

ISSN: 2007-0500 / e-ISSN: 2594-1879

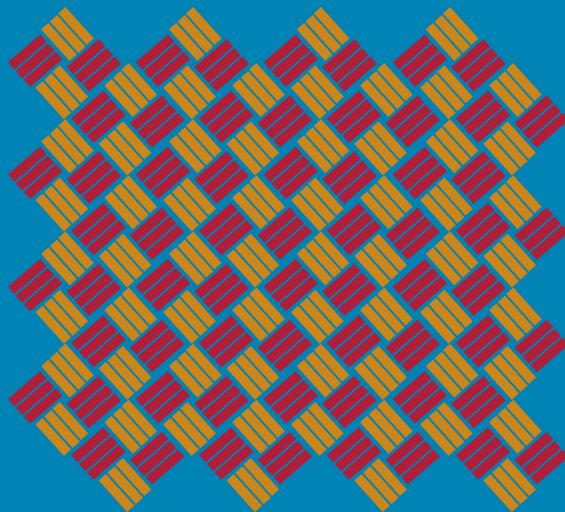
<http://revistas.anahuac.mx/iuristantum>



**Facultad
de Derecho**

IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas



Universidad Anáhuac México

MÉXICO AÑO XXXIII QUINTA ÉPOCA NÚMERO 30 2019

IURIS TANTUM

Iuris Tantum, Año XXXIII, Quinta época, Núm. 30, diciembre 2019, es una publicación semestral editada por Investigaciones y Estudios Superiores S.C. (conocida como Universidad Anáhuac México), a través del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Col. Lomas Anáhuac, Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786. Tel.: 55 5627 0210. <https://www.anahuac.mx/mexico/> Editor responsable: Carlos Barrachina Lisón.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2008-112619164300-102, ISSN impreso: 2007-0500, ISSN electrónico: 2594-1879, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Licitud de Título núm. 14563 y Licitud de Contenido núm. 12136, otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Responsable de la última actualización de este número, Facultad de Derecho, Carlos Barrachina Lisón, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Colonia Lomas Anáhuac, C.P. 52786, Huixquilucan, Estado de México. Tel.: 55 5627 0210. Fecha de la última modificación: 2 de diciembre de 2019.

El contenido de los artículos es total responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista del Editor ni de la Universidad Anáhuac México.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Todo el contenido intelectual que se encuentra en la presente publicación periódica se licencia al público consumidor bajo la figura de Creative Commons©, salvo que el autor de dicho contenido hubiere pactado en contrario o limitado dicha facultad a “Iuris Tantum©” o “Universidad Anáhuac©” por escrito y expresamente.

Iuris Tantum se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO

Dr. Cipriano Sánchez García, L.C.

RECTOR

Dra. Sonia Barnetche Frías

Mtro. Jorge Miguel Fabre Mendoza

VICERRECTORES ACADÉMICOS

Mtro. Abelardo Somuano Rojas

DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL

Mtra. Alma E. Cázares Ruiz

COORDINADORA GENERAL

DE PUBLICACIONES

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Ricardo Sodi Cuéllar

DIRECTOR

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS

**CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IURIS TANTUM**

Dr. Ricardo Sodi Cuéllar

PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

DIRECTOR GENERAL

Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo

DIRECTOR GENERAL ADJUNTO

Dr. Carlos Barrachina Lisón

DIRECTOR EDITORIAL

CONSEJEROS

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

(Universidad Anáhuac México, México)

Dr. Manuel Alcántara Sáenz

(Universidad de Salamanca, España)

Dr. Francisco Sánchez

(Universidad de Salamanca, España)

Dr. Salvador Martí i Puig

(Universitat de Girona, España)

Dra. Esther del Campo García

(Universidad Complutense de Madrid, España)

Dr. Adrián Bonilla Soria

(Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador)

Dr. José Elías Romero Apis
(Universidad Anáhuac México, México)

Dr. Carlos Matute González
(Escuela Libre de Derecho, México)

Dr. Alejandro Romero Gudiño
(Universidad Anáhuac México, México)

Dr. Ricardo Alonso García
(Universidad Complutense de Madrid, España)

Dr. Diego Valadés Ríos
(Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Dr. Sergio García Ramírez
(Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Ing. Jorge Tello Peón
(Universidad Anáhuac México, México)

Dr. Raúl Canosa Usera
(Universidad Complutense de Madrid, España)

Dr. Lucio Pegoraro
(Universidad de Bolonia, Italia)

Dr. Raffaele de Giorgi
(Universidad de Salento, Italia)

Dr. Horst Dippel
(Universidad de Kassel, Alemania)

Dr. Alfonso Fernández Miranda Campoamor
(Universidad Complutense de Madrid, España)

Dr. José Félix Palomino Manchego
(Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

Magistrado Camilo Andrés Suárez Aldama
(Colombia)

Dr. José María Coello de Portugal
(Universidad Complutense de Madrid, España)

Dra. Maria Elizabeth Teixeira Guimaraes Rocha
(Brasil)

COMITÉ EDITORIAL

Presidente: Dr. José Antonio Núñez Ochoa

Secretario: Dr. Carlos Barrachina Lisón

Dr. Carlos Ortíz Solalinde

Dra. Eréndira Salgado Ledesma

Dr. José Pozón López

Dr. Santiago Botero Gómez

Dr. Javier Espinoza de los Monteros Sánchez

Dr. Adolfo Laborde Carranco

Dra. Carolina León Bastos

Dra. Sara Pérez Kasparian

Dr. Ignacio García Marín

Dr. Luis Villalobos García

Dr. Omar García Luna

Dr. Carlos Cabrera Beck

COMITÉ TÉCNICO

Presidente: Dr. Carlos Barrachina Lisón

Dr. Ignacio García Marín

Dr. Omar García Luna

Mtro. Jimmy Emmanuel Ramos Valencia

COORDINADOR NÚMERO MONOGRÁFICO

Javier Espinoza de los Monteros

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	XV
Javier Espinoza de los Monteros	
Universidad Anáhuac México. javier.espinozade@anahuac.mx	

MONOGRÁFICO

LOS DERECHOS SOCIALES Y SU JUSTICIABILIDAD: A CIEN AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

WHAT TO CELEBRATE? THE PLACE OF THE WEIMAR CONSTITUTION WITHIN THE HISTORY OF MODERN CONSTITUTIONALISM	3
Horst Dippel	
Universidad de Kassel. dippel@uni-kassel.de	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.01	
DEMOCRACIA Y PLURALISMO DE WEIMAR A LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA	15
Gustavo Gozzi	
Universidad de Bolonia. gustavo.gozzi@unibo.it	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.02	
SENTIDO Y VALOR DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN LAS OBRAS TRONCALES DE HERMANN HELLER. WEIMAR Y LOS ETHISCHE RECHTSGRUNDSÄTZE.....	35
Sergio Raúl Castaño	
Universidad Nacional del Comahue, UNSTA	
sergioraulcastano@gmail.com	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.03	
ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ..	49
Javier Tajadura Tejada	
Universidad del País Vasco. javier.tajadura@ehu.eus	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.04	

NUEVOS HORIZONTES DE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES CONTRA EL LEGISLADOR. LA COACCIÓN INDIRECTA	61
Giovanni Bisogni	
Universidad de Salerno. gabisogni@unisa.it	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.05	
LA GRATUIDAD DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES COMO DERECHOS HUMANOS. UNA PROPUESTA PARA SU PONDERACIÓN Y OTORGAMIENTO	83
Carlos Manuel Rosales	
CIDE. argmaroga@gmail.com	
Eduardo Santillán Pérez	
UNAM. eduardo.santillan@congresociudaddemexico.gob.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.06	
LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EVOLUCIÓN DE SU APLICACIÓN EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	115
Gabriel S. Galán Melo	
Universidad Andina Simón Bolívar	
gabrielgalan@legacy.com.ec	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.07	
ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O “CASO RESERVA RAPOSA SERRA DO SOL” E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	143
Antonio Celso Baeta Minhoto	
Universidade Cruzeiro do Sul. antonio@baetaminhoto.com.br	
Wallace Ricardo Magri	
Escola Paulista de Direito. wallace@magriadvogados.com.br	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.08	
¿CONSTITUCIÓN SOCIAL O CONSTITUCIÓN MODIFICADA?	159
José Ramón Narváez Hernández	
UNAM/Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. iushistoria@gmail.com	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.09	

VARIA

LA IDENTIDAD EN LOS PROCESOS DE COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO GLOBAL	169
Einer David Tah Ayala	
Universidad del Mar. einer.david@huatulco.umar.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.10	

LA POLÍTICA MIGRATORIA MEXICANA FRENTE AL RETO CENTRO-AMERICANO 2018-2019	189
José María Ramos	
Colegio de la Frontera Norte. ramosjm@colef.mx	
Carlos Barrachina	
Universidad Anáhuac México. carlos.barrachina@anahuac.mx	
Jimmy Ramos	
Universidad Autónoma de Baja California. jimmy.ramos@uabc.edu.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.11	
ANÁLISIS Y AVANCES EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	227
Gustavo Alejandro Salinas Eslava	
Universidad Anáhuac México. gustavo.salinases@anahuac.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.12	
ANÁLISIS Y CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD PROFESIONAL DEL CRIMINÓLOGO Y CRIMINALISTA EN MÉXICO.	235
Wael Sarwat Hikal Carreón	
Universidad Autónoma de Nuevo León. wael.hikalcrr@uanl.edu.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.13	
LA COMPETITIVIDAD EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS DESDE EL CICLO DE POLÍTICA PÚBLICA.	261
María Fernanda Higuera Cota	
Universidad Autónoma de Baja California. higuera.maria@uabc.edu.mx	
Christian Jesus Ayala Resendiz	
Universidad Autónoma de Baja California. ayala.christian@uabc.edu.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.14	
ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DE LA POLÍTICA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN MÉXICO.	285
José Luis Solleiro-Rebolledo	
Universidad Nacional Autónoma de México. solleiro@unam.mx	
Rosario Castañón-Ibarra	
Universidad Nacional Autónoma de México. rosario.castanon@icat.unam.mx	
Laura Elena Martínez-Salvador	
Universidad Nacional Autónoma de México. laura.martinez@sociales.unam.mx	
https://doi.org/10.36105/iut.2019n30.15	

PRESENTACIÓN

Tenemos el gusto de presentar este número de la revista *Iuris Tantum*, la publicación periódica de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México. Hemos iniciado una nueva etapa en esta publicación, cambio que ha estado motivado por la necesidad de sistematizar temas y de tratar de incluir nuevos ámbitos de investigación.

Este número pertenece a la nueva etapa de la revista, lleva por título *Los derechos sociales y su justiciabilidad: a cien años de la Constitución de Weimar*. Y es que en esta ocasión que tenemos la oportunidad de coordinar la presente publicación no hemos podido soslayar dos cosas: en primer lugar, este año del 2019, se cumplen 100 de la expedición de la constitución de Weimar de 1919, de aquella constitución de la República Weimariana. De este modo, en este número, hemos querido aprovechar la ocasión para hacer un homenaje a esta gran arquitectura constitucional que, como sabemos, tempranamente institucionalizó a nivel de ley fundamental los “derechos sociales”. Los instituyó a la par de los otros derechos tradicionales de corte individual; fueron, por tanto, considerados, luego de un gran y acalorado debate, como “derechos subjetivos”, dignos de tutela, de accionabilidad judicial. En segundo lugar, creo que, con motivo de esta conmemoración, resulta oportuno aprovechar y hacer una revisión del constitucionalismo social en general y del mexicano en particular. Más específicamente, reflexionar en cuanto a la democracia, en cuanto a los derechos sociales y sus garantías, en cuanto al Estado de derecho como técnica de limitación del poder público.

Esta discusión, este debate es de gran interés para el constitucionalismo mexicano. El debate se enmarca en lo que se ha dado en llamar Estado constitucional. Y, como es sabido, en nuestro país hemos incursionado y tratado de configurar paulatinamente esta forma político-institucional. Una forma política que contiene un ordenamiento destinado a garantizar la efectiva de los derechos fundamentales. Pero, además de que hemos incursionado en este constitucionalismo democrático, contamos con una gran tradición en materia de derechos sociales, ya que se constitucionalizaron por primera vez tales expectativas. Tal vez el gran problema de estos derechos a prestaciones que, en general, exigen una intervención activa del Estado para satisfacer las nece-

sidades sociales, es que no hay garantías eficaces para la tutela de los derechos sociales. En otras palabras existe una inadecuación estructural de formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*. Y cada vez que se vulneran los derechos sociales se deja en entredicho la fuerza normativa del constitucionalismo de más reciente factura. Estos exigen, por tanto, leer la constitución y los derechos en clave normativa y que no se queden en un mero plano discursivo, en una especie de constitucionalismo de fachada.

Es de todos conocido que el constitucionalismo social se encuentra en crisis. Que a su vez representa una crisis de las estructuras garantistas. Prácticamente a un siglo de distancia sigue teniendo vigencia las palabras de aquel gran jurista alemán que escribía sobre la circunstancia de los derechos sociales en su puesta en práctica durante el breve periodo de la constitución weimariana: que estos continuaban teniendo oscilaciones. Algunas veces se tutelaban otras no. Si bien en varias cortes constitucionales hemos asistido a una favorable protección de los derechos, lo cierto esto no asegura que no puedan haber, ciertamente, retrocesos. Y también tenemos que en nuestra sociedad las desigualdades, la exclusión, la marginación, la pobreza, la falta de oportunidades es un lugar común. Y, de este modo, no puede hablarse, en plenitud, del hombre que se autodeterminado, o como diría Kant como *señor de sí mismo*.

Queda pendiente reflexionar, pues, cuáles son sus desafíos y qué hay que celebrar. Cerramos parafraseando al pensador del siglo XVIII, François-Noël Babuf: no basta la igualdad de la declaración de los derechos del hombre mientras dicha igualdad no resida bajo el techo nuestras casas.

Finalmente, solamente quisiéramos indicar que este número reúne a grandes expertos en el tema, académicos internacionales y nacionales: Horst Dippel de la Universidad de Kassel (Alemania), *at to Celebrate? The Place of the Weimar Constitution Within the History of Modern Constitutionalism (¿Qué celebrar? El lugar de la Constitución de Weimar Dentro de la historia del constitucionalismo moderno)*; Gustavo Gozzi de la Universidad de Bolonia (Italia), *Democracia y pluralismo de Weimar a la República Federal Alemana*; Sergio Raúl Castaño de la Universidad Nacional del Comahue, UNSTA (Argentina), *Sentido y valor del orden constitucional en las obras troncales de Hermann Heller. Weimar y los Ethische Rechtsgrundsätze*; Javier Tajadura Tejada de la Universidad del País Vasco (España), *Estado constitucional y Derechos fundamentales: una reflexión desde el Derecho Constitucional español*; Giovanni Bisogni de la Universidad de Salerno (Italia), *Nuevos horizontes de la justiciabilidad de los derechos sociales contra el legislador. La coacción indirecta*; Gabriel S. Galán Melo de la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Evolución de su aplicación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; Antonio Celso Baeta Minhoto de la Universidade Cruzeiro do Sul (Brasil) y Wallace Ricardo Magri de la Escola Paulista de Direito (Brasil), *Entre inclusão social e livre-iniciativa: o “caso reserva raposa serra do sol” e o papel do*

poder judiciário na construção de políticas públicas; Carlos Manuel Rosales del CIDE (México) y Eduardo Santillán Pérez de la Universidad Nacional Autónoma de México (México), *La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos. Una propuesta para su ponderación y otorgamiento*; José Ramón Narváez Hernández de la Universidad Nacional Autónoma de México (México), *¿Constitución social o constitución modificada?* Ellos han enriquecido esta obra que ahora se pone en manos del lector.

