beneficio de índole patrimonial que no le corresponda conforme a derecho, o
 - b) Procurar cualquier beneficio patrimonial para otra persona, que no le corresponda conforme a derecho,
4. Independientemente de las finalidades inmediatas propias de la aplicación del sistema normativo.

Es a partir de los elementos anteriores que en nuestro criterio deben establecerse tipos básicos delitos de corrupción en la legislación mexicana por resultar conveniente y además para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que derivan de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ya citada.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Código Penal Federal.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Instrumentos internacionales:

Acción común de 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea sobre la corrupción en el sector privado (actual art. 31 tras el Tratado de Ámsterdam), publicada en el Diario Oficial de las



Comunidades Europeas de fecha 31 de diciembre de 1998.

Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada por la Conferencia Especializada sobre Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en la ciudad de Nueva York, el 31 de octubre de 2003, por resolución 58/4 de la Asamblea General de Naciones Unidas, la que fue abierta a firma en Mérida, Yucatán, en diciembre de 2003.

Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) suscrito en Estrasburgo, Francia, el 27 de enero de 1999.

Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de julio de 2003.

Tratado de la Unión Europea, firmado en la ciudad de Maastricht, Países Bajos, el 7 de febrero de 1992.

Doctrina:

ALONSO, José Antonio y MULAS-GRANADOS, Carlos. Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo. El caso de Iberoamérica, Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

ARELLANO Gault, David. ¿Podemos reducir la corrupción en México? Límites y posibilidades de los instrumentos a nuestro alcance, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, 2012.

BUSCAGLIA, Edgardo. Lavado de dinero y corrupción política, editorial Debate, México, 2015.

CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.). Poder, derecho y corrupción, Siglo XXI editores, primera reimpresión de la primera edición, México, 2011.

CÁRDENAS, Jaime y MIJANGOS, María de la Luz. Estado de Derecho y Corrupción, editorial Porrúa, México, 2005.

CRUZ Martínez, Enrique (coord.). Por una nueva ética de lo público en México: experiencias sobre el impacto de la corrupción en la eficiencia gubernamental, editorial Fontamara, México, 2015.

DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto. El sistema de responsabilidades de los servidores públicos, editorial Porrúa, México, 2011.

DIEGO Bautista, Oscar. Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público, Instituto de Administración Pública del Estado de México, México, 2009.

ESPARZA Martínez, Bernardino. Estado de excepción. Restricción o suspensión de derechos y garantías, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2016.

FOFFANI, Luigi. La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el derecho comparado, en Revista Penal No. 12, Università di Moderna y Reggio Emilia, Italia, 2003.

GILI Pascual, Antoni. El delito de corrupción en el sector privado, ed. Marcial Pons, Madrid,

2017.

KAISER, Max. El combate a la corrupción, la gran tarea pendiente en México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2014.

NADER Kuri, Jorge. La tutela penal de la función administrativa en México, en Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año XIV, No. 28, enero de 2017.

OCHOA Romero, Roberto. Corrupción. Significado y estrategias internacionales y nacionales para su prevención y persecución, en Salazar, Pedro; Ibarra Palafox, Francisco y Flores B., Imer (coords). ¿Cómo combatir la corrupción?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017.

ROMERO Gudiño, Alejandro. Visión integral del Sistema Nacional de Combate a la Corrupción, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2015.

SALAZAR, Pedro, IBARRA Palafox, Francisco y FLORES B., Imer (coords). ¿Cómo combatir la corrupción?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017.

TAMEZ, Macedonio. Política y corrupción, editorial Planeta, México, 2016.

TAPIA Tovar, José. Nuevo Sistema Nacional Anticorrupción, editorial Porrúa, México, 2017.

Diccionarios y enciclopedias:

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 2001.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, editorial Porrúa-UNAM, México, 1993.



A PROPÓSITO DEL COVID-19. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMERGENCIA SANITARIA INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO NORMATIVO EN LA UE Y ESPAÑA

Autor //

Juan Alejandro Martínez Navarro¹

Sumario:

I.- Contextualizando el problema. La crisis del Nuevo Coronavirus, II.- Una cuestión de salud pública. los retos del siglo XXI, III.- El marco normativo regulador de las emergencias sanitarias, 1.- La Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional. La Organización Mundial de la Salud, 2.- Las amenazas transfronterizas en la Unión Europea, 3.- La protección de la salud pública en España, 3.1.- Grupo normativo regulador en materia de salud pública, 3.2.- La coordinación y planificación de la alarma sanitaria, 3.3.- La Alta Inspección durante la emergencia sanitaria, 3.4.- El Estado de Alarma, IV.- Reflexión final, V.- Bibliografía

Resumen:

La crisis sanitaria producida por el Nuevo Coronavirus (Covid-19) está poniendo a prueba los sistemas sanitarios de las principales potencias internacionales. Del análisis del profundo grupo normativo regulador aplicable a las emergencias sanitarias internacionales se desprende una regulación normativa extensa y exhaustiva. No obstante, con independencia del marco normativo, la actual crisis sanitaria deberá servir como punto de inflexión para la mejora de protocolos; la toma de decisiones políticas más efectivas; y el replanteamiento de las prioridades económicas.

Palabras clave:

Coronavirus, Salud Pública, Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional.

Abreviaturas:

CE – Constitución Española de 1978

ESPII - Emergencias de Salud Pública de Importancia Internacional

LCCSNS - Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

LGS - Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Almería. Profesor Sustituto Interino de la Universidad de Almería

LGSP - Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

LOMESP - La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

OMS – Organización Mundial de la Salud

RSI – Reglamento Sanitario Internacional

SNS - Sistema Nacional de Salud

STC – Sentencias del Tribunal Constitucional español

TFUE - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

I.- Contextualizando el problema. La crisis del Nuevo Coronavirus

Según los datos que maneja actualmente la Organización Mundial de la Salud (OMS), la crisis sanitaria del Coronavirus (2019-nCoV) tiene su origen en el mercado Huanan de la ciudad de Wuhan². La OMS cree que el nuevo coronavirus se transmitió de un animal a una persona y mutó hasta transmitirse entre seres humanos³. Por el momento, no se ha podido identificar y se desconoce la procedencia del vector.⁴

Los coronavirus (CoV) son una amplia familia de virus que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como ocurre con el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el que ocasiona el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV). Un nuevo coronavirus es una

² El Coronavirus fue detectado por primera vez en la ciudad de Wuhan, capital de Hubei, con unos 11 millones de habitantes.

³ Los coronavirus humanos fueron identificados en la década de 1960, actualmente existen siete coronavirus que pueden infectar a los humanos: 229E, NL63, OC43, HKU1, MERS-CoV, SARS-CoV y 2019-nCoV.

⁴ Los coronavirus se pueden contagiar de los animales a las personas (transmisión zoonótica). De acuerdo con estudios exhaustivos al respecto, sabemos que el SRAS-CoV se transmitió de la civeta al ser humano y que se ha producido transmisión del MERS-CoV del dromedario al ser humano. Además, se sabe que hay otros coronavirus circulando entre animales, que todavía no han infectado al ser humano. <https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus/coronavirus>



nueva cepa de coronavirus que no se había encontrado antes en el ser humano.⁵

Los primeros síntomas fueron identificados el 8 de diciembre de 2019. El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China) informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, incluyendo siete casos graves, con una exposición común a un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos en la ciudad de Wuhan. El 7 de enero de 2020, las autoridades chinas identificaron como agente causante del brote un nuevo tipo de virus de la familia Coronaviridae. A partir de este momento, los hechos se suceden de forma precipitada. El día 13 de enero de 2020 se detecta el primer infectado fuera de china, el día 24 el primer caso en Europa y el día 31 de enero en España⁶. El día 15 de febrero se produce la primera muerte en Europa (Francia) y a finales de ese mismo mes había más de 70.000 infectados en todo el mundo⁷.

Las investigaciones relativas al 2019-nCoV están todavía en una fase inicial. Hasta el momento, se conoce que el patógeno se transmite de persona en persona, del mismo modo que ocurre con el SARS (Síndrome Respiratorio Agudo Grave) y el MERS (Síndrome Respiratorio del Medio Oriente). La propagación se produce a través del contacto directo de las secreciones respiratorias (mediante tos o estornudo). Estas secreciones infectan a otras personas cuando entran en contacto con las mucosas o son inhaladas.

Los datos estadísticos publicados hasta el momento proceden del Centro Chino para el Control y la Prevención de Enfermedades (CCDC), aceptados por la OMS⁸. De los datos aportados por el CCDC, podemos saber que un 14% de los infectados presentan síntomas

⁵ <https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus/coronavirus>

⁶ En España el día 31.01.2020, se confirmó en La Gomera, un caso de coronavirus COVID-19 en un ciudadano alemán, contacto estrecho de otro caso confirmado en Alemania asociado al agrupamiento de Baviera. El día 9.02.2020 se confirmó el segundo caso en un residente de Mallorca, que fue contacto de otro caso detectado en Reino Unido, que procede del agrupamiento de Contamines. En la actualidad estos eventos están cerrados.

⁷ Datos obtenidos: OMS, Ministerio de Sanidad, 21 de febrero de 2020.

⁸ Ministerio de Sanidad, Gobierno de España, Actualización nº 28. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19), 21 de febrero de 2020. En una publicación del CDC de China se realiza un análisis de los casos notificados por China hasta el 11 de febrero. Se han notificado un total de 72.314 casos, 44.672 (61,8%) confirmados, 16.186 (22,4%) sospechosos, 10.567 (14,6%) con diagnóstico clínico (éstos solo en la provincia de Hubei) y 889 asintomáticos (1,2%). El 77,8% de los casos confirmados tenía entre 30-79 años, con un 2% en menores de 20 años; el 51,4% eran hombres. Entre los casos confirmados, el 80,9% fueron leves, el 13,8% graves y el 4,7% críticos y se produjeron 1.023 fallecidos (tasa de letalidad 2,3%). Entre los confirmados hay 1.716 trabajadores sanitarios, entre los cuales la letalidad fue del 0,3%. De los fallecidos, el 70% eran personas con enfermedades crónicas de base, siendo las más frecuentes la hipertensión (39,7%), otras enfermedades cardiovasculares (22,7%), diabetes (19,7%) y enfermedad respiratoria crónica (7,9%). El 80% de los fallecidos tenía más de 60 años.

graves, como neumonía y disnea; y un 5% de los pacientes tienen síntomas muy graves, como insuficiencia respiratoria, choque septicémico e insuficiencia multiorgánica.⁹

La tasa de mortalidad en menores de 50 años es inferior al 1%. En mayores de 60 años, la tasa de mortalidad alcanza el 3,6% (8,0% en mayores de 70 años y 14,8% en mayores de 80 años). Estas variaciones también se identifican atendiendo al sexo del infectado.

La peligrosidad del virus, a juzgar por las estadísticas, aumenta cuando infecta a personas con una salud deficiente o patologías previas. La mortalidad se dispara en estos casos. El 10,5% de los pacientes con coronavirus que tenían enfermedades cardiovasculares no sobrevivieron a la infección. Tampoco el 7,3% de los que sufrían diabetes o el 6% de los que tenían un cuadro de hipertensión.

Hasta el momento no existe ningún medicamento que trate de modo directo el virus, sin embargo, ya existen prototipos de vacunas. Hasta el momento hay casi una decena de proyectos de desarrollo de la vacuna contra el nuevo coronavirus. No obstante, los protocolos de desarrollo requeridos, basados en pruebas que determinen la seguridad, eficacia y efectos secundarios de la vacuna, supondrán que el proceso requiera varios meses, incluso años¹⁰.

⁹ La mortalidad crece a medida que se escala en las franjas de edad. El mayor porcentaje, casi un 15%, corresponde a las personas de más de 80 años. El riesgo comienza a incrementarse en los pacientes a partir de los 40 años y en el caso de los de más de 60 alcanza el 3,6%. El 8% de los infectados de entre 70 y 79 años murieron a causa de la infección. https://www.eldiario.es/sociedad/estudio-coronavirus-publicado-China-momento_0_997050966.html

¹⁰ "10 buenas noticias sobre el coronavirus", theconversation, 01 de marzo de 2020: <http://theconversation.com/diez-buenas-noticias-sobre-el-coronavirus-132750> "Por ejemplo, la vacuna mRNA-1273 de la empresa Moderna consiste en un fragmento de RNA mensajero que codifica para una proteína derivada de glicoproteína S de la superficie del coronavirus. Esta compañía tiene prototipos similares para otros virus. Inovio Pharmaceuticals ha anunciado una vacuna sintética ADN para el nuevo coronavirus, INO-4800, basada también en el gen S de la superficie del virus. Por su parte, Sanofi, va a emplear su plataforma de expresión en baculovirus recombinantes para producir grandes cantidades del antígeno de superficie del nuevo coronavirus. El grupo de vacunas de la Universidad de Queensland, en Australia, ha anunciado que ya está trabajando en un prototipo empleado la técnica denominada molecular clamp, una novedosa tecnología que consiste en crear moléculas químicas capaces de mantener la estructura tridimensional original del antígeno viral. Esto permite producir vacunas empleado el genoma del virus en un tiempo récord. Novavax es otra empresa biotecnológica que ha anunciado su trabajo con el coronavirus. Posee una tecnología para producir proteínas recombinantes que se ensamblan en nanopartículas y que, con un adyuvante propio, son potentes inmunógenos. En España es el grupo de Luis Enjuanes e Isabel Sola del CNB-CSIC quienes están trabajando en vacunas contra los coronavirus desde hace años».



II.- Una cuestión de salud pública. Los retos del siglo XXI

Hoy, la sociedad se enfrenta a nuevos retos: la degradación ambiental, el incremento de las desigualdades, las enfermedades emergentes, el envejecimiento de la población, las amenazas del cambio climático sobre la salud y la sostenibilidad constituyen importantes desafíos¹¹. Por otro lado, nos encontramos inmersos en un cambio social, económico y político de gran envergadura, un auténtico cambio de ciclo, caracterizado por la emergencia de la sociedad del conocimiento, de las nuevas tecnologías¹² y por el predominio de la diversidad.¹³

La convivencia de diversas culturas y formas de vida, hecho provocado por las migraciones, los medios de transporte y las tecnologías de la comunicación y la información, generan un nuevo marco de referencia globalizado, interconectado e intercultural. La esfera política, económica y jurídica, en las prácticas privadas o públicas, ha quedado bajo la influencia de estos nuevos condicionantes sociales. Todo ello desencadena nuevas situaciones y también conflictos, obligando a los poderes del Estado a adecuarse a una nueva norma que refleje las prácticas y usos que la sociedad civil vive.

En este contexto, destaca la salud pública como uno de los grandes retos asumidos por la Administración Pública. La salud pública queda integrada dentro del término general de salud, abarcando toda su dimensión colectiva. Es decir, la Salud Pública es la salud dirigida al público, la salud de las masas, donde el sujeto no es el individuo sino la población o un grupo social determinado¹⁴. La salud pública se ha ocupado fundamentalmente de las enfermedades

¹¹ Pérez Gálvez, Juan Francisco. Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes en Pérez Gálvez, Juan Francisco. SALUD ELECTRÓNICA. PERSPECTIVA Y REALIDAD. España. Tirant lo Blanch. 2017, p. 34.

¹² Martínez Navarro, Juan Alejandro. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SALUD ELECTRÓNICA. España. Tirant lo Blanch. 2019.

¹³ Martínez Navarro, Juan Alejandro. La pobreza farmacéutica en Pérez Gálvez, Juan Francisco. HOMENAJE DE AIDA AL PROFESOR D. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. España. Tirant lo Blanch. 2019, p. 804.

¹⁴ Cardona Osorio, Jorge. La salud pública en período de crisis, REV. CUBANA MED GEN INTEGR, 14, 3, 1998, pp. 286 y ss. "Muchas otras definiciones de salud pública existen. Se pudiera decir que tantas cuantos autores escriben al respecto. Para sólo mencionar unas cuantas, Frazer dice que 'salud pública es la aplicación de los conocimientos médicos y científicos para asegurar condiciones sanas de vida al individuo miembro de una comunidad'; Winslow, por su parte, señala que 'salud pública es el arte y la ciencia de prevenir la enfermedad, prolongar la vida y promover la eficiencia física y mental, mediante el esfuerzo organizado de la comunidad'. Para Milton Terris, la salud pública es la ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental, mediante esfuerzos organizados de la comunidad para sanear el medio ambiente, controlar las enfermedades infecciosas y no infecciosas, así como las lesiones; educar al individuo en los principios de la higiene personal, organi-

transmisibles, sus causas, su distribución y prevención¹⁵. En definitiva, según la OMS en 1999, la Salud Pública es “la ciencia y el arte de prevenir las enfermedades, prolongar la vida y promover la salud mental y física, y la eficiencia a través de los esfuerzos organizados de la comunidad”.

Como estamos presenciando en la actualidad, a consecuencia de las crisis sanitarias que han ido sucediendo a lo largo de los últimos años, la actividad de la Administración Pública vinculada a la salud ha dejado de basarse en un posicionamiento reactivo, de respuesta al accidente patológico, para posicionarse hacia un posicionamiento proactivo, de anticipación, promoción y mejora del bienestar de las personas. En la actualidad la salud pública debe afrontar un esfuerzo sistemático para identificar las necesidades de la población y la organización de las respuestas de sus miembros para enfrentar los retos que se deriven, incluyendo la formulación de políticas, la ordenación de los recursos y la implantación de estrategias innovadoras que afronten los nuevos retos de salud pública, siempre con el reto del nuevo enfoque que da la globalización.

El empoderamiento de la ciudadanía, entendido como la asunción de poder en la toma de decisiones sobre su salud individual y colectiva, es otro de sus elementos vertebradores. Hoy día, las sociedades están informadas y formadas, son conocedoras de sus derechos y cada vez más exigentes en sus planteamientos.

Los condicionantes descritos, como el desarrollo social, tecnológico y económico mundial actual, formado en torno a un sistema globalizado, móvil e interconectado, ofrecen inmejorables circunstancias para la rápida propagación de enfermedades.

La seguridad sanitaria internacional depende de la adecuada gestión de los riesgos para la salud pública, lo que, en definitiva, queda supeditado a la colaboración, cooperación y coordinación internacional. No obstante, esta red que se genera como mecanismo de conexión entre los distintos estados nace con un vicio de difícil corrección, las enormes desigualdades de los indicadores de salud entre diversas áreas geográficas, e incluso dentro

zar los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y para la rehabilitación, así como desarrollar la maquinaria social que le asegure a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud’. Finalmente, la Organización Mundial de la Salud dice que salud pública es, ‘la ciencia y el arte de impedir la enfermedad, prolongar la vida y fomentar la salud y eficiencia mediante el esfuerzo organizado de la comunidad para que el individuo en particular y la comunidad en general se encuentren en condiciones de gozar de su derecho natural a la salud y longevidad”.

¹⁵ Terris, Milton. La epidemiología y la salud pública: orígenes e impacto de la segunda revolución epidemiológica, REV. SAN. HIG. PÚBL., 68, 1994, pp. 5-10.



de una misma región este desequilibrio surge entre distintos grupos sociales.

En un entorno globalizado, donde la enfermedad no distingue fronteras, la vulnerabilidad de un estado es compartida por el resto. Cuando surge una emergencia de salud pública internacional, la totalidad de territorios conforman un mismo sistema afectado, por lo que cualquier punto sensible puede suponer la total expansión del patógeno.

III.- El marco normativo regulador de las emergencias sanitarias

1. La Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional. La Organización Mundial de la Salud

Las alertas sanitarias internacionales, denominadas oficialmente “emergencias de salud pública de importancia internacional” (ESPII), son decretadas por la Organización Mundial de Salud (OMS) de acuerdo con el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 (RSI).

La emergencia de salud pública de importancia internacional es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como *“un evento extraordinario que [...] constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad y podría exigir una respuesta internacional coordinada”*.¹⁶

Por consiguiente, nos encontramos ante la posibilidad de que se produzca la manifestación de una enfermedad o un suceso potencialmente patógeno que pueda afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas en un territorio, y el riesgo evidente de contagio a otros estados.

La alerta sanitaria internacional requiere de cuatro criterios fundamentales: la repercusión grave de salud pública; el riesgo de propagación internacional; que el riesgo requiera imponer restricciones internacionales; y, con carácter especial, que se trate de una enfermedad inusitada o imprevista. Esta última característica desvincula la alerta sanitaria internacional de determinadas enfermedades estacionales, como la gripe, que surgen de forma cíclica cada cierto tiempo.

¹⁶ OMS, Reglamento Sanitario Internacional de 2005, art. 1.

En el supuesto de que surja un riesgo de salud pública que reúna los requisitos establecidos en el RSI, el Comité de Emergencias¹⁷ será el responsable de analizar y tratar la situación y emitir las recomendaciones oportunas al Director General de la OMS. Será decisión de este último la declaración de ESPII.

Por su parte, el Reglamento Sanitario Internacional (2005), o RSI (2005), es un convenio internacional jurídicamente vinculante adoptado por 196 países de todo el mundo, entre ellos todos los Estados Miembros de la OMS. El objetivo del Reglamento es ayudar a la comunidad internacional a prevenir y responder a los riesgos agudos para la salud pública que puedan atravesar las fronteras y amenazar a las poblaciones de todo el mundo. La finalidad y el alcance del RSI (2005) son prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales.

Con ese fin, el RSI (2005) prevé derechos y obligaciones para los Estados Partes (y funciones para la OMS) en materia de vigilancia nacional e internacional; evaluación y respuesta de salud pública; medidas sanitarias aplicadas por los Estados Partes a los viajeros internacionales, aeronaves, embarcaciones, vehículos automotores y mercancías; salud pública en los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos terrestres internacionales (designados globalmente como “puntos de entrada”); y muchos otros temas (véase infra el recuadro I).

El Comité de Emergencias está integrado por expertos internacionales que proporcionan asesoramiento técnico al Director General de la OMS en relación con una “emergencia de salud pública de importancia internacional” (ESPII). El Comité da su opinión sobre las siguientes cuestiones:

- Si el evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII);

¹⁷ Los miembros de los Comités de Emergencias se seleccionan de entre la Lista de Expertos del RSI, establecida por el Director General, y, cuando proceda, de otros cuadros de expertos de la OMS. La Lista de Expertos del RSI está integrada por expertos internacionales en áreas como el control de enfermedades, la virología, el desarrollo de vacunas o la epidemiología de las enfermedades infecciosas. Los miembros pueden ser seleccionados en función de los conocimientos especializados necesarios para cada reunión.

La selección de los miembros se basa principalmente en sus capacidades técnicas y experiencia en el ámbito de los conocimientos especializados pertinentes. El Director General procura garantizar la representación geográfica más amplia que sea posible y la diversidad de conocimientos, experiencias prácticas y enfoques. El equilibrio entre los sexos es también un objetivo deseable. <https://www.who.int/features/qa/39/es/>



- Las recomendaciones temporales que debería adoptar el país afectado por la emergencia de salud pública de importancia internacional, u otros países, a fin de prevenir o limitar la propagación internacional de una enfermedad y evitar las trabas innecesarias para el comercio y los viajes internacionales;
- La conclusión de una ESPII.

Corresponde al Director General determinar en última instancia si se trata de una ESPII y establecer las recomendaciones temporales para hacer frente a la situación, con arreglo al asesoramiento del Comité de Emergencias, la información facilitada por los Estados Partes, los científicos y una evaluación del riesgo para la salud humana, el riesgo de propagación internacional y el riesgo de trabas para el tráfico internacional.

Con arreglo al RSI (2005), las recomendaciones temporales expiran automáticamente tres meses después de su formulación. Por tanto, los Comités de Emergencias vuelven a convocarse al menos cada tres meses con el fin de pasar revista a la situación epidemiológica en curso y examinar si el evento sigue siendo una emergencia de salud pública de importancia internacional y la necesidad de introducir cambios en las recomendaciones temporales. Después de cada reunión del Comité de Emergencias se publica en el sitio web de la OMS una declaración.

2.- Las amenazas transfronterizas en la Unión Europea

El artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que *“al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizarán un nivel elevado de protección de la salud humana”*.

Casi la totalidad de las competencias que ejerce la UE en materia sanitaria están vinculadas a salud pública. El art. 3.1.p) del actual TFUE indica que entre las actuaciones de la Unión Europea se incluye la *“contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud”*. La utilización de la palabra *“contribución”* nos ayuda a vaticinar que las funciones comunitarias en materia de salud son escasas, y que al igual que ocurre en otras políticas sociales, estamos ante una política de apoyo y complemento¹⁸. Por otro lado, el art. 4.2.k)

¹⁸ Así queda establecido en el art. 6.a) TFUE que indica que *“la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar y complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea: la protección y mejora de la salud humana»*.

TFUE, relativo a las competencias compartidas, incluye la competencia de la UE para “los asuntos comunes de seguridad en materia de Salud Pública”¹⁹.

Mediante la Decisión nº 2119/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo se creó un Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (SAPR). La Decisión nº 2119/98/CE fue derogada y sustituida por la Decisión nº 1082/2013/UE. La nueva Decisión volvió a incorporar el SAPR, además amplió el ámbito de aplicación de la red de comunicación permanente para cubrir otros tipos de amenazas biológicas y otras categorías de amenazas transfronterizas graves para la salud.

Con posterioridad, el Reglamento (CE) nº 851/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, creó el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), que ha asumido progresivamente la vigilancia epidemiológica de las enfermedades transmisibles y la gestión del Sistema de Alerta Precoz y Respuesta (SAPR).

Finalmente, se aprobó la Decisión nº 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y la Decisión de Ejecución (UE) 2017/253 de la Comisión de 13 de febrero de 2017 por la que se fijan procedimientos para la notificación de alertas en el marco del sistema de alerta precoz y respuesta establecido en relación con las amenazas transfronterizas para la salud, así como para el intercambio de información, la consulta y la coordinación de las respuestas tales amenazas. La nueva normativa se establece para actualizar el marco regulador en relación con el Reglamento Sanitario Internacional de la OMS, manteniendo el SAPR y el ECDC, además de formar un nuevo Comité de Seguridad Sanitaria formado por representantes de los Estados miembros.

El sistema de alerta de amenazas transfronterizas se inicia a partir de la notificación de las autoridades nacional competentes o la Comisión a través del SAPR cuando la amenaza transfronteriza para la salud resulte inusual o inesperada, cause una morbilidad o mortalidad humana, o pueda superar la capacidad de respuesta nacional; afecte o pueda afectar a más de un Estado miembro; y exija una respuesta coordinada a nivel comunitario.

¹⁹ En cualquier caso, la actuación europea se centrará en tres grandes bloques principalmente: en mejorar la salud pública, prevenir enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud; abarcar la lucha contras las enfermedades más graves y difundidas, apoyando la investigación y la información; y reducir los daños ocasionados por consumo de drogas. Fuentetaja Pastor, José Ángel y Medina González, Sara en Linde Paniagua, Enrique. PARTE ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD. Madrid. Editorial Colex, 2012, p. 1203.



3.- La protección de la salud pública en España²⁰

La Constitución de 1978 vino a constituir el Estado de las Autonomías diseñando paulatinamente un sistema sanitario ampliamente descentralizado tanto desde una perspectiva de política de gestión, como en su estructura.

Ante la descentralización del sistema sanitario público, el marco normativo regulador adoptó un sistema de salud integral, lo que vino a respaldar al contenido constitucional. De este modo, el sistema sanitario español pasa a ser el Sistema Nacional de Salud (SNS), entendido este como la suma de los distintos Servicios Regionales de Salud de las Comunidades Autónomas y los servicios sanitarios del Estado.

No obstante, el Estado ha conservado importantes competencias con los objetivos de preservar la igualdad y desarrollar una cooperación y coordinación necesarias para una plena protección de la salud. Las competencias del Estado español según su propia Constitución (art. 149.1.16º CE) son las siguientes: competencia sobre sanidad exterior, competencia sobre sanidad interior (legislación básica; coordinación y planificación), y alta inspección.

Las competencias del Estado en sanidad exterior se regulan en los arts. 38 y 39 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. El art. 38 indica que *“son competencia exclusiva del Estado la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales”* (apartado 1). Respecto al contenido material, *“son actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros”* (apartado 2). El apartado 4, del art. 38, establece que *“las actividades y funciones de sanidad*

²⁰ Martínez Navarro, Juan Alejandro. EL DERECHO A LA SALUD ELECTRÓNICA. España. ACCI. 2019.

²¹ La STC 252/1988 adoptó las bases sobre sanidad exterior al rechazar las pretensiones autonómicas de ampliar las competencias en esta materia por desarrollar una actividad con una conexión internacional. La STC 329/1994177, posteriormente, estableció la delimitación conceptual entre sanidad exterior e interior:

“A tal fin conviene indicar que la primera, sanidad exterior; se halla directamente vinculada al tráfico internacional de personas y bienes, cuyo incremento a partir del pasado siglo con los consiguientes riesgos de propagación de ciertas enfermedades que son epidémicas en algunas áreas del planeta- ha generado

un importante fenómeno de cooperación sanitaria internacional del que son exponentes, del al lado, la creación de diversas instituciones intergubernamentales, como es el caso de la actual Organización Mundial de la Salud; y también, de otro, la adopción de normas internacionales, entre las que ocupa un lugar relevante el Reglamento Sanitario internacional, aprobado por la Asamblea de dicha Organización en 1951 y revisado posteriormente, al imponer específicas obligaciones a los Estados en esta materia tanto respecto a notificaciones e informaciones epidemiológicas como en relación a la

exterior se regularán por Real Decreto”, al respecto se aprobó el Real Decreto 1418/1986, de 13 de junio, sobre funciones del Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de sanidad exterior.

En último lugar, la Ley General de Salud Pública dedica los arts. 36 a 38 a la sanidad exterior. Señala al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad como el responsable en materia de sanidad externa. Según la LGSP, la finalidad de la sanidad exterior es (art. 36 LGSP):

“a) Organizar y garantizar la prestación y calidad de los controles sanitarios de bienes a su importación o exportación en las instalaciones de las fronteras españolas y en los medios de transporte internacionales, así como de los transportados por los viajeros en el tránsito internacional. b) Organizar y garantizar la prestación de la atención sanitaria del tránsito internacional de viajeros, de la prevención de las enfermedades y lesiones del viajero y de los servicios de vacunación internacional. c) Articular la vigilancia de sanidad exterior”.

Por su parte, el art. 37 LGSP establece como función de la sanidad exterior el control y vigilancia higiénico-sanitaria de puertos y aeropuertos de tráfico internacional e instalaciones fronterizas, y del tráfico de personas, cadáveres, animales y bienes. Por otro lado, destaca la coordinación y colaboración con autoridades competentes de otros países²¹.

3.1.- Grupo normativo regulador en materia de salud pública

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), junto con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), conforman el núcleo esencial responsable de regular las principales medidas y mecanismos de lucha contra las

organización y funcionamiento de los servicios sanitarios apropiados para evitar tales riesgos. De este modo, la sanidad exterior tiene por objetivo la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como es el caso de los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados. Y al servicio de este objetivo de protección de la salud se hallan distintas medidas preventivas, asistenciales y prestacionales (art. 45. 1 y 2 CE) que los servicios sanitarios del Estado pueden adoptar respecto a personas y bienes [como expresa respecto de aquéllas el art. 112 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España], en coordinación con los otros departamentos de la Administración. Con la particularidad de que tales medidas, por su finalidad de prevención y eliminación de riesgos para la salud en el territorio nacional, han de proyectarse no sólo sobre personas, bienes a su entrada o salida de España, sino sobre las propias instalaciones y sobre su entorno inmediato en puertos, aeropuertos y puestos fronterizos afectos al tráfico internacional para impedir la propagación de enfermedades por diferentes vectores, entre ellos los insectos y roedores, así como por residuos y aguas residuales».



enfermedades contagiosas.

La LOMESP, contempla en el artículo 1 que las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, pueden adoptar las medidas previstas en la citada Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

La LOMESP destaca por un catálogo de medidas breve y genérico. Como acertadamente indica Salamero Teixidó, “ello no restringe el poder de actuación de la Administración, sino todo lo contrario. La utilización de conceptos indeterminados [...] permite la ejecución de muy distintas actuaciones según el parecer de la Administración”²².

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) establece en su artículo 26 que en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece en el artículo 54 que sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

La normativa expuesta presenta una magnitud y alcance de enorme envergadura, puesto que permite suprimir lo más elementales derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física (art. 15.1 CE), a la libertad deambulatoria (art. 17.1 CE) o a la intimidad corporal (art. 18.1 CE).

3.2.- La coordinación y planificación de la alarma sanitaria

Un aspecto importante dentro de las competencias del Estado regulado en el art. 149.1.16 CE, es la coordinación general de la sanidad. La posición superior del Estado para coordinar políticas (de diferentes materias, no exclusivamente sanitarias) está legitimada “para

²² Salamero Teixidó, Laura. Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente, GAC. SANIT, 30, 2016, p. 70.

establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados" (STC 109/1998). La LGS, dedica sus arts. 70 a 77 a la regulación de la coordinación y planificación en materia sanitaria. En su artículo 70.2 establece el carácter material de la Coordinación General Sanitaria.²³

El art. 73.1 LGS indica que *"la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado..."*. En el apartado 2 continúa indicando que *"como desarrollo de lo establecido en los planes o en el ejercicio de sus competencias ordinarias, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán elaborar programas sanitarios y proyectar acciones sobre los diferentes sectores o problemas de interés para la salud"*.

Para complementar el desarrollo del artículo 149.1.16 CE y lo establecido en la Ley General de Sanidad, se aprobó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS) cuyo principal objetivo es *"establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias"* (art. 1 LCCSNS). Para alcanzar este objetivo la LCCSNS establece varios mecanismos, entre ellos el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como *"órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado"* (art. 69.1 LCCSNS). El mismo estará formado por *"el Ministerio de Sanidad y Consumo, que ostentará su presidencia, y por los Consejeros competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas"* (art. 70 LCCSNS). Como indica Medina González y Fuentetaja Pastor, su composición evidencia su gran relevancia política²⁴.

Se sitúa como un órgano de gran importancia como se desprende del Preámbulo de la Ley y del artículo 71 LCCSNS que indica que *"el Consejo Interterritorial es el principal instrumento*

²³ Vide LGS, art. 70.2 indica lo siguiente: *"la Coordinación General Sanitaria incluirá: a) El establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales. b) La determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria. c) El marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario. d) El establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios»*.

²⁴ Fuentetaja Pastor, José Ángel y Medina González, Sara en Linde Paniagua, Enrique. PARTE ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD. Madrid. Editorial Colex, 2012, p. 1208.



de configuración del Sistema Nacional de Salud”. Será en este precepto donde se establezcan las competencias de dicho órgano: funciones de configuración del Sistema Nacional de Salud (art. 71.1 LCCSNS); funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud (art. 71.2 LCCSNS); funciones de coordinación (art. 71.3 LCCSNS); y funciones de cooperación entre el Estado y las CC.AA. (art. 71.4 LCCSNS)²⁵.

La aprobación de una norma que actuara como elemento coordinador de los diferentes servicios de salud regionales fue uno de los grandes objetivos en materia de salud. Sin embargo, la LCCSNS ha demostrado desde su entrada más sombras que luces, y el resultado a día de hoy se puede considerar de fracaso. La STC 54/1990, de 28 de marzo, respecto de la coordinación general de la sanidad, concluyó que la coordinación general por parte del Estado en el ámbito sanitario *“debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos, y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario”* (STC 32/1983)²⁶.

En lo que respecta a la crisis del Nuevo Coronavirus, el Consejo Interterritorial del SNS (CISNS), actúa como órgano de coordinación entre el Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas. Desde la primera reunión mantenida el día 1 de febrero de 2020, tras detectar el primer caso de infectado en territorio español, el CISNS ha sido el órgano encargado de consensuar importantes medidas como la suspensión de actividades educativas

3.3.- La Alta Inspección durante la emergencia sanitaria

El Estado puede supervisar que la legislación de desarrollo o ejecución establecida por

²⁵ Pérez Gálvez, Juan Francisco. COMENTARIOS AL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD, Tomo I. Barcelona. Bosch, 2004, pp. 299-300. Para Pérez Gálvez, el Consejo Interterritorial, el cual “está integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración del Estado. Es, y debe ser,

el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre sí y con la Administración del Estado [...]. Además, vinculado a este Consejo Interterritorial se ha creado un Comité Consultivo integrado por el mismo número de representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y por los de las asociaciones de consumidores y usuarios, cuya composición ha sido determinada reglamentariamente y de forma paritaria con todos los anteriores, y por representantes de las Administraciones Públicas presentes en el Consejo Interterritorial, designados por éste”.

²⁶ Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía y Martín Vida, María Ángeles. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES SANITARIAS. Granada. Grupo Editorial Universitario. 2002. p. 47.

las autonomías se adopta de acuerdo con las pautas marcadas en la legislación básica o en las pautas establecidas. Para Via i Ridons, la Alta Inspección se configuraba en la LGS como una competencia del Ministerio destinada a garantizar el correcto desarrollo de las responsabilidades de los distintos actores del SNS, detectando posibles discriminaciones en la prestación de los servicios sanitarios (el art. 43 LGS regulador de la Alta Inspección ya ha sido derogado). Para este autor, se trata, por tanto, de una función de garantía y verificación general que la legislación reserva al Ministerio sin especificar cómo debe ejercerse²⁷.

Hasta ahora, el Ministerio ha desempeñado la función de Alta Inspección de forma muy restringida. En la práctica, su función se centra en una simple supervisión de las normas de las CC.AA. en materia de salud, con el fin de comprobar su adecuación con la normativa básica. Para Via i Ridons, lo deseable sería que la Alta Inspección se centre también “en funciones de información, prevención de problemas, evaluación de resultados, y no simplemente como organismo de supervisión o tutela del poder central”. La LCCSNS es la encargada de regular la Alta Inspección, definiéndola como la *“función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las comunidades autónomas en materia de sanidad y de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía y en las leyes”* (art. 76.1 LCCSNS). Además, en su art. 76.2, atribuye un importante elenco de competencias a la Alta Inspección, casi todas ellas de supervisión o verificación²⁸.

²⁷ Via i Redons, Josep M.ª. Política sanitaria en la España de las autonomías. REVISTA DE HUMANIDADES, 2, 2002, pp. 195-196.

²⁸ Las funciones que atribuye la LCCSNS a la Alta Inspección en el art. 76.2 son: “a) Supervisar la adecuación entre los planes y programas sanitarios de las comunidades autónomas y los objetivos de carácter general establecidos por el Estado. b) Evaluar el cumplimiento de fines y objetivos comunes y determinar las dificultades o deficiencias genéricas o estructurales que impidan alcanzar o distorsionen el funcionamiento de un sistema sanitario coherente, armónico y solidario. c) Supervisar el destino y utilización de los fondos y subvenciones propias del Estado asignados a las comunidades autónomas que tengan un destino o finalidad determinada. d) Comprobar que los fondos correspondientes a los servicios de salud de las comunidades autónomas son utilizados de acuerdo con los principios generales de esta ley. e) Supervisar la adscripción a fines sanitarios de centros, servicios o establecimientos del Estado transferidos con dicha finalidad, sin perjuicio de las reordenaciones que puedan acordar las correspondientes comunidades autónomas y, en su caso, las demás Administraciones públicas. f) Verificar la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en los sistemas de administración y regímenes de prestación de los servicios sanitarios, así como de los sistemas o procedimientos de selección y provisión de sus puestos de trabajo. g) Supervisar que el ejercicio de las competencias en materia de sanidad se ajusta a criterios de participación democrática de todos los interesados; a tal efecto, se estará a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley General de Sanidad».



Como ocurre en otros aspectos relacionados con el reparto de competencias, la Alta Inspección no ha estado exenta de polémica y conflictos varios. Es por esto que el TC se tuvo que pronunciar al respecto en la Sentencia 32/1983, de 28 de abril, indicando:

“La Alta Inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles constitucionales establecidos en relación con las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos, convirtiendo a dicha Alta Inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control. Entre las funciones de la Alta Inspección pueden figurar las de "supervisar" y "analizar", ya que en modo alguno suponen un control, tutela o superioridad jerárquica o el ejercicio de una actividad limitadora de alguna competencia de la Comunidad Autónoma, sino tan sólo el desarrollo de una actividad de tipo informativo o de comprobación”.

El TC concluye que, si bien la Alta Inspección tiene funciones de control, en ningún caso este control podrá limitar las competencias de las CC.AA.

3.4.- El Estado de Alarma

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio otorga al Poder Ejecutivo, ante circunstancias extraordinarias que hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes, las facultades para llevar a cabo medidas como: limitar la circulación de personas; practicar requisas temporales; intervenir industrias, fábricas o explotaciones privadas; limitar el uso de servicios; entre otras muchas.

Entre las distintas circunstancias o alteraciones graves que pueden originar la declaración del Estado de Alarma, destacan las crisis sanitarias, tales como epidemias.

En atención a las extraordinarias circunstancias que atenazan a España como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del Coronavirus, el 14 de marzo de 2020, en Consejo de Ministros extraordinario, se aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declara durante quince días en todo el territorio nacional el estado de alarma.

El real decreto establece, en primer lugar, como autoridad al Gobierno competente a efectos del estado de alarma y el modo de gestión ordinaria de los servicios. Para el ejercicio de las funciones contempladas en la norma, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad, la ministra de Defensa, el ministro del Interior, el ministro de Transportes, Movilidad y Agenda

Urbana y el ministro de Sanidad.

En lo referente al control de la población y a la gestión de la propagación del virus, el Real Decreto dispone limitaciones a la libertad de circulación, requisitos temporales y prestaciones personales obligatorias y medidas de contención en los ámbitos educativo, comercial, de los equipamientos culturales y actividades recreativas, de la hostelería y restauración y de culto.

Finalmente, el tercer bloque comprende medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud, el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, los transportes y el suministro alimentario y energético.

IV.- Reflexión final

Del análisis de la normativa aplicable ante emergencias sanitarias en el ámbito internacional, comunitario y nacional se desprende un extenso grupo normativo regulador profundo y exhaustivo.

La situación de crisis actual no parece derivar de un déficit normativo, sino más bien de conflictos políticos, económicos y sociales. En 2014, durante la crisis producida por el Ébola, donde España se vio implicada, se detectó una respuesta política improvisada, y al margen de los esquemas de seguridad sanitaria definidos en la Ley General de Salud Pública. No se tomaron las decisiones oportunas por ser costosas (priorizando los factores económicos), ni se siguieron las recomendaciones de los organismos internacionales²⁹.

En la situación actual, estamos presenciando los mismos errores. No se están siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, que promueve la aplicación de test como gran medida de control y previsión; se toman medidas tardías; y una vez más el sistema sanitario muestra descoordinación ante una crisis.

El SNS requiere afrontar cuestiones organizativas, a través de una coordinación más eficiente con las Comunidades Autónomas³⁰. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y el objetivo de desarrollar un sistema sanitario coordinado y cohesionado, han evidenciado ser un fracaso.

²⁹ Burkhart Pérez, Inmaculada Gema. Emergencias sanitarias y derechos fundamentales (Ébola, España, 2014) en Pérez Gálvez, Juan Francisco. RECONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN DEL SISTEMA DE SALUD. Granada. Comares. 2015, p. 105.

³⁰ Cueto Pérez, Miriam. El sector público sanitario: Horizonte 2020 en Pérez Gálvez, Juan Francisco. RETOS Y PROPUESTAS PARA EL SISTEMA DE SALUD. España. Tirant lo Blanch. 2019, p. 194.



Nuestra gran esperanza se asienta ahora sobre nuestro Sistema Nacional de Salud y sus profesionales³¹ que han tolerado durante los últimos años el maltrato a la salud pública tanto desde una perspectiva legal (con normas que han venido a recortar prestaciones y garantías como el Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones); como económica³².

V.- Bibliografía

Benítez Torres, Francisco. Problemática recurrente en los servicios de salud en Pérez Gálvez, Juan Francisco. PROFESIONALES DE LA SALUD. PROBLEMAS JURÍDICOS. España. Tirant lo Blanch. 2017.

Burkhart Pérez, Inmaculada Gema. Emergencias sanitarias y derechos fundamentales (Ébola, España, 2014) en Pérez Gálvez, Juan Francisco. RECONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN DEL SISTEMA DE SALUD. Granada. Comares. 201.

Cardona Osorio, Jorge. La salud pública en período de crisis, REV. CUBANA MED GEN INTEGR, 14, 3, 1998.

Cueto Pérez, Miriam. El sector público sanitario: Horizonte 2020 en Pérez Gálvez, Juan Francisco. RETOS Y PROPUESTAS PARA EL SISTEMA DE SALUD. España. Tirant lo Blanch. 2019, p. 194.

Fuentetaja Pastor, José Ángel y Medina González, Sara en Linde Paniagua, Enrique. PARTE ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD. Madrid. Editorial Colex, 2012.

Jerónimo Sánchez-Beato, Estefanía y Martín Vida, María Ángeles. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES SANITARIAS. Granada. Grupo Editorial Universitario. 2002.

Martínez Navarro, Juan Alejandro. La pobreza sanitaria en Pérez Gálvez, Juan Francisco. PROFESIONALES DE LA SALUD. PROBLEMAS JURÍDICOS. España. Tirant lo Blanch. 2017.

Martínez Navarro, Juan Alejandro. EL DERECHO A LA SALUD ELECTRÓNICA. España. ACCI. 2019.

Martínez Navarro, Juan Alejandro. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SALUD ELECTRÓNICA. España. Tirant lo Blanch. 2019.

Martínez Navarro, Juan Alejandro. La pobreza farmacéutica en Pérez Gálvez, Juan Francisco. HOMENAJE DE AIDA AL PROFESOR D. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. España. Tirant lo Blanch. 2019.

³¹ Al respecto, recomiendo: Benítez Torres, Francisco. Problemática recurrente en los servicios de salud en Pérez Gálvez, Juan Francisco. PROFESIONALES DE LA SALUD. PROBLEMAS JURÍDICOS. España. Tirant lo Blanch. 2017, pp. 143 y ss.



Ministerio de Sanidad, Gobierno de España, Actualización nº 28. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19), 21 de febrero de 2020.

Pérez Gálvez, Juan Francisco. COMENTARIOS AL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD, Tomo I. Barcelona. Bosch, 2004.

Pérez Gálvez, Juan Francisco. Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes en Pérez Gálvez, Juan Francisco. SALUD ELECTRÓNICA. PERSPECTIVA Y REALIDAD. España. Tirant lo Blanch. 2017.

Salamero Teixidó, Laura. Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente, GAC. SANIT, 30, 2016.

Terris, Milton. La epidemiología y la salud pública: orígenes e impacto de la segunda revolución epidemiológica, REV. SAN. HIG. PÚB., 68, 1994.

Via I Redons, Josep M.^a. Política sanitaria en la España de las autonomías. REVISTA DE HUMANIDADES, 2, 2002.



EL ENCUENTRO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD FRENTE A LA VIDA PRIVADA, HONOR Y PROPIA IMAGEN EN LOS JUICIOS ORALES

Autor //

Paola Yazmin de la Rosa Toledo¹

Resumen:

Vivimos en una sociedad en donde la información juega un papel muy importante en nuestro país, y temas como los de la transparencia, rendición de cuentas, derecho a la información entre otros, han tenido gran efecto en esta sociedad. En este contexto nació la reforma penal, con los juicios “orales y públicos” con la máxima premisa del principio de publicidad, la cual debe ser llevada a cabo con capacitación y conocimiento, pues de lo contrario podría colisionar con derechos como los de la vida privada, honor y propia imagen y ocasionar juicios paralelos.

Palabras claves:

Principio de publicidad. Derecho a la vida. Derecho al honor. Derecho a la propia imagen. Juicios paralelos. Periodismo judicial

Sumario:

I. Introducción, II. El principio de publicidad. La reforma constitucional al derecho a la información y la reforma penal., III El Poder Judicial; la transparencia y el principio de publicidad, IV. El conflicto en el principio de publicidad en las audiencias, V. Vulneraciones que se pueden presentar si no se busca un balance en el principio de publicidad; vida privada, honor, propia imagen, V. Conclusiones

I. Introducción.

La dinámica social es lo que permite la evolución del hombre, conforme el tiempo avanza van surgiendo necesidades y problemáticas en la sociedad, el campo del Derecho va junto con esta dinámica del cambio, por lo que se va adecuando a fin de cubrir el orden entre los individuos.

¹ Doctora en Derecho, con mención honorífica, por el Doctorado Interinstitucional en Derecho, Conacyt, Maestra en Derecho de la Información y Licenciada en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Especialista en transparencia, acceso a la información y protección de datos personales.

Docente en Universidades de Querétaro, Guadalajara y Morelia.

En México, desde hace un corto tiempo se vio la importancia de cambiar el sistema de justicia penal buscando cambiarlo por uno basado en la oralidad y publicidad. El tema de los juicios orales ha sido un tema muy recurrido por los abogados litigantes, académicos, estudiantes y sociedad en general, la implementación de este sistema en nuestro país ha causado curiosidad y expectativas sobre su funcionamiento y funcionalidad.

La lucha por legitimar al Poder Judicial, por crear una sensación de seguridad jurídica, ha propiciado que los temas de la transparencia y rendición de cuentas sean fundamentales en este Poder del Estado, por lo que los juicios orales y su promoción del principio de publicidad viene a sustentar esta campaña basada en una buena imagen de la impartición de justicia.

Este principio de publicidad se basa en la apertura de los tribunales hacia cualquier persona de la sociedad interesada en conocer el proceder jurisdiccional con el afán de ser un vigilante del buen actuar de aquellos encargados de resolver la Litis, en otras palabras, admite ser partícipe al ciudadano, presenciando el procedimiento jurisdiccional de cerca a través de las audiencias públicas del juicio oral.

Durante la última década se ha verificado en nuestro país un interés especial por el tema de los derechos humanos, y dentro de esta gama, el derecho a la información, también otros de los temas recurridos por el discurso político son el de acceso a la información, transparencia y rendición de cuentas, proyectándose estos temas en reformas constitucionales y en la creación de legislación federal y estatal al respecto.

La implementación de los juicios orales es parte del proceso de transición democrática, donde se le pretende dar a la impartición de justicia la mayor transparencia y celeridad. Ciertamente es que, para generar la seguridad jurídica, es necesario que los ciudadanos estén informados y puedan acceder a toda aquella información que el Estado debe proveer si se considera "democrático".

Una de las características de los juicios orales es la apertura para presenciar las audiencias, las cuales, aunque ya eran públicas con el sistema de justicia penal anterior, por las condiciones físicas del lugar de la mayoría de los juzgados en los distintos tribunales de Justicia de cada estado, no era posible su concurrencia, además de las propias condiciones del procedimiento jurisdiccional que no lo permitían.

Los Poderes Judiciales de las entidades de nuestro país, han tenido que ser partícipes de estos cambios generados por la reforma penal de 2008, por lo que de acuerdo con el principio de publicidad, han abierto las puertas del tribunal para que se puedan presenciar las audiencias que son públicas, sin embargo, esta apertura puede colisionar con otros derechos como los de la vida privada, el honor y la propia imagen, debido a que tanto los medios de



comunicación, a falta de especialización en periodismo judicial y regulación al respecto.

El principio de publicidad que abre las puertas de la transparencia puede ser riesgoso si no se sabe equilibrar, pues si no hay un balance, un encuentro armónico de derechos, estaremos en presencia de una colisión de estos, dando lugar a una ponderación de los mismos, cuando en realidad existen opciones para que coexistan y se garanticen.

En este trabajo se hace un estudio del principio de publicidad y su encuentro con los derechos de la vida privada, honor y propia imagen en los juicios orales, así como la participación de los medios de comunicación y los juicios paralelos.

II. El principio de publicidad. La reforma constitucional al derecho a la información y la reforma penal.

El nuevo sistema de justicia penal que se implementó en nuestro país hace apenas unos pocos años, prevén los especialistas, tendrá ciertas inconsistencias en su proceder y en su funcionalidad, se requerirá de una legislación que se vaya adecuando a la actualidad, además de la preparación constante de aquellos que imparten justicia, desde magistrados, jueces, trabajadores y empleados del Poder Judicial, así como de las autoridades competentes que participan en el procedimiento jurisdiccional.

Es importante encontrar un punto de encuentro, ya que una apertura informativa judicial que garantice el principio de publicidad y a su vez los derechos a la vida privada, honor y propia imagen de los sujetos que participan en el juicio, propiciará una mejor efectividad y funcionalidad en los juicios orales, además del respeto a los derechos humanos.

Por lo que tras un precipitado histórico caracterizado de años de opacidad y aunado al discurso político sobre el tema de transparencia y rendición de cuentas, se inició en nuestro país una serie de cambios legislativos con el afán de situar a la vanguardia a este México que dice llamarse democrático, y que, por tanto, debe cumplir con los estándares internacionales de las sociedades democráticas.

Cabe mencionar que en nuestro país ha permeado más el concepto de transparencia que el propio derecho de acceso a la información, pues si bien no significan lo mismo, tienen una estrecha relación en cuanto a su finalidad, ya que se pretende una sociedad en la que por una parte los gobernantes se muestren y los gobernados ejerzan su derecho a observar y

² Abdó Francis, Jorge. "Transparencia y acceso a la información gubernamental", El acceso a la información judicial en México: una visión comparada, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p.218.

vigilar los actos que le competen. De este modo, la transparencia es una garantía normativa e institucional no jurisdiccional para hacer efectivo el derecho de acceso a la información pública.

Visto por otro lado, el derecho de acceso a la información es un instrumento para crear ciudadanos y fortalecer la democracia que, en largo plazo, nos debe conducir a tener instituciones más fuertes y legítimas, a crear un entorno de confianza y responsabilidad, a transparentar y mejorar la gestión pública y para lograr esto se deben crear las condiciones necesarias para su implementación³.

Es así que, el contexto social que se presentó en el 2007 sobre la reforma constitucional en materia de derecho a la información, provocó de alguna manera que se concretara la reforma constitucional del sistema penal, ya que dio la pauta para poder entender la necesidad de una reforma en dicha materia y la necesidad de un sistema judicial transparente que legitime la confianza de la ciudadanía en la impartición de justicia.

Por lo que la reforma mexicana que se da en el 2008 planteando un sistema de justicia penal acusatorio y oral, terminando con el proceso escrito en su gran mayoría y proyectando grandes retos en su implementación para jueces, abogados, ministerio público, periodistas e incluso para los legisladores, de alguna manera se correlacionaba con el tema del derecho a la información.

Hay que reconocer que desde finales de los ochenta se inició en América Latina, sobre todo, había ya una “fuerte discusión y profunda reforma sobre los sistemas de administración de justicia penal que tendían a dar más transparencia a este tipo de procesos”⁴, por lo que resultaba necesaria la atención al tema.

La metodología de audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general, incluidas las etapas preparatorias del juicio.⁵

³ López Ayllon, Sergio. Derecho de la información. México, D.F, Editorial McGraw Hill, 1997.

⁴ Islas López, Jorge (coord.), La transparencia en la impartición de justicia, retos y oportunidades, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 41.

⁵ Zamudio Arias, Rafael, “Principio rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones: oralidad, inmediación, contradicción, concentración”, El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011.



Los beneficios de la oralidad tienen que ver con la posibilidad de acceder a las audiencias públicas y presenciar las resoluciones del Poder Judicial, y esto no significa que antes las audiencias no fueran públicas, sino que por la misma naturaleza del proceso escrito y de la infraestructura de los tribunales no era asequible.

Por lo que, tras esta reforma, se tuvieron que adecuar los espacios físicos para las audiencias, donde se incluye un espacio abierto a la sociedad en general y a los medios de comunicación.

Sin embargo, este tema de las audiencias públicas, basado en el principio de publicidad, no es exactamente benéfico como lo plantea el discurso político, pues se ha pensado que el abrir totalmente las puertas a un juicio oral será la solución para lograr la credibilidad en el Poder Judicial, olvidándose de que la publicidad sin restricción vulnera derechos personalísimos, como el derecho al honor, a la vida privada y a la propia imagen, así como la generación de juicios paralelos que sin justificación producen una opinión pública, y que con el uso de las nuevas tecnologías se propaga en una sociedad desinformada que fácilmente lo acepta como cierto.

Es por ello que, “el proceso penal implica un delicado balance entre el derecho de la sociedad a que se sancionen a los infractores de la ley, el derecho de los justiciables a un debido proceso, y el derecho de los medios de comunicación a informar al público sobre los casos judiciales”⁶.

Ahora bien, este asunto de la publicidad de los juicios no es algo nuevo, ya que en la sociedad de los siglos XVI y XVII es notable el amplio alcance de la publicidad en materia de justicia penal (en algunos casos para el trámite de juzgamiento del delito, en otros sólo para la ejecución de la pena).

Esto se explica porque el poder del soberano en general, y de los magistrados en particular, era algo que había que poner de manifiesto, hacerlo ostensible, porque la extensibilidad de lo público garantizaba la funcionalidad⁷.

⁶ Frascaroli, María Susana, Justicia Penal y Medios de Comunicación. Argentina, Ad-Hoc, 2004, p. 53.

⁷ *Ibíd*em, p. 48.

Además, también se observa que durante el clima cultural del siglo XVIII surgen categorías de “público” o “publicidad” como elemento esencial democrático-liberal, limitador y legitimador del poder.

Al respecto hay que señalar que la publicidad de los juicios ha resultado conveniente para el Estado, porque al imponer el castigo, y que los demás conozcan que tras una conducta antijurídica hay imposición de una condena, ha servido de ejemplo y escarmiento para la sociedad.

III. El Poder Judicial; la transparencia y el principio de publicidad

El derecho a la información en nuestro país, ha tenido una gran evolución en los últimos años, a pesar de que nuestro país comenzó tarde con su primera Ley de Acceso a la Información en el año 2002, un poco más de 200 años después de la primera Ley de Acceso a la Información en Suecia.

Si bien desde 1977 en el artículo 6° Constitucional, se incluyó por primera vez la leyenda de “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, no es sino hasta el 2002 cuando empiezan los cimientos de la arquitectura de este derecho, y hasta el 2006, la construcción más sólida, pues se logran establecer los mecanismos para ejercer el derecho de acceso a la información, así como la obligación de los órganos de gobierno para rendir cuentas, basados en el principio de máxima publicidad, traducido a lo que se conoce como transparencia.

Por lo que es el caso del Poder Judicial, que se ve obligado a publicar información sobre la organización y funcionamiento, tanto en lo administrativo como en lo jurisdiccional.

Y es que un Poder Judicial que logra establecer adecuados mecanismos de apertura es un Poder Judicial que incide en la construcción de una cultura democrática participativa, que logra consolidar sus vías de legitimación, establecer un ágil canal de mejoramiento constante de su actuar a través de una mejora doctrinal y se convierte en una institución plenamente democrática, no solo por lo que hace, sino también se sujeta a mecanismos de auditoría y rendición de cuentas frente a la ciudadanía y sus representantes sociales y políticos.⁸ Además, la transparencia fomenta tanto la confianza general como la individual en el sistema judicial⁹.

⁸ Concha, Cantú Hugo, *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004, pp. 166-167.

⁹ Islas López, Jorge (coord.), *op. cit.* nota 4, p. 156.



El Poder Judicial al ser uno de los tres poderes del Estado que tiene íntima relación con la resolución de conflictos que se suscitan en la sociedad, tiene una responsabilidad ante ésta, ya que para brindar seguridad jurídica debe caracterizarse como una institución independiente, imparcial y libre de toda corrupción.

Para alcanzar estos ideales, ser una institución transparente le traerá grandes beneficios conforme la apertura sea la necesaria, porque en un país donde la corrupción alcanza grandes índices, la gente pierde credibilidad en los órganos de gobierno, y en el caso del Poder Judicial sucede así.

Por lo que, la transparencia de la información es un “pilar fundamental en la consolidación de un Estado de derecho por la manera en que esta actividad incide en las garantías de igualdad y seguridad jurídica”.¹⁰

Los Poderes Judiciales son instituciones diseñadas para operar en interacción con actores sociales, con las partes de un litigio, y para poder llevar a cabo esta misión, se requiere de un proceso continuo de comunicación entre la institución y las partes, las judicaturas son muy peculiares en su naturaleza y conformación ya que “son órganos del Estado que deben luchar constantemente por demostrar que son independientes del resto de órganos de autoridad, así como de cualquier otro actor”.¹¹

Sin embargo, para Basterra:

el conflicto se plantea cuando hay un interés público en conocer la información, y en informar, pero ésta tiene carácter privado. En este supuesto agregamos que sin duda habrán de tenerse en cuenta dos factores determinantes, abordados en diversos puntos de este trabajo: a) el carácter de los sujetos involucrados, lo que implica considerar si el hecho privado que se ha divulgado pertenece a un funcionario público a una persona famosa, o, en contrario a un individuo totalmente desconocido o anónimo, y b) el lugar del acontecimiento, es decir que si el hecho fue realizado en un espacio público, no tendrá carácter privado.¹²

Por lo que la apertura informativa debe ser una tarea detallada, técnica y oportuna, que busque un equilibrio entre independencia y responsabilidad, así como entre lo deseable y lo coyunturalmente posible.

¹⁰ Concha Cantú, Hugo, op. cit., nota 8, p. 169.

¹¹ Concha Cantú, Hugo, op. cit., nota 8, pp. 159-161.

¹² Basterra, Marcela, Derecho a la información vs. Derecho a la Intimidad, Argentina, Rubinzal- Culzoni, 2012, p. 40.

¹³ Concha Cantú, Hugo, op. cit., nota 8, p. 159.

Ya que el tema del acceso a la información judicial conlleva cierta problemática que requiere de un análisis específico. Esta problemática deriva directamente de la naturaleza distintiva y sui generis de las instituciones judiciales, las que siendo uno de los poderes públicos de un Estado democrático, no comparte el juego partidista-mayoritario, ni en sus formas de selección, ni en la manera de tomar decisiones, así como también por el hecho de ser instituciones que aunque provenientes del aparato estatal, tiene como misión fundamental estar al servicio de la sociedad incluso para protegerse en contra de los propios órganos del Estado.¹³

Por lo que si bien, es de suma importancia que el Poder Judicial actúe bajo paredes de cristal, la apertura debe cuidar el balance y equilibrio de los derechos de los individuos que forman parte de un proceso jurisdiccional. Y es que los medios de comunicación han tenido un especial interés en presentar a su público la información jurisdiccional y crear una opinión pública al respecto.

Por otra parte, también es hoy un dato de la realidad que la prensa se interesa cada vez más por los hechos judiciales, a veces solo para informar sobre ellos, otras para presionar mediante anticipos de opinión sobre su solución final e incluso para criticar abiertamente las decisiones adoptadas por los jueces.¹⁴

La sociedad actual es, sin duda, la sociedad de la comunicación, los avances tecnológicos, la libertad de información y de crítica, y en suma, la aceleración de las comunicaciones, conforman un nuevo modelo democratizador y también consensualizador.¹⁵

Esto no es reciente, desde mediados del siglo XIX y durante los primeros del XX que se pone claramente en evidencia el gran interés que la opinión pública tiene por las vicitudes de ciertos procesos penales.¹⁶

Sin embargo, con las nuevas tecnologías que permiten la difusión a grandes masas se facilita que la discusión sobre el accionar de la justicia penal, que antes era tema de las minorías, se instale en el amplio espacio de la "opinión pública".¹⁷

Además de esto el papel que juegan los medios de comunicación como difusores de la información judicial ha puesto un foco rojo en encontrar un balance en el principio de publicidad, pues se deben proteger garantías y evitar opiniones que afecten un proceso justo.

¹⁴ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, p.21.

¹⁵ Anitua, Gabriel Ignacio, Justicia Penal Publica. Argentina, Editores del Puerto, 2003., op. cit., nota 2, p. 3.

¹⁶ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6.

¹⁷ Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 3.



Ya que esta nueva forma de ser de la “publicidad procesal”, parece repercutir no sólo en los protagonistas del proceso, en las garantías constitucionales que el proceso penal debe tutelar sino también en la vida en sociedad, pues muchas veces esa publicidad ampliada por la prensa contribuye a formar la percepción sobre el funcionamiento de la administración de justicia.¹⁸

Por una parte, los medios de comunicación pueden ser aliados del Poder Judicial al informar sobre el respeto de los principios de un juicio y las garantías que se les otorgan a las partes, pero, por otro lado, a falta de un periodismo especializado en temas de justicia, podría dañar la imagen de esta institución que, sin lugar a dudas, su credibilidad necesita ser mayor y es parte de la seguridad jurídica ciudadana.

Toda esta apertura permite la participación del individuo en los asuntos realizados por la autoridad, pero esta apertura informativa en los 33 Poderes Judiciales existentes en el país, es llevada a cabo en diferente manera, respondiendo a las características y condiciones propias de cada entidad federativa.

Al ser el órgano encargado de dirimir las controversias que surgen en la sociedad, es importante que la imagen del Poder Judicial, sea la de confianza, de una institución autónoma e independiente que no obedezca a otras influencias en sus decisiones.

La información que se genera en el Poder Judicial, en especial la de jurisdiccional, es de especial atención y también de cuidado, pues contiene datos que pueden afectar el derecho a la vida privada, y es que, aunque la intención de transparentar a la sociedad es buena, hay otro sujeto que son los profesionales de la información, que, a través de los medios de comunicación, también buscan allegarse de información para su cometido.

Este conflicto entre los medios de comunicación y la justicia, nos puede llevar a los llamados “juicios paralelos”, denominados así por los medios de comunicación se pronuncian en un sentido diferente, y además de crítica al del Tribunal, asumiendo un papel que les corresponde a los jueces, a los expertos en la materia, de tal suerte, de alguna manera se ve entorpecido y desacreditado la decisión del juez por la percepción que se creó en la mentalidad de la sociedad, creyendo que la labor del juez ha sido injusta, sin saber en realidad el transcurso del proceso y la dificultad de emitir una resolución.

La apertura informativa del Poder Judicial debe ser una tarea detallada, técnica y oportuna, que busque un equilibrio entre independencia y responsabilidad, así como entre lo deseable

¹⁸ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, p. 21.

y lo coyunturalmente posible.¹⁹

Es entonces como en nuestro país, además de las buenas intenciones de reconocer el derecho a la información, debe cuidar que su aplicación no colisione con otros derechos. Se necesita balance y equilibrio en esta nueva propuesta en el país de la cultura de la transparencia.

Ya que una apertura sin medida, especialmente en el caso de judicatura que, como la mexicana, no ha logrado consolidar su independencia y fortaleza institucional, ocasionaría poner en riesgo los derechos de la gente, y sobre todo debilitar a una institución que requiere llevar a cabo su labor de manera independiente a otras fuerzas sociales o políticas, liberándola de la manipulación y utilización por parte de intereses que buscan una justicia a su medida.

Balance y equilibrio, son las premisas que deben prevalecer el cumplimiento de la transparencia del Poder Judicial.

IV. El conflicto en el principio de publicidad en las audiencias.

Es importante, mencionar que, en cada audiencia que se ejecuta, hay una grabación de audio y vídeo, que al ser una información que se genera, posee y administra el Poder Judicial, se convierte en información pública, la cual debe ser tratada, para poder convertirse en versión pública.

Por lo que, de entrada, el audio y video que el propio Tribunal se encarga de obtener y guardar, solo queda a disposición de los abogados parte del caso, y en la actualidad no se generan versiones públicas para la sociedad interesada, como podrían serlo los estudiantes en derecho, los abogados e investigadores. Y aun cuando esta copia queda a disposición de las partes, se debe prever la responsabilidad de la posesión de esta, pues de ninguna manera debe ser difundida, como lo es en la práctica en donde algunos abogados deciden subirla a la conocida página de videos llamada "YouTube" y en el menos peor de los casos cuando la difunden ante algún grupo de aprendices en la materia, esto en razón de proteger la vida privada, honor y propia imagen de los participantes en el juicio.

En el caso de los medios de comunicación que, de acuerdo con la ley, pueden ingresar a las audiencias, debería también estar bien especificado en el ordenamiento jurídico la forma en la que deben ejercer su labor, así como pensar en la especialización del periodismo judicial, y aun cuando la ley no lo especifique, por ser profesionales de la información pensar en llevar a cabo una autorregulación en la que se protejan los derechos de la personalidad, así como

¹⁹ Concha Cantú, Hugo, op. cit., nota 8.



evitar los juicios paralelos.

Por otra parte, el Tribunal debe pensar en los mecanismos adecuados para cumplir con el principio de máxima publicidad referente al acceso a la información y el principio de publicidad del sistema penal.

El principio de publicidad del que se ha hablado, de manera sencilla puede decirse que se satisface cuando terceros pueden entrar a presenciar una audiencia, o a través de la tecnología presenciar en su totalidad la audiencia.

Ahora bien, los beneficios o inclusive las afectaciones de la publicidad serán diferentes para cada sujeto que participe en el juicio, por ejemplo, el principio de publicidad desde el interés del acusado, puede vincularse al principio publicitario con la función de tutela de todas las garantías con las que se debe ser juzgado; desde el interés del Estado, la publicidad sirve a una determinada transmisión de sentido de la política criminal; y desde la posición de los distintos públicos, se vincula con el control de los actos del propio Estado, en este caso el control sobre la tarea de administrar justicia.²⁰

Para otros autores, el principio de publicidad enraíza, por una parte, en la necesidad social de conocer qué es lo que sucede en los Tribunales, en la medida en que los procesos penales no son entendidos como asuntos exclusivamente privados, sino como cuestiones de interés público.²¹

Desde el punto de vista del interés del imputado se vincula con el resguardo de las garantías con las que será juzgado, "desde el interés de los ciudadanos en general se vincula con el conocimiento acerca del modo en que se administra justicia, y desde la óptica del interés del Estado la publicidad sirve a una determinada política criminal".²²

También se considera que la publicidad constituye una garantía del imputado en el juicio penal. La presencia de la comunidad en las sesiones custodia que el proceso no ensañe con el señalizado.²³

En este sentido de la publicidad, hemos hablado en varias ocasiones sobre la intervención de los medios de comunicación, que son los sujetos principalmente interesados en ejercer la libertad de prensa a través del principio de publicidad, ya que si lo vemos desde un punto

²⁰ Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 319.

²¹ García, Luis M, Juicio oral y medios de prensa. Argentina, Ad-Hoc, 1995, p. 19.

²² *Ibidem*, p. 17.

²³ Rodríguez, Esteban, Justicia Mediática., Ad-Hoc, Argentina, 2000, p. 238.

benéfico son representantes de la sociedad, que dan a conocer información de interés público.

La publicidad a través de la prensa, y en especial de los medios de radio y televisión, es en gran medida, un medio para que los ciudadanos puedan ejercer mediatamente el control sobre los actos de gobierno y, también, “un medio inestimable para que el gobierno haga pública y accesible al mayor número de personas su política criminal”.²⁴

Precisemos además que el principio de publicidad no se satisface con la mera presencia física de la sociedad en las salas de los Tribunales, porque el espacio no puede albergar a gran cantidad de personas, es necesario entonces apoyarse de las tecnologías de la información para que llegue a grandes masas.

Otro factor es que los debates duran un tiempo apreciable y se desarrollan generalmente en días y horas laborables. Por otra parte muy pocos delitos despiertan la curiosidad pública y ello explica la escasa asistencia del público.²⁵

Es importante que el principio de publicidad se satisfaga, por una parte al constatar que se actué bajo la legalidad provoca sentir seguridad jurídica, por otra parte el juicio penal oral y público, se posiciona como una plataforma más adecuada que el propio castigo, para dar lugar al debate sobre los significados sociales.²⁶

Por otro lado, la publicidad del juicio es un requisito primario, por un lado, para el mejor cumplimiento de las garantías constitucionales, y por el otro, para la satisfacción de la conciencia jurídica popular, amén del control de las actuaciones y la posibilidad de conocimiento de hechos que no pueden permanecer ocultos.²⁷

La importancia de la publicidad también radica en que, si bien los conflictos llevados a juicio ante los tribunales son por conflictos entre individuos, estos no son asuntos exclusivamente, sino también cuestiones de interés público.

Además garantizar la publicidad es característico de cualquier régimen que se pretenda republicano,²⁸ recordemos que está íntimamente ligada con la transparencia, otra de las características con las que debe actuar los gobiernos democráticos.

²⁴ García, Luis M, op. cit., nota 21, p. 28.

²⁵ *Ibidem*, p. 27.

²⁶ Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 21.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Rodríguez, Esteban, op. cit., nota 23, p. 78



Por lo que no debemos olvidar que si bien, la publicidad es vista como un derecho de los ciudadanos a controlar la administración de justicia, a informarse sobre la cosa pública o sobre temas de su interés y como un derecho del acusado, particularmente como una garantía frente a la arbitrariedad judicial, sigue siendo también un atributo del poder político.²⁹

Para el Estado, le conviene la publicidad desde el punto de vista que el castigo a quien irrumpe las reglas es exhibido ante la sociedad, como escarmiento para los demás.

En suma, podemos mencionar que el principio de publicidad es un mandato jurídico, que forma parte de las garantías del acusado, además de que beneficia la imparcialidad de los jueces, que significa seguridad jurídica pues se propicia una mejor calidad en la resolución de conflictos ante los tribunales.³⁰

Apoiado de una política de comunicación acertada puede captar la atención de la población y canalizar sus deseos de participar en el logro de mejorar sus condiciones de vida democrática, y al gobierno a quien le compete puntualizar los problemas y hacer aclaraciones a fin de fomentar un sistema de rendición de cuentas.³¹

Es importante entonces satisfacer el principio de publicidad, ya sea a través de los medios de comunicación o de publicidad oficial por parte del Poder Judicial, sin embargo, se debe tomar en cuenta diversos aspectos para tener un balance, y no caer en el error de identificar el principio de publicidad del juicio con el de la libertad de prensa³², ni tampoco que el material que difunda el propio Poder Judicial colisione con otros derechos como el de la vida privada, honor y propia imagen.

Ahora bien, el principio de publicidad también es entendido como la captación de audio y video que realiza el tribunal, desde este punto de vista también se puede analizar el impacto que tiene para cada sujeto que participa en el juicio.

Al respecto consideramos que la aparatosidad de la cámara de video y de las pantallas en donde se proyecta lo que se está grabando perturba la naturalidad con la que se deben conducir las partes.

²⁹ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, p. 130.

³⁰ Ídem.

³¹ Abdó Francis, op. cit., nota 2, p. 419.

³² García, Luis M, op. cit., nota 21, p. 29.

Por un lado, el Juez debe actuar bajo un protocolo de solemnidad, en donde además sabe que debe mostrar su mejor perfil pues está siendo captado, desde el punto de vista del ofendido, considerando que ha sufrido un menoscabo en sus derechos, será difícil enfrentar esta situación.

En lo que se refiere a nuestro tema de investigación sobre la vulneración de los derechos de la personalidad, ejemplifiquemos el caso de la víctima de una violación, que tiene que contar los hechos, y saberse que está siendo filmada tanto por el tribunal como podría ser el caso, también por los medios de comunicación, podría sufrir una victimización secundaria, afectarse su honor ante la sociedad, ya que sin lugar a dudas es un acontecimiento indeseable, así como afectar su vida privada ya que es probable que la víctima no desee que sea conocido por terceros.

Así mismo, los testigos pueden sentirse inhibidos por la razón de la presencia de las cámaras del tribunal e incluso de la de los medios de comunicación, además en dado caso esto no sería el punto cardinal del asunto.

En un Estado violento, la práctica es que la justicia se hace por mano propia, por lo que al difundir las imágenes de los testigos dando sus declaraciones podría ser de peligro al ser objeto de represalias.

Desde el punto de vista del imputado hay que verlo en separado, pues cuando la situación procesal es de imputado y aun no se demuestra su culpabilidad entra en participación la presunción de inocencia, ahora bien, suponiendo el caso de que se publicara el día en que es dictada la sentencia y resultase culpable, la condena es la que dicte el Estado a través de la ley, mas no la señalización social, que a veces afecta el honor familiar.

En el caso de aquellos reos que invocan la reducción de la pena y se llevan a cabo las audiencias de ejecución de sentencia, la intención poder llevar a cabo la reinserción a la sociedad, la cual se establece en los ordenamientos jurídicos, pues recordemos que nuestro país no existe la cadena perpetua, por lo que todos aquellos condenados su fin último es reinsertarse a la sociedad.

Así que en estas audiencias de ejecución de sentencia también se deben cuidar los derechos de la personalidad, pues si el reo, posible persona en libertad es expuesto ante la difusión, su reinserción será más difícil en razón de que su imagen se ha afectado.

Ahora bien, en nuestro país es frecuente que haya gente inocente en las cárceles por varios motivos, entre los cuales se encuentra la falta de personal calificado en la seguridad pública, pues "el 92.5% de personas encuestadas que fueron detenidas aseguraron que no



se les mostró orden de aprehensión cuando los detuvieron, ni tampoco se les informó sobre sus derechos".³³

Pensemos entonces que estas personas sin haber cometido ningún delito se pueden ver ante los reflectores de los medios de comunicación afectándose su honor, vida privada y propia imagen. En otro orden de ideas, también hay delitos que requieren mayor cuidado en razón de su naturaleza, como las violaciones, secuestros y homicidios. También otro punto de mayor protección es cuando se trata de menores de edad. Es importante dejar en claro que de acuerdo a cada sujeto es diferente el principio de publicidad ya sea en beneficio o en perjuicio.

V. Vulneraciones que se pueden presentar si no se busca un balance en el principio de publicidad.

El principio de publicidad no ha sido del todo regulado y, por tanto, no se han previsto sus alcances, pues no se contempla en ningún ordenamiento jurídico la prohibición de que se difunda el soporte de audio y video del juicio, sin preservar la imagen, vida privada, datos personales y honor de los sujetos que participan, así como las reglas para los medios de comunicación que deseen ingresar a la sala de audiencia y difundir el material obtenido.

Y es que este principio tiene como esencia la apertura para lograr el efectivo cumplimiento de las garantías procesales, sin embargo, es precisamente esto lo que a la sociedad le interesa conocer, y no la información concerniente a los derechos de la personalidad.

Además de las permisiones por parte del Tribunal, también los medios de comunicación intervienen en esta difusión, sin tener en cuenta el respeto a los derechos personales (vida privada, honor y propia imagen).

Es así que, los medios deben comprometerse a favorecer el acceso del público a la información y la participación de la sociedad en los medios y a respetar el derecho de las personas a la vida privada y a la dignidad humana, lo mismo que el respeto a los valores universales a y la diversidad cultural.³⁴

Por lo que si la prensa excede los límites que le son propios y causa, sin derecho, perjuicio a los derechos individuales o personalísimos de otros, y ha desconocido la esfera personal,

³³ García Silva, Gerardo, El nuevo sistema de justicia penal. México, Porrúa, 2010, p. 57.

³⁴ Rodríguez Villifañe, Miguel y Villanueva Ernesto (coords), Compromiso con la libertad de expresión, Fundalex, México, 2010.

el derecho que tiene un hombre de pertenecerse por entero, es responsable del ejercicio abusivo de su derecho.³⁵

En otro orden de ideas, se debe considerar que este principio para ser cumplimentado debe llegar a gran cantidad de personas, pues ya ha quedado claro que no se satisface con la presencia en las salas de los tribunales, por cuestiones de espacio y además de la cantidad de horas que hay que destinar y porque son en días y horas laborables.

Tomando en cuenta en primer lugar el papel de los medios de comunicación, en México, al igual que en muchos países de América Latina, hemos observado ya el mal uso que puede tener de la información (o incluso de la falta de este) en la aparición de los llamados procesos paralelos.³⁶

También debemos recordar que los medios de comunicación son empresas informativas, además de que cada periodista tiene una carga ideológica, por lo que “la transmisión periodística, aun sin quererlo, deforma la realidad, pues ella es presentada con el inescindible añadido personal propio del periodista que la difunde”.³⁷

Esto puede propiciar “la justicia mediática, que sin lugar a dudas, debemos entenderla desde la sociedad de la comunicación como su marco”,³⁸ pues por la capacidad que tienen que tienen de difundir la información a grandes masas, también lo es la facultad de manipular o de crear una opinión.

Es necesario poner énfasis en la responsabilidad que tiene el profesional de la información, que es precisamente seguir los principios de veracidad, objetividad y exactitud.

Y es que en nuestro país se ha pugnado mucho por defender la libertad de prensa, sin embargo, hay que tener en cuenta que “si es grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad”.³⁹

Regresando al tema de los juicios paralelos, es decir, de aquellas interpretaciones que los medios de comunicación hacen respecto de un tema, anticipando una resolución mucho antes que la del propio juzgador, y que la sociedad toma como cierta.

En otras palabras, “cuando se ventila en los medios un hecho que es materia de un

³⁵ Catucci, Silvina, *Libertad de prensa, calumnias e injurias*, Ediar, Argentina, 2004, p. 42.

³⁶ Concha Cantú, Hugo, *op. cit.*, nota 8, p. 169.

³⁷ Frascaroli, María Susana, *op. cit.*, nota 6, p. 80

³⁸ Rodríguez, Esteban, *op. cit.*, nota 23, p. 238

³⁹ Catucci, Silvina, *op. cit.*, nota 35, p. 43.



proceso, los comunicadores expresan su opinión y, normalmente, anticipan su “sentencia” sobre la cuestión, sin juicio previo”.

Vale la pena precisar que, en general, “las opiniones de la prensa expresando o formando la opinión pública, se relacionan mucho más con condenas anticipadas que con absoluciones anticipadas”.⁴¹ Pero no solo tiene que ver con las opiniones o interpretaciones de la prensa, sino también incluso las entrevistas que los medios de comunicación realizan a las partes del proceso.

Ya que el hecho que los testigos, las partes, los profesionales, el fiscal, los peritos, el juez, etcétera, aparezcan en los medios de comunicación masivo expresando sus posturas, inclusive aportando datos que no aparecen en la causa o en la audiencia del juicio; donde los medios publican sus notas con una necesaria “edición” previa, llevan a la realización de un “juicio paralelo.”⁴²

“El ejercicio de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas.”⁴³ Y es que la publicidad es una forma de control o en otras palabras, de vigilar el cumplimiento de las garantías procesales, “mas no un medio de requerir la opinión del público sobre la marcha del proceso o una manera de influir sobre el tribunal.”⁴⁴

Al respecto de la influencia que se puede tener sobre la decisión del Juez con la publicidad por parte de los medios de comunicación y los juicios paralelos que se puedan propiciar con ello, es la afectación de la presunción de inocencia, pues esta no debe ser sólo un derecho frente al Estado, sino también frente a otros ciudadanos, y los medios de comunicación deben cuidar protegerla.