JAVIER ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ

*Coordinador del Centro para el Desarrollo
Jurídico de la Universidad Anáhuac México*

javier.espinozade@anahuac.mx

MONOGRÁFICO:
LOS DERECHOS SOCIALES Y SU JUSTICIABILIDAD:
A CIEN AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

**WHAT TO CELEBRATE?
THE PLACE OF THE WEIMAR CONSTITUTION
WITHIN THE HISTORY OF MODERN
CONSTITUTIONALISM**

**¿QUÉ HAY QUE CELEBRAR?
EL LUGAR DE LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DENTRO
DE LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

HORST DIPPEL
Universidad de Kassel, Alemania
dippel@uni-kassel.de

ABSTRACT:

The Weimar Constitution had its merits. It more than doubled the electorate, extending the right to vote to all Germans, male and female, above twenty years of age. It insisted on gender equality, and it introduced a remarkable number of social rights. But despite its progressive elements, often connected with the political program of the Social Democrats (SPD), legal and constitutional thinking had to fight hard to shake off the authoritarian traditions of the past.

Keywords:

Weimar Constitution, History of Modern Constitutionalism.

RESUMEN:

La Constitución de Weimar tenía sus méritos. Más que el electorado, extendiendo el derecho al voto a todos los alemanes, hombres y mujeres, mayores de veinte años de edad. Insistió en la igualdad de género e introdujo un número notable de derechos sociales. Pero a pesar de sus elementos progresistas, a menudo relacionados con el programa político de los socialdemócratas (SPD), el pensamiento jurídico y constitucional tuvo que luchar duro para sacudirse las tradiciones autoritarias del pasado.

Palabras clave:

Constitución de Weimar, Historia del Constitucionalismo moderno.

A hundred years after taking effect—for less than fourteen years, to be sure—the incessant popularity of the Weimar Constitution of 1919 may appear surprising.

Constitutions once abolished tend to disappear from memory, the French constitution of 1793 and the Cádiz constitution of 1812 are among the most noteworthy exceptions. Even the fact that the Weimar constitution is not completely historical as its articles 136, 137, 138, 139, and 141 covering religion and the relationship between church and state are still existing constitutional law in Germany as they are incorporated into the *Grundgesetz* of 1949 according to its article 140 may not contradict the prevailing impression. Also, beyond Germany the Weimar constitution still appears to retain its reputation especially in Southern Europe,¹ in Mexico, and in other parts of Latin America. In most cases this reputation rests on constitutional issues or provisions in national constitutions which are traced back to the Weimar Constitution from which they originated. A couple of years ago, Cindy Skach, to cite two further examples, discovered parallels between the Constitutions of Weimar and of the French Fifth Republic,² while more recently Paula Borges Santos demonstrated how the Weimar Constitution influenced Portuguese authoritarian constitutionalism in the 1930's.³

I shall restrain from trying to unearth further examples of constitutional lineage of specific constitutional provisions from Weimar to other constitutions. Instead, I shall attempt a broader view of the migration of constitutional ideas in order to establish the place of the Weimar Constitution within this migration process.⁴

Since the late eighteenth century, when written constitutions in its modern understanding came into being, different types or models of constitutionalism have evolved. Constitutional monarchy prevailed in nineteenth-century Europe and was also the model for the Brazilian Empire from 1824 to 1889. It deviated from the much older form of the English or British Constitution, though unwritten, of what some prefer to call a Parliamentary Monarchy with parliamentary sovereignty as its main feature. Evolving in the nineteenth century and constitutionalized on a national level in 1874 is the Swiss model of a constitution largely based on extended elements of direct democracy.⁵ During the twentieth century further constitutional models surfaced, such as the communist constitutions in Eastern Europe, Asia, and Cuba, authoritarian constitutions in parts of North Africa, the Middle

¹ Cf. WIEDERIN, Ewald, "Die Weimarer Reichsverfassung im internationalen Vergleich", in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by Horst Dreier and Christian Waldhoff, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, esp. 57-73 (the book was originally published by C.H. Beck in Munich in 2018); with the focus on Germany: Christian Waldhoff, "Folgen — Lehren — Rezeptionen. Zum Nachleben des Verfassungswerks von Weimar", in: *ibid.*, 289-315, and, obviously, the complete volume; also "Dossier: La Constitución de Weimar en su centenario (1919-2019)", in: *Historia Constitucional*, 20 (2019), 201-498.

² SKACH, Cindy, *Borrowing Constitutional Designs. Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2005.

³ Paula Borges Santos, "A Constituição de Weimar e o Constitucionalismo do Autoritarismo Português", in: *Historia Constitucional*, 20 (2019), 469-498.

⁴ Cf. CHOUDRY, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

⁵ Cf. GRABER, Rolf, *Wege zur direkten Demokratie in der Schweiz. Eine kommentierte Quellenauswahl von der Frühen Neuzeit bis 1874*, Vienna/Cologne/Weimar: Böhlau, 2013.

East, and elsewhere, theocratic constitutions (Iran), or for that matter the present Constitution of Venezuela. Most popular and most widespread, however, became what are today called the constitutions of Modern constitutionalism.

Modern constitutionalism emerged in the American Revolution, and its first resounding example was the Virginia Declaration of Rights of 12 June 1776. It contained several individual rights, some of which were directly copied from the English Bill of Rights of 1689, as well as specific principles on which to establish the subsequent constitution in order to provide for securing the rights and liberties of the citizens and entrenching power in order to permanently prevent it from invading these rights. It thus established what came to be the ten core principles of Modern constitutionalism: sovereignty of the people, human rights, universal principles, limited government, the constitution as supreme law, representative government, separation of powers, accountability, independence of the judiciary, and the ability to amend the constitution with the participation of the people.⁶ In spite of objections some brought forward to this interpretation of Modern constitutionalism,⁷ it still better explains the process of globally establishing these ten principles. It was a tiresome process accompanied by enduring massive opposition and myriads of setbacks, with some of its principles on a theoretical level, even today, more embattled than others, while others on a practical side were sometimes diluted, evaded or omitted. The United States is no exception as a recent article demonstrated: “Outraged by Kansas Justices’ Rulings, Republicans Seek to Reshape Court”.⁸ Though judicial independence keeps being embattled in several states, Modern constitutionalism basically defines American constitutionalism until today. Its model character exerted a lasting impact on Latin American constitutions ever since,⁹ while as early as 1789, its principles crossed the Atlantic and through the constitutions of revolutionary France and the revolutions of 1848 and further events became the core pattern of an increasing number of European constitutions in the twentieth century.¹⁰

However, for more than two centuries a major difference between American and French constitutionalism characterized Modern constitutionalism. The dividing line was marked by the relationship between popular sovereignty and the higher legal ranking of the constitution, the two essential principles of Modern constitutionalism according to Dieter Grimm.¹¹ American and French constitutionalism provided two opposing answers to the understanding and ranking of

⁶ See in detail DIPPEL, Horst, “Modern Constitutionalism: An Introduction To A History In Need Of Writing”, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d’Histoire du Droit / The Legal History Review*, 73 (2005), 153-169.

⁷ HEUN, Werner, “Die Struktur des deutschen Konstitutionalismus des 19. Jh. im verfassungsrechtlichen Vergleich”, in: *Der Staat*, 45 (2006), 365-382.

⁸ *The New York Times*, 1 April 2016.

⁹ Cf. DIPPEL, Horst, “El surgimiento del constitucionalismo moderno y las constituciones latinoamericanas tempranas”, in: *Revista Pensamiento Jurídico*, 23 (Sept.-Dec. 2008), 13-32.

¹⁰ Cf. DIPPEL, Horst, “Constitutional History as the History of Modern Constitutionalism: Germany since 1871”, in: *Giornale di Storia Costituzionale*, 37 (2019), 27-52.

¹¹ GRIMM, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012, esp. 29-30, 324-325.

these two crucial principles. The American Revolution had first to define their relationship as neither popular sovereignty, nor a higher law were British constitutional features. The revolutionary elite in the American colonies had cautiously embraced the idea of the sovereignty of the people in 1774 which had been propagated by other parts of the population for almost a decade. In 1776, the elite insisted that the sole object of the sovereignty of the people was constitution making and conferring legitimacy on the new constitutions which were in the course of being drafted since early 1776. It should never become an operative principle of the constitutions beyond regular elections for offices including the legislature, as any further extension of this principle would endanger other constitutional principles and especially the supremacy of the constitution as a higher law considered indispensable to safeguard the rights and liberties of the people.

This entrenchment of popular sovereignty did not pass unopposed. When in September 1776 Pennsylvania adopted its constitution, the conflict burst into the open. The legislature was installed as the dominant power with an executive council largely dependent on it. The people were directly involved in the process of law making enabling them to give instructions to their representatives for the final reading. Popular sovereignty was no longer considered “fiction” as it has come to be styled,¹² but a functional element in the political process. The American political elite was furious at the Pennsylvania document and worked incessantly until it achieved in 1790 that a new constitution was drafted and adopted in Pennsylvania, this time falling in line with what had become, by now, the standard of American constitutionalism with its entrenched popular sovereignty and the constitution as a supreme higher law. Hardly surprising the elite did not oppose or intervene when Louisiana sought admission to the Union in 1812. The Enabling Act of 1811 had expressly directed Louisiana to declare in its constitution “fundamental principles of civil and religious liberty”.¹³ Though neither the mandated religious liberty nor popular sovereignty were included in the Constitution of Louisiana of 1812, Henry Clay summarized in the House of Representatives on March 19, 1812: “The Convention of Orleans had framed a constitution for the State in conformity to the law of Congress imposing certain conditions as preliminary”.¹⁴

France opposed these American preferences. In the long run, though the Napoleonic constitutions as well as the constitutions of 1814 and 1830 rejected Modern constitutionalism, France had no problems with the principles of Modern constitutionalism with the sole exception of constitutional supremacy. The sovereignty of the people was the paramount principle discarding any entrenchment of it along American lines as totally unacceptable. Consequently, disregard of the

¹² MORGAN, Edmund S., *Inventing the people: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York: Norton, 1988, esp. 235-287.

¹³ *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States of America*, ed. by Francis Newton Thorpe, 7 vols., Washington: Government Printing Office, 1909, III, 1377.

¹⁴ *The Debates and Proceedings in the Congress of the United States [Annals of the Congress of the United States]*, Twelfth Congress, First Session, Washington: Gales and Seaton, 1853, 1225.

sovereign people brought the Constitution of 1791 to a rapid end. Its successor, the Jacobin Constitution of 1793, basically an adaptation of the Pennsylvania Constitution of 1776,¹⁵ integrated popular sovereignty into the political process. Though never put into effect it lived on as a myth, especially through the second half of the nineteenth and the first half of the twentieth centuries.

Three constitutional moments stand out to symbolize the French appreciation of popular sovereignty as sacrosanct. The first is the ill-reputed Constitution of the Second Republic of 1848 with some remarkable parallels to the Weimar Constitution seventy years later. It installed a legislature and a president, adopted from the American model, both directly elected by the people. The obvious consequence was that there might arise a conflict between both institutions, each directly legitimized by the sovereign people. The constitution makers were aware of the problem. Nonetheless, they failed to provide a constitutional solution to this pending danger.¹⁶ The reason is obvious. Any constitutional solution to this conflict would have resulted in compromising the principle of popular sovereignty through setting the constitution above the sovereign people. A constitutional solution was impossible, and, therefore, once the conflict arose, it would be the end of the constitution – as happened in 1851.

The second example, again hinting at the Weimar Constitution of later days, refers to the origins of the Third Republic. In 1871, the President of the Republic was by law installed. That the future constitutional order was to be a republic was still highly embattled in the early 1870s when the National Assembly had a two-thirds majority of monarchists. When the Duke de Mac-Mahon became President in 1873, the restoration of the monarchy seemed to be at hand, even more so when in 1875 the Duke de Broglie was installed as Prime Minister and the Constitutional Laws of 1875 took effect. But as the constitutional crisis of Mai 1877 led to a renewed republican majority in the National Assembly, five months later, Léon Gambetta who had proclaimed the Republic in 1870, famously required Mac-Mahon, “de se soumettre ou de se démettre”, to submit or to step down. Mac-Mahon finally had to give in and two years later he resigned.¹⁷ The sovereign people had spoken, crushing opposing constitutional preferences.

The third example is of a more recent vintage. Charles de Gaulle, President of the Fifth Republic of 1958, decided in 1962, in opposition to the Constitution, to run for re-election on a direct vote of the people. Art. 89 of the Constitution provided for revising the Constitution —according to which the President was indirectly elected by an electoral college— by the votes of two National Assemblies and a subsequent referendum, or a vote by a three-fifths majority of a Congress, constituted of both chambers of Parliament, without subsequent referendum. De Gaulle

¹⁵ DIPPEL, Horst, “Aux origines du radicalisme bourgeois. De la constitution de Pennsylvanie de 1776 à la constitution jacobine de 1793”, in: *Francia*, 16/2 (1989), 61-73.

¹⁶ Cf. RAUSCH, Fabian, *Konstitution und Revolution. Eine Kulturgeschichte der Verfassung in Frankreich, 1814-1851 (Pariser Historische Studien, vol. 111)*, Berlin/Boston: De Gruyter Oldenbourg, 2019, esp. 385 (though, obviously, missing the point).

¹⁷ Cf. RUDELLE, Odile, *La République absolue. Aux origines de l'instabilité constitutionnelle de la France républicaine 1870-1889*, Paris: Publications de la Sorbonne, 1982, esp. 41-64.

decided otherwise and without involving the legislature in one or the other way immediately called for a referendum. With some 82% of the vote supporting the popular election of the president, the sovereign people had spoken and overruled constitutional provisions. The matter was settled. According to French constitutional doctrine, at least until 2008, the sovereign people was supreme, not the constitution.¹⁸

The Weimar Constitution of 1919 brought Modern constitutionalism back to Germany where it had been introduced in the first half of the nineteenth century by bits and pieces, only to experience its fundamental rejection in 1867/1871 with the Bismarckian Constitution. But the choice the Weimar Constitution made was decisive. It did not opt for the American version of the supremacy of the constitution with its entrenched popular sovereignty. Instead, it adopted the French version of the supremacy of popular sovereignty encroaching on the constitution if necessary or convenient. The consequences were far-reaching.

In order to demonstrate the choice made by those who drafted the Weimar Constitution we need to understand the philosophy behind the principle of constitutional supremacy. The constitutional *locus classicus* for the supremacy of the constitution is art. VI of the US Constitution providing “This Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.¹⁹ The limits this principle imposed on law-making resulted in a clause concluding the article containing the Bill of Rights which appeared for the first time in the Constitution of Pennsylvania of 1790: “WE DECLARE that every thing in this article is excepted out of the general powers of government, and shall forever remain inviolate.”²⁰ Of particular interest is the clause the Constitution of Kentucky of 1792 added to this section, otherwise copied *verbatim* from the Pennsylvania document: “and that all laws contrary thereto or contrary to this constitution shall be void.”²¹ The Kentucky provision “that all laws [...] contrary to this constitution shall be void”, the first of its kind in any constitution, may have resounded in the ears of Chief Justice John Marshall when, in 1803, the US Supreme Court delivered its opinion on the laws of the Union to be open to judicial review. Marshall taking up Alexander Hamilton’s argument in the *Federalist* persuasively extolled the meaning of a higher-ranking constitution: “The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part

¹⁸ For a more detailed examination of the relationship between popular sovereignty and supremacy of the constitution, cf. Horst Dippel, “Angleterre, États-Unis, France: Constitutionnalisme et souveraineté populaire”, in: *L’An I et l’apprentissage de la démocratie. Actes du colloque organisée à Saint-Ouen les 21, 22, 23, 24 juin 1993*, ed. by BOURDERON, Roger, Saint-Denis: Éditions PSD, 1995, 537-559.

¹⁹ *Constitutional Documents of the United States of America, 1776-1860*, ed. by Horst Dippel, 8 vols., Berlin/Boston: De Gruyter, 2006-2011, I, 62.

²⁰ *Ibid.*, V, 369 (art. IX, sec. 26).

²¹ *Ibid.*, III, 21-22 (art. XII, sec. 28).

be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.”²² After the American Civil War numerous US laws were declared null and void by the Court because they contradicted the Constitution.

This constitutional philosophy remained alien to the Weimar constitution makers. Quite telling, the only article materially dealing with the Constitution appeared as penultimate article in the title dealing with national legislation. Art. 76 exclusively provided for amending the Constitution which required a supermajority of the *Reichstag*. Its proposed amendment might be passed over the objections of the *Reichsrat*. However, “If by popular petition a constitutional amendment is to be submitted to a referendum, it must be approved by a majority of the qualified voters” (art. 76, 1). While no article was devoted to defining the Constitution and its legal status, popular sovereignty intruded even the sole article on the Constitution. Marshall’s warning sounded prophetic and found its justification in the political practice of making laws which though not passed as amendments to the Constitution were to all intents and purposes meant to alter the Constitution, the so called *verfassungsdurchbrechende Gesetze* (constitution-breaking statutes).²³ The Constitution was neither superior higher law nor was it particularly entrenched. Even the individual rights it granted were not firmly secured as they might be suspended by the *Reichspräsident* according to art. 48, 2. Limited power in order to prevent the *Reichspräsident*, the government, or even the legislature from invading individual rights was no option. The state had to be powerful. Individual rights had not even been included in the original draft of the Constitution.²⁴ Wondering about the philosophy behind this construction, the tribute or, more adequately, the blame must be given to the *Staatsrecht* (state law), originating from the absolutist notion of sovereignty and lacking any democratic legitimation, which still held its sway on Germany.²⁵ According to its constitutional law was nothing more than an inferior partial law always strictly subservient to the positivistically construed state law (*Staatsrecht*). Paul Laband, who dominated the German state law since the late nineteenth century provided the argument which put its stamp on Germany well into the first half of the twentieth century: “The legal principles contained in the Constitution can only be amended under restricted conditions, but they do not have a higher authority than other laws”.²⁶

²² *Marbury v. Madison*, 1 *Cranch* 137, 177 (1803). Cf. *The Federalist*, ed. with Introduction and Notes by Jacob E. Cooke, Middletown CT: Wesleyan University Press, 1961, 524-529 (*The Federalist*, no. 78).

²³ Cf. GUSY, Christoph, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, 146-147; Ottmar Bühler, *Die Reichsverfassung vom 11. August 1919*, 2nd ed., Leipzig/Berlin: Teubner, 1927, 88-89.

²⁴ Cf. KÜHNE, Jörg-Detlef, *Die Entstehung der Weimarer Reichsverfassung. Grundlagen und anfängliche Geltung* (*Schriften des Bundesarchivs*, 78), Düsseldorf: Droste, 2018, 343.

²⁵ Cf. also GRAF, Friedrich Wilhelm, “Die Weimarer Reichsverfassung im deutschen Intellektuellendiskurs”, in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by Horst Dreier and Christian Waldhoff, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, esp. 68-70; and more generally, Christoph Schönberger, *Der „German Approach“*. *Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich mit Beiträgen von Atsushi Takada und András Jakab*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

²⁶ LABAND, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4 vols., Tübingen: Laupp, 1876-1882, II, 38. On Laband, cf. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 4 vols., Munich: Beck, 1988-2012, II, 341-348.

The Weimar Constitution transferred the supremacy it had denied to the Constitution to the people or at least purported to do so, even though it was not the first German constitution to install popular sovereignty as has been claimed.²⁷ The Constitution of Anhalt-Köthen of 1848 deserves this praise as it had declared: “All powers emanate from the people” (pt. I, § 5).²⁸ While the *Paulskirche* Constitution of 1849 had abstained from a similar provision, most of the German *Länder* constitutions set up in 1919 before 11 August 1919, the day the Weimar Constitution was signed, adopted the principle of popular sovereignty, such as the Preliminary Constitution of Hesse of 20 February 1919 (art. 3), of Bavaria of 17 March 1919 (§§ 2 and 3), and of Saxony-Altenburg of 27 March 1919 (art. 3), the Constitution of Baden of 21 March 1919 (preamble and § 2), of Saxony-Weimar-Eisenach of 19 May 1919 (§ 3), of Württemberg of 20 May 1919 (§ 3), of Oldenburg of 17 June 1919 (§ 3), and of Anhalt of 18 July 1919 (§ 2).²⁹ Regarding this plethora of proclamations of popular sovereignty, the preamble of the Weimar Constitution fell into line with the widespread climate of opinion after the revolution: “The German people [...] has given itself this constitution”, repeated in its final art. 181: “The German people has, through its Constituent Assembly, determined upon and decreed this constitution.” The legitimation for this act delivered art. 1: “The political power emanates from the people.” It was a bold statement without further theoretical or philosophical underpinnings, like the *Länder* constitutions and the Austrian Constitution of 1920 but less expressive than the French constitutions of 1791 and, even more so, of 1793, or for that matter than the German *Grundgesetz* of 1949 or the French Constitution of 1958. Helmut Ridder criticized this failure to democratically legitimize popular sovereignty and interpreted this lack as the continuation of the absolutist concept of sovereignty.³⁰ Despite these shortcomings and the failure to strengthen representative government as core principle of the Constitution even as it might be supported by elements of direct democracy, popular sovereignty was made operative in articles 73-76 of the Constitution. Art. 73 provided three scenarios. A first clause granted the *Reichspräsident* the power to appeal to the people in order to prevent a bill passed by the *Reichstag* from becoming law: “A bill passed by the Reichstag shall, before its publication, be subject to a referendum if the President of the Reich, within a month, so decides”. The second clause offered the possibility for the people to express itself on a bill passed by the *Reichstag* before the *Reichspräsident* signed it into law: “A law, the publication of which has been deferred on the request of one-third of the members of the Reichstag shall be subject to a referendum upon

²⁷ Cf. Waldhoff, “Folgen — Lehren — Rezeptionen”, 306-307.

²⁸ *Deutsche Verfassungsdokumente 1806-1849*, ed. by Werner Heun, 6 vols., Munich: Saur, 2006-2008, I, 175. The provision was abolished in 1850 (*ibid.*, 188).

²⁹ For the individual texts, cf. *Weimarer Landesverfassungen. Die Verfassungsurkunden der deutschen Freistaaten 1918-1933. Textausgabe mit Sachverzeichnis und einer Einführung*, ed. by Fabian Wittreck, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

³⁰ RIDDER, Helmut, “Wie und warum (schon) Weimar die Demokratie verfehlte”, in: *Zentrum und Peripherie: Zusammenhänge — Fragmentierungen — Neuansätze. Festschrift für Richard Bäuml zum 65. Geburtstag*, ed. by Roman Herzog, Chur and Zurich, Ruediger, 1992, esp. 87-93.

the request of one-twentieth of the qualified voters” (art. 73, 2). Finally, the people should be able to demand the passage of a law: “A referendum shall also take place, if one-tenth of the qualified voters petition for the submission of a bill. Such petition must be based on a fully elaborated bill. The bill shall be submitted to the Reichstag by the Ministry accompanied by an expression of its views. The referendum shall not take place if the bill petitioned for is accepted by the Reichstag without amendment” (art. 73, 3). The rules for a referendum were to be detailed in a subsequent statute.³¹

If the *Reichsrat* rejected a bill passed by the *Reichstag* the *Reichspräsident* might call for a referendum. Otherwise the bill was dead. In case, however, the *Reichstag* overruled the opposition of the *Reichsrat* by a two-thirds majority and the *Reichspräsident* was not ready to sign the bill into law he must call for a referendum (art. 74, 2).

Art. 75 is the shortest of the four articles and, according to Gerhard Anschütz,³² refers to art. 73, 3: “A referendum can annul a resolution of the Reichstag only when a majority of the qualified voters participate.” Art. 76, as mentioned above, deals with amending the Constitution though in this case, and only in this case, the people may take the initiative. But the majority of the qualified voters must approve any such amendment.

None of these central articles made the direct involvement of the people in the legislative process automatic and mandatory, as the Constitution of Pennsylvania of 1776 and the French Constitution of 1793 had provided. The question is whether it is justified to call this involvement of the people optional (*fakultativ*), as Anschütz has done.³³ The generally recognized point of reference for optional referenda was the Swiss Constitution of 1874: “Federal laws and generally binding federal decrees which are not of an urgent nature shall additionally be submitted to the people for approval or rejection if 30,000 Swiss citizens entitled to vote in eight Cantons so demand” (art. 89, 2).³⁴ The Weimar deviation from this model is telling and may be understood as a consequence of the fact that the constitution makers never thoroughly discussed direct democracy, as Jörg-Detlef Kühne has underlined.³⁵ While in Switzerland the sovereign people act on its own and may scrutinize any federal law or decree without any intervening institution—with only a small number of qualified citizens, far less than 5 percent of the adult population, sufficient to set the process in motion—the possibility of the German people to take action according to the Weimar Constitution depended on the *Reichspräsident* and/or the *Reichstag*. Either of them had to call on the people or

³¹ On art. 73, cf. ANSCHÜTZ, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis* (Stilke's Rechtsbibliothek Nr. 1), 3rd and 4th ed., Berlin: Stilke, 1926,222-226.

³² *Ibid.*, 228.

³³ *Ibid.*, 223.

³⁴ Own translation of the text as published by Graber, *Wege zur direkten Demokratie in der Schweiz*, 461. In the present Swiss Constitution of 1999, the quorum is 50,000 Swiss citizens entitled to vote or eight Cantons (art. 141,1).

³⁵ KÜHNE, *Die Entstehung der Weimarer Reichsverfassung*, 209.

make room for their involvement through their deliberate inaction. The general right of the Swiss people guaranteed by the constitution degenerated to a mere possibility in the Weimar Constitution close to a mock provision, as other constitutional organs had to step in to open up this option, but even then, for starting a petition or for a successful referendum, the requested quorum was prohibitively high. No wonder referenda on a national level almost never happened or succeeded.³⁶ Art. 76, 1 dealing exclusively with amending the constitution was the only exception though, again, the stakes were high with a required approval rate of the majority of the qualified voters.

Nevertheless, it was exactly these articles 73-76 together with art. 43 (on removing the *Reichspräsident* from office), strictly conditioned as they were and almost never applied in fourteen years, which contributed to the general impression of the Weimar Constitution as excessively emphasizing popular sovereignty.³⁷ This impression was enhanced by the well-known claim of the fathers of the Constitution to have created the most democratic constitution existing.³⁸ Gertrude Lübbecke-Wolff, however, is certainly right to point out that the Weimar Constitution was, instead, “shaped by reservations about the real *demos* and parliament as its representation”.³⁹ Weimar’s purported excessive popular sovereignty comes close to window dressing.

No doubt, the Weimar Constitution had its merits. It more than doubled the electorate, extending the right to vote to all Germans, male and female, above twenty years of age. It insisted on gender equality,⁴⁰ and it introduced a remarkable number of social rights.⁴¹ But despite its progressive elements, often connected with the political program of the Social Democrats (SPD), legal and constitutional thinking had to fight hard to shake off the authoritarian traditions of the past. The traditional *Staatsrecht*, firmly embedded in the conservative, anti-parliamentary and anti-democratic part of academia,⁴² was a paralyzing burden.

³⁶ GUSY, Christoph, “100 Jahre Weimarer Verfassung”, in: *Historia Constitucional*, 20 (2019), 218-221.

³⁷ On the ambivalences of Weimar “Rousseauism”, cf. Kühne, *Die Entstehung der Weimarer Reichsverfassung*, esp. 194-212.

³⁸ Cf. KÜHNE, *Die Entstehung der Weimarer Reichsverfassung*, 57, 143, 196, 208; Peter Graf Kielmansegg, “Der Reichspräsident – ein republikanischer Monarch?”, in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by Horst Dreier and Christian Waldhoff, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, 223; Gusy, “100 Jahre Weimarer Verfassung”, 221.

³⁹ LÜBBE-WOLFF, Gertrude, “Das Demokratiekonzept der Weimarer Reichsverfassung”, in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by Horst Dreier and Christian Waldhoff, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, 148. A shortened version of the article was published in Spanish translation in: *Historia constitucional*, 20 (2019), 253-274.

⁴⁰ Cf. CANKIK, Pascale, “Der Kampf um Gleichberechtigung als Voraussetzung der demokratischen Republik”, in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by Horst Dreier and Christian Waldhoff, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, 151-174.

⁴¹ Cf. STOLLEIS, Michael, “Die soziale Programmatik der Weimarer Reichsverfassung”, in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by Horst Dreier and Christian Waldhoff, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, 195-218. The article appeared in Spanish translation in: *Historia constitucional*, 20 (2019), 233-251.

⁴² Cf. HOPPE, Bernd, *Von der parlamentarischen Demokratie zum Präsidialstaat. Verfassungsentwicklung am Beispiel der Kabinettsbildung in der Weimarer Republik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, esp. 204-262.