Además, considerando que, de acuerdo a la reforma al sistema de justicia penal, se pretende que, cumplida la condena del culpable, éste se reinserte a la sociedad, si es exhibido y menoscabado en su persona, es evidente que le será difícil reincorporarse a una vida familiar, laboral y social.

⁴⁰ Puccinelli, Claudio R., *Influencias de los medios de comunicación en los procesos judiciales*, Editorial Juris, 2005, p. 160.

⁴¹ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, p. 175.

⁴² Puccinelli, Claudio R, op. cit., nota 40, p. 167.

⁴³ Catucci, Silvina, op. cit., nota 34, p. 43.

⁴⁴ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, 102.

“El concepto reinserción significa volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito”⁴⁵ cumple su condena con el Estado, y por tanto, debería estar en posibilidades de inmediatamente volverse a integrarse a la sociedad.

“Las personas que están privadas de su libertad forman parte de la sociedad, y su condición no impide que conserven la mayoría de sus derechos fundamentales. Por tanto, la actitud de defender la dignidad de la persona constituye un hito decisivo.”⁴⁶

Y aunque en nuestro país esto no se respeta en su manera idónea, hasta el hecho de que México se proyecta a nivel internacional, con las cárceles más peligrosas y denigrantes, se debe tomar en cuenta, que ahora se cuenta con los recursos legales que se pueden desprender del artículo 1º constitucional sobre derechos humanos.

En suma, es importante que aun cuando se le ha condenado, se deban respetar sus derechos humanos y fundamentales, y se ha establecido en líneas anteriores la importancia del respeto a los derechos de la personalidad, por considerarse derechos humanos, por ejemplo, el derecho al honor, como parte de la dignidad humana.

Por tanto se sostiene que “la difusión pública no solo del nombre sino también de la imagen del acusado en un juicio, imposibilitará o dificultará, si es condenado, su reingreso a la sociedad, pues el castigo suele ser, se arguye, más severo que el estatal.”⁴⁷ Los medios de comunicación tienen tanta influencia en la sociedad, además considerando una como la nuestra que por desinterés y falta de información, es una sociedad de conciencias fáciles de manipular.

En resumen; la excesiva publicidad previa al juicio, y aun durante él, “puede generar un intolerable peligro de parcialidad en el Tribunal, que debe ser anulado, de ser posible, a través de medidas precautorias del juez de juicio; si esto ya no resulta posible, la sentencia debe ser anulada y un nuevo juicio debe tener lugar.”⁴⁸

⁴⁵ Ojeda Velázquez, Jorge, “Reinserción social y función de la pena” en El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 334.

⁴⁶ Olea Valencia, Juan, “Proyección de las reglas de reinserción desde la perspectiva social en México” en El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011., p. 357.

⁴⁷ Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 303.

⁴⁸ Bertoni, Eduardo, et al., Libertad de prensa y derecho penal, Editores del Puerto, Argentina, 1997, p. 97.



Pues hemos notado que uno de los factores de presión más frecuente a que está sometida la justicia en este tiempo, proviene de los prejuicios instalados en la opinión pública, la cual a menudo va formando su propio juicio sobre los casos judiciales más resonantes, y “no tolera que el magistrado arribe a conclusiones distintas de aquellas que la sociedad ha convertido en verdades intangibles.”⁴⁹

Por lo que una queja recurrente de los jueces respecto de la actividad periodística es “la inexactitud de las informaciones desde el punto de vista jurídico, mientras los periodistas se quejan de la poca claridad del lenguaje judicial.”⁵⁰

Es por tanto necesario un periodismo especializado en temas judiciales, a falta de este su consecuencia es que trae consigo un desconocimiento del lenguaje técnico jurídico, ya que muchas veces solo se allegan de la información de los puntos resolutivos y no se dan a la tarea de investigar las razones que el juzgador tuvo para llegar a esa decisión, condenando así de manera inadecuada la labor del juzgador.

Otro de los sujetos que participan en el juicio y que se pueden ver vulnerados, son las víctimas, que, mediante la difusión por parte de los medios de comunicación, pueden sufrir una doble victimización.

A respecto hay más argumentos en contra de la difusión de los juicios penales expuestos por criminólogos devenidos “victimólogos”. “Se sostiene que la publicidad del proceso puede agravar lo que actualmente se conoce como “victimización secundaria.”⁵¹

En este orden de ideas, es importante plantear que el juicio penal es coerción. El imputado y los testigos tienen el deber de comparecer al juicio público y la ley admite muy pocas excepciones al deber de comparecer. Además, les impone a los testigos declarar, esto es, contar cosas que tienen que ver con vivencias propias. Por su parte, si bien el imputado no está obligado a declarar, la imputación de un delito lo pondrá muchas veces en la necesidad de decir ciertas cosas que nacen a su defensa.⁵²

En ciertos casos extremos, la difusión de la imagen de un testigo puede poner en peligro su

⁴⁹ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 5, pp. 173-188.

⁵⁰ Blanco González, René, René, Acceso a la información pública, transparencia y rendición de cuentas, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Sección Veracruz, México, 2004, p. 211.

⁵¹ Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 300.

⁵² García, Luis M, op. cit., nota 21, p. 135.

seguridad, por ejemplo, cuando se juzga a los integrantes de una peligrosa banda y hay otros prófugos. “Puesto que el testigo no puede negarse ni a comparecer ni a declarar, el Estado debe asegurarle la protección de la integridad física y moral, e inclusive la de su familia.”⁵³

En el caso del acusado, la publicidad es una de las reglas del juicio que se le impone, aunque no las quiera; y no tiene la posibilidad legítima de alterarlas, salvo en los casos en que legalmente se estipule un juicio a puertas cerradas.⁵⁴

También se menciona, entre los probables riesgos, la actividad de ciertos periodistas; actividad que, como hemos visto, ha sido definida desde “indiscreta”, “impúdica”, “imprudente”, “chismosa”, y hasta de “perversa especulación”.

Ahora bien, hay que señalar que aunque el profesional de la información desee dar a conocer la información de la manera más objetiva posible, no hay que perder de vista que los medios de comunicación escritos, radiales o televisivos son por regla general, empresas, cuya subsistencia como tales, en un marco económico de capitalismo globalizado, depende de la utilidad que produzcan.⁵⁵

Es así que, los procesos criminales lo suficientemente interesantes como para ser llevados a los medios de comunicación de masas, tratan de modo análogo al principio crítico de notoriedad pública; “en vez de servir a un control de la administración de la justicia por parte del conjunto de la ciudadanía, sirven cada vez más para preparar los desarrollos judiciales de modo que resulten masticables por la cultura de masas del conjunto de la consumidoría.”⁵⁶

Por lo que, en lugar de informar sobre la administración de la justicia de manera objetiva, se buscan hechos que capten la atención, que vendan, por lo regular son aquellos casos de la justicia que se convierten en espectáculos. Es por este motivo que se considera que el marco de la justicia mediática es la sociedad de la comunicación.⁵⁷

Además, considerando que vivimos en una sociedad violenta en la que el pánico moral genera rating al provocar una adicción constante en las audiencias que reclamarán siempre un grado mayor de melodrama, violencia verbal y vulnerabilidad; además, constituyen el eje medular de los nuevos géneros televisivos que borran las fronteras entre ficción y realidad-

⁵³ *Ibidem*, p. 133.

⁵⁴ Anitua, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, nota 15.

⁵⁵ Frascaroli, María Susana, *op. cit.*, nota 6.

⁵⁶ Anitua, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, nota 15, p. 147.

⁵⁷ Rodríguez, Esteban, *op. cit.*, nota 23, p. 36.



como el caso de los reality shows y talks shows y de los tele informativos que transforman la información en una dramatización constante, que “han borrado las fronteras entre la reconstrucción de los hechos y editorialización de estos y que han sustituido el análisis por el recurso de simplificación.”⁵⁸

Es ilusorio pensar que los medios de comunicación van a hacer a un lado aquellas noticias que suelen tener más impacto noticioso o informativo, independientemente de si existe un nivel aceptable de ética periodística o no.⁵⁹

Aunque algunas posturas señalan que:

“la administración de justicia es un espectáculo con o sin la presencia de las cámaras de televisión, otros destacan con desconfianza y temor, que la difusión de este tipo de situaciones conflictivas por los medios masivos de comunicación constituyen un mecanismo de proyección similar al que se verifica en la mentalidad primitiva, y que lleva a la representación de las fuerzas demoniacas hostiles en las cuales quedan transferidas las propias agresiones, explica cómo la sociedad punitiva, separándose, como el bien del mal, del sujeto delincuente, transfiere a él las propias agresiones.”⁶⁰

Poco a poco, cuando los medios de comunicación comienzan a tener una importancia creciente en la vida cotidiana de la sociedad, los autores empiezan a alertar sobre el aspecto negativo de este fenómeno, en el sentido de que ciertos juicios llegan a transformarse, por el interés que los medios de información despiertan en la opinión pública, en una suerte de “proceso- espectáculo” y, en definitiva, en “fuente de negocios para empresas periodísticas y profesionales de los medios de comunicación, los que nos anticipa el dilema entre fidelidad de la transmisión y “rating”.”⁶¹

Sin embargo, en las sociedades actuales no todos los hechos judiciales interesan por igual. Es necesario, tal vez, limitar la cuestión y pensar en cómo solucionar el problema de aquellos juicios en los cuales grandes grupos de personas tienen el interés por conocer qué sucede en su resolución.⁶²

Se debe buscar como satisfacer el principio de publicidad y a su vez respetar los derechos de la personalidad, no haciendo una ponderación sino una armonización de derechos.

⁵⁸ Villamil Jenaro y Scherer Ibarra, *La guerra sucia de 2006; los medios y los jueces*, Grijalbo, México, 2007, p. 72.

⁵⁹ Concha Cantú, Hugo, op. cit., nota 8, p. 170.

⁶⁰ Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 358

⁶¹ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, p. 70.

⁶² Anitua, Gabriel Ignacio, op. cit., nota 15, p. 359.

Derecho a la privada.

Una de las vulneraciones es a la vida privada, ya que si bien, para que se cumpla el principio de publicidad, no es necesario que se conozcan datos de la vida privada de ninguno de los sujetos participantes en el juicio, porque lo que interesa saber es que se haya resuelto conforme a derecho, que se hayan cumplido todas las garantías procesales, en suma, la adecuada administración de justicia, si se puede dar esta vulneración al publicar la copia del audio y el vídeo o bien, en el momento en que el medio de comunicación revela algunos detalles de la vida privada, o datos personales.

Villanueva nos señala que:

“el derecho a la vida privada, es el derecho fundamental de la personalidad consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público.”⁶³

Siguiendo este concepto, es importante señalar la incidencia que tiene la vida privada con la publicidad de los juicios. Ya que los casos que se llevan ante el Tribunal, tiene que ver con conflictos personales que tienen repercusiones legales, y no hay más opción que llevarlos ante el órgano competente para que estos sean resueltos.

Hay en específico algunos casos que por su naturaleza tienen una especial relación con la vida privada de los sujetos, hechos que las personas desearían no fueran del conocimiento de terceros, como el caso de las víctimas de violaciones, secuestros entre otros y, sobre todo, de aquellos en que se ven inmiscuidos menores de edad.

De este derecho de la vida privada también se aborda lo que se conoce como el *habeas data*, dicha expresión, se forma del latín *habero, habere*, que significa tener, exhibir, tomar, traer, etc.; adosándole el vocablo *data*, respecto del cual existe alguna disputa léxica, pues mientras algunos afirman que se refiere al acusativo neutro plural de *datum*: lo que se da, datos- también del latín-; otros sostienen que la palabra *data* proviene del inglés, con el significado de información o datos.⁶⁴

⁶³ Villanueva, Ernesto, *Autorregulación de la prensa, una aproximación ético-jurídica a la experiencia comparada*, México, Universidad Iberoamericana, 2002., p. 64.

⁶⁴ Idém



En este orden ideas, es también importante mencionar que de la vida privada se desprenden los datos personales, que, si bien tienen una íntima relación, no son lo mismo. En suma, se señala que un dato personal es una información que concierne a una persona física, identificada o identificable, y cualquiera que sea el soporte en que se encuentre (numérico, gráfico, alfabético, acústico, etcétera). “Ejemplos de datos personales son el nombre asociado a las características físicas o emocionales, el estado de salud, la cuenta de correo electrónico, el patrimonio, la religión, la huella digital, la fotografía o el número de seguridad social de una persona.”⁶⁵

Una manera más simplificada de definir solo lo referente a datos personales es toda información referente a una persona física identificada o identificable. Como identificable entenderemos como aquella persona de cual se pueda determinar de manera directa o indirecta uno o varios elementos específicos ya sean de su identidad física, económica o cultural.

Referente a esto es favorable mencionar la teoría del mosaico la cual se refiere a la forma de asociación de los datos, esto es, un dato por si solo es probable que no genere mayor información, en cambio dos o más datos sobre la misma persona en su conjunto pueden dar pauta a hacer identificable a dicha persona.

Respecto de las vulneraciones que puede haber a los datos personales sin el balance con el principio de publicidad, es que al difundir datos personales que no son relevantes para saber sobre si el Tribunal está resolviendo conforme a derecho, se afecta la vida privada del individuo. Pues datos como el domicilio, edad, nombre, en realidad a la sociedad nos deberían de ser intrascendentes, pues como ya se mencionó el fin de la publicidad en el juicio es otro.

En el caso del principio de publicidad, sin lugar a dudas, en todos los procesos son necesarios datos personales, sin embargo, no es necesario que durante la audiencia pública se den a conocer, ya que el juez de antemano ya los conoce. Se podrían valorar cuales son necesarios para el desarrollo del proceso y cuáles no, así podríamos tener una adecuada protección.

Un ejemplo de lo anterior sería el nombre, que es un dato personal necesario para la identificación de las partes, en caso opuesto, no es necesario ni pertinente difundir en la audiencia el domicilio de los testigos, en razón de su seguridad personal.

⁶⁵ López Ayllon, Sergio, op. cit., nota 3 p. 80.

⁶⁶ Cifuentes, Santo, El derecho a la vida privada, Argentina, Editorial La Ley, 2007. p. 488.

⁶⁷ Villanueva Ernesto, op. cit., nota 63, p. 66.

Derecho al honor.

Una apertura a la información judicial excesiva, es decir, un desbalanceado principio de publicidad, puede ocasionar una afectación al honor, pudiendo presentarse para el imputado, víctima, testigos e incluso la del propio juzgador.

“Honor, es la cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes. Se traduce en gloria, buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, lo cual trasciende a la familia, personas y acciones mismas del que se la adquiere.”⁶⁶

Al respetarse el honor en la publicidad del juicio, le permitirá en el caso del imputado, si este resultase inocente, mantener su buena reputación. Además considerando que “el derecho al honor constituye un bien inalienable de las personas, que se puede exigir erga omnes; es decir, frente a todo el mundo.”⁶⁷

Y es que “cuando en el ejercicio del derecho a la información se juzga negativamente los actos de una persona, resultando de esta manera perjudicada su buena fama u opinión, la cual constituye el objeto del honor, se producen relaciones de conflicto.”⁶⁸

Es por esto, que, en páginas anteriores, se hablaba sobre la gran responsabilidad de los medios de comunicación y del propio Tribunal al ejercer el principio de publicidad en los juicios. Además, tomando en consideración que algunos definen al honor como “la dignidad de la persona, que se refleja en la consideración de terceros”⁶⁹ estaríamos ante la protección de un derecho humano como es el de la dignidad humana.

El honor puede ser valorado desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. El primero también llamado “honra” es el valor que uno tiene de sí mismo, un sentimiento de autoestima. Y el segundo se refiere al concepto que los demás tienen de uno; su reputación, su imagen, su crédito.⁷⁰

Al igual que el derecho a la vida privada en un derecho personalísimo, es decir, constitutivo del ente. Esto porque la personalidad está sostenida en la reputación; crece y se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal.⁷¹ También, el derecho al honor y su necesidad de protección

⁶⁶ Bernal del Castillo, Jesús, Honor, verdad e información, Universidad de Oviedo, España, 1994, p. 266.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁰ Nespral, Bernardo, Derecho de la Información, periodismo y deberes. Argentina, Editorial Montevideo, 1999.

⁷¹ *Ídem*.



adquiere otra dimensión con la utilización de los medios masivos de difusión. Por tanto, “el amparo jurídico debe ser todo lo amplio posible, para preservarlo de cualquier tipo de ataque; para resguardar plenamente la integridad.” ⁷²

Por ello, no debe solo tutelarse el bien desde el punto de vista de la persona en sí misma, sino también de las actividades que representa, esto podría encuadrar el honor profesional, de ahí que cuando los medios de comunicación desacreditan la labor del juez, puede verse afectado su honor.

Es de señalarse que, el daño al honor variará según el sujeto, pues en el caso del imputado, cuando hay publicidad sobre la presunta comisión de algún delito, además de violar el principio de presunción de inocencia se daña su honor en caso de que durante el proceso se demuestre su inocencia.

En el supuesto de demostrarse su culpabilidad y cumplir su condena impuesta por el Estado, esté ya ha pagado su deuda social, y por tanto se le debe proteger su honor, pues al reinsertarse a la sociedad este debe contar con las posibilidades necesarias para vivir con el resto.

En el caso de la víctima, consideramos que ha sufrido un menoscabo en sus derechos al haber sufrido el daño por la comisión de un delito, y por tanto su honor debe ser protegido para no sufrir una doble victimización.

Del mismo modo, merece protección de su derecho al honor el juez que resuelve sobre el caso, pues ya hablamos sobre los llamados juicios paralelos, en los que los medios de comunicación se adelantan a emitir un juicio y cuando el juez resuelve conforme a derecho, valorando las pruebas aportadas y resuelve diferente a lo que los medios habían señalado se le puede demeritar en su trabajo, de ahí que su honor profesional podría verse vulnerada.

Derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen también es un derecho de la personalidad, el cual permite a las personas mantener su imagen fuera de la reproducción o divulgación sin en el consentimiento.

Así podemos definir que la imagen es toda reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible. De este modo, “es una prerrogativa que tienen los individuos para impedir que se reproduzca su aspecto físico a través de cualquier medio, sin

⁷² Cifuentes, Santo, op. cit., nota 66, p. 487.

su consentimiento".⁷³

Para la jurisprudencia mexicana se concibe el derecho a la propia imagen como aquel derecho de decidir, en forma libre, sobre la manera en que elige mostrarse frente a los demás; a la identidad personal, entendida como el derecho de todo individuo a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los demás, es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo.⁷⁴

Es así que, la captación de la imagen y/o de la voz y su transmisión por un medio de comunicación social a miles o millones de personas presenta una serie de problemas, en relación con los derechos fundamentales.

Sin embargo, la utilización de medios de captación y difusión visuales puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a derechos fundamentales de terceros como es el derecho a la propia imagen, al honor y la intimidad personal y familiar e incluso, en determinadas circunstancias extremas, al derecho a la vida y a la integridad física y moral. Pensemos en posibles venganzas contra algunos de los intervinientes en el proceso: testigos, peritos, jurados, etcétera.⁷⁵

La instalación y utilización de cámaras de captación de imágenes puede suscitar efectos intimidatorios sobre los procesados en un juicio penal, sus defensores, los testigos, los peritos, etc.

La imagen y presunción de inocencia se ven íntimamente ligados pues, cuando los medios de comunicación asisten a la audiencia pública, y se extraen imágenes, especialmente del imputado, pues la nota roja es lo que atrae más a la sociedad, aun cuando se refiera el periodista como el presunto culpable, poco importa para los receptores de la información, que queda grabado en sus mentes la imagen del individuo en cuestión.

⁷³ Basterra, Marcela I, Derecho a la información vs. Derecho a la Intimidad, Argentina, Rubinzal- Culzoni, 2012., p. 52.

⁷⁴ Registro No. 165821 Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Diciembre de 2009 Página: 7. Tesis: P. LXVII/2009 Tesis Aislada. Materia(s): Civil, Constitucional. DERECHOS A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN, IDENTIDAD PERSONAL Y SEXUAL. CONSTITUYEN DERECHOS DE DEFENSA Y GARANTÍA ESENCIAL PARA LA CONDICIÓN HUMANA.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 13-14.



VI. Conclusiones

La publicidad de los juicios es de suma importancia, sobre todo en una sociedad que se considera democrática, pues la transparencia permite ciudadanos más informados, que vigilen los actos de gobierno, en especial en el caso del Poder Judicial, que es una institución que tiene íntima relación con los ciudadanos, y que debe garantizar una adecuada administración de justicia.

Por ende, en los actuales sistemas democráticos únicamente merece el calificativo de debido proceso penal aquél en el que se respetan las garantías procesales y los derechos y las libertades de los ciudadanos, esto es, aquél que cumple con las exigencias derivadas del principio del proceso donde la dignidad del hombre sea el baluarte en el marco de un juicio público y transparente con el que el Estado garantice el actuar de sus operadores.⁷⁶

Una de las posibilidades para superar las tensiones que se presentan entre derechos fundamentales es el rotulado como balancing test. “Se trata de una creación de la doctrina estadounidense, traducida como la búsqueda de equilibrio o balanceo entre derechos.”⁷⁷ Para ponderar estos intereses o derechos que gozan de igual rango normativo, y ante la ausencia de normas específicas que regulen tal situación, se ha recurrido al método de interpretación de las normas jurídicas llamado teoría de valores.⁷⁸

Ahora bien, la situación de valorar y hacer un balance de derechos tendría en dado caso que ser resuelta por un Juez que se haya mantenido alejado de los medios de comunicación, pues de lo contrario podría verse influenciado inconscientemente.

Y esto sucede con el Juez que conoce de cierto conflicto que ha sido llevado a los medios de comunicación. Ya que se distingue la imparcialidad del juzgador en cuanto éste no debe tener influencias externas que determinen su decisión, de la imparcialidad en el procedimiento legal entendida como que “no debe haber afectación de las formas jurídicas del procedimiento en virtud del prejuizamiento a través de los medios.”⁷⁹

Es decir, la decisión del juez debe ser libre de condicionamientos externos a la sala de audiencia, y si bien, no se duda del profesionalismo del juzgador, son al final del día, personas que tienen derecho al esparcimiento, pero que, debido al bombardeo de los medios de

⁷⁶ Aguilar López, “Presunción de inocencia”, El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 77.

⁷⁷ Basterra, Marcela I, op. cit., nota 73, p. 37.

⁷⁸ Frascaroli, María Susana, op. cit., nota 6, p. 54.

⁷⁹ Puccinelli, Claudio R, op. cit., nota 40, p. 165.

comunicación, es en ocasiones difícil ejercer el derecho a no ser informado.

Es por esto que hay una doble responsabilidad ante este conflicto, por una parte, las judicaturas deben entregar la información a los medios de comunicación de la manera más completa posible, en lenguaje accesible y sencillo, así como en tiempo oportuno, y por otro lado los medios de comunicación deben desempeñar su profesión con ética y responsabilidad.

Por lo que se debería entender la información como un bien social, y no como un simple producto. Esto significa que el periodista comparte la responsabilidad de la información transmitida. “El periodista es, por tanto, responsable no sólo frente a los que dominan los medios de comunicación, sino, en último énfasis, frente al gran público, tomando en cuenta la diversidad de los intereses sociales.”⁸⁰

Y es que, como dice Anitua:

“durante el desarrollo y al final del proceso siempre aparecen unos “buenos” y unos “malos”, y puede proyectarse una posible moraleja, fácilmente puede interpretarse el interés que va a tener la judicialización de ciertos temas y su tratamiento informativo, como mecanismo importantísimo para encauzar la opinión pública hacia cierto tipo de valores políticos, económicos e ideológicos.”⁸¹

El Poder Judicial necesita, en una democracia, ser creíble y los medios de comunicación pueden ser una herramienta muy útil para hacer convincente a uno de los poderes del Estado, a partir de la información que transmite sobre cómo está trabajando.

La coordinación, así como el balance y equilibrio entre el principio de publicidad y los derechos de la personalidad son la clave que haya avances en el tema de transparencia.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 221.

⁸¹ Anitua, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, nota 15, p. 316



Bibliografía

Abdó Francis, Jorge. "Acceso a la información gubernamental" en Caballero Juárez, José (coord.), *El acceso a la información judicial en México: una visión comparada*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Aguilar López, Miguel, "Presunción de inocencia", *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011.

Anitua, Gabriel Ignacio, *Justicia Penal Publica*. Argentina, Editores del Puerto, 2003.

Basterra, Marcela I, *Derecho a la información vs. Derecho a la Intimidad*, Argentina, Rubinzal- Culzoni, 2012.

Bernal del Castillo, Jesús, *Honor, verdad e información*, Universidad de Oviedo, España, 1994.

Bertoni, Eduardo, et al., *Libertad de prensa y derecho penal*, Editores del Puerto, Argentina, 1997.

Blanco González, René, *Acceso a la información pública, transparencia y rendición de cuentas*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, Sección Veracruz, México, 2004.

Catucci, Silvina, *Libertad de prensa, calumnias e injurias*, Ediar, Argentina, 2004.

Cifuentes, Santos, *Derechos Personalísimos*. 3ª. Ed., Argentina, Editorial Astrea, 2008.

Concha, Cantú Hugo, *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.

García, Luis M, *Juicio oral y medios de prensa*. Argentina, Ad-Hoc, 1995.

García Silva, Gerardo, *El nuevo sistema de justicia penal*. México, Porrúa, 2010.

Islas López, Jorge (coord.), *La transparencia en la impartición de justicia, retos y oportunidades*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

López Ayllon, Sergio. *Derecho de la información*. México, D.F, Editorial McGraw Hill, 1997.



Nespral, Bernardo, *Derecho de la Información, periodismo y deberes*. Argentina, Editorial Montevideo, 1999.

Olea Valencia, Juan, "*Proyección de las reglas de reinserción desde la perspectiva social en México*", *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011.

Ojeda Velázquez, Jorge, "*Reinserción social y función de la pena*", *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011.

Rodríguez, Esteban, *Justicia Mediática., Ad-Hoc*, Argentina, 2000.

Rodríguez Villifañe, Miguel y Villanueva Ernesto (coords), *Compromiso con la libertad de expresión*, Fundalex, México, 2010.

Villamil Jenaro y Scherer Ibarra, *La guerra sucia de 2006; los medios y los jueces*, Grijalbo, México, 2007.

Villanueva Ernesto, *Autorregulación de la prensa, una aproximación ético-jurídica a la experiencia comparada*, México, Universidad Iberoamericana, 2002.



TEST DE PROPORCIONALIDAD SOBRE ÓRDENES DE APREHENSIÓN DICTADAS EN CONTRAVENCIÓN AL ARTÍCULO 143 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES CON MOTIVO DE LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Autor //

Aloys Rütter Castro¹

Sumario:

Introducción; I. Antecedentes; II. Medidas Adoptadas por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Veracruz; III. El Test de Proporcionalidad; IV. Aplicación del Test de Proporcionalidad a las Órdenes de Aprehensión Dictadas por Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial del Estado de Veracruz Durante la Emergencia Sanitaria Ocurredida con Motivo del Covid-19; V. Conclusiones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Con motivo de la emergencia sanitaria mundial ocasionada por la propagación del coronavirus SARS-CoV-2, también conocido como COVID-19, a la que la Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia global y declaró emergencia de salud pública de importancia internacional, a nivel global e interno en cada uno de los países, se han implementado diversas medidas para la contención de dicho virus. México no ha sido la excepción, por lo que en los últimos meses hemos presenciado como autoridades federales, estatales y municipales, dentro de sus respectivas competencias, han emitido diversos lineamientos con el propósito de evitar la propagación de este virus en territorio nacional.

No obstante, a pesar de que, sin duda, las medidas implementadas tienden a proteger la salud colectiva e individual de los habitantes de nuestro país, derecho consagrado tanto constitucionalmente como convencionalmente en diversos tratados internacionales de aplicación obligatoria al haber sido suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, lo cierto es que algunas de ellas, como veremos, podrían no encontrar protección constitucional, al tratarse de medidas desproporcionadas con el derecho que buscan proteger.

El objetivo de este artículo se centra en analizar, mediante la aplicación del test de

¹ Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Coordinador de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro.

proporcionalidad, la constitucionalidad y legalidad de órdenes de aprehensión dictadas en forma diversa a la expresamente prevista por el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, y con fundamento en la Circular 6 del Poder Judicial del Estado de Veracruz, de 17 de marzo de 2020, que ordena la suspensión de labores a partir del 18 de marzo de 2020, en función de la emergencia de salud pública debido al brote de COVID-19.

I. ANTECEDENTES

El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China), notificó un conglomerado de casos de neumonía que, posteriormente, se determinó haber sido ocasionados por un nuevo coronavirus. En consecuencia, la Organización Mundial de la Salud, dispuso de un equipo de apoyo a la gestión de incidentes en los tres niveles de la Organización -la Sede, las sedes regionales y los países-, y se estableció a dicha Organización en estado de emergencia para abordar el brote del virus.

El 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud, derivado de la recomendación emitida por su Comité de Emergencias, declaró que el nuevo brote constituía un riesgo muy alto en China y alto a nivel mundial, al contar con presencia, en ese momento, en otros 18 países. En consecuencia, la Organización Mundial de la Salud publicó el Plan Estratégico de Preparación y Respuesta de la Comunidad Internacional de ayuda a los Estados con sistemas de salud más frágiles a protegerse.

El 11 de marzo de 2020, debido a la profunda preocupación por la alarmante cifra de propagación de casos a nivel global y por su gravedad, pues en ese momento se contabilizaban 118000 casos de infectados en 114 países y el fallecimiento de 4291 personas, la Organización Mundial de la Salud determinó que la situación en ese momento derivada del COVID-19, podía caracterizarse como pandemia, al tratarse de una enfermedad epidémica extendida en varios países de manera simultánea.

La declaración de pandemia tuvo como objeto motivar a los países para activar y ampliar los mecanismos de respuesta a emergencias; comunicarse con las personas sobre los posibles riesgos y cómo poder evitarlos; encontrar, aislar, probar y tratar cada caso de COVID-19, y rastrear a las personas con las que se haya tenido algún contacto.

En México, el 30 de marzo de 2020, el Consejo de Salubridad General reconoció oficialmente la *"emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el SARS-CoV-2 (Covid-19)"*, acordando la implementación de medidas extraordinarias, destacando la suspensión de actividades no esenciales en los sectores público, privado y social, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus. Asimismo, dicho Consejo solicitó a las diferentes dependencias del gobierno federal y a los tres órdenes de



gobierno, para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, brindaran el apoyo para el éxito de la declaración, tomando las medidas necesarias bajo una estrategia coordinada.

Sin embargo, a la fecha de declaración de la emergencia sanitaria en nuestro país, algunas instituciones, desde el 16 de marzo del mismo año, ya habían publicado en el Diario Oficial de la Federación sus respectivos acuerdos de suspensión de actividades, de términos y plazos, de implementación de medidas de contingencia, entre otras, con motivo de la propagación del referido virus en territorio nacional.

Así, por ejemplo, para el caso que se analiza, se destaca que el 20 de marzo de 2020, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, los Acuerdos Generales 4/2020 y 5/2020, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, relativos a la medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales y en las áreas administrativas del propio Consejo, por el fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, respectivamente, con el objetivo de adoptar las mejores prácticas en respuesta al brote del virus COVID-19, especialmente las derivadas de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, para implementar medidas preventivas de riesgos laborales y promover y vigilar su cumplimiento en los centros de trabajo, así como de protección al público en general, a partir del 18 de marzo del mismo año. Posteriormente, y por lo que hace a la extensión de los periodos de vigencia de las medidas adoptadas por el Consejo de la Judicatura Federal para evitar la propagación del COVID-19, se han ido emitiendo y publicando en el mismo medio de comunicación diversos Acuerdos Generales.

En el referido Acuerdo General 4/2020, en su Artículo 4, para los órganos jurisdiccionales de guardia se señalaron expresamente las medidas preventivas para evitar el riesgo de contagio del COVID-19 en los órganos jurisdiccionales federales y del público usuario, entre las que destacan la exención a presentarse físicamente a la realización de guardias de las personas que se encuentren en una situación especial de vulnerabilidad (por edad mayor de 60 años, mujeres embarazadas o en lactancia, o por alguna situación de salud como diabetes, hipertensión, enfermedades cardiovasculares, enfermedades pulmonares crónicas, cáncer y con inmunodeficiencias; prohibición de laborar de manera simultánea más de la mitad del personal; habilitación de filtros sanitarios; horario laboral presencial en órganos jurisdiccionales de guardia de 9:00 a.m. a 3:00 p.m. y, privilegiarse el trabajo a distancia, haciendo uso de las herramientas electrónicas.

Para el caso específico de los Centros de Justicia Penal Federal, en el Artículo 5 de dicho Acuerdo General, se señalaron como medidas la suspensión de términos procesales distintos a los constitucionales, debiendo reprogramarse las audiencias de trámite (no urgentes); se calificaron como impostergables las determinaciones de carácter urgente, como lo son, enunciativamente, las referentes a la calificación de detenciones, las vinculaciones a proceso,

la implementación y modificación de medidas cautelares relacionadas con prisión preventiva y las determinaciones sobre extradición; respecto de audiencias que deban celebrarse, éstas se deberán desarrollar a puerta cerrada sin la presencia de público y garantizando el acceso a las partes que intervienen en ellas, velándose por la salud de las personas imputadas y demás participantes en la audiencia, procurando la adopción de medidas como el distanciamiento social y las demás recomendaciones de las autoridades de salud.

II. MEDIDAS ADOPTADAS POR EL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ

De manera similar a los Acuerdos Generales emitidos por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, a que hemos hecho alusión, el Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Veracruz ha emitido, entre otras, la Circular 6, de 17 de marzo de este año, que ordena la suspensión de labores a partir del 18 de marzo de 2020, en función de la emergencia de salud pública debido al brote de COVID-19.

En la referida Circular, en su Considerando III, se dispone lo siguiente:

“III.- En esa tesitura, se deja bajo responsabilidad del titular de cada órgano, la designación de guardias con el personal indispensable en las áreas administrativas y jurisdiccionales del Poder Judicial, a fin de dar curso a los asuntos de carácter urgente de conformidad con las legislaciones aplicables, exceptuándose estrictamente de cumplir con dicha guardia el personal que pertenezca a grupos vulnerables, esto es, mujeres en estado de gravidez, mujeres en periodo de lactancia, personas de la tercera edad, con enfermedades crónico degenerativas o enfermedades respiratorias. Asimismo, se les exhorta a las juzgadoras y juzgadores en materia penal y familiar para que en la medida de lo posible en función de las leyes aplicables, el desahogo de las audiencias se realice de manera privada y el personal que se quede de guardia deberá acatar las medidas sanitarias y de prevención dispuestas por las autoridades correspondientes, así como se diferan las audiencias que por su naturaleza no afecten los derechos fundamentales de los justiciables y sean reprogramadas inmediato a la reanudación de labores, notificándose con oportunidad.”

Adicionalmente, en el punto IV del Acuerdo, se dispuso lo que se transcribe a continuación:

“IV.- En materia penal para adolescentes; penal del sistema tradicional; Juzgados de Proceso y Procedimiento Penal Oral (jueces de control, enjuiciamiento y ejecutores de sentencia); y Juzgados Mixtos de Primera Instancia Microrregionales; la suspensión de labores se efectuará previéndose por cada titular de los respectivos juzgados, la guardia correspondiente para la debida atención de los asuntos inaplazables, con el menor número de personal posible; llevando a cabo durante dicho lapso las diligencias establecidas en los artículos 94 del Código Nacional de Procedimientos Penales, 193, 194 y 195 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del



Estado, esto es, providencias precautorias, puesta a disposición del imputado ante el Órgano Jurisdiccional, resolver las legalidades de la detención, formulación de la imputación, resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares en su caso, decidir sobre la procedencia de su vinculación a proceso, así como aquellas orientadas a cumplir con las ejecutorias y proveídos emanados de las autoridades federales en materia de amparo. Lo anterior, en la inteligencia de que, como lo prevé el citado artículo 94, se suspenden todos los términos dentro de los procesos penales, tanto en la etapa de control así como de la etapa de juicio, con excepción de las diligencias listadas con antelación, para las cuales todos los días se computarán como hábiles y serán realizadas por los jueces que se encuentren en funciones, atendiendo al principio de inmediación previsto en el numeral 9 del código procesal de referencia. Significando que salvo los casos urgentes aludidos con antelación, como lo señala el multicitado numeral 94, los demás plazos que venzan en día inhábil, se tendrán por prorrogados hasta el día hábil siguiente, a fin de no vulnerar los derechos de las partes; sin que lo anterior implique que se suspenda el ejercicio de la acción penal o la presentación de medios de impugnación previstos en el artículo 258 del Código Adjetivo Nacional.”

Como se advierte, el Pleno del PJEV, para la protección de la salud del personal que labora en los diversos órganos jurisdiccionales en el Estado de Veracruz, así como del público usuario de sus servicios, en términos generales, ordenó la suspensión de labores; no obstante, añadió como obligación de los titulares de dichos órganos, entre ellos, los de Proceso y Procedimiento Penal Oral, el establecer guardias para la debida atención de los asuntos inaplazables, con el menor número de personal posible. Asimismo, enumeró específicamente algunas actividades, no limitativas, que no podría aplazarse su resolución, como son las providencias precautorias, la puesta a disposición del imputado ante el órgano jurisdiccional, resoluciones sobre la legalidad de las detenciones, audiencias de formulación de imputación, resoluciones sobre la procedencia de medidas cautelares, resoluciones sobre vinculación a proceso, y aquellas encaminadas a cumplir con las ejecutorias y proveídos emanados de autoridades federales en materia de amparo, entre otras. Es decir, aquellas actuaciones cuya resolución impostergable por tratarse de actuaciones que pudieran afectar la libertad o seguridad personal y/o jurídicas de las partes dentro de los procesos penales o relativas a los juicios de amparo en materia penal.

No obstante los lineamientos expresamente establecidos por el Pleno del Poder Judicial del Estado de Veracruz, algunos órganos jurisdiccionales de Proceso y Procedimiento Penal Oral del Estado de Veracruz, durante los últimos meses y derivado de la situación actual ocasionada por la propagación del COVID-19 han dictado, entre otras, órdenes de aprehensión en forma contraria a lo dispuesta expresamente en el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que textualmente señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 143. RESOLUCIÓN SOBRE SOLICITUD DE ORDEN DE APREHENSIÓN O COMPARECENCIA. El Juez de control resolverá la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia en audiencia, o a través del sistema informático; en ambos casos con la debida secrecía, y se pronunciará sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud.

En el primer supuesto, la solicitud deberá ser resuelta en la misma audiencia, que se fijará dentro de las veinticuatro horas a partir de la solicitud, exclusivamente con la presencia del Ministerio Público.

En el segundo supuesto, dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, siguientes al momento en que se haya recibido la solicitud.

En caso de que la solicitud de orden de aprehensión o comparecencia no reúna alguno de los requisitos exigibles, el Juez de control prevendrá en la misma audiencia o por el sistema informático al Ministerio Público para que haga las precisiones o aclaraciones correspondientes, ante lo cual el Juez de control podrá dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que se planteen o a la participación que tuvo el imputado en los mismos. No se concederá la orden de aprehensión cuando el Juez de control considere que los hechos que señale el Ministerio Público en su solicitud resulten no constitutivos de delito.

Si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden de aprehensión deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.”

Como se advierte del precepto normativo antes transcrito, el Código Nacional de Procedimientos Penales únicamente admite la resolución sobre solicitudes de órdenes de aprehensión bajo dos supuestos claros y diferenciados. Esto es: (1) en audiencia que se fije dentro de las 24 horas siguientes a partir de la solicitud, exclusivamente con la presencia del Ministerio Público; o bien, (2) a través del sistema informático, dentro de un plazo máximo de 24 horas siguientes al momento en que se haya recibido la solicitud del Ministerio Público.

Sin embargo, utilizando como fundamento lo dispuesto en la referida Circular 6, de 17 de marzo de 2020, emitida por el Pleno del Poder Judicial del Estado de Veracruz, algunos juzgados penales en ese Estado han recibido por parte del Ministerio Público solicitudes de órdenes de aprehensión en forma escrita y han dictado en la misma forma las respectivas órdenes, bajo el argumento de evitar la propagación del referido COVID-19.

Establecido lo anterior, es momento de analizar si las órdenes de aprehensión, limitativas de los derechos a la legalidad y seguridad jurídica en salvaguarda del derecho a la salud pública consagrados constitucionalmente, emitidas en forma escrita por juzgadores penales en el Estado de Veracruz, contrario a los dos supuestos claros establecidos en el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, encuentran protección constitucional.



III. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Los derechos consagrados constitucionales no son absolutos y, en consecuencia, pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y bajo las condiciones previamente establecidas en ley, siempre sin afectar el contenido esencial del derecho.

Primigeniamente, es el legislador el facultado constitucionalmente para emitir normas que regulen y limiten los derechos, pero esa facultad no significa que pueda actuar arbitrariamente. Por el contrario, la labor legislativa deberá desarrollarse cumpliendo determinadas condiciones que tienen que ver tanto con fines como con medios. Dicha labor normativa, llegado el caso, podrá ser examinada por el juzgador constitucional, quien analizará si los límites impuestos por el legislador a los derechos constitucionales son legítimos y justificados por la necesidad de proteger otros derechos e intereses constitucionales.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido que, en la actualidad, la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos constitucionales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene una serie de criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos. Así, cuando la justicia constitucional resuelve casos de colisión de derechos, va explicitando y sentando pautas que servirán de sustento a los demás juzgadores para resolver los futuros casos.²

En la actualidad encontramos que los principales métodos utilizados para solucionar los conflictos de derechos son dos: el modelo de jerarquización y el modelo de ponderación mediante el uso del principio de proporcionalidad. Éste, *“funciona como un método para resolver controversias que implican la colisión de principios mediante el ejercicio jurídico consistente en poner sobre una balanza los derechos fundamentales en conflicto junto con las circunstancias especiales de cada caso concreto, para determinar cuál derecho pesa más y debe prevalecer sobre el otro”*³.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 30, establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. No obstante, la regulación

² Tesis aislada P. XII/2011 (10a.), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 23, de rubro: CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.

³ ALEXY, ROBERT. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Páginas 8-9.

normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria, sino que los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas. En ese contexto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que, de la interpretación armónica y sistemática del artículo citado, así como del 1º, párrafo primero, de la Constitución Política, se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (*principio de reserva de ley*) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (*requisitos formales*); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (*requisitos materiales*)⁴.

El modelo de ponderación es el método de decisión empleado por el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos para resolver asuntos en que se encuentren en conflicto dos o más derechos amparados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La aplicación de este modelo por parte de dicha Corte Interamericana ha llevado a que otros tribunales constitucionales americanos, como sucede en México, hayan implementado su aplicación para resolver conflictos entre derechos consagrados constitucionalmente. Para ello, utilizan el principio de proporcionalidad como método de control para analizar la legalidad de las limitaciones impuestas a algún derecho.

Sobre este punto, recientemente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto que la aplicación del test de proporcionalidad es una método común para verificar si algún derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte se ha transgredido, para lo cual, el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento a partir de la valoración de los siguientes factores, entre otros: a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento

⁴ Tesis aislada 1a. CCXV/2013 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo I, página 557, de rubro: DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.



en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada⁵.

Jurisprudencialmente, además, se ha establecido que para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: En primer lugar, que la intervención (legislativa) persiga un fin constitucionalmente válido; segundo, que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; tercero, que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, en cuarto lugar, que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo⁶.

Doctrinariamente, encontramos como Robert Alexy identifica que la ley de la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primero es indispensable identificar el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En un segundo paso, se deberá definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y, en un tercer y último paso, se debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁷.

El principio de proporcionalidad⁸, que es utilizado para determinar si la limitación de un derecho, sobre la base de otro derecho, principio o interés legítimo, está justificada, a su

⁵ Tesis de jurisprudencia 2a./J. 10//2019 (10a.), Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 838, de rubro: TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL.

⁶ Tesis aislada 1a. CCXIII/2016 (10a.), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, página 915, de rubro: TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL.

⁷ Ídem. Página 138.

⁸ Para BERNAL PULIDO el principio de proporcionalidad se estructura en un procedimiento de cinco pasos, que toman en cuenta todos los argumentos materiales analíticos, normativos y fácticos a favor y en contra de la validez de la norma adscrita relevante. Los dos primeros pasos son presupuestos de la aplicación del principio de proporcionali-

vez, se conforma por tres subprincipios: *idoneidad*; *necesidad*; y, *proporcionalidad en sentido estricto*; los cuales deben aplicarse de manera sucesiva y escalonada; cada uno, establece las exigencias que cualquier limitación en los derechos debe satisfacer. La ausencia de alguno, dará lugar a que la limitación no sea legítima, justa y adecuada.

IV. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD A LAS ÓRDENES DE APREHENSIÓN DICTADAS POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE VERACRUZ DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA OCURRIDA CON MOTIVO DEL COVID-19

Llegados a este punto, es importante analizar el supuesto del dictado de órdenes de aprehensión por parte de algunos juzgados de control penal en el Estado de Veracruz, en forma escrita, y de manera contraria a la expresamente dispuesta por el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, para evitar la propagación del COVID-19; lo que, evidentemente, puede constituir una restricción de los derechos de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los artículos 14, 16, 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que además puede generar violaciones al debido proceso penal cometidas en agravio de las personas en contra de quienes se hayan dictado órdenes de aprehensión bajo este supuesto, se reitera, en forma escrita y sin que se haya celebrado audiencia privada entre Juez y Ministerio Público o a través del sistema informático.

Ahora bien, en los casos concretos en que jurisdiccionalmente se encuentre la posible limitación de un derecho constitucional, los juzgadores deberán resolver el problema planteado atendiendo a las características del caso concreto, mediante la utilización de un test en que se verifiquen los tres elementos siguientes: *I) La idoneidad; II) La necesidad; y, III) La proporcionalidad.*

I) La idoneidad;

La idoneidad se refiere a que la limitación del derecho constitucional sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Entonces, el primer paso del test de proporcionalidad comprende verificar si la medida adoptada puede ser considerada

dad y consisten en: “la adscripción prima facie de una norma de derecho fundamental, y de su posición iusfundamental respectiva, a una disposición de derecho fundamental; y en la “verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante”. Los otros tres pasos son los subprincipios del principio de proporcionalidad, consistentes en el examen de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley. BERNAL PULIDO, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. Páginas 165 y 166.



legítima constitucionalmente.

II) La necesidad; y,

En este paso del test de proporcionalidad se exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

III) La proporcionalidad.

El tercer paso del test de proporcionalidad, exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado que justifique el grado en que se limita el derecho. Es decir, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que implica para sus titulares y para la sociedad en general.

¿Es idónea, necesaria y proporcional la decisión de dictar órdenes de aprehensión en forma escrita, contraviniendo las únicas dos formas previstas por el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales? Evidentemente que no, en virtud de las razones que esgrimo a continuación.

Del análisis a las órdenes de aprehensión emitidas en forma escrita por algunos órganos jurisdiccionales en materia penal en el Estado de Veracruz, se advierte el ánimo del juzgador en privilegiar la protección del derecho a la salud pública, en detrimento de los derechos de legalidad y seguridad jurídica consagrados, al realizarse en forma contraria a la dispuesta expresamente en el referido artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en estos supuestos, a favor de las personas en contra de quienes se han dictado las medidas restrictivas de la libertad personal para ser conducidas al proceso penal.

El legislador nacional previó que las solicitudes, entre otras, de órdenes de aprehensión deban resolverse por el juez de control con la debida secrecía, únicamente mediante audiencia privada con el Ministerio Público, o bien, por el uso de sistemas informáticos. Por tanto, aplicando el referido test de proporcionalidad al caso del dictado de órdenes de aprehensión en forma escrita por el Juez de control, a petición también escrita del Ministerio Público, se advierte la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de dicha medida, debido a que resolver sobre la solicitud de órdenes de aprehensión mediante audiencia privada celebrada exclusivamente con la presencia del Juez de control y el Ministerio Público, no implica per se un riesgo de contagio y/o de propagación del virus COVID-19, puesto que dicha audiencia puede celebrarse personalmente agotando las medidas de distancia necesaria para evitar el contacto directo entre los asistentes, además, de que éstos pueden utilizar cubrebocas para mayor seguridad de evitar el contagio. En consecuencia, puede darse cabal cumplimiento a la

forma prescrita legalmente en el primer supuesto del referido artículo 143 del Código Procesal, para la resolución de órdenes de aprehensión en audiencia privada sin que constituya un riesgo al derecho a la salud pública. Asimismo, el mismo precepto normativo en mención, prevé la posibilidad de que incluso se puedan resolver, entre otras, órdenes de aprehensión mediante el uso de sistemas informáticos. Esta vía, sin duda, permite un mayor cumplimiento a las medidas sanitarias para evitar el riesgo de propagación del referido virus, puesto que permite a las autoridades encargadas de realizar la petición y de resolver sobre la solicitud de órdenes de aprehensión no tener contacto personal alguno entre ellos, lo que nulifica completamente la posibilidad de darse el contagio del referido virus entre las autoridades estatales encargadas de solicitar y de resolver sobre el dictado de órdenes de aprehensión

En consecuencia, la medida adoptada por algunas autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia en materia penal en el Estado de Veracruz, consistentes en solicitar y resolver por escrito las órdenes de aprehensión no superan el test de proporcionalidad al no ser idóneas, necesarias ni proporcionales y, por tanto, deben considerarse ilegales y violatorias de derechos humanos, al haber sido emitidas al margen de lo dispuesto en el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

V. CONCLUSIONES

Con motivo de la situación actual que se vive en nuestro país, con motivo de la pandemia ocasionada con motivo de la propagación del coronavirus SARS-CoV-2, también conocido como COVID-19, a la que la Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia global y declaró emergencia de salud pública de importancia internacional, a nivel global e interno en cada uno de los países, se han implementado diversas medidas con el objetivo de mitigar el riesgo de contagio y de protección de la salud pública, derecho consagrado tanto constitucionalmente como en diversos tratados internacionales de aplicación obligatoria para el Estado Mexicano.

No obstante el fin perseguido, no debe perderse de vista la obligación de las autoridades estatales en respetar, proteger y garantizar los demás derechos consagrados constitucional, convencional y legalmente en favor de los gobernados.

En ese sentido, para el dictado de medidas que puedan generar la limitación o vulneración de un derecho en contra de un gobernado, las autoridades del Estado deben ser especialmente cuidadosas de no afectarlo en forma innecesaria y desproporcionada con el objetivo que se busca alcanzar.

Por tal motivo, la resolución sobre órdenes de aprehensión de manera escrita en contravención a las formas establecidas expresamente en el artículo 143 del Código Nacional de Procedimientos, esto es, en audiencia privada o a través del sistema informático, con



motivo de la suspensión de labores de los órganos jurisdiccionales en materia penal en el Estado de Veracruz, por la pandemia generada por la propagación del COVID-19, al aplicarse el test de proporcionalidad, se obtiene que no es idónea, necesaria y proporcional con el fin perseguido, es decir, la protección de la salud pública, en virtud de que las dos vías previstas en aquél dispositivo normativo, por su propia naturaleza no ocasionan un riesgo de contagio del mencionado virus que amerite su incumplimiento temporal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_fundamentales_ponderaci_n_y_racionalidad_Rober_Alexy.pdf.

BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. 2014.

Semanario Judicial de la Federación. En <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

Poder Judicial del Estado de Veracruz. En <https://www.pjeveracruz.gob.mx/pjev/circulares>

EL DERECHO HUMANO A LA ELECCIÓN DE LA IDENTIDAD SEXUAL

Autor //

Héctor Lugo Alba

SUMARIO:

Introducción; I. Objeto de Estudio y Clarificación de Términos; II. Documento “Los Derechos Humanos de las Personas Transgénero, Transexuales y Travestis”; III. Bases Filosóficas de la Teoría de Género; IV. Análisis Crítico de las Premisas Filosóficas de la Teoría de Género; V. Situación Jurídica del Transexualismo; VI. Conclusión. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Aunque hay un número reducido de personas interesadas directamente en el problema de la rectificación de sexo, se ha convertido en un tema de amplio interés tanto en la opinión pública como en los foros académicos y científicos. Y es que esta cuestión no sólo suscita amplias problemáticas de índole médica, legal y cultural, sino que también reclama el replanteamiento de nuestra entera cosmovisión filosófica.

En el orden jurídico el tema naturalmente supone el análisis de numerosos aspectos relacionados con los fundamentos y aplicación del derecho, pero todos se pueden reconducir a una de las cuestiones que más controversias ha generado en los últimos años: ¿la elección de la identidad sexual es un derecho humano? Y si no es un derecho humano en sí mismo, ¿puede estar tutelado bajo otro derecho humano, como el del “libre desarrollo de la personalidad”? De la respuesta que se dé a esta pregunta dependerán no sólo una serie de disposiciones legales específicas, sino también la forma en que deben ser comprendidos e interpretados los derechos humanos en general.

El examen reflexivo sobre esta cuestión se vuelve más perentorio en el mundo posmoderno, donde los límites entre la dimensión moral y legal se tienden a diluir, siendo frecuente la confusión entre lo éticamente bueno y lo legalmente estipulado¹; de esta forma, lo que el legislador regula propende a convertirse no sólo en un precepto de actuación social, sino también en un modo de comprender la realidad humana cuyo dinamismo se imprime en la conciencia personal y colectiva.

¹ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso de género a la luz del realismo metafísico», en J. AZNAR (coord.), *Transexualidad. Valoración Pluridisciplinar del fenómeno y su regulación legal*, Universidad Católica de Valencia San



Ahora bien, es claro que detrás de toda ley subsume una determinada interpretación antropológica que es preciso evidenciar y juzgar críticamente, so pena de convertirse en una imposición ideológica enajenante del bien común y de los fines propios del derecho. Y es que, las cuestiones legales reclaman, además de intenciones nobles, el recto uso de la razón y el sometimiento a criterios éticos que sean conformes con la verdad y la justicia. Por este motivo, en este trabajo se hará una indagación filosófica de los rudimentos teóricos sostenidos en los actuales ordenamientos jurídicos en México sobre la elección de la identidad sexual, para mostrar tanto su validez moral como legal. Para este fin, se realizará primeramente una síntesis de los contenidos esenciales del documento “*Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*”² expedido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México y que recoge las principales directrices jurídicas sobre la identidad sexual en nuestro país. En un segundo momento, se presentarán las bases gnoseológicas, éticas y antropológicas que se encuentran ínsitas en dicho texto. En tercer lugar, se hará un ejercicio crítico sobre el vigor filosófico de dichas bases especulativas. Finalmente, se reconducirá la cuestión al orden jurídico para corroborar si el lineamiento propuesto en el documento es adecuado a la teleología propia del derecho.

I. OBJETO DE ESTUDIO Y CLARIFICACIÓN DE TÉRMINOS

En este artículo se tomará como objeto de estudio la elección de la identidad sexual bajo una perspectiva filosófica y jurídica. Empero, esta temática involucra principalmente tres realidades: transexualismo, transgenerismo y travestismo. Según el documento *Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis* estas tres nociones se definen de la siguiente manera:

a. Transgénero: «Se refiere al término paraguas utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género (incluyendo transexuales, travestis, entre otras), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. Las personas Trans construyen su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos»³.

Vicente Mártir, Valencia 2017, 11.

² J.C. CERVANTES MEDINA, *Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México 2018.

³ J.C. CERVANTES MEDINA, *Los derechos humanos de las personas transgénero...*, 9.

b. Transexual: «Se refiere a las personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes a un género diferente al que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica —hormonal, quirúrgica o ambas— para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social»⁴.

c. Travesti: «Se refiere a las personas que gustan de presentar un aspecto, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes, considerados socialmente como propios de un género diferente al suyo. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo o sus características sexuales, de forma permanente. El travestismo no implica ser homosexual ni viceversa»⁵.

A la luz de estas definiciones podemos considerar que las tres realidades guardan en común la disconformidad que viven algunas personas entre su sexo biológico y su autopercepción genérica, o al menos de algunos de sus aspectos. Sin embargo, mientras en el transexualismo se tiende a una transformación corporal del individuo para conformar su sexo con su género, en el transgenerismo se denomina únicamente la vivencia subjetiva de esa disconformidad sin que se procure necesariamente una transformación objetiva o una adopción de comportamientos específicos, y en el travestismo se indica momentos particulares en que algunas personas adoptan vestimentas o conductas de un género diverso sin que exista un conflicto de identidad sexual en sentido propio.

Las tres nociones, por tanto, se nutren de una misma premisa teórica: la distinción esencial entre el sexo biológico y la identidad genérica. Por esta razón nos parece conveniente realizar el análisis filosófico de estas tres realidades de manera conjunta, salvo en algunos puntos en que se harán matizaciones necesarias. Sin embargo, en la parte jurídica la investigación se reducirá principalmente al grupo transexual ya que es el sector que solicita necesariamente una mayor demanda de derechos.

II. DOCUMENTO “LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANSGÉNERO, TRANSEXUALES Y TRAVESTIS”

Si bien existen diversos documentos en nuestro sistema legal que de una u otra forma abordan la cuestión jurídica de la identidad sexual, no obstante, la Cartilla “Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis” publicada por la Comisión

⁴ J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero..., 10.

⁵ Ibid., 10.



Nacional de Derechos Humanos de México en el año 2018⁶ es una síntesis del espíritu legal que impregna o debería impregnar la normativa relacionada a ella. Esta cartilla se inspira, a su vez, en un documento titulado “*Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, también conocido como “*Principios de Yogyakarta*” y publicado por la Comisión Internacional de Derechos Humanos en 2007, con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional respecto a los derechos humanos de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales.

El documento “*Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*” consta de tres partes: en primer lugar, comprende una serie de definiciones de conceptos asociados a la temática abordada; en segundo lugar, se busca fundamentar el reconocimiento jurídico de las identidades trans en la Constitución Política Mexicana; finalmente, se exponen doce principios sobre la tutela de los derechos humanos de las personas con identidad trans.

En el apartado consagrado a la explicitación de conceptos el texto articula su análisis en tres grandes rubros que son, la definición de los términos “género, sexo e identidad”, la expresión del género y la orientación sexual⁸. A este tenor destacamos algunas tesis básicas que subyacen a estas definiciones:

a. El género es una construcción cultural que origina las distinciones sociales creadas a partir de las diferencias sexuales. En ese sentido, las desigualdades de género se consideran

⁶ Cf. J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero... Sobre esta temática también es preciso acudir al Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género expedido por la Suprema Corte de Justicia: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, a cuidado de E. Vela Barba, SCJN, Ciudad de México 2015 en <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/pages/igualdad/protocolos/orientacion.pdf> [11-04-2020]. Asimismo, se debe mirar la Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por la República de Costa Rica sobre la Identidad de género e igualdad y no discriminación y parejas del mismo sexo del 24 de noviembre de 2017: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-24/17, CIDH en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf [11-04-2020]. En este ensayo se ha tomado como referencia el primero de los tres documentos, ya que en cierta manera sintetiza el contenido sustancial de los otros dos, que por su naturaleza tienen una derivación más operativa.

⁷AA. VARIOS, Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Yogyakarta 2007, en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> [11-04-2020].

⁸ Cf. J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero..., 4-13.

arbitrarias e inequitativas.

b. El sexo corresponde únicamente a las características biológicas a partir de las cuales las personas son clasificadas como hombres o mujeres al nacer. Esta decisión en México es competencia, en la mayoría de los casos, de los médicos y de los padres del recién nacido. Por lo tanto, el sexo no es un hecho innato sino una construcción social basada en la percepción que otras personas tienen sobre los genitales.

c. La identidad de género es la vivencia interna y subjetiva del género, que puede o no ser acorde con el sexo asignado al nacer.

d. La expresión de género es la manifestación visible del propio género y se fundamenta en la libre determinación de la persona a realizar su propia identidad.

En el segundo rubro del documento, que intenta justificar la validez jurídica de cuanto estipula este texto, se apela al artículo primero, párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prohíbe cualquier acción que menoscabe la dignidad, libertad y derecho de las personas por motivos de género, sexo, preferencias sexuales, edad, religión, etc. Asimismo, alude a diversas leyes reglamentarias que hacen operativo este precepto como son: Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, Leyes antidiscriminatorias disponibles en 30 entidades federativas, la Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia y sus 32 leyes locales, Ley de los derechos de las personas adultas mayores y la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Pese a ello, el escrito observa que esas disposiciones aún no han permeado las realidades sociales de las personas trans⁹.

En el último capítulo de la cartilla se enumeran los doce principios directrices del ordenamiento jurídico mexicano respecto a las personas transexuales, transgénero y travestis¹⁰. La mayoría de estos principios tienen un contenido que es común a los derechos humanos de todas las personas como son la prohibición de cualquier forma de discriminación y violencia, así como los derechos a tener un trabajo digno, a acceder a los servicios de salud, a la formación libre de la propia familia, a ser beneficiarios de los programas sociales, a expresar libremente las propias ideas y a recibir una educación gratuita y laica (principios 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11 y 12), aunque, cada uno aplicado a la idiosincrasia peculiar de las personas trans. No obstante, sí se destacan algunos lineamientos específicos para el colectivo en cuestión:

a. El tercer principio señala que las personas trans tienen derecho a decidir libremente

⁹ Cf. J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero..., 13-15.

¹⁰ Cf. *Ibid.*, 15-27.



sobre su cuerpo, su sexualidad, su identidad y su apariencia¹¹.

b. El séptimo principio rotula que las personas trans poseen el derecho a formar una familia de cualquier índole, lo cual conlleva la prerrogativa a adoptar¹².

c. El octavo principio dictamina que las personas trans gozan del derecho de acudir a los servicios de salud, los cuales se deben ajustar a sus necesidades y que incluyen la posibilidad de recibir tratamientos quirúrgicos de reasignación de sexo¹³.

Una vez expuestos los puntos esenciales en que se modula este documento sobre los derechos humanos de las personas trans y la libertad de elegir la identidad sexual, conviene examinar sus fundamentos filosóficos.

III. BASES FILOSÓFICAS DE LA TEORÍA DE GÉNERO

1. *La teoría del género*

El documento “*Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*” así como los “*Principios de Yogyakarta*” beben de una misma fuente ideológica: la Teoría del género. Esta teoría nace, a su vez, de un movimiento cultural posmoderno y deconstructivista que con el paso del tiempo fue cobrando mayor relevancia: el feminismo de género. Esta corriente surge principalmente entre los años 60 y 70 y se vincularía al socialismo, al marxismo y al movimiento de liberación sexual y lucha del hombre contra la mujer¹⁴. Esta línea de pensamiento, representada por varios autores como Kate Millet, Shulamith Firestone o Valerie Bryson¹⁵, toma de Frederick Engels su comprensión de la historia y los orígenes de la familia:

El primer antagonismo de la clase coincide en la historia con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer en el ámbito del matrimonio monógamo y la primera opresión de clase con la del sexo femenino por parte del masculino¹⁶

¹¹ Cf. J.C. CERVANTES MEDINA, *Los derechos humanos de las personas transgénero...*, 19-20.

¹² Cf. *Ibid.*, 22.

¹³ Cf. *Ibid.*, 22-23.

¹⁴ Cf. C. MATEU, «Aspectos sociológicos. Construcción de una sociedad desde los organismos internacionales», en J. AZNAR (coord.), *Transexualidad. Valoración...*, 235-240.

¹⁵ Cf. C. ESPASANDÍN, «Articulaciones entre marxismo y feminismo: ayer y hoy», *Revista Katálysis* 21 (2018), 584-593, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6794862> [11-04-2020].

¹⁶ F. ENGELS, *El origen de la familia. La propiedad privada y el estado*, *Fundamentos*, Madrid 1996, 93-97, citado en C. MATEU, «Aspectos sociológicos...», 235.

De esta forma, se veía en las mujeres una clase oprimida a través de mecanismos institucionales como son el matrimonio y la heterosexualidad. Con este presupuesto, se instaba a que la clase oprimida, las mujeres, se sublevara y eliminara los estereotipos de maternidad y familia con la intención no sólo de suprimir los privilegios masculinos, sino la misma distinción entre sexos¹⁷. A esta tendencia ideológica se sumaría una nueva oleada feminista en los años 90 que da un paso más allá y niega toda esencia del sexo y, por lo mismo, propone una sociedad sin sexos. Desde estas premisas, se formula una teoría más amplia, la “Teoría de género”, que a su vez estuvo acompañada de los así llamados “estudios de género” que fueron extendiéndose con rapidez y que dieron origen a una nueva postura ética denominada “perspectiva de género”¹⁸.

La Teoría de género, por tanto, sostiene que las diferencias biológicas entre el cuerpo del hombre y de la mujer no corresponden a una naturaleza dada, sino que son el producto de una cultura particular, y al ser una construcción social, la sexualidad misma es modificable. Según esta teoría el ser humano nace sexualmente neutro, pero más tarde, por construcción social ese ser neutro se convierte en hombre o mujer¹⁹. Ahora bien, este postulado acarrea una serie de implicaciones que es oportuno destacar:

a. El materialismo dialéctico, que funge de soporte filosófico de la Teoría de género, retiene que no existen esencias, sino que todo es mudable bajo el dinamismo de la historia-cultura. En ese sentido, la sexualidad también es una realidad cambiante.

b. Para esta teoría la sexualidad es esencialmente una construcción cultural. Por lo mismo, en sí misma no está vinculada a ninguna categoría ética con valor universal.

c. Al no existir una naturaleza sexual, cualquier forma de vivencia y expresión de la sexualidad puede ser acogida bajo la Teoría de género: transexualismo, travestismo, transgenerismo, homosexualidad, asexualidad, etc... Estos grupos, asimismo, tradicionalmente han sufrido un rechazo social que debe ser suprimido desde el materialismo dialéctico cuya finalidad es lograr una sociedad sin distinciones de ningún tipo.

d. La Teoría de género ve en la educación la vía adecuada para deconstruir las categorías de masculino y femenino, y sustituirlas por una nueva categoría, el “género”, y que es equiparable a una libre determinación de la identidad, ejercicio y expresión de la sexualidad²⁰.

¹⁷ Cf. C. MATEU, «Aspectos sociológicos...», 239-240.

¹⁸ Cf. I. BRUNET, «La perspectiva de género», Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales 9 (2008), 15-36, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2983329> [11-04-2020].

¹⁹ Cf. C. MATEU, «Aspectos sociológicos...», 235.

²⁰ M.L. TREJO - G. LLAVEN - H. PÉREZ Y PÉREZ, «El enfoque de género en la educación», Atenas 32 (2015), 49-61, en <https://www.redalyc.org/pdf/4780/478047208004.pdf> [11-04-2020].



e. En última instancia, la Teoría de género niega la existencia de una naturaleza humana ontológica y reconoce como únicamente cierto la libertad individual y subjetiva de la persona.

A la Teoría de género, como se ha comentado, se suma una actitud moral que en el discurso político se ha denominado “perspectiva de género”. Esta posición intenta que toda la realidad humana sea comprendida, juzgada y valorada desde el concepto de género y las relaciones de poder que clásicamente han suscitado las construcciones masculino y femenino²¹. De esta manera, se dicotomiza la realidad entre un grupo victimario y un grupo victimizado, y se insta a que todas las acciones sociales estén orientadas a reivindicar y empoderar al sector oprimido, suprimiendo cualquier disparidad que pueda darse por motivo de género en todos los ámbitos de la vida humana: político, laboral, social, cultural, familiar, etc... Esta concepción inclusive aparece con claridad en el siguiente texto publicado por el Gobierno Federal de México en su página oficial:

Mirar o analizar alguna situación desde la perspectiva de género permite entender que *la vida de mujeres y hombres puede modificarse en la medida en que no está “naturalmente” determinada*. Esta perspectiva ayuda a comprender más profundamente tanto la vida de las mujeres como la de los hombres y las relaciones que se dan entre ambos. Este enfoque *cuestiona los estereotipos con que somos educados y abre la posibilidad de elaborar nuevos contenidos de socialización* y relación entre los seres humanos. El empleo de esta perspectiva plantea la necesidad de solucionar los desequilibrios que existen entre mujeres y hombres, mediante acciones como:

-Redistribución equitativa de las actividades entre los sexos (en las esferas de lo público y privado).

-Justa valoración de los distintos trabajos que realizan mujeres y hombres, especialmente en lo referente a la crianza de las hijas e hijos, el cuidado de los enfermos y las tareas domésticas.

-*Modificación de las estructuras sociales*, los mecanismos, las reglas, prácticas y valores que reproducen la desigualdad.

-*El fortalecimiento del poder de gestión y decisión de las mujeres.*²²

²¹ J.I. MARTÍNEZ, «¿Qué significa la “perspectiva de género”?», La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales 11 (2010), 75-76, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3680833> [11-04-2020].

²² AA. VARIOS, «¿Qué es la perspectiva de género y por qué es necesario implementarla?», Gobierno de México – Comisión Nacional para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, en <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-de-genero-y-por-que-es-necesario-implementarla?idiom=es> [11-04-2020]. La cursiva es nuestra.

La Teoría de género, por su parte, ha tenido un fuerte impulso desde las altas instancias internacionales como la Organización de Naciones Unidas o las Comisiones de Derechos Humanos de Europa y América²³. A pesar de ello, la aceptación social de esta teoría no se explicaría suficientemente si sólo miráramos a estos organismos como sus promotores. Por ello, es más preciso atribuir su éxito a los rasgos característicos de la sociedad posmoderna: la eclosión de la verdad y el descrédito de la razón universal, el desprecio del análisis metafísico, la sedimentación del ambiente de bienestar utilitarista y el predominio del discurso sentimental en torno a las cuestiones científicas y culturales, así como el auge de los movimientos neomarxistas²⁴.

Finalmente, cabe mencionar que el lenguaje ha jugado un papel preponderante en la difusión de esta teoría²⁵. Esto se hace patente en algunos fenómenos lingüísticos que, a pesar de ser bastante recientes, ya se encuentran extendidos en amplios sectores de la vida humana:

a. En la referencia a colectivos humanos se tiende a hacer una distinción entre los géneros con el fin de no “masculinizar” la realidad: las y los mexicanos, las y los estudiantes, las y los seres humanos, etc...

b. En el señalamiento de funciones sociales, por el mismo motivo del párrafo precedente, se tiende a crear vocablos nuevos que permitan enfatizar la especificidad del género femenino en estas labores, inclusive si esto entraña romper la misma corrección gramatical: la presidenta, edila, concejala, teniente, etc...

c. La inclusión en el vocabulario cotidiano o la resignificación de términos desde la visión de la Teoría de género: discriminación, feminicidio, paridad de género, patriarcado, machismo, homofobia, transfobia, etc...

Por cuanto atañe a la postura que defiende el derecho a la elección de la propia identidad sexual, podemos decir que adopta integralmente la Teoría de género y enfatiza dos aspectos de ésta: la movilidad de la sexualidad y la subjetividad de la identidad de género. Asimismo, se une al dinamismo de la dialéctica materialista, considerando a los grupos trans como

²³ Cf. E. DÍEZ, «Los derechos de la mujer en el derecho internacional?», Revista española de Derecho Internacional, 63 (2011), 87-121, en http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL_LXII_2_2011/03_PERALTA_digital.pdf [11-04-2020].

²⁴ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 14.

²⁵ Un ejemplo de esta posición se encuentra en: M.J. PÉREZ, Manual para el uso del lenguaje incluyente y con perspectiva de género, Comisión Nacional para prevenir y erradicar la violencia de género, Ciudad de México 2016, en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/183695/Manual_Lenguaje_Incluyente_con_perspectiva_de_g_nero-octubre-2016.pdf)

183695/Manual_Lenguaje_Incluyente_con_perspectiva_de_g_nero-octubre-2016.pdf [11-04-2020].



colectivos minoritarios que deben revelarse frente a los mecanismos culturales esclavizantes.

No obstante, para comprender adecuadamente la Teoría de género y sus potenciales derivados legales, es preciso hacer una revisión de sus causas remotas, es decir, de sus premisas gnoseológicas, éticas y antropológicas.

2. Premisas gnoseológicas

Desde el punto de vista gnoseológico, la Teoría de género retiene que el ser humano no conoce la esencia de las cosas, sino que las construye socialmente. Esta posición hunde raíces en una solera antigua que puede remontarse hasta la Edad Media.

Sin llegar a vislumbrar el alcance de sus postulados, Guillermo de Ockham daría el soporte teórico más básico a la Teoría de género al proponer el nominalismo gnoseológico y una nueva visión de la causa final respecto a la que hasta ese momento se había entendido en la Escolástica²⁶:

a. El nominalismo de Guillermo de Ockham consiste en afirmar que no existen esencias reales; todo lo que es universal sólo es un concepto del entendimiento: «hay que sostener que todo universal es una realidad singular y que por lo tanto no es universal sino en la significación porque es signo de muchos»²⁷.

b. En el tentativo de probar la indemostrabilidad racional de la existencia de Dios a partir de una reflexión teleológica, retiene que, de igual forma que las flechas no reflejan en sí mismas ninguna intención, sino que éstas sólo existen en el arquero, así la naturaleza no manifiesta ninguna finalidad en sí misma, sino únicamente leyes mecánicas²⁸.

Estas dos ideas, aparentemente irrelevantes, tienen un par de inferencias importantes para la Teoría de género: por una parte, al defender el nominalismo gnoseológico, la naturaleza universal en las cosas no tendría ya una consistencia real, sino que pasaría a ser mera construcción de la subjetividad; y, por otra, la negación objetiva de la causa final significa que las acciones dejan de manifestar la naturaleza de las cosas y con ello, ya no se pueden inferir las normas éticas a partir de los fines de la naturaleza humana²⁹. En otras palabras, se inicia el viraje filosófico del ser al pensar, esto es, de lo objetivo a lo subjetivo.

²⁶ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 26.

²⁷ G. OCKHAM, *Summa logicae*, Cap. XIV. 3495, en C. FERNÁNDEZ, *Los filósofos medievales*. Tomo II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1979, 1071- 1097.

²⁸ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 26.

²⁹ O. L. LARRET, «La justificación de la libertad del hombre frente a la omnipotencia divina en la ética de Guillermo de Ockham», *Revista Española de Filosofía Medieval* 2 (2004), 149-163.

Estas ideas de Ockham se verían reforzadas a lo largo de la Edad Moderna. De esta manera, para Thomas Hobbes y Francis Bacon la ciencia debería dejar de buscar el fin de las cosas y se debería preocupar únicamente por la forma en que podrían ser usadas. Con ello, el mundo material subsume al dominio humano y lo éticamente bueno deja de ser aquello que es conforme a la naturaleza y pasa a ser aquello que es técnicamente posible. Por su parte, René Descartes cediendo al incipiente escepticismo del filósofo franciscano, sitúa la realidad humana en la "*res cogitans*", de forma que el hombre deja de ser una naturaleza y pasa a ser una identidad autopercebida. En ese orden de ideas y desde el empirismo, Locke y sobre todo David Hume consideran que no existe una identidad natural en el ser humano, ya que la cuestión de la identidad es un agregado de impresiones y recuerdos y, por lo mismo, en el fondo la identidad es una mera convención³⁰. Bajo estas premisas epistémicas, se colocarán varios autores modernos y posmodernos, particularmente aquellos que defenderán las teorías del constructivismo social³¹.

Desde estos antecedentes remotos, se puede colegir con facilidad las premisas gnoseológicas que servirán de sustento a la Teoría de género y con ella, a la legitimación filosófica del transexualismo:

- a. No se pueden conocer las naturalezas de las cosas; las definiciones que nos formamos de ellas son, por tanto, convenciones. La sexualidad, en esta misma dirección, es una construcción mental y no una realidad fundada en la naturaleza.
- b. La identidad personal es fundamentalmente la autopercepción subjetiva de la conciencia, y es independiente del sustrato biológico.
- c. La reflexión metafísica es una pretensión inútil para comprender al hombre y establecer normas de conducta.

3. Premisas éticas

La Teoría de género en una perspectiva ética adopta el utilitarismo hedonista como su referencia axiológica³². Esta doctrina sostiene que todos los hombres desean, en última instancia, sentirse bien, y la rectitud de nuestras acciones dependerá de si son apropiadas a la consecución de ese fin.

El hedonismo se extiende a tiempos muy antiguos y encontramos su primer gran

³⁰ Cf. *Ibid.*, 27-29.

³¹ Dos autores representativos de esta posición son los sociólogos Peter L. Berger y Thomas Luckmann en su obra conjunta *La construcción social de la realidad*.

³² Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 30-47.



expositor en el filósofo griego Epicuro. Con todo, John Stuart Mill retoma el núcleo teórico del epicureísmo, pero lo reelabora para evitar caer en el escollo de identificar al ser humano con el animal que sólo busca los placeres indistintamente. En ese sentido, matiza que los placeres no sólo son cuantitativos sino también cualitativos y que es obvio que existen placeres superiores como lo son los intelectuales. Ahora bien, el criterio de conducta ético es realizar aquella acción que permita maximizar la felicidad o utilidad, entendida ésta como bienestar o placer³³.

Ahora bien, esta posición ética tiene elementos importantes que serán útiles al discurso de género y que fungirán como sus premisas éticas:

- a. El bien ético corresponde con la sensación subjetiva de bienestar, la cual puede ser maximizada a través de diversas acciones.
- b. En sentido contrario, el mal que debe ser evitado es el sufrimiento subjetivo o la ausencia de bienestar. Por cuanto respecta a la situación peculiar del transexualismo, dado que quienes lo padecen experimentan como una cárcel su propio cuerpo, es claro que han de emplearse aquellos medios que supriman ese dolor y puedan generar el bienestar deseado, esto es, realizar la intervención quirúrgica de reasignación de sexo; esto le permitirá a la persona transexual experimentar una liberación de su cuerpo errado y el reposo en un cuerpo correcto.

4. Premisas antropológicas

Por cuanto respecta a la visión antropológica, la Teoría de género parte de una concepción dicotómica del hombre quien, por una parte, posee una masa biológica informe (en cuanto que de él sólo podemos conocer un conglomerado de células que nos proporcionan unos ciertos datos sin revelarnos su naturaleza) y, por otra, una autoconciencia subjetiva cuya esencia es su libertad.

Este enfoque filosófico encuentra diversos antecedentes, de los cuales podemos identificar dos: el dualismo antropológico de René Descartes y la corriente existencialista del siglo XX. René Descartes, con su fórmula “cogito ergo sum” escinde al hombre en dos dimensiones (res cogitans y res extensa), las cuales una corresponde a la conciencia autopercibida y la otra a una corporeidad a la cual estamos accidentalmente unidos y cuyo contenido se reduce a una masa cuantificable³⁴. Con ello, el cuerpo es visto como una máquina manejada por

³³ Cf. S. MILL, El utilitarismo, Cap. II, en E. GUIZÁN (Tr.), Alianza Editorial, Madrid 19973, 45-73.

³⁴ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 27.

la razón, y como toda máquina es susceptible de manipulación y dominio. Por otra parte, el existencialismo del siglo XX representado por filósofos como Martin Heidegger, Albert Camus o Jean Paul Sartre, retienen que la esencia de la persona es su libertad ya que el hombre es una realidad dinámica, mientras que las cosas de la naturaleza son fijas; así, pues, la persona es una libertad, mientras que su cuerpo es una cosa más en este mundo. Pero, añaden estos pensadores, la libertad no sería tal si estuviera limitada por un orden o una teleología: la libertad debe ser radical³⁵:

L' essere dell' uomo è il suo esistere, la sua vita, e siccome la vita è da fare, l' uomo è un da fare. Non ha un essere fisso, e dunque deve farsi in ogni istante. La cosa più grave è che è forzato, condannato, all' libertà: l' uomo ininterrottaente sta decidendo ciò che sarà, [...], perché qui non si tratta di avere cose da fare, ma di essere il proprio da fare. ³⁶

A estas posiciones antropológicas se suma el materialismo dialéctico que, como se ha dicho, configura buena parte del movimiento que dio origen a la Teoría de género. Según esta filosofía, el hombre es una materia que se especifica según el devenir histórico sometido a la ley de la dialéctica. Por eso, el hombre, en el fondo, es por una parte un ser cultural y, por otra, es un ser inmerso en una lucha de clases entre oprimidos y opresores. A través de la lucha esta discrepancia de clases debe desaparecer y llegar a la igualdad total.

De estas tres orientaciones filosóficas podemos derivar las premisas antropológicas que la Teoría de género asumirá en su concepto de persona:

- a. La esencia del ser humano es su conciencia subjetiva. La corporeidad sólo es un revestimiento exterior.
- b. El cuerpo es un sustrato biológico manipulable.
- c. La persona se define por su libertad y se realiza en su total autopoición. La libertad, desde este enfoque, consiste en la autodeterminación incondicionada en todos los ámbitos de la existencia humana. Su único límite se encontraría al hallarse con otra libertad, por lo cual es necesario establecer ordenamientos exteriores que armonicen el conjunto de las libertades. A esta luz, se entiende que los transexuales con frecuencia apelen a esta noción de libertad para rectificar su sexualidad, considerando que de ninguna forma se está afectando a otros.
- d. El hombre en su esencia es un ser cultural, es decir, el efecto de su propia libertad

³⁵ Cf. R. LUCAS LUCAS, «Natura e libertà», en R. LUCAS LUCAS (ed.), *Veritatis Splendor*. Testo integrale con commento filosoficoteologico tematico, presentazione del card. Joseph Ratzinger, San Paolo, Cinisello Balsamo 1994, 268-286.

³⁶ *Ibid.*, 271.



institucionalizada en la sociedad. En el ámbito del género, esta institucionalización ha llevado a generar una relación dialéctica entre opresores y oprimidos.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PREMISAS FILOSÓFICAS DE LA TEORÍA DE GÉNERO

Una vez expuestas las premisas filosóficas que sirven de sostén de la Teoría de género es pertinente hacer un examen crítico que permita verificar su solidez conceptual.