The intention to establish Modern constitutionalism in Germany, real as it was, was, however, blurred by the tendency to follow the French version of it with the constitution constantly subservient to the sovereign people. But instead of eliminating the flaws of this model —as the French Constitution of 1958 and its unfolding practice over the subsequent decades have done— the Weimar Constitution enlarged on them decisively, surpassing in its basic philosophy and constitutional design even the Constitution of the Second Republic of 1848 with its fatal error. In contrast to the French predecessor, it additionally weakened the principle of representative government only to counterbalance it through its —largely unfounded— claim of strengthening popular sovereignty, two principles, according to Oliver Lepsius, at odds with each other.⁴³ Finally, it installed a widely unchecked though powerful *Reichspräsident*, a construction again surpassing the French example, while the Constitution itself was not entrenched. No constitutional court was established to protect the Constitution and to enforce limits on governmental power and let the law prevail. The consequences were an unbalanced constitution which did not automatically lead to disaster. Under normal conditions and with more experience at hand it might have worked well and over time corrected its major errors. But a “good” constitution as the Weimar Constitution has been classified recently,⁴⁴ should provide the means to fend off even severe crises through providing constitutional solutions. The Weimar Constitution due to its construction lacking the necessary instruments, offered nothing to prevent the disaster from happening.⁴⁵ This was its greatest fault.

⁴³ Cf. LEPSIUS, Oliver, “Volkssouveränität und Demokratiebegriﬀ in der Weimarer Republik”, in: *Historia Constitucional*, 20 (2019), 275-296.

⁴⁴ GUSY, “100 Jahre Weimarer Verfassung”, esp. 206, 231.

⁴⁵ Cf., though arguing differently, Dieter Grimm, “Weimars Ende und Untergang”, in: *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, ed. by DREIER, Horst and WALDHOFF, Christian, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2019, esp. 275-288.

DEMOCRACIA Y PLURALISMO DE WEIMAR A LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA*

DEMOCRACY AND PLURALISM FROM WEIMAR TO THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY

GUSTAVO GOZZI
Universidad de Bolonia, Italia
gustavo.gozzi@unibo.it

RESUMEN:

La presencia de las representaciones de los intereses a nivel económico permite hablar de la puesta en marcha de una «democracia económica». Su realización aparece, sin embargo, todavía largamente incompleta: por este motivo, por ejemplo, el programa fundamental de la SPD señala que: «La democracia económica es por sí misma un fin, ya que garantiza y completa la democracia política».

Palabras clave:

Constitución de Weimar, democracia económica, democracia política.

ABSTRACT:

The presence of representations of interests at the economic level makes it possible to talk about the implementation of an ‘economic democracy’. Its realization, however, is still long incomplete: for this reason, for example, the SPD’s fundamental programme states that “Economic democracy is itself an end, as it guarantees and completes political democracy”.

Keywords:

Weimar Constitution, economic democracy, political democracy.

1. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR: EL PRINCIPIO DE LA PARIDAD

En el año 1932, interviniendo con una serie de artículos sobre la revista socialista «Die Gesellschaft», E. Fraenkel delinea un minucioso análisis de la crisis de Weimar y propone algunas hipótesis de reforma.

* Traducción del italiano por Javier Espinoza de los Monteros Sánchez, Coordinador del Centro para el Desarrollo Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México.

En el fundamento de la constitución de 1919 había estado, según Fraenkel, la introducción del principio de la paridad entre los elementos contradictorios que dominaban la realidad alemana después del final de la *Kaiserreich*: prusianos y no-prusianos, protestantismo y catolicismo, trabajadores y empresarios. Así, por ejemplo, la compleja cuestión prusiana había sido resuelta con los artículos 61 y 63 que, asignando la mitad de los votos de Prusia en el Reichsrat a los representantes de las provincias prusianas, impedían la correspondencia entre número de los votos y número de los habitantes y obtenían el resultado de reducir la preponderancia numérica de Prusia.¹

Pero el problema principal estaba representado por la ausente realización de la regla de la paridad en las relaciones entre trabajadores y empresarios. El artículo 165 ciertamente había superado el principio de la democracia formal, en cuanto, como escribe Fraenkel, ese garantizaba «a la clase (*Schicht*) de los trabajadores numéricamente superior, pero socialmente inferior, la paridad con la clase de los empresarios socialmente superior, pero numéricamente inferior».²

Tatarin-Tarneyden había observado que, cuando viene proclamada la igualdad entre trabajadores y empresarios en un Estado que se basa sobre los principios de la democracia formal, la igualdad puede ser concebida solo como social. En realidad, esta igualdad no se realizó y su fracaso contribuyó fuertemente a iniciar la crisis política de Weimar.

El análisis que seguirá buscará, por tanto, mostrar como la crisis del proyecto de igualdad social, que era al fundamento de la constitución de Weimar, haya sido el origen de la crisis política.

Una breve consideración de la vicisitud de los consejos y, sobre todo, del Consejo de economía, puede evidenciar ulteriormente las razones de la crisis.

2. IDEA CONCILIAR Y REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES: DESARROLLO Y CRISIS DE LA IDEA DE DEMOCRACIA ECONÓMICA

En los orígenes de la constitución de Weimar son reconocibles, sobre el plano de las relaciones económicas, dos líneas de desarrollo: la afirmación de la idea concejal y el reconocimiento del rol del sindicato.

Después del final del *Kaiserreich* fue instituido un Comité ejecutivo, «órgano de los consejos de los obreros y de los soldados» que se consideraba la más alta expresión del poder legislativo. Las funciones de gobierno fueron, en cambio, asumidas por el Consejo de los representantes del pueblo.³

En seguida, en debate sobre el sistema de los consejos se transfirió al interior de la *Nationalversammlung*. Como es sabido» la idea de una república de los consejos cede el paso a la idea de una república democrática, pero la hipótesis de

¹ Cfr. FRAENKEL, E., *Abschied von Weimar?*, in *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise*, Darmstadt 1968, p. 39.

² *Ibidem*, p. 61.

³ Th. RAM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Milano 1989, p. 77

una república conciliar encontró igualmente una expresión constitucional. En efecto, a pesar del primer gobierno presidido por el social-democrático Scheidemann rechazó la solución conciliar, este, sin embargo, terminó con la presentación en abril de 1919, bajo la presión de un gobierno general, la propuesta de inclusión en el proyecto de constitución del Reich alemán de un artículo (el 34a), en el cual se afirmaba que los consejeros de los trabajadores venían reconocidos como representación económica de los intereses y venían incorporados en la constitución.⁴ En efecto, así sucedió en la constitución de agosto de 1919 el art. 34a fue transformado en el art. 163 que reformulaba la idea conciliar en la forma de una representación económica.

La república de Weimar representó también la gradual afirmación del rol de los sindicatos. Con la *Gewerbeordnung* de 1869 había sido reconocido el derecho de coalición que permite al movimiento obrero dar vida a las propias organizaciones sindicales durante los años del Kaiserreich, Sin embargo, faltaba una reglamentación legislativa tanto del contrato de trabajo, como de las asociaciones profesionales.

Solo durante la primera guerra mundial se verificó un progresivo reconocimiento de los sindicatos. Esto se hizo en particular mediante la «*Hilfsdienstgesetz*» del 5 diciembre 1916, con el cual por primera vez fueron nombrados los sindicatos, es decir «las organizaciones económicas de los trabajadores», como representantes de los intereses de sus miembros.⁵

El reconocimiento de los sindicatos tuvo una ulterior confirmación en octubre de 1918 cuando el *Rheinisch-Westfälische Zechenverband* los reconoció como representantes de los trabajadores y, en lo sucesivo, cuando el 3 y 6 de noviembre de 1918 los representantes de las asociaciones empresariales y de los sindicatos pretendieron la constitución de una oficina del Reich para la desmovilización (*Demobilmachung*).⁶

Por último, con el conocido acuerdo del 15 de noviembre de 1918 entre Stinnes y Legien en representación de los diferentes interlocutores sociales, los sindicatos fueron reconocidos como los «representantes profesionales de los trabajadores». Este acuerdo introducía una representación paritaria de los intereses, que viene aplicada en los comités para la desmovilización, en las oficinas de colocación en las juntas de arbitraje, etc. El acuerdo sigue la creación de una «comunidad del trabajo» (*Arbeitsgemeinschaft*) al cual viene atribuido como fin «la solución común de todas las cuestiones sociales y económicas referentes a las industrias de Alemania, así como de todas las cuestiones legislativas

⁴ E. LIST, *Der &rufsstindegedanke in der deutschen Verfassungsdiskussion seit 1919*, Leipzig 1930, p. 21, El art. 34a rezaba: «Los trabajadores sono llamados, con cojuntamente con los empresarios, a la reglamentación de las condiciones salariales y laborales, así como al desarrollo económico global de las fuerzas productivas. Las dos organizaciones vienen reconocidas. Para la garantía de sus intereses sociales y económicos, los trabajadores conservan representaciones de ley repartidas según empresas y ámbitos económicos en los consejos de los trabajadores de empresa de distrito y en un consejo de los trabajadores del Reich .. », en *Verfassunggebende deutsche Nationalversammlung*, Aktenstück, Nr.385, Bd.335, p. 228.

⁵ NAPHTALI, F., *Wirtschaftsdemokratie Ihr Wesen*, Wegund Ziel, Berlin 1928, p. 120.

⁶ *Ibidem*, p. 121.

y administrativas que a ella se refirió»⁷ Legien, que era presidente de la comisión general de los sindicatos alemanes, consideró el acuerdo de 1918 como la «Magna Charta de los sindicatos».⁸

Si con el pacto estipulado entre empresarios y sindicatos se realizó una fase de tregua y de pacificación en las relaciones industriales, con el art. 165 de la constitución de Weimar se pretendía institucionalizar cada conflicto social y a absorberlo al interior del Estado.⁹

Ello preveía la creación de una representación de los intereses articulada sobre diversos niveles: en realidad fueron instituidos solo los Betriebsrate (consejos de empresa) con la ley del 4.2.1920 y el Reichswirtschaftsrat (Consejo económico del Reich) con la ordenanza del 4.5.1920. En cambio, no fueron realizados los Bezirks wirtschaftsräte (consejos de distrito) que el art. 165 consideraba el presupuesto sobre el cual debía constituirse el Consejo económico del Reich y cuya ausente realización confirió al Consejo, hasta el fin de la República, un carácter de provisoriedad.¹⁰

Extremadamente vasta y compleja fue la discusión sobre estos órganos representativos de los intereses organizados. G. Leibholz criticó el art. 5 de la ordenanza institutiva del Consejo económico, que consideraba a los miembros del Consejo como representantes del pueblo entero, considerando que ello introdujese una inadmisibile confusión entre representación de los intereses y representación política.¹¹

Hubo quien consideró el Consejo como una representación de la economía¹² y quien juzgó que el Reichswirtschaftsrat: representase una especie de contrapoder respecto al parlamento y que, como expresión de un Berufsprinzip (principio profesional), representara el inicio de una democracia orgánica.¹³

De la parte socialdemócrata se observó, en cambio, como esta forma organizativa habría representado la fundación de una democracia económica, entendida como la subordinación de los intereses económicos privados al interés social.¹⁴

En realidad, los presupuestos de aquella democracia eran demasiado frágiles y contradictorios. En primer lugar, las relaciones al interior de la «comunidad del trabajo» y aquellos en el seno del Consejo económico del Reich respondían a dos lógicas diversas: mientras la Arbeitsgemeinschaft se basaba sobre un acuerdo

⁷ UMBREIT, P., *Die Magna Charta der deutschen Gewerkschaften*, en «Recht und Wirtschaft», VIII, 1919, n. 1, p. 25.

⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁹ Th. RAMM, *Per una storia*, cit., p. 85.

¹⁰ Cfr., LIST, E., *Der Berufsständegedanke*, cit., p. 27.

¹¹ LEIBHOLZ, G., *Das Wesen der Representation* (1929), Berlin 1960, Zweite Auflage, p. 273. El art. 5 de la ordenanza del 4.3.1920 rezaba: «Los miembros del Consejo económico del Reich son representantes de los intereses económicos del pueblo entero. Ellos están sometidos solo a su conciencia y no están vinculados a algún encargo», en F. GLUM, *Der deutsche und der französische Reichswirtschaftsrat*, Berlin 1929, p. 92.

¹² GLUM, F., *Der Deutsche*, cit., p. 19.

¹³ LIST, E., *Der Berufsständegedanke*, cit., p. 23.

¹⁴ Cfr., HILFERDING, R., *Die Aufgaben der Sozialdemokratie in der Republik*, en Sozialdemokratische Parteitag 1927 en Kiel Protokoll, Berlin 1927, p. 171 y naturalmente NAPHTALI, F., *Wirtschaftsdemokratie*, cit., pp. 7 y ss.

voluntario, al contrario el Reichswirtschaftsrat había sido instituido para realizar una integración, sobre base constitucional, de los interlocutores sociales. Con estos diversos presupuestos se manifestó una inevitable concurrencia entre el movimiento sindical y aquel de los consejos,¹⁵ que se resolvió, finalmente, en una «sindicalización» de los consejos por parte del sindicato.¹⁶

Sin embargo, es necesario ir más a fondo y observar que aquel sistema de integración mediante la incorporación de los intereses en las estructuras administrativas de la política social y en las estructuras judiciales de los tribunales del trabajo, denominado por Fraenkel con el término de «democracia colectiva», representa en realidad un compromiso inestable entre diversos intereses sociales, que faltaba un fundamento común, o sea de una común interpretación de los principios constitucionales. Según O. Kahn-Freund en efecto, en Weimar había sido creado un sistema colectivístico —fundado sobre el reconocimiento de las organizaciones de los empleadores de trabajo y de los trabajadores, así como de la contratación colectiva— que había representado el «intento directo de organizar jurídicamente la lucha de clase y hacer de ello un elemento esencial de la evolución del derecho positivo».¹⁷ Pero en Weimar esto no sucedió porque faltó la aceptación de una común noción de colectividad.¹⁸

La vida de la «comunidad del trabajo», a la que correspondía la reglamentación colectiva de las condiciones salariales y laborales, no fue, en efecto, de larga duración.

En 1923 durante la inflación que debilitó el poder de los sindicatos y contribuyó a reducir el número de los inscritos, se intensificó el ataque de las fuerzas empresariales contra el movimiento obrero.

La confrontación se encontró principalmente a la política social y, en particular, al problema del horario de trabajo. El frente empresarial resultó vencedor y obtuvo un decreto sobre el horario de trabajo al final de 1923, que introdujo reformas a la jornada de 8 horas, fijada con base al acuerdo Stinnes-Legien, y estableció el nuevo límite de las 10 horas.

La continuación de la «comunidad del trabajo» se vuelve, entonces, privada de sentido y los sindicatos libres terminaron con la salida del *Arbeitsgemeinschaft* cuya oficina común fue disuelta el 31 de mayo de 1924. El final del compromiso social que era al fundamento de la constitución de Weimar influyó profundamente también sobre el funcionamiento del Consejo económico del Reich, cuya asamblea plenaria no fue más convocada a partir de 1923: como escribe Th. Ramm, estos acontecimientos «testimoniaban el fracaso del sistema de los consejos de aquel art. 165 WRV»¹⁹ y, al mismo tiempo, representaban el

¹⁵ Th. RAMM, *Per una storia*, cit., p. 83.