1. *Análisis de las premisas gnoseológicas*

Pese a su relevancia histórica, el nominalismo que funge de guía gnoseológica a la Teoría de género tiene fuertes inconsistencias. En efecto, esta doctrina retiene que lo universal es sólo una construcción mental sin fundamento en la realidad, es decir, sin objetividad. Con todo, esta postura no es sostenible por los siguientes motivos:

a. Al conocer algo se debe admitir que se está dando una cierta semejanza entre lo que se conoce y el que conoce, ya que, si fueran totalmente heterogéneos o singulares, no habría conocimiento real. Ahora bien, al hablar de semejanza es hablar de analogía, y hablar de analogía es hablar de una cierta universalidad; por lo mismo, se debe admitir que en el mismo hecho de conocer se está afirmando una cierta universalidad objetiva o real. De esto, se deduce que el nominalismo en el acto de conocer (al exponer su teoría) niega su propia doctrina³⁷.

b. Bajo la teoría nominalista se debería mantener que ninguna afirmación científica (cuya característica son los juicios universales) es objetiva, pese a ello, esta postura filosófica se presenta bajo juicios universales con pretensiones de validez objetiva, lo cual claramente contradice su postulado³⁸. Lo mismo se podría decir de la Teoría de género.

c. Nuestra experiencia nos demuestra que los conceptos universales los atribuimos a determinados sujetos singulares, pero no a todos. De esta forma, predicamos el concepto hombre de Pepito y Juan, pero no de la mosca. El hacer esta distinción en la predicación conlleva que tomamos un aspecto objetivo que hace comunes a Pepito y a Juan y no a la mosca, lo cual nos indica que existe un fundamento real en nuestros conceptos universales; de lo contrario, la predicación sería arbitraria y bien podría atribuirse el concepto hombre a la mosca, al barco, al sol y al aire. Y es que, nuestro pensamiento es medido por el ser del ente real, y de ahí que no baste pensar para modificar la realidad o satisfacer nuestras

³⁷ Cf. F. MORANDINI, *Critica*, P. U. Gregoriana, Roma 1971, 158.

³⁸ Cf. *Ibid.*, 159.

necesidades. El mismo transexualismo, transgenerismo y travestismo demuestran que no les basta la autopercepción para satisfacer su deseo de identidad sexual, sino que deben actuar en la realidad.

d. Respecto a la propuesta ockhamiana de la negación que las cosas manifiesten una causa final en sí mismas, se puede decir que el mismo orden del universo niega esta doctrina. En efecto, el orden se dice por referencia a un fin: si no hay un fin, no hay orden. Pero el orden es el presupuesto necesario de cualquier afirmación científica (incluyendo el mismo nominalismo). De igual manera, es indudable que el hombre manifiesta constantemente sus fines, pues no todo corresponde a su orden específico: la enfermedad es contraria al orden de la salud y de la vida, lo cual manifiesta que el fin natural del hombre es su autoconservación y los actos que son conformes a este fin se consideran buenos. En esa misma línea, el transexualismo retiene que el hombre tiene como fin la salvaguarda de su identidad y debe realizar aquellos actos que permitan alcanzarlo (por ejemplo, la operación quirúrgica de reasignación de sexo), pero, esto no tendría sentido en una postura que negara que los fines de la naturaleza pueden ser conocidos.

Desde estas breves consideraciones es dable afirmar que las premisas gnoseológicas de la Teoría de género no son filosóficamente válidas. Con todo, desglosamos sumariamente algunos aspectos referidos específicamente al tema que nos atañe:

a. La sexualidad y la identidad no son meras convenciones subjetivas, si pretenden ser válidas y verdaderas. Si fueran meramente subjetivas, el buscar afirmarlas en unos derechos universales resultaría absurdo, ya que esto presupone que estas dos nociones tienen algo de universalmente objetivo.

b. Sólo desde la objetividad pueden definirse normas de conducta universalmente válidas, ya que lo universalmente verdadero es tomado de la realidad que regula el pensamiento. En ese sentido, querer construir un sistema legal universal basado en la subjetividad particular resulta una contradicción, ya que de lo particular no se pueden sacar conclusiones universales.

c. La sexualidad no puede ser en sí misma neutra, ya que no sería distinguible de ninguna otra realidad y, por lo mismo, sería imposible conceptualizarla y modificarla. Pues, hablar de modificación es reconocer la existencia y sustancialidad de una realidad previa, pero esa sustancialidad debe tener una determinación que la separe de las demás cosas; si no existe esa determinación, no sería posible identificarla y menos modificarla. Además, la neutralidad (ne-uter: ni uno, ni otro) ontológica no existe, ya que significaría afirmar y negar la existencia de algo al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto.

³⁹ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 36-47.

⁴⁰ Cf. S. KOVAL, «Crítica al dualismo cartesiano», KubernÉtica (2011), en <https://www.santikoval.com/documentos/articulos-academicos/critica-al-dualismo-cartesiano.pdf> [11-04-2020].



2. *Análisis de las premisas éticas*

Como se ha señalado, las premisas éticas de la Teoría de género se cimientan en gran parte en el utilitarismo hedonista. No obstante, esta doctrina ética presenta no pocas aporías. Y es que mantener que el fin único del hombre es el propio bienestar subjetivo plantea serias dificultades lógicas³⁹:

a. El hedonismo utilitarista no está en grado de formular juicios morales con validez universal. Y es que el bienestar particular puede significar menoscabar el placer de otros e incluso infringirle sufrimientos.

b. La experiencia común nos enseña que renunciamos a placeres o un bienestar momentáneo por bienes que consideramos mayores. En ese sentido, estamos apelando a un criterio extrasubjetivo para jerarquizar nuestros actos, ya que por momentos el placer deja de ser el único criterio de conducta.

c. El bienestar no puede ser referencia absoluta, ya que en sí mismo es mudable y corre el riesgo de perderse constantemente.

d. El bienestar sólo se alcanza objetivamente, ya que el deseo por sí mismo no nos satisface. Entonces es lo objetivo lo que regula el bienestar. Por ese motivo, no se pueden equiparar las nociones de “vida lograda”, con “sensación subjetiva de felicidad”. Y es que la vida lograda corresponde a la realidad que tiene como efecto necesario la felicidad particular, o sensación de bienestar. Pero, como es evidente, en un sentido inverso no se puede dar, ya que el efecto no puede generar la causa. Por ello, la intención del movimiento trans de querer que la percepción subjetiva de bienestar genere o modele lo que debe ser la vida lograda es a todas luces incorrecto. Y prueba de ello, es que particularmente las personas transexuales buscan modificar la realidad de su sexualidad, para que la nueva realidad produzca el bienestar que buscan, es decir, terminan confirmando que el bienestar es efecto de la realidad.

Con esta exposición de razones nos parece que el utilitarismo hedonista no puede ser una referencia axiológica en nuestra conducta y, en particular, en el momento de valorar la legitimidad moral del transexualismo. A modo de corolario, hacemos algunas referencias específicas a la cuestión estudiada en este trabajo:

a. Es manifiesto que quienes promueven los movimientos trans parten de un deseo genuino de lograr el bienestar de esas personas. Sin embargo, el bienestar subjetivo por

³⁹ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 36-47.

sí mismo no es un criterio ético, ya que eso rompería cualquier posibilidad de predicación moral universal. Con todo, la Teoría de género y su correspondiente movimiento ético, “la perspectiva de género” se presentan como universalmente válidas.

b. Si bien es innegable que las personas trans padecen un gran sufrimiento al percibir su cuerpo como una realidad ajena a su identidad, empero, ese padecimiento por sí mismo no puede justificar una norma ética universal, pues en sí mismo es un aspecto particular. Por otra parte, ese sufrimiento no puede ser suprimido negando o falseando la realidad, ya que el bienestar es efecto de la realidad.

c. La realización de la persona es conducir a plenitud la realidad y no la mera subjetividad.

3. *Análisis de las premisas antropológicas*

Las premisas antropológicas de la Teoría de género reposan en varias corrientes de pensamiento como hemos mencionado a lo largo de este trabajo: dualismo de unión accidental, existencialismo y materialismo dialéctico. Estas teorías concluyen que el hombre es por una parte una realidad biológica neutra y por otra una libertad absoluta que se realiza en el devenir dialéctico de la historia. En definitiva, la persona en su esencia es cultura. No obstante, las tesis que emanan de estas corrientes resultan conflictivas en varias de sus partes:

a. El dualismo antropológico cartesiano ha sido ampliamente criticado a lo largo de la historia, ya que la separación entre el alma y el cuerpo en el ser humano nos ha arrastrado hacia aporías insuperables, que el mismo Descartes notó y que vanamente intentó resolver⁴⁰. Y es que para Cartesio el cuerpo y el alma son dos sustancias completas, heterogéneas e incluso opuestas en cuanto a la esencia, por lo cual no pueden guardar ningún tipo de relación. Pero esto supone que no haya forma de justificar nuestra unión no sólo con el mundo exterior, sino también con nuestro mismo cuerpo y la interacción que guardamos con él, lo cual resulta contrario a nuestra experiencia más inmediata. En ese mismo orden de ideas respecto al transexualismo, transgenerismo y travestismo, no tiene sentido que haya una preocupación por la apariencia del cuerpo, su expresión y el ejercicio de la sexualidad si en realidad es algo esencialmente diverso de nuestra verdadera esencia que es la conciencia autopercibida y que configura nuestra identidad.

b. Como bien señala Cartesio la realidad del yo es autoevidente. A pesar de ello, la conciencia tiene un “sí mismo” que la contiene y mantiene a través de las variaciones de los actos. Por tanto, la persona es más que la conciencia que tiene de sí misma, de forma que su

⁴⁰ Cf. S. KOVAL, «Crítica al dualismo cartesiano», *KubernÉtica* (2011), en <https://www.santiagokoval.com/documentos/articulos-academicos/critica-al-dualismo-cartesiano.pdf> [11-04-2020].



realidad no está en la autopercepción sino en el ser sustancial (sin la sustancia ontológica los actos múltiples de la conciencia no existirían ni tampoco serían percibidos como unitarios, pues no tendrían nada a qué hacer referencia: la multiplicidad se dice por relación a la unidad; si la conciencia no tuviera unidad, no existiría, pues sería un sucederse constante de recuerdos y nunca llegaríamos a formular un “yo”). Este ser sustancial es el que le da unidad, especificidad e identidad a la persona. Entonces, no se debe buscar la identidad y definición de la persona en su conciencia sino en su sustrato ontológico⁴¹. Edith Stein lo expresaría de la siguiente forma:

El hecho de poseer la razón distingue a la persona de la hipóstasis en cuanto soporte de la esencia en el sentido amplio. Si existe entre las dos una diferencia verdadera –este tendrá que ser el caso si una ‘forma vacía’ y ‘su llenura’ no solo están unidas exteriormente, sino ligadas esencialmente–, entonces no solamente la naturaleza sino también el ‘soporte’ deben ser algo particular en una persona. Anteriormente hemos llamado al ‘yo’ soporte de su vida: es aquello de lo que brota la vida interior; es lo que vive en esta vida y la experimenta como suya.⁴²

c. Lo idéntico se dice por oposición a lo otro. Pero, mi subjetividad sólo puede ser opuesta a otro cuando es objetivada, es decir, cuando es puesta en la realidad. Si no fuera así, los otros tendrían que ser yo para percibir mi yo, o, el yo que percibirían no sería realmente mi yo; en otras palabras, si mi yo no fuera objetivado no podría comunicarse con ningún ser humano, ni relacionarse con el mundo. Ahora bien, el hombre objetiva su subjetividad a través de su cuerpo, es decir, se hace real y presente a los otros a través de su cuerpo; por lo tanto, es necesario sostener que la identidad del hombre no es exclusiva de su subjetividad o conciencia, sino también viene puesta desde su corporeidad. En definitiva, la identidad del ser humano incluye obligatoriamente su cuerpo, contrariamente a cuanto postula la Teoría del género⁴³.

d. La teoría existencialista que retiene que el hombre en su esencia es una libertad absoluta es claramente insostenible. Y es que este planteamiento nos llevaría a negar una naturaleza o sustrato ontológico que de alguna forma limite esa libertad, pero la nada no puede ser libre, porque “ex nihilo nihil fit”⁴⁴. De igual manera, el reconocer que el único límite

⁴¹ Cf. F. SANTOS, Urbano, Edith Stein, en FERNÁNDEZ LABASTIDA, Francisco – MERCADO, Juan Andrés (editores), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*, en <http://www.philosophica.info/archivo/2011/voces/stein/Stein.html> [11-04-2020].

⁴² E. STEIN, *Obras completas / Santa Teresa Benedicta de la Cruz* en J. URKIZA – F. J. SANCHO, Tomo III, *Ser finito y ser eterno, Espiritualidad - Monte Carmelo - El Carmen*, Madrid - Burgos -Vitoria 2002-2007, 957-958.

⁴³ Cf. E. BURGUETE, «Revisión crítica del discurso...», 47-53.

⁴⁴ Cf. A. ACERBI, *La libertà* in Cornelio Fabro, Edusc, Roma 2005, 5-6.

de la libertad es la libertad de otro, se está reconociendo una realidad tanto del otro como de uno mismo, pero lo real sólo puede ser un existente concreto, es decir, un ser con una naturaleza específica, por lo cual, el hombre no se reduciría a su mera libertad. Igualmente, al retener como límite la libertad del otro se está apelando a un cierto valor absoluto e incondicionado que no puede ser traspasado; pero la libertad en un sentido existencialista no puede justificar tal pretensión, ya que en sí misma es un devenir constante que excluye el concepto de absoluto.

e. El materialismo dialéctico ha sido duramente criticado desde diversos enfoques. Pero por los límites de este trabajo nos limitaremos a mencionar algunos aspectos. En primer lugar, esta doctrina no puede sostener unos derechos naturales individuales de las personas, pues se opone a su mismo concepto socialista y materialista.⁴⁵ En segundo lugar, la lucha de clases propuesta por esta doctrina no es un sistema que instaura justicia, sino más bien es un mecanismo de adquisición de poder, ya que el motivo de polarización de la sociedad es indistinto (clases económicas, clases raciales, clases sexuales...), mientras permita que se alcance un nuevo dominio sobre otros; esto se evidencia en su mismo lenguaje que constantemente alude al término “empoderar”. En tercer lugar, la igualdad absoluta es una pretensión absurda, ya que el mismo concepto de sociedad comprende distinción entre unos y otros en su misma existencia; una igualdad absoluta acarrearía la inexistencia de multiplicidad de los “yo”. En cuarto lugar, la dicotomía con que se separa a la sociedad y se la comprende, tiende, por una parte, a negar la libertad humana (el opresor siempre actuaría como opresor y la víctima como víctima), y por otra, se absolutiza la realidad desde categorías contingentes, y como es bien sabido en lógica, “toda afirmación universal en materia contingente es de suyo falsa”. Finalmente, ya que el marxismo parte de la idea que toda realidad humana está sometida al devenir histórico materialista, su misma teoría cae en este supuesto y debe ser dialécticamente superada; y esto porque al someter todo a un devenir heracleo nada puede mostrarse como absoluto.

Hechas estas consideraciones, al igual que en los apartados precedentes, nos avocamos a extraer algunas consecuencias específicas a la cuestión que estamos indagando:

a. Es preciso afirmar que el hombre es una unidad sustancial de cuerpo y alma. Esta unidad le da su esencia e identidad. Ahora bien, el cuerpo es una realidad sexuada, ya que cada una de sus células se encuentra información genética que lo identifica como hombre o mujer. Por lo mismo, la operación quirúrgica de reasignación de sexo no cambia realmente la sexualidad ni la identidad de la persona, ya que la sexualidad no se reduce a los órganos

⁴⁵ Un ejemplo de esto se encuentra en: AA. VARIOS, «Principios para el empoderamiento de las mujeres en las empresas», ONU Mujeres, Ciudad de México 2016, 23-29, en <http://www.onu.org.mx/wp-content/uploads/2016/12/Em-poderamiento-mujeres-en-empresas.pdf> [11-04-2020].



genitales (está presente en toda la corporeidad), y la identidad no procede de la apariencia sino del ser de la persona que incluye las dos dimensiones señaladas. De ahí que no sea extraño que quienes se realizan la intervención transexual muchas veces se sigan sintiendo como extranjeros en su nuevo sexo.

b. La distinción entre sexo y género como la entiende la Teoría de género resulta infundada, ya que parte de un dualismo antropológico especulativamente indefendible.

c. La Teoría de género considera a éste como una construcción cultural. Pero, como se señaló al hablar del materialismo histórico, esta teoría parte del presupuesto que todo es cultural y, por lo mismo, también ella es cultural; y como lo cultural es particular, no puede proponer tesis con validez universal. Asimismo, no termina de justificar por qué la nueva propuesta culturalmente construida sea mejor que la anteriormente construida; de igual manera, si la sexualidad es una construcción social y mudable, también el transexualismo, transgenerismo y travestismo son constructos culturales que pueden ser modificados o suprimidos.

d. La actitud cívica que se propugna bajo el nombre de “perspectiva de género”, cae en la falacia de la absolutización del contingente; esto no significa que sus propuestas particulares no sean necesarias y muy valiosas, pero la categoría “género” no puede ser la clave de lectura de toda la realidad sociocultural. Así, por ejemplo, no todo asesinato de una mujer es un feminicidio en el sentido que la Teoría de género lo propone, es decir, un asesinato por motivo de género. Se puede asesinar a una mujer, a un transexual, a un transgénero, etc..., por mera avaricia y sin atender a la cuestión de género. Lo mismo dígase de cualquier acto de discriminación, violencia, injusticia social, etc... De igual forma, esta perspectiva puede portar a valorar realidades y tomar decisiones desde una categoría diversa a la que le debería corresponder: por ejemplo, otorgar un empleo por motivo de género y no de la competencia profesional. Finalmente, la perspectiva de género parte de una contradicción intrínseca: defienden grupos de género vulnerables, como las mujeres o las personas transexuales, pero en su misma noción de género todas esas categorías están vacías de contenido, ya que en sí mismas son construcciones sociales mudables. No tiene sentido hacer distinciones ni reivindicar derechos de algo que no tiene un fundamento real, sino meramente subjetivo.

4. Conclusiones del análisis de las premisas filosóficas de la Teoría de género

Con el examen que hemos hecho hasta ese momento nos parece razonable afirmar que la Teoría de género no es sostenible desde el punto de vista filosófico. Sin embargo, extraemos algunas ideas útiles obtenidas de la indagación:

a. La identidad del ser humano es tanto subjetiva como objetiva, es decir, espiritual y física.

b. Es necesario admitir en el hombre una naturaleza ontológica específica, que no se

identifica con su estructura biológica, sino con su totalidad física y espiritual. La naturaleza humana es común a todos los miembros de la especie, pero en cada uno se realiza de forma concreta y biográfica. Por ese motivo, toda persona humana es tal por su naturaleza, pero en su concreción tiene un sexo, una edad, unas características fisiológicas, una historia particular, una cultura, etc...

c. La dignidad, la justicia social y los derechos para que tengan un fundamento real deben basarse en la naturaleza humana, que es el sustrato ontológico con carácter absoluto que da valor y sentido a la dignidad humana⁴⁶.

d. La transformación transexual por medio de la cirugía de reasignación de sexo no conduce a una realización de la persona, pues no realiza o perfecciona la naturaleza humana concreta, sino simplemente modifica una parte de ella para aparentar ser algo distinto de su ser propio.

e. El negar la validez de la Teoría de género no significa minusvalorar a las personas transexuales, transgénero o travestis. Al contrario, se les valora por algo previo y anterior a su sexualidad que es su identidad personal ontológicamente fundada y de donde nacen toda su dignidad y derechos humanos. Aunque, sí es preciso añadir, que eso no significa cumplir todas sus pretensiones, sino aquellas que sean justas, es decir, conformes a su naturaleza humana.

f. La Teoría de género tiene elementos muy valiosos que vale la pena rescatar como son el haber visualizado diversas injusticias que se han cometido tradicionalmente tanto a las mujeres como a grupos homosexuales, transexuales, transgénero, etc..., así como replantear la importancia de la sexualidad en el orden filosófico, social, cultural y jurídico.

V. SITUACIÓN JURÍDICA DEL TRANSEXUALISMO

Una vez expuestos los fundamentos filosóficos de la Teoría de género en que se sustenta el documento "*Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*", haber hecho un examen crítico de la misma y revelar su inconsistencia doctrinal, nos queda reconsiderar la situación jurídica del grupo transexual. Como se ha dicho anteriormente, nos avocamos a este núcleo social por ser el que mayores exigencias legales plantea.

Al repasar los puntos básicos de la cartilla sobre los derechos humanos de los transexuales descubrimos que la mayor parte del texto reclama derechos que en realidad son válidos para cualquier persona. Pero, respecto al grupo transexual asume la siguiente tesis: la posibilidad

⁴⁶ Cf. R. LUCAS LUCAS, *El hombre espíritu encarnado. Compendio de antropología Filosófica*, Sígueme, Salamanca 1995, 239-242.



de elegir la identidad sexual es un derecho humano. Esta tesis conlleva tres prerrogativas: al ser un derecho humano, el Estado debe reconocer el cambio de identidad jurídica, debe favorecer la reasignación quirúrgica de sexo de las personas transexuales, y debe permitir la adopción de hijos.

Pero ¿la posibilidad de elegir la identidad sexual es un derecho humano? ¿En todo caso, podría formar parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad?

Vamos a examinar, pues la cuestión, viendo la motivación, el fundamento, las implicaciones jurídicas, y la jurisprudencia.

1. *El transexualismo desde la motivación jurídica*

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, define los derechos humanos de la siguiente forma:

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes.⁴⁷

Ahora bien, desglosando esta definición y atendiendo al estudio hecho de los aspectos filosóficos que se encierran detrás del transexualismo podemos considerar lo siguiente:

a. Los derechos humanos deben estar sustentados en la dignidad humana. Como se ha dicho, la legitimación teórica del transexualismo parte de la idea que la identidad sexual es una decisión subjetiva independiente de la objetividad física. Sin embargo, retener como basa esta subjetividad significa prescindir de cualquier sustrato ontológico y con ello renunciar a una fundamentación real de la dignidad humana. Asimismo, el transexualismo, como se ha evidenciado, no sólo no se basa en la dignidad humana, sino que la contradice, ya que en el hecho de reasignar quirúrgicamente el sexo se pretende falsificar la naturaleza concreta de la persona. Y si por dignidad se entiende el valor absoluto de la persona por el hecho de ser persona, no se puede tener por absoluto aquello que subordina el propio ser personal a una apariencia distinta de lo que se es.

⁴⁷ AA. VARIOS, «¿Qué son los derechos humanos», Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos> [11-04-2020].

b. Los derechos humanos buscan el desarrollo integral de la persona. La operación transexual, como se ha mencionado en los capítulos precedentes, tiene como finalidad el bienestar de la persona. Pero, el bienestar no se identifica con la realización o el desarrollo de la persona, y no existe realización si se suprime su carácter objetivo o real como procura la Teoría de género. De igual forma, no se puede hablar de desarrollo integral de la persona, si la acción que se ejecuta consiste en negar y falsear una parte de su naturaleza.

A través de este cotejo entre la noción de Derechos Humanos y la concepción del transexualismo resulta claro que la posibilidad de elegir la identidad sexual no es un derecho humano en sí mismo. De igual manera, no se puede considerar que forma parte de otro, como el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que desde el punto de vista lógico un concepto no puede negar el género y afirmar la especie (no se puede decir que ese objeto no es un animal, pero sí es un gato).

A este punto se añade que no puede considerarse un verdadero derecho humano aquello que no tiene un sólido fundamento antropológico y ético, como ha sido demostrado en los apartados previos de este trabajo, ya que esto supondría aceptar una imposición arbitraria.

2. *El transexualismo desde la fundamentación jurídica*

La Cartilla “*Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*” ve en la Carta Magna del Estado Mexicano el principal fundamento jurídico de su propuesta legal. En cita textual dice lo siguiente:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el párrafo quinto de su artículo primero, la prohibición de ejecutar cualquier acción que atente contra la dignidad humana o bien que anule o menosacabe los derechos y libertades de las personas, la cuales tengan su origen en prejuicios del género, sexo, las preferencias sexuales entre otras [...].⁴⁸

A este numeral, como se había referido en el análisis del documento base, se añaden referencias a la La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, La Ley Federal de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y El Código Penal Federal que explicitan en sus diversos ámbitos cuanto está dispuesto en la Constitución⁴⁹.

Con todo, a la luz del artículo primero de nuestra Constitución no resulta suficientemente

⁴⁸ J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero..., 13.

⁴⁹ J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero..., 13.



fundada el derecho humano a elegir la identidad sexual, ya que únicamente se pide que no se discrimine a nadie de sus derechos básicos, debido a que su dignidad humana es anterior a cualquier determinación o acto específico de la persona.

Cosa distinta resulta de otros dos documentos que son referidos en el texto, ya que estos sí hablan explícitamente del derecho a elegir la identidad sexual y las prerrogativas legales que se seguirían:

El Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México desde el 10 de octubre del 2008, en la Ciudad de México se han gestionado una serie de cambios jurídicos que alteran la perspectiva tradicional respecto del derecho a la autodeterminación y a la identidad propia, en especial de las personas Transgénero, Transexuales y Travestis por medio de la reforma al artículo 135 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, se han reconocido plenamente estos derechos a la autodeterminación, a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad al establecer que las personas Transgénero, Transexuales y Travestis podemos pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, o sea cambiar nuestro nombre y sexo en el acta de nacimiento con el fin de que ésta sea de acuerdo a nuestra identidad de género. Además, el 8 de julio de 2014, se realizó una nueva reforma al Código Civil para la Ciudad de México, que refiere básicamente a que el procedimiento de reconocimiento de identidad de género, que anteriormente se debía llevar a cabo por medio de un juicio ante un juez de lo Familiar ahora se resuelva mediante un trámite administrativo a cargo de un juez de Registro Civil. Además reconoce la obligación del estado de respetar y hacer valer los tratados internacionales en materia de derechos humanos que resguardan la integridad del ser humano a partir del reconocimiento y respeto de su identidad [...] para adoptar todas las medidas administrativas y legislativas que garanticen el respeto y reconocimiento legal, así como el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí, asegurándose que todos los documentos de identidad emitidos por el Estado en los cuales se mencione la identidad de género y reflejen su autodeterminación.⁵⁰

La Ley de Salud del Distrito Federal por medio del artículo 24 fracción XXI dota de atribuciones a la Secretaría de Salud de la Ciudad de México para efectuar un programa de atención especializada a la salud de las personas Transgénero y Transexual, mediante, en su caso, el suministro de hormonas, apoyo psicoterapéutico y la realización de acciones preventivas y de tratamiento médico correspondiente en materia de ITS y VIH. Dicha protección que ofrece el gobierno de la Ciudad de México por medio de su Secretaria de Salud deja fuera los servicios de salud correspondientes a la cirugía de reasignación sexual con cargo al erario público. Es de suma importancia que el impacto que se genera derivado de estas legislaciones sean conocidas y aceptadas socialmente. En caso contrario poco

⁵⁰ Ibid., 18-19.

habrá cambiado la situación de vulnerabilidad en las que se nos ha situado a las personas Transgénero, Transexuales y Travestis, pues, los prejuicios sociales seguirán expresándose en la mofa, el rechazo, e incluso actos criminales contra nuestra población.⁵¹

No obstante, aunque existe la mención inequívoca al derecho a la libre elección de la identidad sexual, se apela a dos códigos locales, por lo que no pueden ser fundamentación suficiente para un documento que busca tener validez en todo el territorio nacional.

3. *El transexualismo y sus implicaciones jurídicas*

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México establece, respecto a las implicaciones jurídicas lo siguiente:

Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos. En el plano individual, así como debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.⁵²

Por cuanto respecta al transexualismo, el documento base que estamos analizando establece como obligación del Estado evitar cualquier acto de discriminación y violencia contra este colectivo y también adoptar algunas medidas positivas que garanticen que la elección de la identidad sexual sea efectiva, es decir:

- a. La posibilidad jurídica de solicitar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, es decir, cambiar el nombre y el sexo en el acta de nacimiento con el fin de que ésta sea de acuerdo a la nueva identidad.
- b. Ofrecer apoyo médico y psicológico en el proceso de reasignación de sexo.
- c. Aceptar la capacidad jurídica de las personas transexuales a adoptar hijos.

⁵¹ J.C. CERVANTES MEDINA, Los derechos humanos de las personas transgénero..., 19-20.

⁵² AA. VARIOS, «¿Qué son los derechos humanos...», en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos> [11-04-2020].



Ahora bien, a nuestro entender, las tres medidas positivas no se pueden constituir en una obligación del Estado, ya que, si la capacidad a elegir libremente la identidad sexual no es un derecho humano, su realización efectiva deja de ser un deber. En efecto, es bien conocido el principio jurídico, "lo accesorio sigue la suerte del principal". A esto hay que adjuntar que el apoyo médico en la reasignación de sexo tampoco puede ser considerada como una medida extraída del derecho a la salud, ya que no se busca restablecer la salud física de la persona transexual a través de la intervención hormonal o quirúrgica, sino satisfacer una percepción subjetiva que es de una índole diversa a la meramente corporal.

4. *El transexualismo en la jurisprudencia mexicana*

Las directrices señaladas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México respecto al transexualismo sólo se vuelven relevantes para el ámbito legal en el momento que se judicializan. Es por ese motivo que es preciso acudir a la jurisprudencia para verificar, por una parte, que los principios trazados se vuelven operativos en el orden social y, por otra, nos permiten evidenciar de forma más precisa la hermenéutica con que las autoridades responsables mexicanas resuelven las controversias jurídicas relacionadas con este tema. Desde este tenor, referimos una jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia que nos servirá para ejemplificar en qué manera se sustentan las orientaciones de la Comisión de Derechos Humanos en la práctica legal: Amparo en revisión con folio 1317/2017⁵³.

En el Amparo en revisión citado, si bien la Suprema Corte de Justicia atiende primordialmente a una cuestión procesal-administrativa relacionada a la modificación de nombre derivada de un cambio de identidad sexual, la responsable retiene que es preciso contextualizar el caso desde un panorama teórico que le permita resolver conforme a justicia:

A partir de lo anterior, es claro que en la presente hipótesis se está ante un caso jurisdiccional que involucra la orientación sexual o la identidad de género, por lo que es necesario establecer determinados conceptos a fin de obtener un claro panorama sobre el tema, los cuales se retoman tanto del Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en ese tipo de casos, editado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación como de la opinión consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. a. Sexo. Cuando se habla de "sexo" se hace referencia a los cuerpos sexuados de las personas; esto es, a las características biológicas (genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas) sobre cuya base

⁵³ Cf. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en revisión 1317/2017, en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%201317-2017%20PDF%20p%C3%BAblica.pdf> [11-04-2020].

una persona es clasificada como hombre o mujer al nacer. b. Sexo asignado al nacer. Esta idea trasciende el concepto de "sexo" como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre. En México, el sexo se asigna a las personas al nacer, incluyéndolo como un dato en el acta de nacimiento. La legislación civil mexicana incluye dos posibilidades: una persona puede ser clasificada como hombre o como mujer.

c. Género. Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas. Así, mientras que "sexo" se utiliza para hacer referencia al cuerpo sexuado y permite distinguir entre hombres, mujeres y personas intersex, "género" refiere al resto de atributos que, social, histórica, cultural y geográficamente, se le han asignado a los hombres y a las mujeres. "Género" se utiliza para referirse a las características que social y culturalmente se consideran identificadas como "masculinas" y "femeninas".

d. Identidad de género. La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. En tal virtud, la identidad de género supone la manera en que la persona se asume a sí misma, es decir, si adoptará para sí una identidad más "masculina" o más "femenina" de acuerdo a los parámetros culturales imperantes en cada sociedad.

e. Expresión de género. Se entiende como la manifestación externa del género de una persona a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

f. Transgénero o persona trans. Persona cuya identidad o expresión de género es diferente del sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término global utilizado para describir



las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, entre otros. En el aludido Protocolo esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que para referirse a las "personas trans" también se han usado, y se continúan utilizando, otras denominaciones, como "travesti", "transgénero" y "transexual". La diferencia entre ellas radica en el alcance de las modificaciones que realizan a sus cuerpos, comportamientos y atuendos en relación al género (para transitar del asignado al nacer a aquel con el que se identifican). Se utiliza el término "trans", porque todas las posibilidades resultan jurídicamente protegidas. g. Persona cisgénero. Recientemente, se ha comenzado a utilizar el término "cisgénero" para las personas cuya identidad de género y sexo asignado al nacer son concordantes. h. Intersexualidad. Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son⁵⁴.

Este marco teórico referido por la Suprema Corte de Justicia resulta sumamente útil para corroborar que efectivamente se asume plenamente la doctrina antropológica contenida en la citada cartilla *"Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis"*, esto es, la identidad sexual es en última instancia una construcción social y, por lo mismo, es posible elegirla y modificarla.

Por otra parte, la Suprema Corte cuando motiva y fundamenta su resolución en el caso examinado afirma lo siguiente:

Los anteriores motivos de agravio son fundados en su causa de pedir, pues el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz establece una distinción que se traduce en la existencia de dos trámites para la adecuación de datos esenciales del acta de nacimiento, los cuales deben substanciarse ante autoridades

⁵⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en revisión 1317/2017, 12-17.

distintas (una jurisdiccional y otra administrativa); y tal distinción, al carecer de razonabilidad, deriva en la existencia de una discriminación normativa directa. El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que interesa, estatuye: “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” La mera lectura del precepto constitucional transcrito evidencia que nuestra Norma Fundamental reconoce que la dignidad humana es base y condición de todos los demás derechos. Al respecto, este Alto Tribunal, en la tesis P. LXV/2009 ha sostenido que del derecho a la dignidad humana se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros: * El derecho a la vida. * A la integridad física y psíquica. * Al honor * A la privacidad. * Al nombre. * A la propia imagen. * Al estado civil. * El propio derecho a la dignidad personal. * Al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger la apariencia personal; la profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. Consiguientemente, relacionado al libre desarrollo de la personalidad está el derecho a la identidad personal y, particularmente el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en que la persona se asume a sí misma. En efecto, como se dijo antes, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la percibe, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de



la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación. Sobre este punto, recientemente la Corte Interamericana ha referido que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con una constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos.⁵⁵

Ahora bien, desde los señalamientos hechos por la Suprema Corte se puede inferir lo siguiente:

a. La Suprema Corte fundamenta jurídicamente en el artículo primero de la Constitución Mexicana la dignidad humana como base de todos los derechos. Desde esta solera hará derivar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, del cual, a su vez, dependerá el derecho a la elección de la identidad sexual y sus implicaciones legales. Por lo tanto, para la Suprema Corte el derecho a la elección de la identidad sexual forma parte del derecho a la libre determinación de la persona. Es entonces que desde la exégesis de la autodeterminación que se han de analizar todos los casos relativos al transexualismo, transgenerismo y travestismo.

b. La Suprema Corte sostiene que el reconocimiento de la identidad autodeterminada por la persona conlleva su reconocimiento legal, el cual le permitirá el ejercicio pleno de sus derechos. Desde esta perspectiva implícitamente se asevera que la autopercepción subjetiva es la base que construye y legitima el orden objetivo, incluso el legal.

Así pues, en los párrafos aludidos del Amparo en revisión es patente que la interpretación adoptada por la Suprema Corte concuerda en su esencia con cuanto esta propuesto en la cartilla de la Comisión Nacional de Derechos Humanos relativa a los grupos trans: se parte de que la elección a la identidad sexual es un derecho humano del que emanan una serie de obligaciones para el Estado como es, en este caso, el reconocimiento legal del género escogido por la persona.

⁵⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Amparo en revisión 1317/2017, 39-42.

Sin embargo, como se ha señalado a lo largo de este artículo, esta serie de presupuestos adoptados por la Suprema Corte resultan insostenibles ya que:

a. Es teóricamente contradictorio retener, por una parte, una dignidad humana, que únicamente cobra sentido en la aceptación de la existencia ontológica de una naturaleza humana, y apoyar en ella todo el edificio jurídico, y, por otra, interpretar todo el cuerpo legal desde una visión existencialista cuyo eje es la autodeterminación absoluta que excluye la afirmación de una naturaleza y una dignidad humana.

b. Es prácticamente inadmisibles que el orden legal se base, en última instancia, en la percepción subjetiva, ya que cualquier pretensión de establecer leyes universalmente válidas significaría violentar su mismo cimiento particularista; es más, cualquier tentativa de coerción, característica esencial del derecho, significaría atentar contra la autonomía subjetiva.

5. Conclusiones del análisis jurídico

Desde el punto de vista jurídico, ¿la elección de la identidad sexual es un derecho humano? Sí y no. Si se atiende a las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia emitida recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es evidente que sí. Sin embargo, si se considera bajo la perspectiva de la teleología propia del derecho que es la tutela de la dignidad humana, es igualmente claro que no. Y la razón de fondo es que, dado que el cambio de identidad sexual es realmente imposible, no se puede generar un derecho que pretenda ser real y estar asentado en la naturaleza humana real.

Pese a todo esto, la disforia de género es también una realidad que no puede ser ignorada ni tratada a la ligera. Las personas trans necesitan ser atendidas y cuidadas jurídicamente de forma especial, ya que es un colectivo socialmente muy vulnerable y, de hecho, ha sido lesionado en su dignidad en no pocas ocasiones. Por eso, es preciso agregar una serie de observaciones:

a. El negar que exista realmente un derecho humano a elegir libremente la propia sexualidad no significa en absoluto restar dignidad o aceptar la discriminación o violencia contra personas transexuales, transgénero o travestis. Su dignidad personal debe ser tutelada y garantizada en todo momento, ya que ésta es mucho más profunda y le pertenece a cualquier persona independientemente de su identidad u orientación sexual.

b. Sí es conveniente que exista alguna normativa jurídica específica que garantice y haga operativos los derechos humanos en este grupo de personas, sobre todo, para evitar que sean discriminadas o maltratadas. En ese sentido, se reconoce el esfuerzo que han hecho diversas instituciones para visualizar este problema y proponer medidas concretas para lograr que la dignidad de estas personas sea reconocida y promovida en todo momento.



c. Si bien, como se ha visto en el análisis de este trabajo, no se puede reconocer el cambio de identidad sexual y sus implicaciones fácticas como un derecho, es importante que el Estado sea consciente del sufrimiento que padecen las personas trans al sentirse confundidos ante su propia identidad sexual, y busque de alguna forma apoyarlos a través de diversos medios para que logren reconocerse y valorarse como personas poseedoras de una dignidad absoluta. De igual forma, el Estado debe asegurarse de que las personas trans también sean percibidas y tratadas en la sociedad desde su dignidad.

Finalmente, a modo de acotaciones finales, podemos extraer un par de reflexiones marginales que quizá también valga la pena considerar:

a. La contradicción que existe entre la definición de Derechos Humanos y el documento *“Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis”* promulgados por la misma Comisión y bajo la cual sentencian las diversas instancias judiciales en México, nos muestra que es imperativo en esta institución hacer una revisión profunda y sincera de sus premisas teóricas y, desde esa reflexión, generar un cuerpo coherente, sólido y bien interpretado del catálogo de derechos humanos. De lo contrario, se está cayendo en imposiciones ideológicas y arbitrarias que desdican el objetivo para el cual ha sido instituida esta necesarísima Comisión.

b. El documento *“Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis”* a tenor de la Teoría de género y del materialismo dialéctico, constantemente enfatiza en su lenguaje la distinción entre hombres y mujeres sin una necesidad gramatical o conceptual real. Esta situación, como se expuso en su momento, dicotomiza, enfrenta la sociedad y resulta filosóficamente infundada, además de desdibujar un aspecto esencial de los mismos derechos humanos: tanto los hombres y mujeres estamos unidos en dignidad por nuestra naturaleza humana que es la referencia de toda justicia e igualdad; la comunión en dignidad es anterior a la separación por sexos. Y es que, desde la fragmentación lingüística que busca destacar la fragmentación social, no se puede esperar que se llegue a una verdadera unidad ni a una justicia real para todos. Empero, no se excluye que en ocasiones se necesite hacer énfasis en las cuestiones de género para que la sociedad tome consciencia de las posibles desigualdades e injusticias que imperan en torno a esta problemática.

CONCLUSIÓN

La elección de la identidad sexual y su implementación jurídica no sólo atañe a un grupo minoritario de la sociedad, sino en realidad nos compete a todos. Y es que este caso particular sirve de clave para entender una cosmovisión cultural cada vez más difundida y la forma en que imbuye el orden legal. De igual manera, la visualización de esta situación deviene en una ocasión magnífica para repensar los fundamentos de nuestro sistema forense a cuya luz los derechos humanos han de ser interpretados y aplicados en justicia y en verdad.

Por otra parte, no debe dejar de reconocerse el enorme sufrimiento que experimentan las personas trans quienes no pocas veces sufren discriminación y violencia moral y física. Independientemente de que la elección de la identidad sexual sea un derecho o no, debemos remover nuestra conciencia social y evitar este tipo de acciones contra cualquier ser humano.

Cerramos, por tanto, este artículo recordando una frase de Juan Pablo II:

Quisiera destacar, sin embargo, que ningún derecho humano está seguro si no nos comprometemos a tutelarlos todos. Cuando se acepta sin reaccionar la violación de uno cualquiera de los derechos humanos fundamentales, todos los demás están en peligro. Es indispensable, por lo tanto, un planteamiento global del tema de los derechos humanos y un compromiso serio en su defensa. Sólo cuando una cultura de los derechos humanos, respetuosa con las diversas tradiciones, se convierte en parte integrante del patrimonio moral de la humanidad, se puede mirar con serena confianza al futuro. En efecto, ¿cómo podría existir la guerra, si cada derecho humano fuera respetado? El respeto integral de los derechos humanos es el camino más seguro para estrechar relaciones sólidas entre los Estados. La cultura de los derechos humanos no puede ser sino cultura de paz.⁵⁶

BIBLIOGRAFÍA

AA. VARIOS, *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, Yogyakarta 2007, en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>.

AA. VARIOS, «Principios para el empoderamiento de las mujeres en las empresas», *ONU Mujeres*, Ciudad de México 2016, 23-29, en <http://www.onu.org.mx/wpcontent/uploads/2016/12/Empoderamiento-mujeres-en-empresas.pdf>.

AA. VARIOS, «¿Qué es la perspectiva de género y por qué es necesario implementarla?», *Gobierno de México – Comisión Nacional para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres*, en <https://www.gob.mx/conavim/articulos/que-es-la-perspectiva-de-genero-y-por>

⁵⁶ JUAN PABLO II, «Mensaje de su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la XXXII Jornada de la Paz. 1 de enero de 1999. El secreto de la paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos», La Santa Sede, en http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_14121998_xxxii-world-day-for-peace.html [11-04-2020].



que-es-necesario-implementarla?idiom=es.

AA. VARIOS, «¿Qué son los derechos humanos», Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, en <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.

ACERBI A., *La libertà in Cornelio Fabro*, Edusc, Roma 2005.

BRUNET I., «La perspectiva de género», *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* 9 (2008), 15-36, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2983329>.

BURGUETE E., «Revisión crítica del discurso de género a la luz del realismo metafísico», en J. AZNAR (coord.), *Transexualidad. Valoración Pluridisciplinar del fenómeno y su regulación legal*, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Valencia 2017.

CERVANTES MEDINA J.C., *Los derechos humanos de las personas transgénero, transexuales y travestis*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-24/17*, CIDH en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

DÍEZ E., «Los derechos de la mujer en el derecho internacional?», *Revista española de Derecho Internacional*, 63 (2011), 87-121, en http://bibliotecaculturajuridica.com/biblioteca/arxius/PDF/REDI_VOL_LXII_2_2011/03_PERALTA_digital.pdf.

ENGELS F., *El origen de la familia. La propiedad privada y el estado*, Fundamentos, Madrid 1996.

ESPASANDÍN C., «Articulaciones entre marxismo y feminismo: ayer y hoy», *Revista Katálysis* 21 (2018), 584-593, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6794862>.

JUAN PABLO II, «Mensaje de su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la XXXII Jornada de la Paz. 1 de enero de 1999. El secreto de la paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos», La Santa Sede, en http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_14121998_xxxii-world-day-for-peace.html.

KOVAL S., «Crítica al dualismo cartesiano», *KubernÉtica* (2011), en <https://www.santiagokoval.com/documentos/articulos-academicos/critica-al-dualismo-cartesiano.pdf>.

LARRET O. L., «La justificación de la libertad del hombre frente a la omnipotencia divina en la ética de Guillermo de Ockham», *Revista Española de Filosofía Medieval* 2 (2004), 149-163.

MARTÍNEZ J.I., «¿Qué significa la “perspectiva de género”?», *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales* 11 (2010), 75-76, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3680833>.

LUCAS LUCAS R., «Natura e libertà», en R. LUCAS LUCAS (ed.), *Veritatis Splendor. Testo integrale con commento filosoficoteologico tematico*, presentazione del card. Joseph Ratzinger, San Paolo, Cinisello Balsamo 1994.

-----, *El hombre espíritu encarnado. Compendio de antropología Filosófica*, Sígueme, Salamanca 1995, 239-242.

MATEU C., «Aspectos sociológicos. Construcción de una sociedad desde los organismos internacionales», en J. AZNAR (coord.), *Transexualidad. Valoración Pluridisciplinar del fenómeno y su regulación legal*, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Valencia 2017.

MILL S., *El utilitarismo*, Cap. II, en E. GUIZÁN (Tr.), Alianza Editorial, Madrid 1997³.

MORANDINI F., *Critica*, P. U. Gregoriana, Roma 1971.

OCKHAM G., *Summa logicae*, Cap. XIV. 3495, en C. FERNÁNDEZ, *Los filósofos medievales. Tomo II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1979.

PÉREZ M.J., *Manual para el uso del lenguaje incluyente y con perspectiva de género*, Comisión Nacional para prevenir y erradicar la violencia de género, Ciudad de México 2016, en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/183695/Manual_Lenguaje_Incluyente_con_perspectiva_de_g_nero-octubre-2016.pdf.

SANTOS F., Urbano, *Edith Stein*, en FERNÁNDEZ LABASTIDA, Francisco – MERCADO, Juan Andrés (editores), *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line*, en <http://www.philosophica.info/archivo/2011/voces/stein/Stein.html>.

STEIN E., *Obras completas / Santa Teresa Benedicta de la Cruz* en J. URKIZA – F. J. SANCHO, Tomo III, *Ser finito y ser eterno*, Espiritualidad - Monte Carmelo - El Carmen, Madrid - Burgos -Vitoria 2002-2007.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Amparo en revisión* 1317/2017, en <https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/sentenciasemblematicas/sentencia/2020-01/AR%201317-2017%20PDF%20p%C3%BAblica.pdf> [11-04-2020].

-----, *Protocolo de actuación para quienes imparten imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*, a cuidado de E. Vela Barba, SCJN, Ciudad de México 2015 en <https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/pages/igualdad/protocolos/orientacion.pdf>.

TREJO E., *Transgéneros*, Dirección General del Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, México, D.F. 2006, 6-11, en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-04-06.pdf>.



LA CONFIANZA LEGÍTIMA, UN PRINCIPIO DE DERECHO PENDIENTE

Autor //

Jorge Vargas Morgado¹

Sumario:

Introducción; I. La discrecionalidad administrativa; II. El principio de la confianza legítima; II. a Primera vertiente. El caso de la Viuda de Berlín; II. b Segunda vertiente. La homogeneidad en el actuar público; III. La necesidad de establecer el principio de confianza legítima en México; IV. Colofón. Bibliografía.

Introducción

Los principios que envuelven el edificio jurídico son resultado de la evolución histórica de las instituciones normativas en las distintas sociedades, las cuales imponen su sello distintivo atendiendo a sus experiencias, idiosincrasia y anhelos.

La seguridad jurídica, la igualdad, la no retroactividad, la fundamentación, la motivación y demás principios esenciales de derecho a veces se constituyen en derechos fundamentales específicos, en otras, como en el importante caso de la seguridad jurídica, la Constitución mexicana no lo refiere directamente, lo menciona tangencialmente, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia lo considera parte esencial del elenco de principios básicos de derecho que se incluyen en la ley fundamental.

Pues bien, hay un principio novedoso en el mundo, apenas tiene sesenta años, que soluciona los abusos propios y frecuentes de la discrecionalidad en el actuar de la autoridad, este novel principio es la denominada *confianza legítima*.

I. La discrecionalidad administrativa

Doctrinadores y tribunales jurisprudentes han vertido cientos de litros de tinta sobre el papel en blanco para intentar explicar e inclusive para cantar auténticas elegías a la denominada facultad o poder o potestad discrecional de la autoridad, particularmente la administración pública.

No obstante, tan denodado esfuerzo académico y jurisprudencial no ha dado fruto efectivo que la justificación del abuso de poder de la autoridad y de una administración pública dictatorial, de abolengo imperial.

¹ Doctor en Derecho. Investigador en la Universidad Anáhuac Querétaro.

La doctrina, generalizadamente, ha sostenido una línea de pensamiento que nos indica que, en ocasiones, la autoridad no actúa regladamente, sino ejercitando una competencia de márgenes amplios en supuestos en los que la autoridad tendría la libertad de decidir aspectos como el de actuar o no; en caso afirmativo, cómo actuar y en qué sentido hacerlo. En este sentido el maestro Gabino Fraga, en su emblemática obra afirma:

...el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación.²

Este postulado tan amplio en los posibles alcances de las decisiones públicas no congenia con lo que es un auténtico Estado de derecho, en el que debe imperar el respeto de los derechos fundamentales de las personas, dentro de los que se cuenta el derecho a la legalidad en la actuación pública, en esa legalidad no cabe la figura de una administración operando liberalmente como en una obra de *teatro performance*, frente al simple parroquiano que no tiene asidero alguno que le signifique la garantía necesaria del derecho a la seguridad jurídica ni la sensación de valía y veracidad de sus derechos ante la actuación pública.

En términos mucho más morigerados y razonables Teresita Rendón propone que:

La potestad discrecional se considera como opuesta a la reglada, en tanto que la administración ante determinadas situaciones, dispone de un margen de elección, que le permite hacer o no hacer y, en este segundo caso, puede disponer de varias soluciones.³

Es decir, atendiendo este último enunciado comprenderíamos que la llamada discrecionalidad se presenta únicamente en ciertos casos y sometida a márgenes determinados por la norma.

Pero preguntémosnos, qué márgenes legales podríamos citar acerca de los actos administrativos llamados discrecionales, propongo los siguientes:

- El acto *discrecional* a realizarse debe necesariamente estar previsto en la ley. Por lo que no cabe la posibilidad de que la autoridad realice actos que pudiéramos llamar innominados, es decir, actos no previstos ni reglados en la norma jurídica.

² Fraga, Gabino. DERECHO ADMINISTRATIVO. México. Porrúa. 31ª edición. 1992. p. 232.

³ Rendón Huerta Barrera, Teresita. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. Quito. Cevallos. 2012. p. 48.



- El procedimiento para la emisión del acto administrativo debe también ser conforme al procedimiento administrativo de ley.
- El acto debe tener una finalidad específica prevista en la norma que lo crea como institución normativa abstracta y debe igualmente tener una finalidad concreta individualizada debidamente motivada a partir de la finalidad abstracta de la institución.
- Desde luego queda eliminada la posibilidad de que un acto administrativo se pretenda motivar en el *interés público*, sin explicación motivacional puntual.
- El acto administrativo emitido estará sometido a la competencia de los tribunales en caso de inconformidad del particular.

Acerca del último punto de los mencionados previamente, el maestro García de Enterría plantea que, el ejercicio llamado discrecional no sólo obedece a reglas, sino que su ejercicio está sometido a la auscultación que, en su caso, se reclamara al tribunal competente:

Hoy, sin perjuicio del respeto que se debe a la capacidad de elección que la Ley confía a la Administración, cuando así lo pretende, la discrecionalidad está sometida al ordenamiento jurídico, y por tanto al juez, como toda actividad administrativa y no es una excepción a ese procedimiento.⁴

Así entonces surge irrefrenable la pregunta ¿qué queda de la llamada potestad o poder discrecional? La mejor respuesta que se puede ofrecer es: No queda cosa alguna relevante o atendible.

Lo cierto es que verdaderamente no encontramos tales potestades o poderes discrecionales, lo que hay es una mera *competencia discrecional*, no una potestad no una atribución, sino un mero espacio de ejercicio competencial.

André Gonçalves Pereira señala que la discrecionalidad no proviene de la ausencia de la ley sino que procede de ella⁵, en este sentido Bandeira de Mello señala que cuando la solución administrativa no pueda ser unívoca, habrá de elegirse la que sea “más adecuada a la satisfacción de la finalidad legal”⁶, es entonces un ejercicio competencial y no una potestad o poder porque se sujeta a los fines y necesidades de la función del órgano, por lo que no está en la voluntad o en el ánimo libre del titular del órgano, sino que la decisión está determinada por el diseño competencial del referido órgano y por las funciones y fines que la norma de determina

⁴ García de Enterría Eduardo. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL CAMBIO DE SIGLO. Querétaro. Fundap. 2003. p. 54.

⁵ Citado por Bandeira de Mello, Celso Antônio. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO. México. Porrúa-UNAM. 2006. p. 814.

⁶ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Ídem. p. 825.

Esto no es un juego de palabras, si la discrecionalidad la ubicamos en la competencia y no en la atribución, nos encontramos cómodamente ante atribuciones regladas respecto de las que la autoridad tiene márgenes de ejercicio competencial definido por la función del órgano actuante y no ante atribuciones libérrimas que conducen al actuar arbitrario de la autoridad.

En este sentido, el imprescindible León Duguit comenta:

El Consejo de Estado es siempre competente para apreciar el fin que ha determinado el acto y decide su anulación si estima que el administrador, aun manteniéndose en los límites de su competencia, ha perseguido un fin distinto del que la ley consideraba al otorgarle dicha competencia⁷

La debida normación del actuar administrativo, es pues esencial para que efectivamente estemos en presencia de un sistema jurídico que busca alcanzar el Estado de derecho y no de un sistema político basado en la fuerza irresistible del Estado, o peor, de los titulares de los órganos públicos. Edgar Bodenheimer contundentemente afirma que el Derecho administrativo:

Perdería su carácter de rama jurídica si su función consistiera en describir y enumerar los poderes ejecutivos y discrecionales de que se inviste a los órganos administrativos⁸.

En el mismo tenor, Hans Kelsen propone la imposibilidad de la discrecionalidad absoluta, salvo que se renuncie a considerar como jurídico el acto de la autoridad, lo dice de esta manera:

Por tanto, el arbitrio no es nunca absoluto; todo acto libre de apreciación presupone ya una norma, pues de otro modo sería imposible reconocer el carácter jurídico de aquel acto, ni la cualidad del órgano estatal del hombre que lo realiza;...⁹.

Efectivamente, el administrativo dejaría de ser Derecho si se entregara a la mera demarcación de poderes discrecionales y vendría a ser una simple descripción empírica del fenómeno administrativo.

Roscoe Pound plantea un horizonte pesimista cuando señala:

Lo que diferencia la decisión administrativa de las funciones de la justicia judi-

⁷ Duguit, León. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO (PÚBLICO Y PRIVADO). Buenos Aires. Heliasta. 2001. p. 125.

⁸ Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. México. Fondo de Cultura Económica. 2004. 2ª edición en español, 3ª reimpresión. p. 118.

⁹ Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. México. Colofón. 2ª edición. 2005. p. 319.



cial es la falta de contenciones y limitaciones sobre la acción arbitraria, torcida o ilegal (en el sentido de falta de acuerdo con los derechos legales de los individuos) en caso de comparación con las numerosas y eficaces contenciones y limitaciones en el otro¹⁰.

El anterior es un panorama que parecería haber sido escrito teniendo el autor en mente la situación de la Administración pública en México. En otro sentido, Bodenheimer da luz en la ruta a seguir cuando opina que:

Debe definirse al Derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas¹¹.

Esta es una dimensión del Derecho administrativo moderna y garantista.

En un sentido paralelo, por ejemplo, Hartmut Maurer, refiriéndose a la intervención de la autoridad en la libertad y propiedad de las personas, que son ámbitos de fundamental importancia para el tema del que venimos conversando dice:

Las potestades de intervención de la administración, en lo que respecta a su contenido, objeto, finalidad y alcance, deben estar suficientemente precisadas y delimitadas por la ley, de modo que las correspondientes limitaciones sean previsibles y calculables¹².

Así entonces, León Duguit, en el despliegue de su teorización acerca del servicio público como la actividad esencial del edificio público, simplemente afirma: “En Francia el acto discrecional pertenece al pasado”¹³, debido a que la administración pública únicamente realiza lo atinente al servicio público, es decir, el fin competencial de la Administración pública sería ese, el servicio público, que es, evidentemente, muy superior al fin de interés público.

En línea semejante quisiera aludir a Rudolf von Ihering quien afirmara que: “enemiga jurada del arbitrio, la forma es la hermana gemela de la libertad”¹⁴, de suerte entonces que hay que entender al arbitrio como contrario o por lo menos tensor de la libertad y del derecho de las personas, por ello hemos ser cautos y tacaños con lo que le confiamos a la administración

¹⁰ Pound, Roscoe. JUSTICIA CONFORME A DERECHO. México. Colofón. 1995. p. 76.

¹¹ Bodenheimer, Edgar. Op cit. p. 118.

¹² Maurer, Hartmut. DERECHO ADMINISTRATIVO. Madrid. Marcial Pons. 2011. p. 156.

¹³ Duguit, León. Op cit. p. 125

¹⁴ Citado por Bandeira de Mello, Celso Antônio. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO. México. Porrúa-UNAM. 2006. p. 83.

pública, porque es propio de la autoridad el tender hacia el abuso.

En México, la pretendida atribución discrecional, ha llegado a extremos indeseables y ha generado una perturbación política además de jurídica, la cual ha conducido al sector público a la práctica de vicios profundos e inveterados, el historiador y politólogo Adolfo Gilly, con gélida precisión ha expuesto que:

Dura lex sed lex no es un aforismo propio de la politicidad mexicana. La ley, más que fijar normas válidas en todos los casos, determina marcos dentro de los cuales se negocia caso por caso. “a los amigos, justicia y gracia; a los enemigos, la ley a secas”, decía Benito Juárez,...”¹⁵.

Es decir, en México la práctica del derecho por parte de la autoridad, principalmente desde la administración, no obedecería a la aplicación uniforme y racional de la norma, sino que correspondería en gran y displicente medida, a argumentos huecos o francamente falsos, envueltos regularmente en vacuas expresiones como *interés público*, *interés social*, y otras de similar calado, utilizándolas para justificar y hasta enaltecer todo género de arbitrariedades.

Verídicamente, las autoridades administrativas recurren a esas expresiones no para motivar sus actos, sino precisamente para lo contrario, para evitar el esfuerzo y la disciplina de razonar motivos, sustituyendo la obligación constitucional de motivar con la mera alusión de los sortilegios *interés público*, *interés social* y demás expresiones análogas, pretendiendo con ello dictaminar todo tipo de asuntos sometidos a su resolución, usando los mismos fundamentos y las mismas expresiones para conceder y para negar, para dispensar y para sancionar, aún en temas similares, obedeciendo a los intereses políticos o económicos que les impulsan y no a la ley y su razonable aplicación.

La frase del benemérito citada por Gilly es la manifestación de una forma cínica de hacer política y de gobernar que tanto daño ha hecho a nuestro país.

La aplicación y la ejecución, de la ley deben ser homogéneas porque el ejercicio jurídico de la administración (y de todo el sector público en realidad) debe expresarse siempre de la misma forma ante circunstancias análogas, sin excepciones, y en términos análogos.

También debe ser impersonal el ejercicio autoritario, ya que, por una parte, no deben importar las características, inclinaciones y desafectos del individuo que circunstancialmente ejerce la representación de la institución pública que por su conducto actúa y, por otra parte,

¹⁵ Gilly, Adolfo. CHIAPAS: LA RAZÓN ARDIENTE. México. Ediciones Era. Colección problemas de México. 1ª edición, 2ª reimpresión. 2002. p. 35.



las particularidades del destinatario de la actuación administrativa deben considerarse en función de los derechos fundamentales de las personas y de los aspectos objetivos previstos en la norma o de la política pública correspondiente y no de criterios subjetivos del titular del órgano.

Bandeira de Mello refiere el principio de impersonalidad en la actuación de las autoridades administrativas de la siguiente manera:

En él se traduce la idea de que la administración tiene que tratar a todos los administrados sin discriminaciones, benéficas y perjudiciales. Ni favoritismos ni persecuciones, son tolerables. Simpatía y animosidades personales, políticas o ideológicas no pueden interferir en la actuación administrativa y mucho menos intereses sectarios, de facciones o grupos de cualquier especie¹⁶.

La actuación administrativa debe entonces ser honestamente pulcra, auténticamente decorosa, González Pérez y González Navarro citan la sentencia Tribunal Supremo español de 22 de septiembre de 1990, Sala 3ra., en la que se lee:

El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendiente a cubrir un poder desnudo con una vestimenta pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias, sino que no las haya. Porque lo exige el pudor en las relaciones del poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquel inspire confianza a los administrados¹⁷.

La administración pública en su naturaleza técnica, política y jurídica consiste en un ejercicio funcional, competencial y atributivo regido puntual y estrechamente por la norma jurídica, norma que establece supuestos hipotéticos y criterios de aplicación siempre generales e impersonales, la administración pública es, efectivamente, como muchos autores lo proponen, el Estado en acción, pero no es una acción desatada de reglas, es una acción dirigida por la ley y, muy destacadamente, esmerilada y pulida por los derechos fundamentales de las personas a las que la administración pública se debe.

Hartmut Maurer señala que:

Las normas jurídicas son proposiciones de carácter condicional. Ello significa

¹⁶ Bandeira de Mello, Celso Antônio. Op cit. pp. 78-79.

¹⁷ González Pérez Jesús y González Navarro, Francisco. COMENTARIOS A LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. Pamplona. Thomson-Civitas. 4ª edición. 2007. Tomo I. p. 354.

¹⁸ Maurer, Hartmut. Op. cit. p. 165.

que si una concreta conducta realiza el supuesto de hecho establecido en la ley, debe regir la consecuencia jurídica prevista legalmente.¹⁸

Este autor con precisión explica axiomáticamente que los supuestos hipotéticos normativos son condicionantes de consecuencias necesarias en el campo del derecho, si se concreta un supuesto se ha de provocar el resultado previsto en la ley.

De no ser así, la falta de certitud en la consecuencia jurídica de las normas es el desvanecimiento del derecho y deviene la aparición de una suerte de jungla en la que valen los datos de fuerza y poder y no los principios y las leyes.

No hay duda de que la administración pública es un instrumento regulador de la sociedad, pero por su natural potencia y sus competencias, no es deseable que la administración pública sea una autócrata opresora de la sociedad.

II. El principio de la confianza legítima

Hasta el presente momento en México nos hemos focalizado en las reglas constitucionales y convencionales de *fundamentación* y *motivación* para procurar que el trabajo de las instituciones públicas sea más civilizado y respetuoso de los derechos fundamentales de las personas; adicionalmente hemos agregado, en el campo de la disciplina del servicio público, los principios éticos, entre otros, de *honestidad* y *lealtad*, aspectos que a no dudar son propicios al buen y bien actuar de los órganos de gobierno, pero todos estos principios no han tenido mayor efecto hasta ahora en la contención de la malévola discrecionalidad en el actuar público.

Es preciso señalar que los principios jurídicos no son suficientes para conseguir la legalidad, la honestidad, la razonabilidad, la igualdad y la lealtad de los servidores públicos en su actuar, pues en los amplios márgenes de actuación que conceden las normas jurídicas a los órganos autoritarios se esconden los espacios para el abuso y para la corrupción, dichos márgenes de actuación dan espacio para, en las mismas circunstancias, resolver positivamente o negativamente temáticas similares si no es que idénticas.

Para remediar esta debilidad de los principios esenciales de fundamentación y motivación se ha instaurado en Europa el principio de confianza legítima.

La confianza legítima tiene dos vertientes para ser considerada por la autoridad en la toma de decisiones, las cuales analizaremos a continuación.

II.a Primera vertiente. El caso de la Viuda de Berlín

La primera vertiente por medio de la que opera el principio de *confianza legítima* nació con el paradigmático caso de la *viuda de Berlín*.



Se trató el tema de una viuda avecindada en Berlín Oriental, que fue dictaminada en Alemania Occidental, con derecho a percibir una pensión de viudez, teniendo, entre otras, la obligación de mudarse a Berlín Occidental. La después famosa viuda se trasladó al sector occidental de la ciudad, incurriendo en los esfuerzos y gastos que ello representó, además del alejamiento de su círculo social.

Con el tiempo la autoridad concedente de la pensión, revisando de oficio su caso, llegó a la conclusión de que la susodicha viuda no cumplía con los requisitos para percibir el beneficio concedido, de modo que en cumplimiento del principio de estricta legalidad en el actuar público, se declaró la nulidad del dictamen favorable y, además de paralizar el pago de la pensión, se la requirió devolver las ministraciones hasta ese momento percibidas, en cumplimiento de la necesaria retroactividad de los efectos jurídicos de los actos declarados nulos.

La viuda, cuyo nombre desconozco, acudió al Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, que, en sentencia de 14 de noviembre de 1956, resolvió a favor de la viuda, dejando efectos la declaración de nulidad de los actos administrativos por los que se le retiró la pensión previamente otorgada. La resolución protectora razonó que la concesión inicial de la pensión había generado *la confianza legítima* de la susodicha viuda en la validez del beneficio obtenido, por lo que la autoridad no tenía atribución de actuar en contra de la expectativa que había forjado en el ánimo de la desamparada mujer.

La decisión, auténticamente garantista, como vemos se refiere a la revisión de oficio de los actos administrativos en función del principio de *legalidad de la Administración*, que entra en tensión con el *principio de protección de la confianza* reconocido por la sentencia mencionada¹⁹, lo que Maurer explica de esta manera

... dado que ambos principios se contraponen en el caso de la revisión de oficio de actos administrativos antijurídicos favorables, se debe determinar mediante una ponderación de intereses qué principio debe prevalecer en el caso concreto...²⁰.

Ya que:

... de las normas y principios constitucionales cabe deducir una serie de principios generales de Derecho administrativo, como el principio de la confianza, derivado del Estado de Derecho –y del principio de seguridad jurídica de éste último precedente- y de los derechos fundamentales²¹.

¹⁹ Maurer, Hartmut. Op. cit. pp. 309-310.

²⁰ Ídem. p. 310.

²¹ Ídem. p. 67.

Entonces, frente al evidente conflicto entre la necesaria legalidad en el actuar público y los derechos de los particulares, ambos previstos y protegidos por la norma fundamental, por cierto, en función del individuo y no del Estado o del gobierno, la juzgadora debe ponderar acerca de cuál de los dos principios debe prevalecer, casuísticamente considerados.

Pedro Coviello, citado por Augusto Durán Martínez, lo ilustra así:

“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; ...²².

En México, donde se carece de tribunales verdadera y comprometidamente garantistas, se practica una auténtica estatolatría, no obstante, y a pesar de lo que ello implique en las vidas y en los derechos de las personas. Así, por ejemplo, la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación 1a. XCVIII/2014 (10a.), de rubro FARMACOVIGILANCIA. COMPRENDE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA AUTORIDAD SANITARIA PARA REVISAR LOS REGISTROS SANITARIOS DE MEDICAMENTOS O FÁRMACOS, considera que:

La Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), en términos de su reglamento, es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Salud que cuenta con la capacidad técnica, administrativa y operativa para ejercer las múltiples actividades del control sanitario por medio de sus unidades, por lo que sus facultades principales consisten en realizar verificaciones, supervisiones, monitoreo, imponer sanciones o medidas de seguridad, y otorgar las autorizaciones sanitarias; actividades de las que deriva la facultad de farma-

²² Citada por Durán Martínez, Augusto. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Perspectiva de Derecho Administrativo: Especial Referencia al caso Gelman vs Uruguay. REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS. Núcleo de Investigações Constitucionais UFPR. mayo/agosto. 2014.



covigilancia que refiere a la constante operación de los programas permanentes relativos para verificar una identificación clara de los medicamentos, supervisar y monitorear su comportamiento frente al consumo humano. Por tanto, conforme al artículo 378 de la Ley General de Salud, que dispone que la autoridad sanitaria puede revisar las autorizaciones sanitarias otorgadas en aras de evitar riesgos sanitarios, puede deducirse que la farmacovigilancia de los medicamentos y fármacos comprende también la potestad discrecional de la autoridad sanitaria para revisar su registro sanitario de acuerdo al marco regulatorio vigente, sin necesidad de esperar al término de su vigencia.

Respecto de esta tesis, primeramente y entre paréntesis, quisiera objetar el término *capacidad*, utilizado por los señores ministros de esa Sala, con el que parecen aludir la cualidad de la autoridad que le habilita para actuar, lo cierto es que las autoridades no cuentan con capacidad sino con *competencia* para desarrollar sus actividades.

Pero entremos en materia, pretorianamente la Primera Sala de la Corte afirma que la autoridad sanitaria tendría la atribución de *revisar un registro sanitario de acuerdo al marco regulatorio vigente*, enunciado con el que, se deduce, la Corte determina que la autoridad del caso puede volver sobre sus propios actos para *revisarlos*, entendiéndose de ello que podrá declararlos nulos o revocarlos.

Queda ejemplificado con la anterior tesis de jurisprudencia que el criterio de interpretación utilizado por los tribunales en México apunta hacia la supremacía ya no solo de la legalidad sino ciertamente de la discrecionalidad autoritaria frente a los derechos de los particulares y en perjuicio de éstos últimos y de sus expectativas acerca de lo que sería de esperar razonablemente del actuar público.

II.b Segunda vertiente. La homogeneidad en el actuar público

La segunda categoría para la consideración de la *confianza legítima* es la que consiste en la diversa expectativa del particular de que la autoridad resuelva los casos similares o análogos siempre de la misma forma y no que ante hechos y circunstancias equiparables la autoridad resuelva de manera dispereja o francamente contradictoria, como suele suceder.

Este supuesto nació el 14 de julio de 1960, fecha en que se expidió el Código de Procedimiento Administrativo de la República Popular de Polonia, cuyo artículo 6 rezaba:

²³ Relatado por González Pérez Jesús y González Navarro, Francisco. Op cit. Tomo I. p. 353.

Los Órganos de la Administración del Estado deben, por su forma de proceder, consolidar la confianza de los ciudadanos en relación con los órganos del Estado²³.

La confianza a la que se aludió en aquel sistema jurídico, socialista por cierto, consistía en que la autoridad actuase ordinariamente de forma homogénea, que ante circunstancias similares se produjera siempre la misma decisión, que los particulares tuvieran la aspiración fundada de qué resolvería la autoridad ante el planteamiento de un problema específico similar, que es lo que ordinariamente sucede, que la autoridad haya de resolver asuntos análogos, esa confiable expectativa se genera por el conocimiento de la o las resoluciones previas, alejándose definitivamente de una idea de discrecionalidad abierta e ilimitada.

El principio de la *confianza legítima* genera en el ciudadano una esperanza razonable de cuál será la decisión de la autoridad, este ciudadano se ve orientado ante los signos contenidos en las resoluciones previas en casos análogos, esta virtuosa *confianza legítima* abona sólidamente a la consecución de la garantía de igualdad ante y en la ley, pero no solo eso, sino a la seriedad, lealtad y honestidad en el ejercicio de la función pública.

En España el artículo 9.3. de la Constitución dispone que

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Del anterior texto Eduardo García de Enterría y Ramón-Tomás Fernández coligen que la Constitución de aquél país reclama una protección de *la confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual, para todos, sin discriminaciones injustificadas*²⁴, la anterior deducción la podemos extraer de la mención constitucional hispana de la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los órganos de gobierno.

Acerca de este numeral de la Constitución española, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 200/1989, de 30 de noviembre, argumentó, en el mismo sentido, que el:

²⁴ García De Enterría, Eduardo Y Fernández, Ramón-Thomas. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Bogotá. Temis-palestra. 2008. Tomo I. p. 53.

²⁵ Citado por González Pérez Jesús y González Navarro, Francisco. Op. cit. Tomo I. pp. 356-357.



Carácter formal, por tanto, que tiene mucho ver con el principio de igualdad jurídica (art. 9.3, CE), traducido en la confianza de los ciudadanos de que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual, sin discriminaciones injustificadas, por el juez, salvo que “por éste se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa” (SSTC 30/1978 y 27/1988), como antes se ha indicado²⁵.

Por lo que se refiere a la legislación de la madre patria, la confianza legítima se establecía como uno de los principios de actuación de las administraciones públicas en el artículo 3.1 de la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992.

De los principios de actuación de la administración pública ya hemos hecho notar que deben o deberían ser objeto de defensa ante el contencioso administrativo, de modo que sean verídicos en la medida en que sean exigibles.

García de Enterría comentando el desarrollo del contencioso administrativo como un tribunal garantista ha hecho notar que:

..., el control por los principios generales del derecho (como la proporcionalidad, la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad, la protección de la confianza legítima, etc.) abrió nuevas vías de control²⁶.

El artículo 54.1.c, de la misma ley citada en párrafos recedentes, se señalaba que al abandono del criterio sostenido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos requería de una motivación especial²⁷, es decir, la legislación admitía que se abandonaran los criterios precedentes que hubieran ilustrado a los particulares respecto del sentido que la resolución de autoridad habría de esperarse, pero obligaba a la autoridad administrativa a motivar puntual y precisamente no solo lo que se dictamina en la resolución, como de ordinario se entiende, sino específicamente la autoridad resolutora debe motivar el abandono de el o los razonamientos y consideraciones utilizadas en ocasiones anteriores, para poder decidir ahora en sentido contrario y, también, para que al particular se le exponga claramente las razones legales y casuísticas motivacionales para el abandono del criterio anterior y la adopción del nuevo, de suerte que ese particular afectado cuente con los elementos necesarios para impugnar el cambio de criterio, además de la resolución misma, en el caso de que eso decidiera.

García de Enterría y Fernández advierten a este respecto que:

²⁶ García de Enterría Eduardo. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL CAMBIO DE SIGLO. Querétaro. Fundap. 2003. p. 54.

²⁷ García De Enterría, Eduardo Y Fernández, Ramón-Thomas. Op cit. Tomo I. p. 52.

²⁸ Ídem.

... el precedente reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria²⁸.

La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, publicada en el Boletín Oficial del Estado Español de 25 de octubre de 2015, sustituyó a la ley citada previamente, pero conservó en su artículo 3.1 el principio de confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas y en el artículo 35.c) la obligación de la autoridad de motivar el abandono del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Volteemos los ojos al régimen jurídico de la Unión Europea, de acuerdo a lo que informan González Pérez y González Navarro:

... procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el principio de protección de la confianza legítima es parte del ordenamiento jurídico comunitario y debe ser respetado por los Estados miembros cuando aplica las normativas comunitarias²⁹.

Así pues, el principio de confianza legítima que se construyó hace más de sesenta años es ya un principio generalizado en todos los países asociados en la Unión Europea.

Ahora bien, la confianza legítima, podemos convenir, lleva relación con la seguridad jurídica, pero es un principio jurídico distinto, por ejemplo, la confianza legítima a favor de los derechos de las personas, pero en contra de la estricta legalidad, cercana la seguridad jurídica, en los casos atinentes a la primera vertiente descrita, en los casos en que el particular tenga la expectativa de que la autoridad no declare la nulidad o no prescriba la revocación de sus actos que observen alguna irregularidad o algún cambio en las circunstancias originales de su emisión, en virtud de la gracia que el sistema jurídico ha de otorgar a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos de la institución pública, como Coviello nos ha dicho en cita previa. Es decir, la seguridad jurídica la encontramos principalmente en la norma lingüística y sintácticamente clara, en cambio la confianza legítima la hallamos en la previsibilidad del actuar de la autoridad, favorable al particular, en el ejercicio de las competencias y atribuciones de los órganos públicos, generada por el propio ejercicio previo de las autoridades que han quedado ineludiblemente constreñidas a sus propios criterios.

En otro tenor, la confianza legítima lleva relación con el principio de igualdad, porque

²⁹ González Pérez Jesús y González Navarro, Francisco. Ibid. p. 353.



impone a la autoridad un compromiso integral con sus propias actuaciones frente a los individuos, de manera que una decisión respecto de un sujeto ha de representar un anuncio de la futura decisión en cualquier petición o contienda análoga que en el andar se presente; evidentemente es radicalmente inadmisibles aceptar, lo que sucede en la actualidad, que las autoridades decidan, discriminatoriamente, peticiones o contiendas similares o equivalentes de manera diferente, concediendo o negando, castigando o condonando, todo ello, inclusive, con idénticos fundamento y motivo pero con decisión contraria.

Entonces la confianza legítima somete a la autoridad a sus propios razonamientos que, necesariamente, han de llegar a ser más ponderados y rigurosos, dado que someterán a la autoridad no solo a un caso inicial sino a todos los casos similares que en el futuro se presenten.

De esta manera se corrobora la relación de la confianza legítima con la igualdad o, su correlativa, no discriminación, pero no es la igualdad porque no deja de ser posible que la autoridad, razonado y fundando, decida en forma distinta casos similares, es decir, la confianza legítima es el derecho al respecto de la expectativa no el derecho a la igualdad.

Como vemos, la confianza legítima lleva relación con otros principios, particularmente con el de seguridad jurídica y con el de igualdad ante y en la ley, pero relación no es semejanza, es una mera cercanía, la confianza legítima es un principio en sí mismo, distinto de la seguridad jurídica y de la igualdad, dada su naturaleza y complejidad, independientemente de que lleve relación con esos o con otros principios, como quedo dicho.

III. La necesidad de establecer el principio de confianza legítima en México

No ha llegado el principio de confianza legítima al sistema jurídico mexicano, el constituyente permanente y el legislador ordinario no han reparado en este tema que representaría un avance sustancial en el proceso de refinación de los derechos fundamentales de las personas y sería un gran paso en el proceso civilizatorio del país.

La jurisprudencia mexicana ha hecho esporádicas alusiones a la confianza legítima sin concepto, sin concierto y sin aparente convicción de hacerla verídica como veremos a continuación:

Empecemos citando la tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte, dictada en la décima época, Tesis: 2a./J. 103/2018 (10a.), cuyo rubro es:

CONFIANZA LEGÍTIMA. CONSTITUYE UNA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA, EN SU FACETA DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

En esta tesis la Suprema Corte, por voz de su Segunda Sala afirma:

De lo anterior, puede considerarse la confianza legítima como una manifestación del derecho a la seguridad jurídica, en su faceta de interdicción o prohibición de la arbitrariedad o del exceso, en virtud de la cual, en el caso de que la actuación de los poderes públicos haya creado en una persona interesada confianza en la estabilidad de sus actos, éstos no pueden modificarse de forma imprevisible e intempestiva, salvo el supuesto en que así lo exija el interés público.

¿Qué encontramos en la anterior argumentación?

Que, según los ministros de la Corte, la confianza legítima es tan solo una manifestación del derecho a la seguridad jurídica, lo que disminuye sustantivamente su fuerza pues no alcanza a ver que la confianza legítima es un principio de perfil propio que ha surgido si se quiere relacionado con la seguridad jurídica, con la igualdad, con la lealtad, y con lo que se guste citar, pero que es por sí mismo un principio jurídico distinto a los demás, que surge como progresión de los derechos de los particulares y de los límites a las autoridades en su actuar.

Adicionalmente debe observarse la aterradora abulia jurisprudencial al topar la confianza legítima con la frontera del llamado *interés público*, que es un enunciado sin sentido ni contenido conceptual, que es utilizado por las autoridades más bien como sortilegio, que solo sirve para que dictatorialmente se justifique cualquier arbitrariedad y abuso al pronunciarlo, evitando con su alusión fundar pulcramente y, desde luego, sin motivar en forma alguna su decisión.

Así entonces, al restringir la Corte el concepto de confianza legítima a la monstruosidad del interés público lo anula y su alusión no pasa de ser un intento por maquillar su resolución.

La propia Segunda Sala de la Suprema Corte, en la tesis 2a. XXXVIII/2017 (10a.), de rubro CONFIANZA LEGÍTIMA. SU APLICACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO RESPECTO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS, reitera el anulante criterio del interés público como limitante de la confianza legítima, y le agrega el desconocido interés colectivo, textualmente considera que:

... un elemento indispensable que debe tomarse en consideración al estudiarse si se ha transgredido o no esa figura, es la ponderación efectuada entre los intereses públicos o colectivos frente a los intereses particulares, pues el acto de autoridad podrá modificarse ante una imperante necesidad del interés público.

La Corte nos distrae con la expresión *ponderación* que, para ser real, consistiría en valorar qué principio debe preponderar si el de confianza legítima o el del texto de la ley, pero no



lo plantea de esa manera, para este tribunal la ponderación es para imponer los que llama interés público e interés colectivo –cualquier cosa que eso sea-, de suerte que no pasa de ser un subterfugio para imponer la dictadura del conceptualmente desconocido interés público, además, absurdamente no toma en cuenta que la confianza legítima, en la vertiente de expectativa generada en virtud de los derechos adquiridos por quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos de autoridad, no obstante, hayan sido emitidos en forma contraria a la ley y, por tanto, del sobado interés público.

Permítaseme insistir, si, como suele ser alegado, el interés público, en cualquiera de las acepciones que se elija, fuera superior al interés personal, simplemente no dejaría espacio alguno para la confianza legítima, pues ésta última actúa a favor del particular frente al ostentoso imperio de la autoridad.

En contraste, en un ambiente en el que predominen los derechos fundamentales nacionales y los derechos humanos de vertiente convencional, sería ya imprescindible hacer a un lado la idea absolutista del interés público porque simplemente la idea de un interés pretendidamente superior en manos de los representantes del Estado no encaja en un sistema garantista.