¹⁶ FRAENKEL, E., *Democrazia collettiva* (1929), en C. ARRIGO - GUARDARO (edd), Laboratorio Weimar, Roma 1982, p. 97. Al respecto *cfr.* también A. BOLAFFI, Dalla 'Kollektive Demokratie' al 'doppio Stato' nell'analisi di Ernst Fraenkel, en «Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli» 1983/1984, p. 1076.

¹⁷ *Cfr.* KAHN-FREUND, O., *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro* (1932), in ARRIGO, G. & VARDARO, G. (edd), *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 221 ss., en particular p. 253.

¹⁸ Th. RAMM, *Per una storia*, cit., p. 104.

¹⁹ *Ibidem*, p. 90.

final de cada hipótesis de democracia económica que incluso la constitución de Weimar permitía legítimamente formular.

El final del compromiso social afectó, por tanto, sobre la posibilidad de realizar un proceso de integración mediante las estructuras representativas previstas por la constitución de 1919.

El Consejo económico siguió siendo un órgano meramente consultivo, cuya importancia en el proceso legislativo fue del todo marginal.

3. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD POLÍTICA: UNA HERENCIA DEL SIGLO XIX

La falta de realización de la democracia económica pone en evidencia, como observa Fraenkel, la imposibilidad de conjugar, durante la época de Weimar, el ordenamiento económico individualístico liberal con el ordenamiento del trabajo colectivístico-democrático.²⁰ No fue, en efecto, posible conciliar los opuestos intereses al interior de la «comunidad del trabajo» y de las instituciones representativas de los intereses creados por el Estado.

El terreno del enfrentamiento, como hemos observado, fue aquel de la política social y esto impidió realizar aquella homogeneidad social, o sea, la gradual superación de las desigualdades económicas que constituye, según lo que sostiene Heller en un ensayo de 1928, la condición imprescindible de la *democracia política*.²¹

El proceso mediante el cual se manifestó esta crisis de la democracia fue demasiado compleja y pone en evidencia todos los límites de la constitución de 1919.

El conflicto de los intereses se expresa, en efecto, sobre el plano político, mediante la imposibilidad de crear mayorías estables y terminó imponiendo la centralidad del rol ejercido por el Presidente del Reich.

En el parlamento, en los inicios de los años treinta, existían fuerzas políticas capaces solo de determinar la caída de un gobierno, pero incapaces de expresar una alternativa política. De aquí derivó la creciente importancia asumida por el Presidente que recurrió repetidamente a la solución de la disolución del Reichstag.

Por otra parte, este resultado era considerado inevitable por parte de la doctrina de la época, en particular por C. Schmitt el cual afirmó que la constitución permitía un Reichstag capaz de expresar una mayoría, todos los derechos para actuar como el factor decisivo; pero si este no tenía posibilidad de hacer ello, no tenía «el derecho de pedir que también todas las otras oficinas responsables fueran incapaces de actuar».²²

Al final de 1932 Fraenkel propone la solución que fue luego adoptada por la Ley Fundamental de 1949, es decir, la vía de la reforma constitucional para

²⁰ FRAENKEL, E., *Abschied von Weirnar?*, cit., p. 64 ed E. FRAEKEL, *Democrazia collettiva* (1929), cit., p. 100.

²¹ TIELLER, *Democrazia politica ed omogeneità sociale* (1928), in «Quaderni Piacentini», 1989, n. 10, soprattutto pp. 147 y ss.

²² SCHMITT, C., *Il custode della costituzione* (1931), Milano 1981, p. 198.

introducir el instituto de la «desconfianza constructiva». Había que modificar el art. 54, él escribía, o sea el artículo que hace las cargas del canciller del Reich y de los ministros dependientes de la confianza del Reichstag. Este artículo debía ser modificado, estableciendo que el canciller o el ministro debían dimitir solo si la representación parlamentaria vinculaba la desconfianza a la presentación al Presidente de la propuesta de nominar una personalidad política a la cabeza de un nuevo gobierno.²³

En realidad, esta hipótesis de reforma constitucional de la cual, a juicio de Fraenkel, habría debido hacerse portadora la socialdemocracia, chocaba contra la concepción jurídica y política que esta como fundamento de la constitución de Weimar.

En efecto, retomando al final de los años sesenta el análisis de la constitución de 1919, Fraenkel observaba que la idea dominante, casi la obsesión, de los padres constituyentes, en particular de FI. Preuss, había sido constituida por el intento de evitar el absolutismo del parlamento.²⁴ Por esto a componente parlamentario-representativo, viene contrapuesta aquella parlamentaria-plebiscitaria, y no fue considerada la hipótesis que, en caso de no funcionamiento del sistema de gobierno parlamentario, este pudiera ser desautorizado por el Presidente mediante el recurso al «Ausnahmezustand», al caso de excepción.

En la hora de su nacimiento —comenta Fraenkel— la república de Weimar se había reconocido en un tipo plebiscitario de democracia; en la hora de su final ella pagó la cuenta.²⁵

Muy fuerte había sido la influencia ejercida sobre los constituyentes de 1919 por un libro de R. Redslob aparecido en 1918, en el cual se identificaba la forma del parlamentarismo puro en la realidad constitucional inglesa, al interior de la cual se atribuía erróneamente al soberano el poder de deshacer el parlamento.²⁶ En realidad —come subraya Fraenkel— Redslob, a su vez, había asumido acriticamente la interpretación de la constitución inglesa que había sido elaborada por los monarcas franceses, en particular por Prévost-Paradol.²⁷

Sin adentrarnos ulteriormente en estas reconstrucciones genealógicas, que incluso son importantes para comprender el origen de las doctrinas, es necesario detenerse todavía brevemente sobre los resultados alcanzados por los constituyentes de Weimar.

La contraposición del elemento plebiscitario al elemento representativo también informa en la nueva realidad constitucional la herencia del viejo Kaiserreich.

Para H. Preuss el parlamento era solo un reflejo de la voluntad popular empírica y el diputado no era un representante del pueblo, sino solo un «Volksbote»

²³ FRAENKEL, E., *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 97.

²⁴ FRAENKEL, E., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968, p. 113.

²⁵ *Ibidem*, p. 115.

²⁶ Redslob atribuye al jefe del Estado dos competencias que le permiten desplegar una libre iniciativa: la formación del ministerio y la decisión de deshacer las cámaras, in R. REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung in ihr wahrer und in ihrer unechten Form*, Tilbingen 1918, p. 3.

²⁷ Sobre Prévost-Paradol cfr. HASBACH, W., *Die moderne Demokratie*, Jena 1912, pp. 110 y ss.

(portavoz del pueblo). De esta manera, se terminaba con atribuir la representación solamente al Presidente, es decir, convirtiéndolo en el símbolo de la unidad política y el garante del interés general.

En la *Denkschrift* de 1919 H. Preuss había afirmado que las exigencias de la política de un gran Estado empujaban a la representación (*Representation*) de la unidad política mediante una personalidad, un jefe de Estado.²⁸

Preuss pensaba en una forma de gobierno democrático-parlamentario, considerando que democracia y parlamentarismo fueran entre ellas compatibles. Él afirmaba que Alemania tenía necesidad de la democracia política que representaba, a su juicio, el fundamento de una educación política por realizarse mediante el intercambio entre gobierno y representación popular al interior del sistema parlamentario.

Las alternativas que habían sido presentadas después de la caída del *Kaiserreich* habían sido representadas por el sistema dualístico y por el sistema parlamentario. El primero —consistente en un modelo político en el cual el presidente está bajo un gobierno en el cual los ministros son responsables políticamente respecto a ellos y no frente a la representación popular— había sido ya definitivamente rechazado por el pasado histórico de Alemania.

Preuss pensaba, en cambio, en un sistema de parlamentarismo perfecto en el cual existieran dos altos órganos del Estado entre ellos paritarios.²⁹ No se trataba, por tanto, ni del parlamentarismo imperfecto de la Tercera República francesa, en la cual el presidente era elegido por el parlamento, ni del sistema dualístico —como había sido la forma de gobierno de la época del *Kaiserreich*— caracterizado por el nombramiento del gobierno por parte del *Kaiser* y por el contraste entre los más altos órganos del Estado. Al contrario, ahora, en el proyecto de Preuss, el gobierno parlamentario debía constituir vínculo interior, incluso si el presidente y el parlamento eran dos órganos independientes: «En la democracia parlamentaria —afirmaba Preuss— en la cual todo el poder político surge de la voluntad popular, el presidente obtiene una posición igual a la representación popular elegida directamente por el pueblo, solo si es electo directamente no por la representación, sino por el pueblo.»³⁰

La elección directa debía constituir el fundamento de la representación de la unidad política por parte del presidente del *Reich*, y era precisamente esta idea de la unidad política que representaba la herencia más gravosa de la experiencia

²⁸ PREUSS, H., *Denkschrift zum Entwurf des Allgemeinen Teils der Reichsverfassung* vom 3. januar 1919, in *Staat, Recht, Freiheit*, Hildesheim 1964 p. 385.

²⁹ *Ibidem*, p. 387.

³⁰ Preuss formula esta concepción en más de una ocasión: «Por otra parte, él (el presidente) no tiene ningún otro órgano por encima del mismo; él pertenece como el parlamento a los más altos órganos del *Reich* ... », in *Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, Aktenstück Nr. 391, Bd. 336, p. 237. Incluso en otro lugar Preuss subraya el rol del presidente, al cual corresponde la tarea de tomar una decisión política «quando egli è convinto di un contrasto tra la maggioranza del *Reichstag* e l'orientamento prevalente por la voluntad popular», in *Verfassung der Freistaates Preussen* vom 30. November 1920, in «*Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*», X, 1921, p. 266.

constitucional del Kaiserreich y del método jurídico decimonónico inaugurado por Gerber y por Laband: una concepción que impedía aceptar el pleno desplegarse de una realidad pluralística y que, más bien, veía en ella solo un peligro para la integridad del Estado.

Solo en la segunda posguerra y precisamente a raíz de la quiebra de Weimar, se debía alcanzar a resolver la idea de Estado en el sistema del pluralismo.

En cambio, en Weimar, como observó L. Wittmayer, la no comprensión para la tarea representativa del parlamento, llevó a elaborar una constitución plebiscitario-autoritaria; y Fraenkel comenta: «la supuesta constitución más democrática del mundo fue el producto de un pensamiento autoritario».³¹

Los últimos años de Weimar fueron marcados por la afirmación de una democracia autoritaria en la que comenzó a imponerse la concepción de la necesidad de un intérprete de la voluntad nacional unitaria.

No se realizó, en cambio, aquella democracia dialéctica, o sea un modelo pluralístico de composición y compromiso entre los intereses opuestos, que también era una de las posibilidades previstas por la constitución de 1919. Su presupuesto habría debido ser el reconocimiento de un sector no controvertido de la vida política que Fraenkel, retomando las tesis expresadas por el Reichsgericht, identificaba en la segunda parte de la constitución («Los derechos y los deberes fundamentales de los alemanes»)³²

Sobre esta base, habría sido posible alcanzar aquella homogeneidad social que, como hemos observado, constituía el fundamento de la democracia política (H. Reller). Al contrario, las diversas fases de la crisis económica (la gran inflación de 1922-23 y, posteriormente, la extendida desocupación a partir da 1926), en ausencia de principios constitucionales compartidos, estaban en el origen de la crisis de la política social y también produjeron la pauperización de la clase media, que se orientó hacia la derecha en la búsqueda de un renacimiento de la grandeza nacional.

Por último, sobre el plano político, los efectos de la crisis económica, en presencia de la fragmentación de los partidos, hicieron difícil, a partir de 1923, la formación de estables mayorías parlamentaras (con la excepción de la gran coalición da 1928 a 1930): la parálisis de la vida parlamentaria se traduce así en una supremacía del ejecutivo sobre el legislativo y, por último, en la formación de «gobiernos presidenciales» que representaron, como ha sido observado, la premisa del nacionalsocialismo.³³ La democracia de Weimar fue, por tanto, un ejemplo de pluralismo imperfecto.

³¹ FRAENKEL, E., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 115.

³² FRAENKEL, E., *Um die Verfassung* (1932), in *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, cit., p. 84. En otro ensayo de 1932, reflexionando sobre el destino de la constitución de Weimar, Fraenkel indentificaba en ellos la posibilidad de supervivencia en la defensa de los principios del Estado de derecho, *cfr.* E. FRAENKEL, *Abschied von Weimar?*, cit., p. 72.

³³ BRACHER, K.D., *Parteienstaat Präsidialregime, Notstand*, in G. JASPERS (ed), *Von Weimar zu Hitler 1930-33*, Köln-Berlin 1968, pp. 69 y ss. Al respecto *cfr.* H. SCHULZE, *La repubblica di Weimar*, Bologna 1987, pp. 510 y 511.

4. DESPUÉS DE WEIMAR: LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN Y EL PROBLEMA DE LA «SUPRA-LEGALIDAD»

La herencia que nos ha dado Weimar consiste en la pregunta sobre las condiciones de posibilidad del pluralismo. Hacia el final de los años veinte R. Smend había observado que una comunidad política puede subsistir solo si los ciudadanos se reconocen en los principios constitucionales en los que se expresan los valores propios de una tradición nacional.³⁴ En esta perspectiva el fracaso de Weimar puede ser reconducido a la imposibilidad de poner principios comunes como fundamento de la convivencia política.

Después de 1945 se planteó de nuevo la cuestión sobre las condiciones de posibilidad del pluralismo, pero la reflexión teórica adoptó una perspectiva diversa a partir de una realidad constitucional profundamente modificada.

El positivismo jurídico había sido el enfoque seguido por la doctrina jurídica del Estado que, formado durante la época del Kaiserreich se había prolongado, como hemos visto, incluso con las necesarias diferenciaciones, hasta la época de Weimar. Ella concebía el Estado como una especie de hipóstasis ideal —la idea de Estado— que encontraba los propios representantes en precisos órganos constitucionales.

C. Schmitt concebía, por ejemplo, al Estado como «estatus de la unidad política» de un pueblo, mientras la constitución representaba la «forma y (el) tipo de la unidad política». En realidad, aquella unidad era una «función» de la cual Schmitt identificaba el representante en la figura del presidente del Reich. Este tipo de resultado teórico era posible ya que en la constitución de Weimar las componentes plebiscitarias coexistían, como hemos visto, con las componentes representativas.³⁵

La superación de esta ambigüedad en la Ley Fundamental de 23 mayo de 1949 ha permitido el pleno desarrollo de una realidad pluralística, respecto a la cual la reflexión teórica de la segunda posguerra ha puesto preguntas distintas de aquellas a las que había intentado responder la doctrina jurídica del Estado durante la época weimariana.

El problema que ha sido abordado sea por la ciencia jurídica que por la ciencia política después de 1945 ya no consistía en la pregunta: «¿Quién tiene el poder político?», sino más bien en la pregunta: «como viene ejercido el poder político?». ³⁶ Al centro de la reflexión ya no estaba más la pregunta de la «unidad política» o del «interés dell Stato», sino más bien el problema del poder concebido como un proceso de formación de la voluntad política en el contexto de una realidad pluralística.³⁷

³⁴ SMEND, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München - Leipzig 1928.

³⁵ FRAENKEL, E., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., pp. 112 y ss.

³⁶ BLANKE, B.; JÜRGENS, U. y H. KASTENLMEK, *Kritik der politischen Wissenschaft*, I, Frankfurt a. Main 1975, p. 190.

³⁷ Al respecto Naschoid ha puesto el problema de la relación que se instaura entre el nivel de participación de un sistema político democrático y las prestaciones que esta organización política puede producir en presencia

Desde esta perspectiva Denninger abordó el problema de las condiciones de posibilidad del pluralismo y ha considerado identificarles:

- En la capacidad de los intereses para organizarse en formas asociativas;
- en el equilibrio de poder y en la igualdad de las posibilidades para todos los intereses;
- en la apertura del sistema a los nuevos intereses que emergen; en un consenso de base sobre las «reglas del juego».³⁸

También Fraenkel, desarrollando su concepción de la democracia colectiva, ha identificado las condiciones del pluralismo en un consenso sobre los derechos fundamentales, las instituciones y los procedimientos políticos y en un código de valores (*Wertkodex*) cuya aceptación impide que los compromisos entre los partidos y entre los grupos se traduzcan en un abierto contraste con los principios morales y políticos de la nación.³⁹

Aquí surge un posible fundamento axiológico del pluralismo; es decir, parece que no se resuelve solo en las instituciones y en los procedimientos de formación de la voluntad política, sino que postula, en cambio el fundamento de una especie de supra-legalidad, o sea un preciso esquema de valores (*Wertsystem*), como ha expresado U.K. Preuss.

En verdad él afirma que el *Grundgesetz* encierra no una, sino más bien dos hipótesis de constitución; en efecto, es suficiente considerar el art. 20 donde se lee que la República Federal es «un Estado federal democrático y social» para comprender que, a juicio de Preuss, la Ley Fundamental de 1949 admite, además del reconocimiento adicional de los derechos de libertad, también la posibilidad de la asunción de funciones económicas y sociales por parte del Estado en grado de limitar la libertad del ciudadano.

Sin embargo, en numerosas sentencias la Corte constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*) ha establecido la centralidad de la «*freiheitliche demokratische Grundordnung*» (o sea del «ordenamiento fundamental democrático y liberal», de aquellos arts., 18, 21, párrafo 2, 91), concibiéndolo como el ordenamiento de una «democracia liberal» («*freiheitliche Demokratie*»)⁴⁰ y afirmando, de este modo, que existen principios constitucionales y decisiones fundamentales que fundan en el *Grundgesetz* un preciso sistema valorativo.⁴¹

Para la defensa de este ordenamiento y con referencia al art. 21, párrafo 2 que prevé la inconstitucionalidad de los partidos que atenten al ordenamiento

de los problemas que emergen en el ambiente social, in NASCHOLD, F., *Organisation und Demokratie*, Stuttgart 1969, p. 52.

³⁸ DENNINGER, E., *Staatsrecht*, I, Hamburg 1973, p. 43.

³⁹ FRAENKEL, E., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 42. También en otro lugar Fraenkel menciona un sector no controvertido de la política en el cual subsiste el consenso de todos sobre un código de valores: *cfr.* E. FRAENKEL, *Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung*, in FRAENKEL, E.; SONTHEIMER, K. y CRICK, B., *Beiträge zur Theorie und Kritik der pluralistischen Demokratie*, Bonn 1969, p. 14.

⁴⁰ *Cfr. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 5, Tübingen 1956, in E. DENNINGER (ed), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, I, Frankfurt a. Main, p. 123.

⁴¹ *Cfr.* U. K. PREUSS, *Legalität and Pluralismus*, Frankfurt a. Main 1973, p. 23.

democrático-liberal, la Corte constitucional ha sostenido que el art. 21 expresa el concepto de una «streitbare Demokratie» («democracia militante, que se defiende»)⁴²

A juicio de Preuss, la Corte constitucional ha establecido la centralidad de un sistema de valores fundado sobre los elementos de la libertad y de posesión individualista. Él llega así a la conclusión que, según la actual praxis constitucional, existe una constitución sobre dos niveles: de una parte, una decisión valorativa para el ordenamiento democrático-liberal» y, de la otra, la Ley Fundamental positiva.⁴³

También otros autores comparten esta interpretación de Preuss: la Corte constitucional contribuiría a establecer una jerarquía de valores y operaría, en lugar de como custodio de la constitución, como el «autónomo productor de un sistema de valores».⁴⁴

En otros términos, según la jurisprudencia de la Corte constitucional, los derechos fundamentales no son solo garantías subjetivas contra la invasión del poder político, sino más bien encierran también decisiones valorativas (Wertentscheidungen).⁴⁵ Pero de este modo el reconocimiento de un sistema de valores encerrados en la constitución introduce una nueva fuente de legitimación distinta del proceso democrático de formación de la voluntad política. Ella se funda, en efecto, no sobre el querer popular que da forma al derecho, sino más bien sobre la evidencia de valores sociales.⁴⁶ (Preuss observa a este respecto que la distinción introducida por Schmirt entre legalidad y legitimidad permite evidenciar la actual tendencia hacia una *legalidad sobre dos niveles*).

La jurisprudencia de la Corte constitucional termina, por tanto, al insinuar la idea de que las justas decisiones políticas sobre las cuestiones de la vida social pueden darse solo sobre la base de valores constitucionales y que la formación democrática de la voluntad sea solo el reconocimiento de una jerarquía de valores puestos constitucionalmente.

A estas posiciones ha sido opuesta, sobre todo por parte de la ius publicística⁴⁷ y politólogos de izquierda, una recuperación de la concepción del Estado de derecho en sentido formal. Según esta perspectiva, en un Estado de derecho

⁴² *Enscheidungen des Bunderverfassungsgericht*, Bd.3, cit., p. 124. Se trata de la sentencia del 17 agosto 1956 que se refería a la posición constitucional de la KPD.

⁴³ Cfr. U. K. PREUSS, *Legalität und Pluralismus*, cit., p. 26.

⁴⁴ SEIFERT, J., *Grundgesetz und Restauration*, Neuwied - Darmstadt 1977, p. 64. Otros autores observan que en la praxis de la Corte constitucional la categoría de Wertordnung asume un rol central: cfr. F. HASE – K. – H LAUDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politisches System*, Frankfurt a. Main 1980, p. 262.

⁴⁵ Preuss brinda algunos ejemplos del sistema de valores identificados por la Corte constitucional. Así, por ejemplo, la sentencia con la cual fue establecido que la seguridad de las fuerzas armadas debería tener la prioridad respecto a la libertad del objeto de conciencia (28, pp. 243 ss), o la sentencia con la cual se estableció que la propiedad del arrendador debería tener la prioridad respecto a la libertad de opinión del inquilino (se trataba del caso en el que un inquilino había colocado en la habitación un cartel electoral) (7, pp. 230 y ss.). Sobre estas consideraciones cfr. U.K. PREUSS, *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt a. Main 1979, p. 148.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 152.

⁴⁷ Son las posiciones de U.K. Preuss, Abendroth, Seifert, Maus etc. Cfr. Al respecto D. GRIMM, *Reformalisierung des Rechtsstaates als Demokratiepostulat?*, in «JuS», 1980, Heft 10, p. 706.

emancipado de vínculos materiales, la justicia y la administración son obligados al respeto de la ley y el legislador puede intervenir sobre la estructura social y formarla según su voluntad.

En esta concepción la democracia viene identificada con la ilimitada libertad de un legislador sustraído a cada vínculo por parte de una instancia superior, como aquella representada por la Corte constitucional. La formalización del Estado de derecho correspondería así a su democratización.

A esta concepción D. Grimm objeta que en realidad una legalidad sobre dos niveles no está en contraste con la democracia, sino que, al contrario, ella es simplemente sinónimo de constitución.⁴⁸ Cuando, en efecto, vinieron a menos los modelos de legitimación iusnaturalistas y el derecho fue fundado sobre la autoridad (en lugar de la verdad), surgió la necesidad de reglas que establecieran quién debía poner el derecho y cuáles procedimientos deberían seguirse. Estas reglas debían necesariamente ser puestas por encima del derecho producido.

En síntesis: en una constitución nacida democráticamente —escribe Grimm— las condiciones de producción del derecho son el fruto de una decisión democrática que se basa sobre un consenso más amplio de las decisiones del simple legislador.⁴⁹ El problema, por tanto, a juicio de Grimm, no es tanto aquel de la injerencia en el ámbito del legislativo por parte de la Corte constitucional, sino más que nada de aquel de los contenidos⁵⁰ de la constitución, de frente a los cuales se detiene también el *Bundesverfassungsgericht*.

En realidad, se podría objetar a D. Grimm que también los contenidos de la constitución vienen interpretados, como muestra el vasto debate en torno a los principios del Estado de derecho y del Estado social. Retomemos, por tanto, estas interpretaciones para formular las posibles definiciones de la democracia pluralística puesta por la Ley Fundamental del 49.

5. LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA COMO MODELO DE DEMOCRACIA PLURALÍSTICA: ESTADO SOCIAL, REPRESENTACIÓN, DEMOCRATIZACIÓN

El art. 79⁵¹ del Grundgesetz establece que no es posible modificar los arts. 1 y 20 con una ley federal. Se trata del artículo que reconoce «los derechos del hombre como fundamento de cada comunidad humana» (art. 1) y del artículo que define la república Federal alemana como «Estado federal democrático y social» (art. 20).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 708.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 709.

⁵⁰ Ha sido observado como, a partir de los inicios de los años ochenta, no aparece ya casi la referencia a los valores en la jurisprudencia de la Corte. Véase, por ejemplo, la sentencia del 16.6.1981 sobre las transmisiones radiofónicas: la sentencia ha considerado el problema, sobre todo en una dimensión objetiva, poniendo la necesidad de un ordenamiento que permita la libre expresión de las opiniones, en CHRYSSOGONOS, K., *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlin 1987, p. 157.

⁵¹ Art. 79: «La Ley fundamental puede ser modificada solo por una ley que modifique o integre expresamente el texto de la Ley fundamental misma (III) No es admisible una modificación de la presente Ley fundamental que toque la articulación del Bünd in Länder, la participación, en vía de máxima, de los Länder a la legislación o los principios enunciados en los arts. 1 y 20».

Estos artículos pertenecen —a juicio de Fraenkel—⁵² a un código valorativo general, o sea a un «sectore no controvertido», como escribía ya en 1932,⁵³ puestas como fundamento del Estado federal.

En particular, entre los derechos fundamentales aparece el art. 9⁵⁴ que garantiza el derecho de asociación y se pone en continuidad con los arts. 159 y 163 de la constitución de Weimar. Este debe ser considerado en la doble acepción de derecho individual de libertad y de derecho colectivo de acción. Se trata, por tanto, de un derecho que contribuye a poner la República Federal como democracia pluralística donde las asociaciones de los intereses contribuyen, a la par de los partidos (reconocidos por el art. 21), al proceso de formación de la voluntad política.

En realidad a la concepción expresada por el Grundeseiz no corresponde la realidad del sistema político. Como ha sido, en efecto, observado,⁵⁵ en la evolución del sistema político de la República Federal se ha pasado de una concepción «pluralística» a una «integracionística». A este resultado han contribuido sea el proceso de absorción de las formaciones políticas menores en los dos principales partidos, sea la ley electoral de 1956 que ha introducido la necesidad del 5% de los votos para obtener la admisión de una representación al Bundesia.

A nivel político se ha impuesto un «oligopolio de los partidos»,⁵⁶ así como sobre el plano de las relaciones económicas existe una concentración de la representación sindical de los intereses, en particular mediante el DGB, o sea la confederación de los sindicatos alemanes,⁵⁷ y un proceso de integración sea a nivel de empresa, sea a nivel de política económica, como sucedió sobretodo mediante la «Konzertierte Aktion» (acción concertada) introducida al final de los años '60.

Sin embargo, el problema de una democracia pluralística no solo está representado por la dialéctica política puesta por las concentraciones del poder político y de los intereses económicos. En cambio, hay que considerar —como advierte E. Fraenkel— también las condiciones de su estabilidad que dependen de la diversidad de las posiciones de los miembros de las agrupaciones políticas y económicas, o sea de la desigualdad de sus diferentes posiciones sociales.⁵⁸

El análisis de las condiciones de la democracia pluralística debe por tanto extenderse hasta comprender aquellos principios de justicia material, cuya realización depende de la plena afirmación del Estado social de derecho previsto por la Ley Fundamental (con los arts. 20 y 28).

⁵² FRAENKEL, E., *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, in «Aus Politik und Zeitgeschichte», 13 49/69, 6 Dez. 1969, p. 25.

⁵³ *Cfr. supra*, nota 32

⁵⁴ Art. 9: «Todos los alemanes tienen el derecho de formar uniones y sociedades ... (III) el derecho de formar asociaciones para la salvaguarda y el mejoramiento de las condiciones económicas y del trabajo está garantizado a cada uno y a cada profesión.

⁵⁵ COLLOTTI, E., *Esempio Germania*, Milano, 1971, p. 9.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁷ Sobre la estructura de los sindicatos alemanes *cfr.* MÜLLER-JENTSCH, W. y SPERLING, H.-J., *Sviluppo economico, conflitti di lavoro e relazioni industriali nella RFT dal 1966 al 94*, in C CROUCH - A PIZZORNO (edd), *Conflitti in Europa*. Milano, 1977.

⁵⁸ E. FRAENKEL, *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, *cit.*, p. 26.

En esta recuperación de los elementos del Estado de derecho y del Estado social consiste una significativa continuidad con la constitución de Weimar.

La constitución de 1919 había acogido sea los derechos fundamentales de libertad sea una serie de derechos (*ad es gli artt 161 e 163 comma 2*)⁵⁹ en los cuales se expresaba el principio del Estado social, a pesar de que el concepto de «Estado social de derecho» no fuese mencionado expresamente.

También la Ley fundamental de 1949 acoge, en continuidad con la constitución de Weimar, los principios del Estado social denominado «Estado democrático y social» en los arts. 20 y 28) y aquellos del Estado de derecho (además de la enunciación de los derechos fundamentales comparece en los arts. 18, 21 y 91, como hemos visto, la denominación de «ordenamiento fundamental liberal y democrático» y pone entre ellos una relación precisa. Es necesario profundizar esta compleja problemática.