Por supuesto las obras y propósitos colectivos y sociales han de protegerse y desarrollarse, pero no en función del fantasmal sortilegio denominado interés público, que es una la conjetura sin forma, sino en función del ejercicio de la fundada motivación, razonada y ponderada puntualmente, por parte de los órganos públicos.

IV. Colofón

Como hemos visto, una vertiente de la confianza legítima, nació en una resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín, en el caso conocido como de la *Viuda de Berlín*, y, la otra vertiente, nació en una ley polaca; pues bien, la legislación mexicana no menciona la confianza legítima en forma alguna y, por su parte, la jurisprudencia, como es sólito, no ha emitido una conceptualización puntual y abstracta que colocara a la confianza legítima como institución normativa de la talla de los derechos constitucionales de igualdad, fundamentación, motivación e irretroactividad, de modo que, ante el vacío legal en el tema, sería deseable que vía la jurisprudencia se impusiera la confianza legítima como un principio jurídico básico a favor de los particulares, pero, desafortunadamente, no ha sido así.

El actuar de la administración pública y del edificio público entero en México es excesivamente desligada de la claridad jurídica, el ejercicio gubernativo suele ser abusivo, apoyado en innumerables artilugios dentro de los que destaca la varias veces mencionada

³⁰ Sentencia 150/1990, 4 de octubre, citada por González Pérez Jesús y González Navarro, Francisco. Op cit. Tomo I. p. 361.

discrecionalidad, contraria acérrima de los derechos del particular, además de las trampas conocidas con los nombres de Interés público, interés social y otras de similar talante.

La confianza legítima, de acuerdo con el Tribunal Constitucional español es:

Suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio³⁰.

La confianza legítima como principio jurídico ha funcionado en Europa con gran éxito en cuanto al funcionamiento jurídico garantista de la autoridad.

Es imperativo y urgente que en nuestro país se agregue a nuestra Constitución este noble y rico principio, para modernizar el actuar público y para hacer más auténticamente garantista la acción gubernamental.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. SOBRE LA EXISTENCIA DE LA NORMAS JURÍDICAS. México. Fontamara. 2011.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO BRASILEÑO. México. Porrúa-UNAM. 2006.

Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. México. Fondo de Cultura Económica. 2004. 2ª edición en español, 3ª reimpresión.

Duguit, León. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO (PÚBLICO Y PRIVADO). Buenos Aires. Heliasta. 2001.

Durán Martínez, Augusto. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Perspectiva de Derecho Administrativo: Especial Referencia al caso Gelman vs Uruguay. REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS. Núcleo de Investigações Constitucionais UFPR. mayo/agosto. 2014.

Fraga, Gabino. DERECHO ADMINISTRATIVO. México. Porrúa. 31ª edición. 1992.

García de Enterría Eduardo. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL CAMBIO DE SIGLO. Querétaro. Fundap. 2003.

García De Enterría, Eduardo Y Fernández, Ramón-Thomas. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Bogotá. Temis-palestra. 2008.

Gilly, Adolfo. CHIAPAS: LA RAZÓN ARDIENTE. México. Ediciones Era. Colección problemas de México. 1ª edición, 2ª reimpresión. 2002.

González Pérez Jesús y González Navarro, Francisco. COMENTARIOS A LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. Pamplona. Thomson-Civitas. 4ª edición. 2007.

Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. México. Colofón. 2ª edición. 2005.



EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO: UN BALANCE PRELIMINAR¹.

Autor //

Manlio Fabio Casarín León ·

SUMARIO¹

1. *Planteamiento general.* 2. *Principales contenidos de la reforma constitucional y legislación secundaria que crea el sistema nacional anticorrupción.* 3. *Algunos obstáculos y desafíos en torno a su implementación.* 4. *Conclusión.*

1. *Planteamiento general.*

Han transcurrido ya 4 años desde que fue promulgada la reforma constitucional mediante la cual se instituyó el Sistema Nacional Anticorrupción. Este modelo, basado esencialmente en un esquema de coordinación entre autoridades de todos los órdenes de gobierno para la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de esta naturaleza, así como la fiscalización y control de recursos públicos, ha representado el mayor esfuerzo realizado hasta ahora por nuestro país para revertir los alarmantes niveles de corrupción e impunidad acumulados a lo largo de las últimas décadas.

De acuerdo con *Transparencia Internacional*, el índice de percepción de la corrupción 2018 ubica a México en el lugar 138 de 180 países analizados, retrocediendo tres posiciones con relación al año pasado en donde obtuvo una calificación de 28 puntos.² Con este nuevo reporte, correspondiente al último año del gobierno de Enrique Peña Nieto, nuestro país se coloca en último sitio de los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y en la región de las Américas se ubica al final de la lista apenas por encima de Guatemala y Nicaragua, países que actualmente enfrentan severas crisis de gobernabilidad democrática.

· Doctor en Derecho Público. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México.

¹ El presente trabajo fue presentado como ponencia en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, en mayo de 2019.

² Véase <https://www.transparency.org>. El índice utiliza una escala de 0 a 100, en la que cero equivale a un país muy corrupto y cien a uno muy transparente. En 2012, la calificación para el país fue de 34 puntos; para 2015 pasó a 31; en 2016 a 30 y en 2017 a 29, lo que refleja un incremento gradual bastante preocupante por cuanto hace a la percepción de este fenómeno.

Por su parte, el Índice de Estado de Derecho 2017-2018 elaborado por el *World Justice Project*,³ le asigna el lugar 92 de 113 países con 0.45 puntos, descendiendo cuatro lugares del ranking con respecto a 2016; el Barómetro de las Américas muestra que la corrupción sigue siendo un problema cotidiano en la vida de los mexicanos, al determinar un índice de percepción de 77.9⁴ para el año 2017, solo superado por Brasil con 79.5, y la encuesta nacional de calidad e impacto gubernamental 2017 realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), señala que los costos de incurrir en actos de este tipo se estiman en 7 mil 218 millones de pesos, lo que equivale a más de dos mil pesos promedio por persona con una tendencia en general a la alza, comparado con mediciones realizadas en años anteriores.⁵

Como podemos observar, tal parece que las reformas constitucionales y la primera etapa de implementación del Sistema Nacional Anticorrupción no fueron suficientes para controlar o reducir este fenómeno, sino que por el contrario se ha agravado de manera preocupante junto con otros problemas asociados, tales como la inseguridad pública, el bajo crecimiento económico, la paulatina erosión del Estado de derecho y la gobernabilidad democrática, así como los alarmantes niveles de impunidad, mismos que han impactado negativamente en los derechos y calidad de vida de los mexicanos.

Aunado a lo anterior, la política adoptada en los primeros meses de gobierno por el Presidente Andrés Manuel López Obrador, apunta a combatir la corrupción desde otro enfoque y con diferentes herramientas, las cuales no parecen involucrar al sistema nacional

³ Véase <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/2017-18%20ROLI%20Spanish%20Edition.pdf> [fecha de consulta 16 de febrero de 2019]. El índice presenta una evaluación para 113 países, al asignar puntajes y rankings en ocho rubros: límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil y justicia penal. Los puntajes van de 0 a 1, donde uno indica la mayor adherencia al Estado de Derecho.

⁴ Véase https://www.vanderbilt.edu/lapop/mexico/AB2016-17_Mexico_Country_Report_V3_03.06.18_W_042018.pdf [fecha de consulta 16 de febrero de 2019].

⁵ Véase http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2017/doc/encig2017_principales_resultados.pdf [fecha de consulta 16 de febrero de 2019].

⁶ Desde los primeros días de gobierno, el titular del poder ejecutivo federal ha emprendido acciones –no exentas de crítica y controversia– para enfrentar la corrupción en nuestro país; entre ellas destacan el combate al robo de combustible, reducciones a los salarios de la alta burocracia, recortes significativos al presupuesto de órganos constitucionales autónomos, así como la eliminación de programas sociales de la administración anterior. Al respecto, véase el artículo de la Unidad de Investigación Aplicada de Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad “El discurso de 100 días de AMLO y la corrupción: del dicho al hecho hay un gran trecho” en *Revista Nexos*, México, 14 de marzo de 2019, disponible en: <https://anticorrupcion.nexos.com.mx/?p=833> [fecha de consulta 16 de marzo de 2019].



anticorrupción sino que por el contrario, pretenden debilitarlo a través de la merma de las capacidades institucionales de los órganos que forman parte del mismo.⁶

Así las cosas, me propongo en el presente trabajo realizar un balance preliminar acerca de la implementación y funcionamiento de dicho sistema, abordando los antecedentes y principales contenidos de la reforma constitucional y legislación secundaria, realizando al final un análisis crítico y propositivo que permita comprender las deficiencias del modelo y la necesidad de realizar los ajustes normativos necesarios a partir de la revisión del diseño institucional del Estado mexicano, en perspectiva democrática y privilegiando la tutela efectiva de los derechos fundamentales así como el ejercicio transparente, honesto, responsable y efectivo de la función pública.

2. Principales contenidos de la reforma constitucional y legislación secundaria que crea el sistema nacional anticorrupción.⁷

De acuerdo con la exposición de motivos del decreto de reforma constitucional, la creación del Sistema Nacional Anticorrupción constituye un cambio de paradigma en nuestro país al implicar modificaciones de fondo al marco normativo, básicamente por cuanto hace a las facultades de las autoridades encargadas de prevenir, investigar, sancionar y corregir los actos y hechos de corrupción, entendidos los primeros en el ámbito administrativo y los segundos en el penal.⁸

Se destaca en el documento, que el Sistema propuesto resulta de la coincidencia de distintas iniciativas de grupos parlamentarios para crear una instancia incluyente con capacidades, tanto para la mejora continua en el desempeño de la administración gubernamental como aquéllas de naturaleza técnica y objetiva, para medir y evaluar el desempeño de los servidores públicos en el marco de los principios que rigen su función, mismos que se harán extensivos y aplicables a sujetos particulares cuando se afecte la hacienda pública o el patrimonio de los entes federales, locales o municipales.

El modelo de combate a la corrupción adoptado por el poder revisor de la Constitución, busca también lograr mayores niveles de integridad pública involucrando a la sociedad para que participe en el diseño de acciones concretas que prevengan cualquier acto de esta naturaleza, así como el apego a las mejores prácticas internacionales, en particular a los

⁷ En este apartado, seguimos básicamente el trabajo de mi autoría “El sistema nacional anticorrupción a la luz del paradigma del Estado constitucional y democrático de derecho” en Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura RDAI, Sao Paulo, Brasil, Thomson Reuters, año 2, número 4, 2018, pp. 317-340. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1VfdmQXz9Jly6rDZgFBIPoizbk_semcBx/view?fbclid=IwAR2xb1dXShbkW0tZFYBb-vs_uF22yMaU1Zu25Vw5TYF-vRak5NpxDjLM14-A [fecha de consulta 16 de febrero de 2019].

⁸ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/62/223_DOF_27may15.pdf [fecha de consulta 16 de febrero de 2019].

objetivos de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁹ mediante la adopción de medidas para prevenirla y combatirla de forma eficaz y eficiente; el fomento de la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la misma, así como la promoción de la integridad, rendición de cuentas y debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

A este respecto, se contempla también la creación del Sistema Nacional de Fiscalización, entendido como un subsistema consolidado y autónomo del Sistema Nacional Anticorrupción, con el propósito de prevenir y sancionar -de manera articulada e integral- las responsabilidades administrativas y los hechos de corrupción, ya sea que se deriven del ejercicio indebido de recursos estatales o del incumplimiento de responsabilidades públicas, no necesariamente vinculadas con la hacienda del Estado.

Finalmente, por su alcance nacional se establece que las entidades federativas deberán establecer sistemas locales anticorrupción, mismos que servirán como mecanismos de coordinación para el diseño, evaluación de políticas de educación, concientización, prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como la promoción de la integridad pública.

El Sistema Nacional Anticorrupción se aprueba y nace formalmente mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de mayo de 2015, comprendiendo la modificación de los artículos 22, 28, 41, 73, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122 de la Constitución General de la República.¹⁰

De manera particular, el artículo 113 lo define como “la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos”; este Sistema funcionará a través de un Comité Coordinador integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, de la Secretaría de la Función Pública, así como por el Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y un Representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación

⁹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en resolución 58/4 de fecha 31 de octubre de 2003. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf [fecha de consulta 16 de febrero de 2019].

¹⁰ Véase http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015 [fecha de consulta 16 de febrero de 2019].



Ciudadana.¹¹

Dentro de los aspectos más importantes de la referida reforma destacan los siguientes:

- Se amplían las atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación, al eliminarse el principio de anualidad y poder fiscalizar fondos y fideicomisos (públicos y privados que manejen recursos federales) en tiempo real, así como los recursos transferidos a los Estados, Municipios y Ciudad de México -incluyendo sus demarcaciones territoriales (alcaldías)- a través de las participaciones federales.
- Se crea la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción para conocer de hechos presuntamente constitutivos de delito en la materia.
- Se transforma el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, con facultades para sancionar faltas administrativas graves.¹²
- Se establece un procedimiento de extinción de dominio en casos de enriquecimiento ilícito.
- Se obliga a los servidores públicos a presentar sus declaraciones patrimonial y de conflicto de intereses bajo protesta de decir verdad.
- Se amplía de tres a siete años el plazo de prescripción para faltas administrativas graves.
- Se prevé la imposición de sanciones a particulares vinculados con actos de corrupción, inhabilitándolos –incluso- para participar en adquisiciones y obligándolos a reparar los daños al erario, si fuere el caso.
- Se establece la intervención del Senado en la ratificación del nombramiento del Secretario de la Función Pública realizado por el Presidente de la República.
- Se dispone la designación por parte de la Cámara de Diputados de los titulares de las áreas internas de control de los Órganos Constitucionales Autónomos.
- Se faculta al Congreso de la Unión para expedir las leyes generales que establezcan las bases de coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción, así como la de responsabilidades administrativas.¹³

¹¹ Este último órgano se integrará por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción y serán designados en los términos que establezca la ley.

¹² El artículo 109 Constitucional establece en su fracción III, que las faltas administrativas graves serán investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control, o por sus homólogos en las entidades federativas según corresponda, y serán resueltas por el Tribunal de Justicia Administrativa que resulte competente. Las demás faltas y sanciones administrativas serán conocidas y resueltas por los órganos internos de control.

¹³ Es importante mencionar, que la reforma constitucional le otorgó al poder legislativo federal un año contado a partir de la entrada en vigor del decreto respectivo, para aprobar las leyes generales y reformas a la legislación secundaria.

- Se instruye a los Estados para crear sistemas locales anticorrupción.¹⁴

Con relación a la legislación secundaria, el 18 de julio de 2016 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, además de reformarse la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Código Penal Federal, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de Coordinación Fiscal y la Ley General de Contabilidad Gubernamental.

Dichos ordenamientos representan las piezas angulares del nuevo modelo de combate a la corrupción en nuestro país, destacándose los siguientes aspectos:

a) *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.*

Esta ley, compuesta por 60 artículos, tiene por objeto establecer las bases y mecanismos de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, para el funcionamiento del Sistema Nacional previsto en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción.

Entre sus objetivos específicos destacan, entre otros, el establecimiento de bases para la emisión de políticas públicas integrales en el combate a la corrupción; la regulación, organización y funcionamiento del Sistema Nacional; las bases y políticas para la promoción, fomento y difusión de la cultura de integridad y comportamiento ético en el servicio público, así como la rendición de cuentas, transparencia y control de los recursos públicos a través del establecimiento del Sistema Nacional de Fiscalización.

El sistema nacional anticorrupción se integra por las siguientes instancias: un Comité Coordinador, un Comité de Participación Ciudadana, un Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y los Sistemas Locales. A su vez, formará parte del mismo una Secretaría Ejecutiva integrada por un Secretario Técnico y un Comité Ejecutivo.

El Comité Coordinador es la instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional, teniendo como atribuciones esenciales el diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción. Forman parte del mismo los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, de la Secretaría de la Función Pública, así como los presidentes del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, además de un representante del Consejo de la Judicatura Federal y uno del Comité de Participación



Ciudadana, quien ocupará la presidencia rotativa cada año.

El Comité de Participación Ciudadana es el órgano encargado de vigilar, prevenir y detectar actos de corrupción y faltas administrativas, así como de coordinar y encauzar los esfuerzos de la sociedad civil para el combate efectivo de este grave flagelo social. Será integrado y presidido por ciudadanos que serán elegidos por un comité de selección designado por el Senado, a partir de propuestas de universidades y de la sociedad civil.

La Secretaría Ejecutiva se concibe en la ley como un organismo descentralizado no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica y de gestión, que tiene por objeto fungir como instancia de apoyo del Comité Coordinador, proveyéndole asistencia técnica y los insumos necesarios para el desempeño de sus atribuciones.¹⁵

Forman parte de dicha Secretaría, la Comisión Ejecutiva y el Secretario Técnico. La primera se integra por los miembros del Comité de Participación Ciudadana -salvo el presidente en turno- y por el secretario técnico, teniendo como principales atribuciones la elaboración de propuestas al Comité Coordinador relacionadas con políticas integrales en materia de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como de fiscalización y control de recursos públicos, incluyendo la metodología para su medición y seguimiento, comprendiendo los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información; la elaboración de los informes anual y de las evaluaciones que someta a su consideración el secretario técnico, así como aquellos relacionados con el seguimiento y coordinación con los sistemas locales, y las recomendaciones no vinculantes que serán dirigidas a las autoridades que se requieran.

El Secretario Técnico, a su vez, actuará como Secretario del Comité Coordinador y del órgano de gobierno de la Secretaría Ejecutiva, elaborando, certificando, ejecutando y dándole seguimiento a sus acuerdos y resoluciones, llevando además el archivo correspondiente; diseñará los anteproyectos de metodologías, indicadores y políticas integrales, así como las evaluaciones a estas últimas para ser discutidas por la Comisión Ejecutiva; elaborará los anteproyectos de informes del Sistema Nacional para someterlos a la revisión y observación de la Comisión Ejecutiva; realizará estudios especializados en materia de corrupción,

¹⁴ El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, incluyendo la de la Ciudad de México, deberán expedir las leyes y realizar las adecuaciones normativas correspondientes dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigor de las leyes generales.

¹⁵ Se trata de un organismo descentralizado atípico en nuestro país, ya que la propia ley dispone que su órgano de gobierno estará integrado por los miembros del Comité Coordinador, y su secretario técnico hará las veces de director de la Secretaría Ejecutiva, en términos de la ley federal de las entidades paraestatales.

fiscalización y control de recursos públicos; administrará la plataforma digital que establecerá el Comité Coordinador e integrará los sistemas de información necesarios para que los resultados de las evaluaciones sean públicas y reflejen los avances o retrocesos en la política nacional anticorrupción.¹⁶

Con relación a los sistemas locales que se deberán crear en las 32 entidades federativas a partir de la vigencia de la Ley General, se establecen como obligaciones esenciales: a) contar con una integración y atribuciones equivalentes a las previstas en el Sistema Nacional; b) acceso a la información pública necesaria, adecuada y oportuna para el mejor desempeño de sus funciones; c) procedimientos adecuados para dar seguimiento a las recomendaciones, informes y políticas que emitan, debiéndose obtener respuesta de los sujetos públicos a quienes se dirija, y d) rendir informes públicos a los titulares de los poderes en el que den cuenta de las acciones anticorrupción, los riesgos identificados, los costos potenciales generados y los resultados de sus recomendaciones.¹⁷

Finalmente, se crea el Sistema Nacional de Fiscalización con el objeto de establecer acciones y mecanismos de coordinación entre sus integrantes en el ámbito de sus respectivas competencias, promoviendo e intercambiando información, ideas y experiencias encaminadas a avanzar en el desarrollo de la fiscalización de los recursos públicos. Forman parte del mismo la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las entidades de fiscalización superiores locales y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas.¹⁸

¹⁶ De acuerdo con lo que establece la ley, la Plataforma Digital Nacional contendrá: las declaraciones patrimonial y de intereses que incorporen a ella las autoridades integrantes del Sistema Anticorrupción; la información de los Servidores Públicos que intervengan en Procedimientos de Contrataciones Públicas; los Servidores Públicos y Particulares Sancionados; el Sistema de Información y Comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización, y el Sistema de Denuncias Públicas de Faltas Administrativas y Hechos de Corrupción.

¹⁷ La presidencia de la instancia de coordinación en los sistemas locales deberá corresponder a quien presida el Consejo de Participación Ciudadana; los integrantes de dichos Consejos serán designados a través de un procedimiento análogo en el que se cumplan los requisitos previstos en la Ley General.

¹⁸ Los integrantes del Sistema Nacional de Fiscalización deberán homologar los procesos, procedimientos, técnicas, criterios, estrategias, programas y normas profesionales en materia de auditoría y fiscalización, contando además, en el ámbito de sus respectivas competencias, con las siguientes atribuciones: a) identificarán áreas comunes de auditoría y fiscalización para que contribuyan a la definición de sus respectivos programas anuales de trabajo y el cumplimiento de los mismos de manera coordinada; b) revisarán los ordenamientos legales que regulan su actuación para que, en su caso, realicen propuestas de mejora a los mismos que permitan un mayor impacto en el combate a la corrupción, y c) elaborarán y adoptarán un marco de referencia que contenga criterios generales para la prevención, detección y disuasión de actos de corrupción e incorporar las mejores prácticas para fomentar la transparencia y rendición de cuentas en la gestión gubernamental.



Dicho Sistema contará con un Comité Rector,¹⁹ conformado por la Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría de la Función Pública quienes lo presidirán de manera dual, además de siete miembros rotatorios de entre las instituciones de fiscalización o de control interno locales referidas en el párrafo anterior, elegidas por periodos de dos años en consenso por las dos instancias federales.

Como parte de sus atribuciones, el Comité Rector realizará el diseño, aprobación y promoción de políticas integrales en la materia; instrumentará mecanismos de coordinación entre todos los integrantes del Sistema, y llevará a cabo la integración e implementación de medios de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información, que en materia de fiscalización y control de recursos públicos generen las instituciones competentes en dichas materias.

b) Ley General de Responsabilidades Administrativas (Ley 3 de 3).

Se trata de un ordenamiento compuesto por 229 artículos²⁰ que tiene por objeto distribuir competencias entre los órdenes de gobierno en materia de responsabilidades administrativas, mediante el establecimiento de los principios²¹ y obligaciones que rigen la actuación de los Servidores Públicos,²² la determinación de las faltas administrativas y las sanciones aplicables tanto a aquéllos como a particulares, los procedimientos y autoridades competentes, así como los mecanismos para la prevención, corrección e investigación de este tipo de responsabilidades.

¹⁹ A diferencia de la Secretaría Ejecutiva, que el Legislador ha configurado como organismo público descentralizado encargado de brindarle el apoyo técnico al Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, en el Comité Rector del Sistema de Fiscalización no se precisa su naturaleza jurídica, a pesar de que cuenta con facultades para emitir las normas que regulen su funcionamiento, razón por la cual sería asimilable a una Comisión Interinstitucional.

²⁰ Esta extensa legislación podría ser calificada como un auténtico código de la función pública, en virtud de que –con las salvedades de algunas inconsistencias, omisiones y aspectos cuestionables– contiene tanto disposiciones sustantivas (principios y directrices en la actuación de los servidores públicos, mecanismos de prevención, instrumentos de rendición de cuentas, faltas administrativas y sanciones) como adjetivas o procesales (procedimientos para la investigación y calificación de las faltas y de responsabilidad administrativa, que comprende aspectos relacionados con medios de apremio, medidas cautelares, pruebas, incidentes, notificaciones, causales de improcedencia y sobreseimiento, audiencias, resoluciones, recursos, cumplimiento y ejecución, entre otros).

²¹ Entre ellos, los de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia en el servicio público.

²² La ley se refiere a las personas que desempeñan un empleo, cargo o comisión en los entes públicos dentro del ámbito federal y local, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Son autoridades competentes para la aplicación de la ley la Secretaría de la Función Pública y sus homólogas en las entidades federativas, así como los órganos internos de control de los entes públicos,²³ quienes tendrán a su cargo la investigación, substanciación, calificación y resolución de los procedimientos administrativos por actos u omisiones que constituyan faltas no graves; asimismo, la Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas estarán facultadas para investigar y substanciar el procedimiento de responsabilidad administrativa por faltas graves (incluyendo aquellas imputables a particulares), y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y los órganos jurisdiccionales estatales equivalentes, resolverán sobre la imposición de las sanciones a este tipo de faltas.²⁴

La Ley General considera faltas administrativas no graves de los servidores públicos los actos u omisiones que transgredan las obligaciones contenidas en los artículos 49 y 50,²⁵ mismas que se sancionarán según sea el caso, con amonestación pública o privada,

²³ Con esa categoría, la Ley se refiere a los Poderes Legislativo y Judicial, los órganos constitucionales autónomos, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y sus homólogas de las entidades federativas, los municipios y alcaldías de la Ciudad de México y sus dependencias y entidades, la Procuraduría General de la República y las fiscalías o procuradurías locales, los órganos jurisdiccionales que no formen parte de los poderes judiciales, las empresas productivas del Estado, así como cualquier otro ente sobre el que tenga control cualquiera de los poderes y órganos públicos citados de los tres órdenes de gobierno.

²⁴ Tratándose de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos de los poderes judiciales, serán competentes para investigar e imponer las sanciones que correspondan, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, conforme al régimen establecido en los artículos 94 y 109 de la Constitución y en su reglamentación interna correspondiente; y los poderes judiciales de los estados y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, incluyendo sus consejos de la judicatura, de acuerdo a lo previsto en los artículos 116 y 122 de la Constitución, así como sus constituciones locales y reglamentaciones orgánicas correspondientes. Lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones de la Auditoría Superior y de las Entidades de fiscalización de las entidades federativas, en materia de fiscalización sobre el manejo, custodia y aplicación de recursos públicos.

²⁵ "Artículo 49. Incurrirá en Falta administrativa no grave el servidor público cuyos actos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en las obligaciones siguientes: I. Cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas, observando en su desempeño disciplina y respeto, tanto a los demás Servidores Públicos como a los particulares con los que llegare a tratar, en los términos que se establezcan en el código de ética a que se refiere el artículo 16 de esta Ley; II. Denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir Faltas administrativas, en términos del artículo 93 de la presente Ley; III. Atender las instrucciones de sus superiores, siempre que éstas sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público. En caso de recibir instrucción o encomienda contraria a dichas disposiciones, deberá denunciar esta circunstancia en términos del artículo 93 de la presente Ley; IV. Presentar en tiempo y forma las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, en los términos establecidos por esta Ley; V. Registrar, integrar, custodiar y cuidar la documentación e información



suspensión de uno a treinta días naturales o destitución del empleo, cargo o comisión, e inhabilitación temporal no menor de tres meses ni mayor de un año.²⁶

Por su parte, el referido ordenamiento considera como faltas graves de los servidores públicos el cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, abuso de funciones, actuación bajo conflicto de interés u ocultamiento del mismo, contratación indebida, enriquecimiento oculto, tráfico de influencias, encubrimiento, desacato y obstrucción de la justicia; y de los particulares vinculados con faltas administrativas graves el soborno, participación ilícita en procedimientos administrativos, tráfico de influencias, utilización de información falsa, obstrucción de facultades de investigación, colusión, uso indebido de recursos públicos y contratación indebida de ex servidores públicos.²⁷

Las sanciones previstas por la comisión de faltas consideradas graves serán: a) para los servidores públicos, suspensión de treinta a noventa días naturales o destitución del empleo, cargo o comisión; sanción económica, inhabilitación temporal en el servicio público y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; b) para los particulares, sanción económica, inhabilitación temporal e indemnización por daños y

que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, divulgación, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos; VI. Supervisar que los Servidores Públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo; VII. Rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones, en términos de las normas aplicables; VIII. Colaborar en los procedimientos judiciales y administrativos en los que sea parte, y IX. Cerciorarse, antes de la celebración de contratos de adquisiciones, arrendamientos o para la enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza o la contratación de obra pública o servicios relacionados con ésta, que el particular manifieste bajo protesta de decir verdad que no desempeña empleo, cargo o comisión en el servicio público o, en su caso, que a pesar de desempeñarlo, con la formalización del contrato correspondiente no se actualiza un Conflicto de Interés...Artículo 50. También se considerará Falta administrativa no grave, los daños y perjuicios que, de manera culposa o negligente y sin incurrir en alguna de las faltas administrativas graves señaladas en el Capítulo siguiente, cause un servidor público a la Hacienda Pública o al patrimonio de un Ente público..."

²⁶ La ley señala que para la imposición de las sanciones se deberán considerar los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba el servidor público cuando incurrió en la falta, así como el nivel jerárquico y los antecedentes del infractor (entre ellos la antigüedad en el servicio), las condiciones exteriores y los medios de ejecución, así como la reincidencia en el incumplimiento de obligaciones. Asimismo, para el caso de faltas administrativas no graves, las facultades de las Secretarías o de los Órganos internos de control para imponer las sanciones prescribirán en tres años, contados a partir del día siguiente al que se hubieren cometido las infracciones o a partir del momento en que hubieren cesado.

²⁷ La ley contempla también las faltas cometidas por particulares en situación especial, refiriéndose como tales a los candidatos a cargos de elección popular, miembros de equipos de campaña electoral o de transición entre administraciones, así como líderes, directivos y empleados de sindicatos del sector público. Cuando se trate de faltas administrativas graves o faltas de particulares, el plazo de prescripción será de siete años.

perjuicios a la hacienda pública o al patrimonio de los entes públicos; si se trata de personas morales, adicionalmente a las anteriores sanciones, se impondrán según sea el caso la suspensión de actividades o su disolución.²⁹

La Ley General establece que las declaraciones patrimoniales y de intereses de los servidores serán públicas, salvo los rubros cuya publicidad pueda afectar la vida privada o los datos personales protegidos por la Constitución.³⁰ Asimismo, determina los sujetos obligados a presentarlas -junto con la declaración fiscal anual-, lo que incluye únicamente

²⁸ La inhabilitación será de uno hasta diez años si el monto de la afectación no excede de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización; de diez a veinte años si el monto excede de dicho límite, y cuando no se cause daños o perjuicios, ni exista beneficio o lucro alguno, se podrá imponer de tres meses a un año. Para la imposición de sanciones por faltas graves a servidores públicos, se deberán considerar los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba cuando incurrió en la falta, así como los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones; el nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio; las circunstancias socioeconómicas del mismo; las condiciones exteriores y los medios de ejecución; la reincidencia en el incumplimiento de obligaciones y el monto del beneficio derivado de la infracción que haya obtenido.

²⁹ Las sanciones económicas serán impuestas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y sus homólogos de las entidades federativas, y ejecutadas por el Servicio de Administración Tributaria en términos del Código Fiscal de la Federación o por la autoridad local competente.

³⁰ El 16 de agosto de 2016, diversos diputados federales promovieron la acción de inconstitucionalidad 70/2016 ante la Suprema Corte de Justicia en contra de los artículos 29; 34, tercer párrafo; 48, primer párrafo de esta Ley, así como del sexto párrafo del artículo tercero transitorio del decreto por el que se expidió la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, por la probable violación a los artículos 1, 6, 16, 108 y 113 de la Constitución Federal, así como a los artículos 1 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y del artículo 3 de la Convención Interamericana contra la corrupción. Al respecto, el máximo tribunal resolvió que los conceptos de invalidez planteados por los accionantes resultaban infundados, por lo que los artículos impugnados debían declararse válidos. Destaca la Corte en su argumentación, que el legislador sí definió directamente y de manera clara los lineamientos y elementos que debe observar el Comité Coordinador para la elaboración de los formatos de las declaraciones patrimonial y de intereses; que la información en las declaraciones de los servidores públicos, particularmente en el contexto del Sistema Nacional Anticorrupción, es de naturaleza pública y debe encontrarse sujeta al principio de máxima publicidad en los términos de las disposiciones constitucionales y convencionales aplicables; que el umbral de protección de los datos personales y la vida privada de los servidores públicos es menor que el de los particulares, atendiendo al interés público en el contenido de esta información y a la finalidad de evitar conductas irregulares e internalizar los incentivos para no realizarlas; que en este contexto de máxima publicidad y menor umbral de protección, los servidores públicos cuentan con protección de datos personales y de la vida privada, misma que se referirá al posible riesgo a su vida e integridad personal y aquellos datos personales que quedan fuera de las finalidades del Sistema Nacional Anticorrupción, por lo que resulta claro que la reforma constitucional y leyes generales que la desarrollan, tienen como objeto hacer distinciones y pormenorizar la situación de los servidores públicos frente a las demás materias que afectan su esfera jurídica, por lo que el régimen que



a servidores públicos, exceptuándose cualquier persona física o moral que reciba y ejerza recursos públicos o contrate bajo cualquier modalidad con entes públicos de la Federación, de las entidades federativas o de los municipios.

c) Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Este nuevo ordenamiento cambia la denominación del anteriormente llamado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Se trata de un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena, mismo que formará parte del Sistema Nacional Anticorrupción en los términos de la Constitución federal y de las Leyes Generales mencionadas con anterioridad.

El Tribunal conocerá de los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos y particulares vinculados con faltas graves, ya sea que se promuevan por la Secretaría de la Función Pública y órganos internos de control de los entes públicos federales o por la Auditoría Superior de la Federación, imponiendo como sanciones –en su caso- el pago de las indemnizaciones que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública o al patrimonio de los referidos entes federales.

Dentro de la estructura orgánica del Tribunal, destaca la creación de la Sección Tercera como parte de la Sala Superior, integrada por tres Magistrados con competencia en materia de responsabilidades administrativas. Dicha Sección contará con 5 Salas Especializadas en el país, con competencia respecto de las entidades que conformen igual número de circunscripciones administrativas,³¹ que le estarán adscritas para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con las mismas.

se establece en la Ley General de Responsabilidades Administrativas tiene que ser visto como especial y de excepción

³¹ La Ley Orgánica establece en su artículo 20 como facultades de la Tercera Sección, entre otras, las siguientes: "... II. Resolver el recurso de apelación que interpongan las partes en contra de las resoluciones dictadas por las Salas Especializadas en materia de Responsabilidades Administrativas; III. Ejercer su facultad de atracción para resolver los procedimientos administrativos sancionadores por faltas graves, cuya competencia primigenia corresponda a las Salas Especializadas en materia de Responsabilidades Administrativas, siempre que los mismos revistan los requisitos de importancia y trascendencia; entendiéndose por lo primero, que el asunto pueda dar lugar a un pronunciamiento novedoso o relevante en materia de Responsabilidades Administrativas; y, por lo segundo, que sea necesario sentar un criterio que trascienda la resolución del caso, a fin de que sea orientador a nivel nacional. El ejercicio de la facultad de atracción podrá ser solicitada por cualquiera de los Magistrados de la Sección Tercera, o bien por el Pleno de las Salas Especializadas en materia de Responsabilidades Administrativas, por mayoría de votos de sus integrantes; IV. Resolver el recurso de reclamación que proceda en los términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas;...VII. Conocer de asuntos que le sean turnados para sancionar responsabilidades administrativas que la ley determine como graves en casos de servidores públicos y de los particulares que participen en dichos actos; VIII. Conocer del recurso por medio del

d) Código Penal Federal.

En la reforma destaca la reestructuración y robustecimiento de su Título Décimo, ahora denominado “Delitos por hechos de corrupción”, en donde se contemplan los actos u omisiones susceptibles de ser considerados delitos imputables a los servidores públicos y particulares, tales como el ejercicio ilícito de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso ilícito de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito y delitos cometidos contra la administración de justicia.³³

cual se califica como grave la falta administrativa que se investiga contra un servidor público; IX. Imponer las medidas precautorias y medidas cautelares que le soliciten en términos de lo establecido en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, cuando sean procedentes, con una duración no mayor a noventa días hábiles; X. Fincar a los servidores públicos y particulares responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales; XI. Imponer a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, así como posibles nombramientos o encargos públicos del orden federal, en las entidades federativas, municipios o demarcaciones territoriales, según corresponda; XII. Sancionar a las personas morales cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella...”

³² El artículo 38 dispone que las Salas Especializadas en materia de Responsabilidades Administrativas conocerán de: “A) Los procedimientos y resoluciones a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, con las siguientes facultades: I. Resolverán respecto de las faltas administrativas graves, investigadas y substanciadas por la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control respectivos, según sea el caso, ya sea que el procedimiento se haya seguido por denuncia, de oficio o derivado de las auditorías practicadas por las autoridades competentes; II. Impondrán sanciones que correspondan a los servidores públicos y particulares, personas físicas o morales, que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades. Así como fincar a los responsables el pago de las cantidades por concepto de responsabilidades resarcitorias, las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al Patrimonio de los entes públicos federales, locales o municipales, y III. Dictar las medidas preventivas y cautelares para evitar que el procedimiento sancionador quede sin materia, y el desvío de recursos obtenidos de manera ilegal. B) Los procedimientos, resoluciones definitivas o actos administrativos, siguientes: ...III. De las resoluciones definitivas que impongan sanciones administrativas a los servidores públicos en términos de la Ley General de Responsabilidades, así como contra las que decidan los recursos administrativos previstos en dicho ordenamiento, y IV. Las resoluciones definitivas por las que se impongan sanciones administrativas a los servidores públicos en términos de la legislación aplicable, así como contra las que decidan los recursos administrativos previstos en dichos ordenamientos.

³³ Este último forma parte del Título Décimo Primero del Código.



Aparte de multas y sanciones privativas de libertad, el referido ordenamiento contempla las penas de destitución e inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación por un plazo de uno a veinte años.

e) Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

La reforma a la Ley Orgánica de la entonces denominada Procuraduría General de la República, contempló las atribuciones y principios de actuación de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción, la cual se encargaría de perseguirlos e investigarlos. Para tal efecto, contaría con agentes del ministerio público especializados y se auxiliaría de la unidad administrativa en materia de servicios periciales para dar trámite y desahogo a los peritajes.³⁴ Asimismo, su titular sería propuesto y nombrado por el voto de las dos terceras partes de los senadores y podría ser removido por el Procurador General de la República.

Derivado del cambio de gobierno federal, con una significativa recomposición de las fuerzas políticas en el Congreso de la Unión, el 14 de diciembre de 2018 se publicó una nueva Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, misma que generó fuerte controversia entre legisladores y actores de la sociedad civil, en virtud de que ahora el nombramiento del Fiscal anticorrupción sería realizado directamente por el Fiscal General y no por el Senado, cuestionándose desde ese momento su autonomía e independencia para llevar a cabo tan importantes y delicadas funciones.

De acuerdo con esta Ley, el titular de la fiscalía especializada en combate a la corrupción tendrá bajo su cargo la investigación, prevención y persecución de los delitos contenidos en el Título Décimo, del Libro Segundo del Código Penal Federal, debiendo presentar de forma anual ante el Senado de la República un informe público y de fácil acceso respecto de sus actividades y resultados, mismo que será entregado a los integrantes del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción.

f) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Las reformas realizadas tienen como propósito dotar a la Secretaría de la Función Pública de todas las herramientas y elementos normativos necesarios a efecto de prevenir, identificar y sancionar faltas administrativas no graves, pudiendo ejercer asimismo las atribuciones que la Constitución le otorga a los órganos internos de control en materia de ingreso, manejo,

³⁴ En dicho ordenamiento, también se estableció que elaboraría su propuesta de presupuesto y contaría con agentes y policías de investigación necesarios para la atención de los casos sometidos a su conocimiento, teniendo la obligación de rendir anualmente un informe público sobre sus actividades y resultados.

custodia y ejercicio de recursos públicos federales.

Esta Secretaría atenderá las quejas e inconformidades que presenten los particulares con motivo de la celebración de convenios o contratos con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Fiscalía General de la República. De igual forma, podrá ejercer la acción de responsabilidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa tratándose de faltas graves de los servidores públicos o de particulares, así como presentar las denuncias correspondientes ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.

g) Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

Esta ley establece la organización de la Auditoría Superior de la Federación, destacándose dentro de sus atribuciones el conocer, investigar y substanciar la comisión de faltas administrativas que detecte en sus funciones de fiscalización.³⁵ De manera particular, dispone que los servidores públicos, así como cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, fideicomiso, mandato o fondo que reciba o ejerza recursos públicos federales o participaciones federales, deberá proporcionar la información y documentación a dicho órgano para efectos de sus auditorías e investigaciones. La negativa a entregar información así como los actos de simulación que se presenten para entorpecer y obstaculizar la actividad fiscalizadora será sancionada conforme a la Ley General de Responsabilidades Administrativas y las leyes penales aplicables.

3. Algunos obstáculos y desafíos en torno a su implementación.

Tal y como lo hemos sostenido en otros trabajos, de la lectura y análisis de las reformas constitucionales y legales que incorporaron el sistema nacional anticorrupción, aunado a las primeras experiencias en torno a su inacabada implementación,³⁶ podemos observar un modelo con muchas limitaciones para poder funcionar eficazmente; lo anterior, no solamente se puede constatar con los principales indicadores nacionales e internacionales de medición de la corrupción, en donde nuestro país sigue reflejando una tendencia al aumento de este fenómeno, sino también por cuanto hace a la forma lenta y desigual mediante la cual se han ido construyendo las instituciones federales y locales que, en teoría, le darían soporte y consolidación al sistema.

³⁵ De acuerdo con su artículo 6, la fiscalización de la Cuenta Pública que realiza la Auditoría Superior de la Federación se llevará a cabo de manera posterior al término de cada ejercicio fiscal, una vez que el programa anual de auditoría esté aprobado y publicado en su página de internet; tiene carácter externo y por lo tanto se efectuará de manera independiente y autónoma de cualquier otra forma de control o fiscalización que realicen los órganos internos de control.

³⁶ Hasta este momento, todavía se encuentran pendientes de designar por parte del Senado de la República los dieciocho magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa que conformarán las salas especializadas en materia de responsabilidad de los servidores públicos, mismos que conocerán de faltas graves de servidores públicos y aquellas de particulares vinculados a las mismas.



A mi juicio, algunas de las inconsistencias y debilidades del modelo nacional adoptado son las siguientes:

a) El Comité Coordinador como entidad rectora del sistema, a pesar de las facultades para diseñar, implementar y evaluar la política pública en la materia, incluyendo la emisión de recomendaciones no vinculantes a los entes públicos, no cuenta con el poder jurídico para garantizar el cumplimiento de sus determinaciones, además de que excluye en su integración a otros organismo estatales considerados clave en el combate a la corrupción.³⁷

Esta entidad, no obstante encontrarse presidida por un miembro del Comité de Participación Ciudadana -lo que daría la idea de un ente fuertemente vinculado a los intereses de la sociedad-, ha mostrado hasta ahora una actuación que pareciera obstaculizar o entorpecer la lucha frontal contra la corrupción³⁸ desnaturalizando sus propósitos fundamentales, sobre todo a partir de la denuncia de escándalos que han cimbrado a nuestro país y que hasta la fecha no han sido esclarecidos por las autoridades competentes.³⁹

En última instancia, se trata de una estructura que no responde a la lógica de los controles

³⁷ Pensemos, por ejemplo, autoridades como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de la Unidad de Inteligencia Financiera, misma que cuenta con facultades para detectar casos de lavado de dinero; el Instituto Nacional Electoral o el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quienes en los últimos años han llegado a conocer asuntos relacionados con hechos graves de corrupción, sobre todo aquellos relacionados con el financiamiento de campañas políticas a través de complejos esquemas de triangulación de dinero, básicamente a partir de la creación de empresas fantasma; lo mismo podríamos decir de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, mismos que representan entidades públicas directamente vinculadas con este fenómeno; el primero por cuanto hace a la defensa de los derechos humanos violentados por prácticas de corrupción en el ámbito gubernamental, y el segundo por ser la entidad encargada de medir sus niveles a través de varios indicadores en el ámbito interno.

³⁸ Prueba de ello, lo constituye el hecho de que las bases para el funcionamiento de la Plataforma Digital Nacional fueron expedidos hasta octubre de 2018 https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5541802&fecha=23/10/2018 y los nuevos formatos aprobados por el Comité para la declaración patrimonial y de intereses, entraron en vigor y serán utilizados de manera obligatoria entre noviembre de ese año y a más tardar hasta el 30 de abril de 2019 https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5544152&fecha=16/11/2018 lo que difícilmente permitirá llamar a cuentas a funcionarios y servidores públicos de la administración federal que acaba de concluir, señalados por presuntos casos de desvío de recursos y enriquecimiento ilegítimo.

³⁹ Tan solo en la administración del ex Presidente Enrique Peña Nieto, algunos miembros del Comité de Participación Ciudadana denunciaron el uso de herramientas de espionaje adquiridas por el gobierno en contra de civiles, el desfalco de decenas de millones de dólares por medio de universidades públicas, así como acusaciones de sobornos por transnacionales como Odebrecht, incluyendo contratos de construcción y evidentes conflictos de interés en torno a los mismos. Véase: <https://www.nytimes.com/es/2017/12/02/mexico-enrique-pena-nieto-sistema-nacional-anticorruptcion-comite-ciudadano/> [fecha de consulta 28 de febrero de 2019].

y sistemas de contrapesos que deben regir en una sociedad democrática, sino que más bien actúa desde la óptica de los privilegios del poder; prueba de ello es que su actuación la materializa por conducto de la Secretaría Ejecutiva, cuya naturaleza de organismo descentralizado no sectorizado de la Administración Pública Federal le hace depender en última instancia del Presidente de la República, quien hasta este momento no se encuentra sometido, ni constitucional ni legalmente a las responsabilidades que por faltas y hechos de corrupción contempla el ordenamiento mexicano, además de que la referida Secretaría implica una estructura burocrática y eventualmente onerosa para el Estado mexicano.

Además, los más importantes órganos encargados de la investigación y sanción de faltas y delitos en materia de corrupción (Auditoría Superior de la Federación, Fiscalía General de la República, Tribunal Federal de Justicia Administrativa y Consejo de la Judicatura Federal) son miembros del Comité Coordinador, por lo que ellos mismos deciden en forma discrecional y mayoritariamente el alcance de sus determinaciones, llegándose al absurdo de que pueden emitir recomendaciones a los órganos que forman parte de este Comité.

b) Por su parte, el Comité de Participación Ciudadana fue conformado por personas que se han destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas y el combate a la corrupción para coadyuvar al cumplimiento de los objetivos del Comité Coordinador, representando la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas relacionadas con las materias del Sistema Nacional.

Sin embargo, ni la Constitución General ni la Ley precisan su naturaleza jurídica, diluyéndose su actuación en la figura de la Comisión Ejecutiva junto con el Secretario Técnico, al contar esencialmente con facultades para realizar propuestas relacionadas con la política nacional y aquellas de carácter integral al Comité Coordinador, en lugar de representar un auténtico contrapeso del mismo, y aún más, considerarse una instancia ampliamente legitimada para recurrir judicialmente actos u omisiones de las autoridades federales y locales que afecten el proceso de implementación y correcto funcionamiento del sistema nacional anticorrupción.⁴⁰

En este sentido, la ley también establece que sus integrantes sólo podrán ser removidos

⁴⁰ A este respecto, existen algunos precedentes que representan sin duda importantes avances –a mi juicio insuficientes–, en donde el Comité de Participación Ciudadana ha promovido –argumentando un interés legítimo– el juicio de amparo y ha obtenido sentencia favorable, básicamente por cuestiones relacionadas con la implementación del sistema a nivel nacional y local; tal es el caso del amparo 589/2018 en donde se impugnó la omisión del Senado de la República para ratificar a las Magistrados que integrarían las Salas Especializadas anticorrupción, y el amparo 1072/2017 donde el juzgador federal obligó al Congreso del Estado de Tlaxcala a expedir la legislación local en la materia. Cfr. Oscar Leonardo Ríos García, “¿Tiene interés legítimo el comité de participación ciudadana del sistema nacional anticorrupción? En Revista Nexos, mayo 17, 2018. Disponible en: <https://anticorrupcion.nexos.com.mx/?p=205> [fecha de consulta 16 de marzo de 2019].



por alguna de las causas establecidas en la normatividad relativa a los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves; sin embargo más adelante dispone que los mismos estarán sujetos al régimen de responsabilidades establecido en el artículo 108 constitucional, lo que genera contradicciones y propicia confusión en el alcance de sus tareas esenciales.

c) Con referencia al modelo adoptado para la investigación y sanción de las responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, tenemos en primer lugar que a pesar del propósito por fortalecer a los órganos internos de control de las dependencias y entidades públicas, la reforma no garantiza independencia, imparcialidad e idoneidad de sus titulares,⁴¹ no solo dentro del ámbito de la Administración Pública en donde siguen dependiendo jerárquicamente de quienes encabezan las dependencias centralizadas y entidades descentralizadas, sino también en el caso de los Órganos Constitucionales Autónomos, donde advertimos una intromisión indebida por parte de la Cámara de Diputados cuando nombra a los titulares de sus áreas internas de control, con los graves riesgos que conlleva su politización al generarse incentivos para el reparto de cuotas partidistas en las designaciones, además de afectarse la naturaleza y posición institucional de los referidos órganos dentro del Estado mexicano.⁴²

Por cuanto hace a la Auditoría Superior de la Federación, me parece que el fortalecimiento de sus facultades para investigar y detectar responsabilidades relacionadas con hechos graves de corrupción debió complementarse otorgándole autonomía constitucional con potestad sancionadora propia, tomando en cuenta su carácter de órgano técnico especializado que le ha permitido generar importantes resultados a la sociedad mexicana en los últimos años, determinando desvíos de recursos públicos y poniendo en evidencia escándalos de corrupción en diversas instancias gubernamentales, llegando incluso a solicitar el fincamiento de las responsabilidades respectivas a las instancias ministeriales correspondientes.⁴³

Con respecto a la transformación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, no

⁴¹ De acuerdo con lo observado hasta ahora, existe un alto grado de heterogeneidad, tanto en el ámbito federal como local, por cuanto hace a los procedimientos y perfiles para designar a los titulares de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública, incluyendo las áreas de investigación y substanciación, destacándose en muchos casos la discrecionalidad y nombramientos a modo por parte de los órganos de decisión.

⁴² El mismo caso podríamos referir del Secretario de la Función Pública, quien a partir de la reforma es nombrado por el Ejecutivo federal con ratificación del Senado, lo que no garantiza su imparcialidad e independencia para investigar y sancionar actos de corrupción, al encontrarse subordinado jerárquicamente al Presidente de la República, que como ya hemos visto, no se encuentra sujeto a responsabilidad alguna.

⁴³ Valdría la pena considerar también la posibilidad de que la Auditoría Superior de la Federación ejerza la acción penal directamente ante órganos judiciales, tratándose de la comisión de delitos relacionados con hechos de corrupción de funcionarios y servidores públicos.

obstante que se contempla la creación de la Tercera Sección en su Sala Superior así como Salas Especializadas Regionales en materia de responsabilidades administrativas, me parece que se desvirtúa su función al otorgársele la facultad para sancionar faltas graves de servidores públicos y particulares, derivadas de la substanciación de procedimientos administrativos a cargo de la Secretaría de la Función Pública, de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública y de los Órganos Constitucionales Autónomos, así como de la Auditoría Superior de la Federación,⁴⁴ sin que desarrolle y desahogue por sí mismo todas las etapas y procedimientos de un juicio, cuestionándose si el modelo adoptado garantiza adecuadamente los derechos humanos de acceso a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva, o si por el contrario existe el riesgo de que su funcionamiento se torne burocrático e ineficaz.

Lo anterior, se basa en el hecho de que tendrá a su cargo resolver los recursos contemplados en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, mismos que son de ejercicio obligatorio y no potestativo, desnaturalizándose con ello el juicio contencioso-administrativo y abriendo la puerta para la promoción de una cantidad interminable de procesos de amparo ante el Poder Judicial de la Federación, generándose atasco, entorpecimiento e ineficacia de los asuntos, además de que muchas de las sanciones a imponer guardan identidad con las penas establecidas en la legislación penal, lo que genera confusión con el derecho administrativo sancionador y crea un ambiente de incertidumbre y discrecionalidad en torno a las normas susceptibles de aplicación.

Finalmente, tratándose de la Fiscalía Especializada en combate a la corrupción, tenemos que su regulación a la luz de la recientemente aprobada Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República presenta una serie de implicaciones que le pueden dificultar una actuación independiente y autónoma, sobre todo porque ahora su designación la realiza el Fiscal General, a diferencia de la ley anterior en donde el nombramiento recaía en el Senado. Asimismo, uno de los mayores retos de esta importante pieza del sistema estará representado por su capacidad técnica y expeditéz para conocer, analizar y, en su caso, ejercer la acción penal en los asuntos que le sean turnados por las instancias fiscalizadoras y órganos internos de control.

d) Por cuanto hace a los treinta y dos sistemas anticorrupción de las entidades federativas, el asunto se torna más complicado en virtud de que hasta la fecha no se encuentran funcionando en su totalidad,⁴⁵ además de que su diseño e implementación ha

⁴⁴ Tan solo en este punto, podemos advertir la dificultad que se generará para el Tribunal cuando ejerza la facultad sancionadora al conocer expedientes derivados de la actuación de múltiples autoridades investigadoras y substanciadoras, al no garantizarse homogeneidad y pleno respeto del debido proceso en cada uno de ellos.

⁴⁵ El avance en el proceso de adecuación del marco normativo de los sistemas locales anticorrupción, lo



revestido en la mayoría de los casos todo un conjunto de patologías, mismas que van desde un entendimiento totalmente diversos de las bases establecidas por la Ley General para la creación de sus propias instancias, hasta aspectos relacionados con nombramientos a modo de los titulares de dichos organismos, aunado a la falta o insuficiencia presupuestaria destinada para la operación del sistema, incluyendo excesos en la configuración de las estructuras burocráticas para favorecer un reparto discrecional y opaco de nombramientos de funcionarios designados en dichas áreas.

En este punto, resulta perfectamente entendible la poca o nula eficacia de los comités coordinadores locales y la incidencia que puedan tener los comités de participación ciudadana en el combate a la corrupción dentro de la entidad federativa respectiva. Algo adicional que pocas veces se ha tocado y que resulta de la mayor importancia para enfrentar el fenómeno de manera integral, se refiere a la implementación de los sistemas anticorrupción en los 2,458 municipios del país, en donde su operación es prácticamente escasa o inexistente.

Por todo lo anterior, a pesar de los esfuerzos iniciales de la presente administración federal para combatir -desde otra perspectiva y con una estrategia aparentemente divorciada de la finalidad perseguida por el sistema nacional- el creciente fenómeno de la corrupción, consideramos de la mayor importancia revisar el diseño normativo-institucional del Estado mexicano a efecto de hacerlo plenamente compatible con los principios y valores del Estado democrático de derecho, particularmente por cuanto hace a la debida articulación, integración y contrapesos de los órganos encargados de prevenir, investigar y sancionar hechos de esta naturaleza.⁴⁶

Patra tal efecto, resulta conveniente regular integralmente el estatuto de la función pública en los tres niveles de gobierno, sobre todo por cuanto hace al acceso, permanencia, remuneraciones, principios de actuación y responsabilidades de funcionarios, servidores y empleados del Estado, así como fortalecer los mecanismos para garantizar efectivamente los derechos humanos frente a actos o prácticas sistemáticas de corrupción, propiciando con ello mejores condiciones para el desarrollo y bienestar de la sociedad mexicana.⁴⁷

podemos constatar en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/444774/Avance_Marco_Normativo_08_03_2019_11.03.2019.pdf [fecha de consulta 16 de marzo de 2019].

⁴⁶ Algunas propuestas adicionales a las contenidas en el presente trabajo, se encuentran en mi artículo "El sistema nacional anticorrupción..." op. cit., supra nota 6.

⁴⁷ En este punto, resulta imprescindible también el fortalecimiento de los poderes judiciales y fiscalías de las entidades federativas, así como reconocer constitucionalmente derechos humanos emergentes como el derecho a una buena administración y el derecho a un ambiente libre de corrupción.

4. Conclusión.

La creación del sistema nacional anticorrupción, dirigida al combate de este grave flagelo, ha evidenciado una serie de limitaciones e ineficacias en los primeros años de vigencia; lo anterior, no solamente se reconduce a procesos lentos, desiguales e incluso opacos y contradictorios en torno a su implementación en el ámbito federal y local, sino también a la debilidad institucional con la que han venido funcionando las instancias gubernamentales por cuanto hace a la prevención, investigación y sanción de este tipo de actos, lo que explica el porqué nuestro país sigue presentando cada año resultados negativos en la materia.

Ante tal situación, consideramos que este grave fenómeno debe ser enfrentado a partir de la creación y fortalecimiento de normas e instituciones acordes con los valores y principios del Estado constitucional y democrático; lo anterior, implicará revisar de manera integral el diseño del Estado mexicano, básicamente por cuanto hace al estatuto de la función pública en los tres niveles de gobierno y garantizar de manera efectiva los derechos humanos de los gobernados.

Considero que la coyuntura política que atraviesa nuestro país en el inicio de un nuevo período presidencial, en donde el titular del poder ejecutivo federal ha sostenido como eje rector de su gobierno la lucha a fondo contra la corrupción, puede resultar propicia para diseñar un modelo que desde sus bases contribuya eficazmente a combatirla, erradicando la impunidad y creando los entornos propicios para que volvamos a la senda del progreso y desarrollo social armónico en todas sus dimensiones.



DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, EL CASO MEXICANO 2020

Autor //

Ricardo del Río Trejo¹

Sumario²

I.- Introducción. II.- Democracia representativa. III.- Democracia constitucional. IV.- El caso mexicano. V.- Conclusiones y propuestas. VI.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCION

En la presente ponencia trataremos de explicar la convergencia que existe entre dos términos aparentemente distintos como los son el de democracia y el de constitución. El primero de ellos es propio de la ciencia política y el segundo del derecho constitucional. Por tanto, al hablar de democracia constitucional abrimos la puerta a un concepto multidisciplinario que tiene que ver tanto con la norma jurídica, como con la realidad social que pretende regular.

Es muy importante que en la formación de los futuros juristas, los alumnos conozcan y apliquen el concepto de democracia constitucional, no solamente como un subtítulo en el programa de derecho constitucional, sino como un elemento esencial del denominado estado de derecho, a efecto de que puedan visualizarlo y defenderlo en el Estado mexicano, a través de la propuesta y consolidación de políticas públicas que fomenten la participación democrática dentro del marco jurídico que establece nuestra Constitución.

En nuestro sistema constitucional, entendemos a la democracia constitucional como la forma de gobierno que la propia Constitución ha adoptado y regula como norma suprema o fundamental. *Las democracias constitucionales son formas de gobierno democráticas en las que el ejercicio del poder político está regulado y limitado a partir de los postulados del constitucionalismo moderno.*³

¹ Doctor en Derecho. Doctor de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro

² Ponencia que presentó el Dr. Ricardo del Río Trejo, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro, para el XXXI Congreso Nacional de ANFADE los días 19 al 21 de Marzo de 2020 en la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas "Francisco García Salinas" en la Ciudad de Zacatecas, Zacatecas.

³ Córdova Vianello, Lorenzo. La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Publicación electrónica núm. 1, 2011. Visible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/20.pdf> pag. 211.

El jurista no solo está llamado a gestionar y otorgar servicios jurídicos, sino a preservar el estado de derecho inmerso en nuestro sistema constitucional. Es el abogado el primero que debe denunciar cualquier arbitrariedad o acto de la autoridad tendiente a vulnerar el marco jurídico de la actuación de los servidores públicos en defensa de los derechos de los gobernados.

La Constitución pues, impone límites al poder político, como una premisa fundamental, pero entonces ¿cuál es la relación que tiene con la democracia? ¿es posible que una constitución sea democrática?

Como adelante veremos, por naturaleza la Constitución es democrática, o mejor dicho, fue creada mediante un proceso totalmente democrático que es denominado como poder constituyente, en virtud del cual el pueblo se dota así mismo de una Constitución, en suma del Estado mismo.

También, a través de los procesos democráticos, fundamentalmente los electorales, el órgano legislativo se ha visto conformado desde hace ya un par de décadas, de una forma más plural y democrática, lo que ha permitido que la reforma a la constitución se legitime con instituciones democráticas. *La transición política, entonces, permitió que la pluralidad se recreara en los diferentes órganos de gobierno y de representación -a todos los niveles- y, desde ahí, sentó las bases para activar mecanismos de reforma y de tutela constitucionales.*⁴

II.- DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Aunque pareciera que hablar de democracia representativa y constitucional es una misma cosa, habremos de distinguir ambos conceptos. *Nuestra Constitución distingue entre democracia representativa y democracia constitucional*⁵ Aunque si bien la primera está inmersa en la segunda.

En la democracia se toma en cuenta toda forma de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y ejecución por parte de las autoridades del gobierno y no solamente en las elecciones, por tanto, las diversas formas de participación, incluyendo las elecciones,

⁴ Salazar Ugarte, Pedro. Camino a la democracia constitucional en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. ISONOMIA No. 36. Abril, 2012. Visible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n36/n36a6.pdf> Pag. 197.

⁵ Barceló Rojas, Daniel Armando. Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 761. Primera edición, México, 2016. Visible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4165-teoria-del-federalismo-y-del-derecho-constitucional-estatal-mexicano>, pag. 223.



que están reguladas en la Constitución, las podemos considerar democracia constitucional.

De la misma manera, en un sistema de democracia indirecta, como lo es el caso mexicano, ya que los ciudadanos ejercemos el gobierno por conducto de nuestros representantes, todo acto que ejercen éstos, podemos considerarlos como actos de democracia representativa, como sería el caso de la función de los diputados, así como la del presidente de la República.

Aunque también, ha proliferado en nuestro sistema el fomento a las formas de participación democrática directa, que, además del voto electoral, lo encontramos en el referéndum y en la iniciativa popular, siendo el último instrumento el que han impulsado los organismos de la sociedad.

Actualmente, toda forma de participación ciudadana en la función pública, podemos entenderla como una participación democrática. *La democracia no se agota en el solo acto de elección o designación de sus gobernantes*⁶

Hablar de democracia representativa es hablar de que la participación del pueblo, como depositario del poder público, se ejerce a cuenta de un tercero, de un representante. *En palabras del gran estadista norteamericano Abraham Lincoln la democracia representativa es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*⁷, es decir, es la manera viable de ejercer el gobierno por parte del pueblo, ya que no sería posible hacerlo de otra forma, sino a través de representantes legítimos.

Vale la pena acotar, que en el caso del sistema constitucional mexicano, el concepto de soberanía popular, en cuanto ejercicio democrático, habremos de entenderlo como soberanía ciudadana o bien participación ciudadana, en tanto que los derechos democráticos son propios de los ciudadanos y no de la población en general, ya que los menores de edad, los incapaces y los extranjeros estarían excluidos.

Así mismo, el sistema actual democrático, se refiere a un sistema de mayoría, sin importar la situación del ciudadano, como en las constituciones del siglo XIX estaban excluidos nos que no tuvieran propiedades o no supieran leer y hasta mediados del siglo XX las mujeres. *El voto de un ciudadano tiene un peso exactamente igual al del resto de todos y cada uno de los ciudadanos que con él conforman la sociedad civil, con independencia de su capacidad económica o su ilustración*⁸

⁶ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 223.

⁷ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 224.

⁸ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 225.

Es importante dejar en claro entonces, que la democracia es el gobierno de las mayorías, pero no necesariamente el gobierno de todos ¿qué pasa entonces con las minorías? Evidentemente éstas tendrán que someterse a los designios de las mayorías, es decir, de lo que democráticamente se acuerde por parte del mayor número de habitantes de una nación o de un Estado. Sin embargo, en la democracia representativa, también las minorías tienen derecho a ser representadas y a hacer valer su voz y sus derechos. Por eso en los sistemas parlamentarios, existe la posibilidad de la representación minoritaria que en nuestro país ha asumido la fórmula de representación proporcional.

Los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que deben estar colocados en una situación en la que pueden escoger entre opciones diversas⁹ por lo que el sistema de partido dominante sería precisamente contrario a los principios democráticos a no aportar alternativas.

Los representantes en la democracia comúnmente se postula por conducto de los partidos políticos y viceversa, los partidos políticos comúnmente postulan a quienes fungirán como representantes ante los órganos parlamentario y ejecutivo, por lo que el sistema de democracia representativa está íntimamente ligado al sistema de partidos políticos sin los cuales sería difícil llevar a cabo el sistema de representación constitucional.

Es cierto que el marco constitucional permite la representación popular o ciudadana por conducto de candidatos independientes, es decir que no son postulados ni pertenecen a algún partido político, pero también es cierto que dichos representantes se encuentran con recursos muy limitados y rara vez ganan alguna elección, por lo que sigue proliferando en nuestro país y dentro del marco constitucional, el sistema de partidos políticos.

En este sentido encontramos que los regímenes socialistas de la segunda mitad del siglo XX eran profundamente antidemocráticos, al postular candidatos de un solo partido, como lo sería el caso de la antigua URSS, del Partido Comunista Chino y actualmente la situación en Cuba. Es decir, los ciudadanos en un sistema de partido único, no cuentan con libertad para decidir por sus representantes y por tanto la democracia representativa se convierte en una falacia.

En el sistema parlamentario, los representantes fundamentalmente llevan a cabo la voluntad popular a través del proceso legislativo, como establecía Rousseau, la voluntad popular se expresa a través de la ley. *En el seno de la democracia representativa la decisión más importante que toman los diputados es la aprobación de la ley, que es una norma obligatoria para todos¹⁰.*

⁹ Córdova Vianello, op. Cit. Pag. 212.

¹⁰ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 226.



Sin duda en nuestro país el sistema democrático no es pleno, y aunque se respeten los resultados electorales, como arriba apuntábamos, la democracia es mucho más que eso y tiene que ver en la forma en que nuestros representantes actúan y ejercen sus funciones. Como lo es el caso de los diputados en los congresos, que pareciera que responden más a los intereses de su partido que a los de sus representantes.

La democracia representativa del siglo XXI opera sobre todo con partidos políticos con representación ante el Congreso y no con legisladores individuales¹¹, como arriba apuntábamos, es difícil y con cierta desventaja la elección por parte de candidatos independientes, es decir que no pertenezcan ni sean postulados por algún partido político.

Si bien se encuentran en un proceso de desgaste y desprestigio, inclusive a nivel mundial, los partidos políticos siguen siendo el vehículo para la postulación de candidatos a los diversos puestos de elección popular, que hagan posible el cumplimiento constitucional de la democracia representativa. *Los partidos políticos son organizaciones de ciudadanos que, identificados por una ideología, sirven como instrumento para la participación del pueblo en la vida pública¹²*

Sin embargo, a través de los partidos políticos, encontramos que es posible lograr consensos y contrapesos que también favorece al ejercicio democrático parlamentario.

III.- DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La democracia representativa también es democracia constitucional porque está reconocida y regulada en la constitución. Sin embargo, cuando nos referimos a este último concepto, nos estamos refiriendo a los diversos mecanismos de participación democrática inmersos en la Constitución.

Una de las principales características del Estado constitucional o también llamado Estado de derecho, es que la Constitución contemple mecanismos de participación democrática, incluyendo los electorales y que estos estén garantizados por el propio texto constitucional.

El Estado constitucional, elaboración conceptual del constitucionalismo moderno, se distingue por ser el conjunto de teorías que sostienen la limitación del poder político por la existencia de derechos cuyos titulares son los individuos y por leyes constitucionales

¹¹ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 227.

*garantizadas por la separación de los poderes.*¹² Tenemos entonces dos principios: la limitación del poder y el sistema de división de poderes. Ambos principios se incluyen así mismos, ya que nuestra Constitución al establecer un sistema de división de poderes a su vez, delimita las funciones de los órganos que integran a cada uno de ellos, así como la posibilidad de que los mismos sean integrados por representantes ciudadanos.

No es el caso de todos los órganos, la integración democrática y por consiguiente la representación popular. Mayormente y tal vez pareciera exclusivamente es el órgano legislativo el depositario de la representación popular, ya que sus integrantes, los diputados y senadores, son representantes populares electos de manera democrática. ¿Qué hay del resto de los poderes que integran al Estado? En el caso del ejecutivo, es el titular el depositario de la función y quien es electo también de manera democrática, en nuestro sistema constitucional de una manera directa. Sin embargo la conformación del gabinete como aparato de gobierno es una facultad del titular del ejecutivo, por lo que el principio democrático queda desplazado, aunque se quisiera ver que existe democracia indirecta en la designación de secretarios de estado, ya que es una de las funciones del Presidente de la República quien es depositario de la voluntad popular.

Parece entonces que el poder menos democrático en nuestro sistema constitucional es el Poder Judicial, ya que los ciudadanos no elegimos a sus integrantes, jueces, magistrados y ministros y por tanto no hay democracia representativa y por tanto constitucional en dichos órganos. Pudiera también considerarse de forma indirecta ya que sus integrantes, cuando menos los del órgano supremo que es la Suprema Corte, son designados por los otros poderes, es decir el legislativo y el ejecutivo, quienes, como decíamos son depositarios de la voluntad popular.

Entonces la soberanía popular se materializa a través de sus representantes directos e indirectos en los diversos órganos del gobierno y de los poderes. *Tal es la esencia de la democracia constitucional: la soberanía del pueblo que se institucionaliza, esto es, que se transforma en un gobierno con potestades delegadas de mando que tiene como fin el beneficio del pueblo*¹⁴.

La Constitución tiene dos grandes funciones: la primera es establecer la forma en que la sociedad política toma cotidianamente sus decisiones y las ejecuta, y la segunda es establecer la forma en que la sociedad política controla que efectivamente sus decisiones

¹² Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 233.

¹³ Córdova Vianello, op. Cit. Pag. 215.

¹⁴ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 236.



*son debidamente ejecutadas por sus gobernantes*¹⁵ Es decir que la Constitución contiene un sistema por el que se controla a sí misma, o sea, un sistema de control constitucional en el que se establecen órganos específicos para ello, como lo es el Tribunal constitucional, así como mecanismos de participación ciudadana de denuncia y responsabilidad, es decir, mecanismos democráticos de control.

Si la constitución expresa la voluntad popular, como lo expresa el principio de soberanía popular, entonces las instituciones que en ella se contemplan también lo son. Y no solo eso, también el conjunto de derecho que son reconocidos a los gobernados, hoy denominado derechos humanos, son una expresión democrática al estar en ella contenidos. *El progreso de la democracia constitucional se mide precisamente por la expansión de los derechos y de su accionabilidad*¹⁶.

Los derechos humanos entonces, son una expresión de democracia constitucional y no solamente por estar contenidos y regulados en la misma, sino también por estar garantizados, es decir, por establecerse mecanismos que hagan posible su ejercicio. Dichas garantías entonces, podemos considerarlas también como democracia constitucional, siendo las principales la acción de constitucionalidad que ejercen los representantes populares y el juicio de amparo que ejercen directamente los ciudadanos.

Las principales formas de democracia directa, entonces democracia constitucional son, además del sufragio, el referéndum y la iniciativa popular. *La convención o congreso constituyente, el referéndum constitucional y la iniciativa constitucional ciudadana son los tres instrumentos diseñados para preservar la titularidad del poder del pueblo en el pueblo*¹⁷

En el caso del congreso constituyente, si bien sería la máxima expresión democrática, hoy en día queda relegado a un concepto que a dicho de Burgoa sería el poder constituyente, es decir cuando el pueblo mismo se otorga una Constitución, aunque también podemos extender dicha facultad cuando el pueblo reforma su Constitución. En nuestro caso, precisamente la Constitución establece un procedimiento de reforma para sí misma como un proceso rígido, a efecto de que se legitime mayormente la voluntad popular de modificar su propia Constitución.

¹⁵ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 237.

¹⁶ Durango Álvarez, Gerardo A. Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la teoría de L. Ferrajoli. Universidad de Medellín. Opinión Jurídica Vol. 6, No. 12. Julio-Diciembre 2007. Medellín, Colombia. Visible en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v6n12/v6n12a10.pdf> Pag. 195.

¹⁷ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 237.

En el sistema de democracia constitucional, se reconoce entonces el poder de la mayoría a través de los mecanismos directos y del sistema de representación en los órganos gubernamentales y de los poderes del estado. Sin embargo, a pesar de ser poder de la mayoría, este es un poder acotado en la propia Constitución. *El poder de la mayoría (o de las mayorías) democrática(s) es un poder regulado y controlado por su subordinación a la ley y, en primera instancia, a la Constitución*¹⁸

*La democracia constitucional es un arquetipo más amplio que el de la democracia representativa a la que integra dentro de sí*¹⁹. La democracia representativa entonces, está inmersa en la democracia constitucional, que es el marco jurídico regulador de la misma y expresión de la voluntad de la mayoría.

Solo el pueblo puede modificar o cambiar su Constitución, por eso la Constitución es democrática, creada y modificada por la voluntad popular, voluntad que se expresa en cada acto legislativo, ya que los legisladores no actúan por cuenta propia ni por disposición política, actúan a nombre y por cuenta del pueblo.

*El único que puede cambiar una Constitución por otra, o reformar la existente es el pueblo. Por ello se va a conocer este tipo de democracia como democracia constitucional*²⁰. En la que el pueblo manifiesta su voluntad por conducto de sus representantes legítimos que, aunque fueron electos por una mayoría, actúan a cuenta de todo el pueblo.

Ahora bien, el pueblo ejerce su voluntad no solamente por conducto de sus representantes como lo serían los diputados y senadores e inclusive por parte del Presidente de la República, ni solamente por conducto de los mecanismos de democracia directa como lo son el referéndum y la iniciativa popular, también es posible la participación de los ciudadanos en las diversas gestiones del gobierno.

En efecto, la Constitución establece diversos derechos subjetivos públicos, como los de expresión, imprenta, asociación, en los que los ciudadanos podemos participar y controlar directamente a los funcionarios que integran los órganos de los poderes del estado. En consecuencia, toda manifestación ciudadana, toda participación ciudadana en los actos públicos es también democracia constitucional.

Entonces los ciudadanos podemos vigilar y controlar a los funcionarios que integran a los

¹⁸ Córdova Vianello, op. Cit. Pag. 220.

¹⁹ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 238.

²⁰ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 239.



órganos de los poderes estatales, así como a los partidos políticos, en ejercicio de nuestros derechos consagrados en la Constitución, en ejercicio de la democracia constitucional. *En la democracia constitucional se atribuye a los ciudadanos la labor de control y oposición frente a los partidos políticos y a los miembros de éstos incorporados en los poderes Ejecutivo y Legislativo* ²¹

Como hemos establecido, la participación democrática de los ciudadanos, establecida y regulada en la misma Constitución, es mucho más que solamente el derecho que tenemos al sufragio universal en las elecciones para los diversos cargos que se establecen en el marco normativo. La participación democrática tiene que ver con la garantía y el ejercicio efectivo que los ciudadanos tenemos derecho sobre nuestros derechos humanos y fundamentales.

Así tenemos que la participación democrática es posible, está contenida y garantizada en nuestra Constitución, en el ejercicio de nuestros derechos. *Sólo hay democracia constitucional, diríamos ahora, allí donde esté asegurada: a) la garantía de los derechos fundamentales; y b) la separación de poderes*²².

IV.- EL CASO MEXICANO

La mayoría no siempre tiene la razón y muchas veces las decisiones que se toman de forma mayoritaria no son las más adecuadas. Por ejemplo, el someter la construcción de una refinería a decisión popular, puede ser que la mayoría de los participantes en la consulta se pronuncien de una manera afirmativa, pero adolecen de los conocimientos técnicos y económicos para determinar la viabilidad de la construcción de una refinería, que más bien debía ser producto o no de una política pública que con un estudio y análisis técnico y científico determine la conveniencia de una refinería o bien otro tipo de fuente transformadora.

*La tiranía de la mayoría es tan peligrosa para la democracia constitucional como un control tiránico de la constitucionalidad lo es para el constitucionalismo democrático*²³.

Nuestro país sin duda ha transitado hacia la democracia que, aunque esta no es del todo plena, está garantizada en nuestra Constitución y la misma está representada por los órganos que integran a nuestro Estado Mexicano.

²¹ Barceló Rojas, op. Cit. Pag. 240.

²² Perfecto Andrés Ibáñez. Valores de la democracia constitucional. DOXA, cuadernos de Filosofía del derecho. No. 31. Alicante, 2008. Visible en <http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/andres.pdf> Pag. 209.

²³ Córdoba Vianello, op. Cit. Pag. 220.

Sin embargo, hemos venido insistiendo en la presente ponencia que la democracia no solamente es el ejercicio del sufragio, así como el respeto al mismo, lo cual está garantizado además por los Tribunales. También existen mecanismos de participación democracia directa establecidos en la misma Constitución como el referéndum y la iniciativa popular. La primera figura no es fomentada por nuestras autoridades y la segunda con escasas excepciones es prácticamente nula.

También decíamos que, toda participación ciudadana en el ámbito público, al ser ejercicio de los derechos fundamentales es un acto de democracia constitucional. La posibilidades democráticas en nuestro país son ilimitadas en consecuencia. Es totalmente real la posibilidad de vigilar y limitar al poder, es decir, la participación ciudadana que tienda a la gestión pública para la mejora de servicios y funciones públicas, así como la denuncia para la responsabilidad penal y administrativa de malos funcionarios públicos.

V.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

PRIMERA.- Establecer de manera transversal en la currícula de las universidades el estudio de las formas de democracia constitucional, fundamentalmente en las materias relacionadas con el derecho constitucional.

SEGUNDA.- Fomentar talleres y clínicas para la presentación, estudio y propuesta de casos de democracia constitucional.

TERCERA.- Llevar a cabo talleres, seminarios y conferencias en las universidades en las que se fomente el pensamiento crítico a través de la presentación de casos y temas relacionados con la democracia constitucional.

CUARTA.- Establecer una red para la denuncia en contra de funcionarios públicos que vulneren el marco constitucional.

QUINTA.- Retomar en las materias pertinentes el estudio, análisis y crítica de los partidos políticos existentes en México.

SEXTA.- Convocar a un foro nacional para el análisis, definición y propuesta de solución de los principales problemas en México.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

Arrimada, Lucas. La democracia constitucional según Habermas. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Buenos Aires, 2010. Visible en <http://cdsa.academica.org/000-036/358.pdf>

Barceló Rojas, Daniel Armando. Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica No. 761. Primera edición, México, 2016. Visible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4165-teoria-del-federalismo-y-del-derecho-constitucional-estatal-mexicano>



Córdova Vianello, Lorenzo. La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Publicación electrónica núm. 1, 2011. Visible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/20.pdf>

Durango Álvarez, Gerardo A. Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la teoría de L. Ferrajoli. Universidad de Medellín. Opinión Jurídica Vol. 6, No. 12. Julio-Diciembre 2007. Medellín, Colombia. Visible en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v6n12/v6n12a10.pdf>

Perfecto Andrés Ibáñez. Valores de la democracia constitucional. DOXA, cuadernos de Filosofía del derecho. No. 31. Alicante, 2008. Visible en <http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/andres.pdf>

Salazar Ugarte, Pedro. Camino a la democracia constitucional en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. ISONOMIA No. 36. Abril, 2012. Visible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n36/n36a6.pdf>

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, EL CASO MEXICANO 2020

Ponencia que presenta el Dr. Ricardo del Río Trejo, Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro, para el XXXI Congreso Nacional de ANFADE los días 19 al 21 de Marzo de 2020 en la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas "Francisco García Salinas" en la Ciudad de Zacatecas, Zacatecas.

RESUMEN

En la presente ponencia tratamos de explicar la convergencia que existe entre dos términos aparentemente distintos como los son el de democracia y el de constitución. El primero de ellos es propio de la ciencia política y el segundo del derecho constitucional. Por tanto, al hablar de democracia constitucional abrimos la puerta a un concepto multidisciplinario que tiene que ver tanto con la norma jurídica, como con la realidad social que pretende regular.

Es muy importante que en la formación de los futuros juristas, los alumnos conozcan y apliquen el concepto de democracia constitucional, no solamente como un subtítulo en el programa de derecho constitucional, sino como un elemento esencial del denominado estado de derecho, a efecto de que puedan visualizarlo y defenderlo en el Estado mexicano, a través de la propuesta y consolidación de políticas públicas que fomenten la participación democrática dentro del marco jurídico que establece nuestra Constitución.

El jurista no solo está llamado a gestionar y otorgar servicios jurídicos, sino a preservar el estado de derecho inmerso en nuestro sistema constitucional. Es el abogado el primero

que debe denunciar cualquier arbitrariedad o acto de la autoridad tendiente a vulnerar el marco jurídico de la actuación de los servidores públicos en defensa de los derechos de los gobernados.

La Constitución pues, impone límites al poder político, como una premisa fundamental, pero entonces ¿cuál es la relación que tiene con la democracia? ¿es posible que una constitución sea democrática?

Como vimos en la presente ponencia por naturaleza la Constitución es democrática, o mejor dicho, fue creada mediante un proceso totalmente democrático que es denominado como poder constituyente, en virtud del cual el pueblo se dota así mismo de una Constitución, en suma del Estado mismo.

También, a través de los procesos democráticos, fundamentalmente los electorales, el órgano legislativo se ha visto conformado desde hace ya un par de décadas, de una forma más plural y democrática, lo que ha permitido que la reforma a la constitución se legitime con instituciones democráticas.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

PRIMERA.- Establecer de manera transversal en la currícula de las universidades el estudio de las formas de democracia constitucional, fundamentalmente en las materias relacionadas con el derecho constitucional.

SEGUNDA.- Fomentar talleres y clínicas para la presentación, estudio y propuesta de casos de democracia constitucional.

TERCERA.- Llevar a cabo talleres, seminarios y conferencias en las universidades en las que se fomente el pensamiento crítico a través de la presentación de casos y temas relacionados con la democracia constitucional.

CUARTA.- Establecer una red para la denuncia en contra de funcionarios públicos que vulneren el marco constitucional.

QUINTA.- Retomar en las materias pertinentes el estudio, análisis y crítica de los partidos políticos existentes en México.

SEXTA.- Convocar a un foro nacional para el análisis, definición y propuesta de solución de los principales problemas en México.



ANÁHUAC

UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO
Calle Circuito Universidades I,
Kilómetro 7 Fracción 2 El Marqués, Querétaro.
C.P. 76246 / TEL. (442) 245 6742

   / anahuacqro
www.anahuac.mx/queretaro