Abendroth sostiene que los arts. 9 (sobre el derecho de asociación)⁶⁰ y 13 (sobre la socialización y sobre la posibilidad de instituir formas de economía colectiva) sean una declaración explícita del principio del Estado social concebido como extensión del proceso de democratización.⁶¹ La democratización es, a su juicio, la realización de un proceso de formación democrática de la voluntad, sea a nivel político como a nivel económico: es la noción de democracia fundada sobre la consecución de una «homogeneidad social» que es retomada por la obra de H. Heller.⁶²

Contra las tesis de E. Forsthoff que había subrayado la constante resistencia del Estado de derecho de acoger los principios del Estado social y había definido el Estado social de derecho solo una «fórmula de compromiso», Abendroth lo considera, al contrario, un proceso de democratización de la sociedad para alcanzar aquella «homogeneidad social» (H. Heller) que haga real la igualdad formal proclamada por la Ley Fundamental en el art. 3 (I). En realidad —observa aún

⁵⁹ El artículo 161 reza: «Il Reich organizza cori la partecipazione degli assicurati, un unitario sistema assicurativo allo scopo di tutelare la salute e la capacità di lavoro ...». All'art. 63 si legge: « .. Ad ogni tedesco deve essere data la possibilità di potere provvedere al proprio sostentamento con il suo lavoro preunitario. Ove non gli si possa procurare una occupazione adatta, deve essere provveduto a quanto è necessario al suo sostentamento ... ».

⁶⁰ Th. Ramm identifica en el art. 9 y en el art. 14 (sobre la posibilidad de expropiación «por el bien de la colectividad») algunos de los elementos de una constitución del trabajo, de la cual él ve una continuidad con la constitución de Weimar y con la precedente constitución del Kaiserreich. Al respecto comenta. «La constitución del trabajo hoy existente en la República Federal se basa, en sus puntos esenciales, sobre la constitución del trabajo del Estado imperial, que la constitución de Weimar ha desarrollado ulteriormente», in RAMM, Th., *Per una storia*, cit., p. 134.

⁶¹ ABENDROTH, W., *Der demokratische und soziale Rechtsstaat als politischer Auftrag*, in TOHIDIPUR, M., *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt a. Main 1978, I, p. 274. De opinión diferente es, en cambio, Menzel que considera que el art. 15 (como también el art. 14 sobre las obligaciones sociales de la propiedad privada) representa solamente reglas particulares que no están cubiertas en la cláusula del Estado social, en MENZEL, E., *Die Sozialstaatlichkeit als Verfassungsprinzip der Bundesrepublik*, in M. TOHIDIPUR, *Der bürgerliche Rechtsstaat*, cit., p. 316.

⁶² Sobre la relación entre Abendroth y Heller, *cf.* MAUS, I., *Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik*, in MÜLLER, Ch., y STAFF, I., *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Frankfurt a. Main 1985, p. 207.

Abendroth— la realización del Estado social, contrariamente a lo que viene proclamado por la Ley Fundamental de 1949, parece haber perdido la relación necesaria con el concepto de democracia.⁶³ Esta relación debe ser precisada de mejor manera.

En numerosas sentencias la Corte constitucional federal ha establecido una clara relación entre Estado social y derechos fundamentales mediante el principio democrático. En el concepto de Estado social, en efecto, ha sido incluida también una extensión de la representación, y por tanto de la democracia, para garantizar los derechos fundamentales. Así en la sentencia del 26.5.1970 se lee: «Las normas de la ley sobre la representación personal⁶⁴ ... son un medio importante para la garantía de los derechos del hombre... Están enraizadas en la idea del Estado social y remiten a las concepciones que constituyen el fundamento de las garantías de los derechos fundamentales en los arts. 1, 2 y 5, párrafo 1».⁶⁵ Emerge así con claridad el modelo de democracia pluralística puesto por la Ley fundamental (en la interpretación de la Corte constitucional federal): ese consiste en la realización de la idea de Estado social, o sea en la extensión de un proceso de democratización concebido como difusión de las formas de la representación, para garantía de los derechos fundamentales.

Incluso no estando contenida en la Ley Fundamental contrariamente a la constitución de Weimar, alguna determinación de los derechos sociales,⁶⁶ el principio de la Sozialstaatlichkeit viene entendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia por la Corte constitucional tanto como tutela de las posiciones sociales más débiles,⁶⁷ y, asimismo, como extensión de la representación y de la participación.

En realidad, este resultado no parece haberse alcanzado plenamente. Es suficiente pensar, por ejemplo, a la introducción, en base a la ley de 1976, de la mitbestimmung que la Corte constitucional federal considera una aplicación del Estado social⁶⁸ y que parte de la doctrina iuslaboralista interpreta como un elemento determinante de la «Constitución del trabajo».⁶⁹

La ley de 1976 establece, en efecto, que el consejo de administración de las empresas con más de 2000 empleados sea compuesto por la mitad de los representantes de los accionistas y, por la otra mitad, de los representantes de los trabajadores. Sin embargo, el presidente del consejo de administración electo con una mayoría de los 2/3 o bien, si esta mayoría no se alcanza, solo por los representantes

⁶³ ABENDROTH, W., *Der demokratische*, cit., p. 277.

⁶⁴ Se trata de la ley del 3.8.1955 que contiene una normatividad sobre el servicio público. Una nueva ley sobre la representación personal ha sido introducida el 1.4.1974. Cfr. SÖLLNER, A., *Grundriss des Arbeitsrechts*, München 1987, p. 138.

⁶⁵ Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, Bv. 26.5.1970 E. 28, 314, 328 Art. 1 «la dignidad del hombre es intangible ...»; art. 2: «Cada uno tiene derecho al libre desarrollo de la propia personalidad»• a. 5: «Cada uno tiene derecho de expresarse y difundir libremente sus opiniones»

⁶⁶ Cfr. MENLEL, E., *Die Sozialstaatlichkeit*, cit. p. 324.

⁶⁷ Cfr. cuanto declara la Corte constitucional (27.3 1970, E. 28, 324, 328) respecto de la seguridad social: «Esta sirve a la seguridad social, o sea tutela de la existencia social contra los altibajos circunstanciales de la vida».

⁶⁸ Cfr. MENZEL, E., *Die Sozialstaatlichkeit*, cit., p. 333.

⁶⁹ RAMM, Th., *Per una storia*, cit., p. 173.

de la propiedad, dispone de dos votos que pueden invocarse en caso de igualdad entre los representantes de los accionistas y los representantes de los trabajadores. La *mitbestimmung* representa, por tanto, una institución que favorece un proceso de integración y de «control social» precisamente mientras habría debido realizar, según las palabras de W. Brandt, «más democracia».⁷⁰

Es necesario extraer algunas conclusiones. La presencia de las representaciones de los intereses a nivel económico permite hablar de la puesta en marcha de una «democracia económica». Su realización aparece, sin embargo, todavía largamente incompleta: por este motivo, por ejemplo, el programa fundamental de la SPD del 2012.1989 le reserva mucho espacio. «La democracia económica —ahí se lee— es por sí misma un fin, ya que garantiza y completa la democracia política».⁷¹ Ella puede desarrollarse solo «mediante una reforma de la constitución de la empresa para el reforzamiento de los derechos de control y de decisión de los órganos de la *mitbestimmung*».⁷²

Más allá de lo incompleto de la democracia económica, es necesario, sin embargo, subrayar la inmensidad, en la República Federal, de un proceso de democratización que consiste en una generalizada presencia de las asociaciones de los intereses y de sus representaciones tanto a nivel económico, como al interior de los procesos de formación de la voluntad política.

En particular Böckenförde ha puesto en evidencia como estas organizaciones de los intereses ejercitan no solo una influencia sobre la formación de la voluntad política, sino que participan también en el proceso de formación de la decisión política.⁷³ Así que se puede afirmar que la capacidad de decisión del gobierno federal no depende solo de las mayorías parlamentaras, sino también de la lealtad de las organizaciones y, en particular, de los sindicatos. Böckenförde recuerda como en septiembre de 1975 el gobierno de H. Schmidt sobrepone en primera instancia el propio programa económico al DGB. En estos desarrollos él vislumbra una eficaz forma de descentralización⁷⁴ del poder de decisión. Recientes estudios politológicos han puesto de manifiesto como estas condiciones políticas cambiantes implican la transformación de la así llamada «democracia del canciller» (inaugurada por la era de Adenauer) en una «democracia de la coordinación» (*Koordinationsdemokratie*).⁷⁵ En particular J.H. Kaiser ha subrayado las posibilidades previstas por el reglamento del Bundestag (par. 73 GOBT) y por

⁷⁰ COLLOTTI, E., *Esempio Germania, cit.*, p. 123. Incluso The Ramm, confirma «los trabajadores, mediante sus representantes vienen completamente integrados en las empresas», in Th, RAMM, *Per una storia, cit.*, p. 147.

⁷¹ *Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschland*, Berlin, 20. Dezember 1989, p. 41.

⁷² *Ibidem*, p. 44.

⁷³ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie*, in «Der Staat», XV, 1976, p. 462.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 473.

⁷⁵ JÄGER, W., *Von der Kanzlerdemokratie zur Koordnationsdemokratie*, In «Zeitschrift für Politik», XXXV, 1988, sobretodo p. 31. Al respecto *cfr.* MISSIROLI, A., 1 «governi» dell'opposizione: Gran Bretagna e Repubblica federale tedesca, in G. PASQUINO (ed), *Opposizione, governo ombra, alternativa*, Bari 1990, p. 126.

el reglamento del Bundesrat (par. 4 GOBR) de escuchar públicamente en las respectivas comisiones a los representantes de los intereses.⁷⁶

En los estudios politológicos de algunos años atrás venía identificada la existencia de dos bloques de intereses: SPD-DGB, por una parte, y CDU-CSU, uniones empresariales (BDA) —clase medio— asociaciones de refugiados por la otra.⁷⁷

Sin embargo, es conocido como este modelo pluralístico no haya garantizado la estabilidad, sino más bien ha terminado produciendo conflictos, cuya razón debe rastrearse en la existencia de intereses excluidos de los procesos decisionales: aquí se debe encontrar, en efecto, el origen de fenómenos sociales que suscitaron una vasta atención en los años pasados, como las Bürgerinitiativen y, posteriormente, los movimientos sociales.

De la confrontación entre estos diversos intereses ha surgido una cultura que se ha expresado en la idea de un «crecimiento cualitativo»,⁷⁸ en el que tuvieran espacio los así llamados «valores postmaterialistas» y, por último, en la propuesta de «una economía responsable» (como se lee en el programa fundamental de la SPD de diciembre de 1989).

Por tanto, es necesario definir de manera más adecuada el modelo de democracia pluralística que se ha afirmado en la República Federal Alemana. A tal fin puede ser útil una comparación entre la democracia de Weimar y el modelo pluralístico construido en base a la Ley fundamental del 49.

En Weimar la crisis económica representó la condición como consecuencia de la cual se rompió el sistema de los compromisos entre los intereses opuestos y, en ausencia de principios constitucionales compartidos, se hizo imposible la formación de mayorías parlamentarias estables y se impuso la solución de los gobiernos presidenciales.

Al contrario, en la RFT, sobre la base de la Ley fundamental, se ha podido desarrollar, sobre el fundamento de principios constitucionales compartidos, un sistema de intereses que también participan en el proceso de formación de la decisión política (E. W. Böckenförde) y contribuyen a la legitimación del gobierno federal. Se trata de un modelo pluralístico que ha ciertamente superado las contradicciones de la experiencia de Weimar, pero que encierra, no obstante, en su interior, un inevitable potencial de conflicto alimentado por los intereses excluidos.

Sin embargo, las nuevas variables representadas por el nacionalismo, de la brecha económica entre este y oeste y de la integración europea están destinadas a incidir sobre las transformaciones de este modelo de modo todavía impredecible.

⁷⁶ KAISER, J. H., *Verbände*, in ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg 1987, p. 164. en una sentencia de la Corte se lee que «también los ciudadanos individuales y sobretodo uniones, grupos y asociaciones participan en el proceso de formación de la opinión y de la voluntad», in *Bundesverfassungsgericht*, 20, 56 (114).

⁷⁷ HEINZE, R., *Verbandepolitik und Neokorporatismus*, Opladen 1981, p. 101.

⁷⁸ La idea de un crecimiento económica cualitativo aparece, por ejemplo, en las formulaciones programáticas del DGB; cfr. HOFFMANN, J., *Corporativismo e rappresentanza sociale degli interessi dei lavoratori nella politica del sindacato tedesco*, in «Problemi del socialismo», 1982, o. 24-25, p. 196.

En particular el funcionamiento del sistema de la democracia pluralística será confrontado con los problemas que derivarán del nacimiento de una «economía dualística» caracterizada por la migración de mano de obra de este a oeste y de la inversión de recursos de la República Federal Alemana para sostener réditos y capacidad de importación de la ex-República Democrática Alemana, que podría asumir, junto a los otros países del este europeo al rol que ha realizado el sudeste asiático para el desarrollo económico japonés.⁷⁹ El resultado será un sistema complejo en el cual las relaciones actualmente existentes entre los intereses serán profundamente modificados por una nueva configuración política en la cual emergerán nuevos problemas y nuevos intereses (es suficiente pensar en los flujos migratorios del este y del sur, a la necesidad de una modernización tecnológica y de una reelaboración teórico-jurídica de la normativa económica,⁸⁰ así como a los posibles riesgos de discriminación en los derechos civiles).⁸¹

Además, la unidad alemana deja todavía incierta la respuesta a la pregunta si Alemania sabrá construir una identidad nacional que, no pudiendo, después de Auschwitz, confiar sobre la continuidad de su historia, se reconozca en un «patriotismo constitucional», o sea, como escribe Habermas, en los principios universales de los ciudadanos y esté en grado de conciliarse con las exigencias de una sociedad multicultural.⁸² Pero la creación del modelo político pluralístico en el que se expresarán estas cambiantes y complejas relaciones pertenece todavía a la búsqueda activa de la historia.

⁷⁹ Cfr. A. TESTI, *Apertura all'est e marginalizzazione periferica: nuovi termini delle prospettive di sviluppo internazionale*, in Quaderno n. 29 dell'Istituto di studi per lo sviluppo economico, Napoli, febbraio 1990, sobretodo p. 17.

⁸⁰ Cfr. A. RENNEN, *Problemi e prospettive dell'economia tedesca dopo l'unificazione*, in «Impresa & Stato», 1990, n. 12, p. 28 y ss.

⁸¹ O. KALLSCHEUR, *Sinistra occidentale cercasi*, in «Micromega», 1990, n. 2, pp. 174-173.

⁸² Cfr. J. HABERMAS, *Ancora una volta: sull'identità dei tedeschi, un popolo unito di soggetti economici in agitazione*, in *La rivoluzione in corso*, Milano 1990, pp. 215-217. Cfr. anche B. FAULENBACH, *Il problema dell'identità tedesca di fronte alla storia. Il dibattito sull'odierna autoconsapevolezza dei tedeschi*, in «Scienza & Politica», II, 1990, n. 4, p. 3 y ss.

**SENTIDO Y VALOR DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN
LAS OBRAS TRONCALES DE HERMANN HELLER.
WEIMAR Y LOS *ETHISCHE RECHTSGRUNDSÄTZE***
***SENSE AND VALUE OF THE CONSTITUTIONAL ORDER IN
THE CORE WORKS OF HERMANN HELLER.
WEIMAR AND THE ETHISCHE RECHTSGRUNDSÄTZE***

SERGIO RAÚL CASTAÑO*

Universidad Nacional del Comahue,
UNSTA, Argentina
sergioraulcastano@gmail.com

RESUMEN:

En las siguientes páginas se estudiarán algunos rasgos salientes del abordaje político-sociológico que hace Hermann Heller de la realidad de la constitución. Ese análisis permitirá observar cómo la realidad empírica misma de la organización constitucional no se explica —ni menos se legitima— sino merced a los principios ético-jurídicos fundamentales (*ethische Rechtsgrundsätze*). La Constitución de Weimar ofrece un ilustrativo ejemplo de esta concepción central de la filosofía política y jurídica de Hermann Heller.

La fuente para esta tarea será la compulsa de las obras principales del gran teórico del Estado.

Palabras clave:

Hermann Heller, constitución, fundamentos ético-jurídicos, poder político, Weimar.

ABSTRACT:

This article deals with some salient features of Hermann Heller's political-sociological approach to the reality of the constitution. In so doing it can be verified

* Catedrático de Derecho Político - Universidad Nacional del Comahue. Investigador Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET). Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA).

how the empirical reality itself of the constitutional organization is not explained—not least legitimized—but thanks to the fundamental ethical-legal principles (*ethische Rechtsgrundsätze*). The Weimar Constitution provides an illustrative example of this central conception of Hermann Heller's political and legal philosophy.

The sources for this task are the main systematic works of the great theoretician of the State.

Keywords:

Hermann Heller, constitution, ethical-legal foundations, political power-Weimar.

I. INTRODUCCIÓN

Constitución es “la configuración actual de la *cooperación*, por la que se produce de modo constante y renovado la unidad y ordenación de la organización y que se espera se mantenga de modo análogo en el futuro”.¹ Coincide con la noción de organización, como la acción de dar forma a la *cooperación* entre los individuos y los grupos, en tanto conscientemente se establece la supra-, sub- y coordinación entre ellos. De allí que quepa hablar de una constitución organizada para referirse a aquella parte de la constitución política que ha sido establecida conscientemente. Ahora bien, por la misma razón debe decirse que no toda la constitución política corresponde a la constitución así conscientemente planeada y establecida.

En efecto, Heller afirma la existencia de una *constitución total del Estado* (*Gesamtverfassung*). En ésta se constata que la organización no lo es todo, como lo podría ser en una sociedad anónima, porque en este caso específico, en el de la constitución política, se hallan comprendidos los hombres en la totalidad de sus determinaciones: raciales, culturales y tradicionales.² Es decir, aquí está comprendido todo el hombre, en cuya vida personal la organización afecta profundamente, a la vez que ésta resulta influida por sus miembros. El Estado, pues, es forma de vida organizada y es por ello que su constitución no comprenderá sólo los factores jurídicos de organización, sino asimismo los elementos vitales y los substratos conductuales que nutren el *ser-así* comunitario, presupuesto necesario de la norma jurídica.

II. NORMALIDAD Y NORMATIVIDAD

Aparece allí entonces la noción de *normalidad*, que es real, y no deóntica: Heller la ubica en el plano del ser social, distinto y complementario del plano del deber ser jurídico-constitucional. Como voluntad y norma, acto y sentido, también ser y deber ser, se hallan en unidad dialéctica en nuestro autor, y representan dimensiones que no pueden ser consideradas aisladas, unilateralmente. La *normalidad* consiste en la concordancia de una conducta con una regla empírica de

¹ *Staatslehre*, TÜBINGEN, J. C. B. Mohr, 1983, p. 282.

² *Cfr.* *Staatslehre*, p. 283.

previsión. Ahora bien, todo obrar ordenado supone una regla de previsión sobre las probabilidades de que ciertas conductas ocurrirán en el futuro como han ocurrido hasta ahora. Y en esa regla de previsión descansa la validez real de cualquier ordenación social. En efecto, la colaboración entre los hombres e incluso su mera coexistencia se torna imposible sin dicha regla de previsión, que indica la conducta normal esperable en individuos y grupos. Ella supone factores naturales y culturales que revisten una relevancia substantiva para la constitución del Estado, y tanto en sentido constructivo como destructivo: en los términos de Heller, esos factores consisten en “la sangre, el suelo, el contagio psíquico colectivo, la comunidad de historia y de cultura”.³

Pero como se ha dicho, no toda la constitución del Estado se agota en el plano empírico de la normalidad. Porque la constitución política, entendida como un determinado estado político, solamente puede ser concebida como un ser normativamente conformado. Es así como en el ser de la ordenación social la normación se ha inviscerado de modo tal de valer ya como una segunda naturaleza, o por lo menos como el modelo habitual de la conducta, observado conscientemente según lo impera dicha normación. Luego esa forma de vida organizada (*organisierte Lebensform*) que es el Estado exigirá la presencia concurrente de las normas. Pues sin ellas no hay organización; y, sin la organización, subraya Heller, el Estado carece de efectividad como tal; es más: carece en absoluto de existencia.⁴

Así pues, junto al momento de la normalidad, se yergue, como parte de la constitución política, el momento de la *normatividad*, pues la primera es sólo una parte de la constitución total. La normalidad debe ser siempre reforzada por una norma de juicio valorativa, que sanciona cierta práctica en términos de positiva o negativa como “condición para la existencia humana” —y esto más allá de que tal conducta se produzca con regularidad estadística (pues también se roba y se asesina, ejemplifica Heller)—. La probabilidad del obrar previsible no sólo se ve incrementada por la acción de las normas, sino que incluso son ellas las que a veces causan un determinado obrar. De hecho, la norma, además de criterio de valor, también oficia de regla de previsión. Heller desestima la hipervaloración de la “fuerza normativa de lo fáctico” (Jellinek) por cuanto al lado de ella se delinea la *fuerza normalizadora de la normativo*. En ese sentido Heller insiste en que la norma normaliza: es decir, se irradia en el ser social causando normalidad empírica. Se trata de un momento clave de la constitución política: por sobre la constitución no normada, e influida por ésta, se yergue la constitución informada por las normas.⁵

Ahora bien, no toda normatividad es jurídica. Existe la *normatividad no jurídica*, constituida en primer término por la tradición (*Herkommen*) y la costumbre (*Übung*); éstas abarcan los usos, la moral, la religión, y hasta la moda y las reglas de urbanidad, agrega Heller.⁶ Sin perjuicio de la relevancia de estas normas, son las normas jurídicas, aquéllas emanadas de los órganos políticos con

³ *Staatslehre*, p. 281-5.

⁴ *Cfr. Staatslehre*, p. 283.

⁵ *Cfr. Staatslehre*, p. 285.

⁶ *Cfr. Staatslehre*, p. 285.

la pretensión autoritativa de obligatoriedad general, las que por supuesto adquieren una especial significación para la constitución política. Heller señala que en muchos casos tales normas no han sido sino abstracciones y sistematizaciones extraídas de la realidad social misma (es decir, de la normalidad normada por los factores extrajurídicos). Mas se observa asimismo la imposición política de un querer y un deber ser opuesto a la que había sido la ordenación social hasta ese momento: precisamente al Estado moderno le es esencial una consciente y planificada imposición autoritaria y centralizada de normas tendientes a la normalización uniforme de la sociedad.⁷ Heller consagrará muchas de las últimas páginas de su obra póstuma precisamente al diagnóstico de ésta, la forma política contemporánea del Estado.⁸ Subrayemos algunas de las líneas fundamentales de su impronta institucional y primeramente cosmovisional.

III. EL AVANCE DE LA PLANIFICACIÓN JURÍDICA AUTORITARIA CON EL ESTADO MODERNO

Como acaba de anotarse, el Estado moderno porta la nota típica del incremento de la actividad centralizada de normación, que sujeta la realidad social a una normalización planificada; más aún: son propios del Estado moderno un gobierno y una legislación que deciden contra la normalidad social, establecida principalmente por la tradición y la costumbre.⁹ Esta forma política, para Heller, ha buscado crear una previsibilidad cada vez mayor en las relaciones sociales, con el fin de cimentar lo que los juristas llaman “seguridad jurídica”, y que para Heller es mera “seguridad de tráfico (económico-comercial)”,¹⁰ El resultado de tal empresa ha sido la racionalización de la administración de justicia a través de un cuerpo profesional *ad hoc* y la centralización de la legislación a través de las codificaciones y de las constituciones escritas¹¹ —en las que lo definitorio no es la nota de hallarse escritas, sino la planificación sistemática—.¹² Este peculiar *aumento de la normalidad a través del aumento de la normatividad* autoritaria y planificada ha conducido a la *emancipación (Verselbständigung*: también “independización”, “autonomización”) del entramado jurídico-constitucional —como

⁷ Cfr. *Staatslehre*, p. 286.

⁸ Cfr. *Staatslehre*, esp. pp. 293 y ss.

⁹ Cfr. *Staatslehre*, pp. 285 y 286.

¹⁰ Para nuestro autor, por el contrario, la seguridad jurídica consiste en la certeza de sentido y en la certeza de ejecución, y ambas facetas representan una de las funciones peraltadas, en a asegurar la justicia, que cumple el poder del Estado a través de la positivación del Derecho (vide *Staatslehre*, pp. 252-4). Heller echará mano del ejemplo de Hobbes en *De cive*, cuando afirma que hurto, homicidio, injuria, etc., prohibidos por el derecho natural, son determinados por la autoridad pública con un contenido concreto (*Staatslehre*, pp. 254 y 255). Estimamos que Heller se sirve de la formulación de Hobbes, más no del fondo definitoriamente absolutista de su doctrina, para ejemplificar el proceso de determinación de la certeza de sentido por el poder del Estado. No en vano nuestro autor aclara que utiliza el gráfico texto de Hobbes sin olvidar que éste “sacrifica completamente, como es sabido, la juridicidad (*Rechtsmässigkeit*) a la seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*)”, p. 254.

¹¹ Cfr. *Staatslehre*, pp. 286 y 287.

¹² Cfr. *Staatslehre*, pp. 305 y 306.

conexión de sentido y organización normativa— respecto de la realidad social.¹³ Pero aun en este escenario de hipertrofia del factor consciente, racionalista, planificado, autoritativo frente a la realidad social, ¿cabe, para Heller, resolver dicha realidad social en la organización normativa del poder? En otros términos, ¿el ordenamiento jurídico como formación ideal de sentido, absorbe al Estado como formación social real? La respuesta es negativa: la realidad social total se distinguirá siempre de la organización jurídica como el todo de la parte,¹⁴ incluso cuando la objetivación metódico-doctrinal y la emancipación político-cosmovisional han erigido al Derecho —y a su quintaesencia, la constitución jurídica— en un factor que se pretende unilateralmente decisorio.

IV. LA NECESARIA IMBRICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y NORMALIDAD

1. *Función individualizadora del Derecho por la materia social*

Al ensayar una respuesta fundada a la anterior cuestión deberemos recalcar en las observaciones que hace Heller desde el punto de vista *sistemático*, si por tal entendemos las consideraciones que quepan formularse más allá de la circunstancia epocal que signa la aparición del Estado moderno en general y del régimen constitucional-representativo en particular. Así como realidad y significación, voluntad y norma, entran en composición dialéctica y dan lugar a la vida política como una existencia normativamente informada, así la constitución total resulta de la unidad de normalidad y normatividad —jurídica y extrajurídica—. Ahora bien, ¿cómo juega la norma jurídica de valoración frente a todos estos distintos planos o mejor momentos de la constitución total? Decimos mejor “momentos” porque se hallan en relación dialéctica de complementariedad. Y ¿cómo juegan todos los factores extrajurídicos de la constitución frente a lo jurídico-legal (legal ordinario y legal constitucional)? Heller mismo afirma que en la cuestión de la complementariedad o contradicción de normalidad y normatividad radica el problema fundamental de toda sociología del Derecho y del Estado.¹⁵

Ante todo, Heller resalta que en la existencia social tal como tiene lugar en la constitución política real pueden darse ámbitos de normalidad sin normatividad; pero al contrario no hay normatividad sin normalidad y esto se constata en la organización del Estado. En efecto, todo derecho vigente es realidad, realidad normativamente regulada; y las normas constitucionales valen como (diríamos nosotros: *son también*) reglas empíricas de la realidad de la organización estatal. Las constituciones políticas, remata Heller, son formas de actividad, y son formas a la vez normadas y normales.¹⁶

¹³ Cfr. *Staatslehre*, pp. 293 y ss.

¹⁴ Cfr. *Staatslehre*, pp. 295, 298 y 299.

¹⁵ Cfr. *Staatslehre*, p. 286.

¹⁶ Cfr. *Staatslehre*, p. 285. En este lugar Heller critica el *Sollen* kelseniano, elaborado con metódico divorcio de la realidad social —y no deja de señalar la inconsecuencia de Kelsen—, quien a pesar de su postulado divorcio debe acudir a la observancia habitual para poder construir su idea de validez jurídico-normativa.

A Heller le interesa en general —y en este lugar, en relación con normatividad y normalidad, también lo subraya— el factor de permanencia que representan las normas y la constitución. Para Heller sin la continuidad de las normas sociales no habría ni continuidad de la realidad social ni continuidad de la constitución. Y es la fuerza normalizadora de las normas la que sustenta la generalización temporal y personal de la normalidad y, con ello, la permanencia de la constitución. Mediante una norma que obliga incluso a su propio autor se crea una continuidad constitucional y un *status* político, y es así como la dominación actual e imprevisible se torna continua y previsible. Por otro lado, la validez de una norma presupone una situación general previsible; un derecho de situación, por el contrario, correspondería a un caos permanente.¹⁷ Esta última tesis apunta expresamente al decisionismo de Carl Schmitt, tomando al pie de la letra (¿Retorciendo, tal vez?) la idea de éste de que todo Derecho sería derecho de situación.¹⁸

Pero entremos directamente en la cuestión misma, comenzando por su primera faceta: la de la complementariedad entre normatividad y normalidad. Heller sostiene que la constitución jurídica no se reduce nunca a los solos preceptos autorizados por el constituyente, dado que el contenido (*Inhalt*) de éstos y su modo concreto de validez (*Geltungsweise*) se determina (en el sentido de que termina de perfilarse y completarse) de acuerdo con las cualidades o rasgos propios (*Eigenschaften*) de aquéllos a quienes se dirige. Esto parecería comportar más que el principio realista clásico de que la norma debe estar conmensurada a lo normado;¹⁹ vendría a significar que la norma tendrá efectividad real y vigencia concreta a partir de una determinada recepción por un cierto medio humano y social. En palabras de Heller, la constitución jurídica formará un todo (concreto) con un mundo circundante compuesto por “normalidades antropológicas, geográficas, étnicas, antropológicas y sociales” —y, desde ya, por normatividades extrajurídicas—. Esa materia compuesta por la normalidad y por la normatividad extrajurídica determinará la individualidad de la constitución jurídica en tanto norma jurídica. El ejemplo que provee nuestro autor es el del código procesal de José II de Austria, que habría dado lugar a dos formas distintas de procedimiento en dos regiones distintas del Imperio: oral y directo en Países Bajos, escrito e indirecto en Austria.²⁰

Sean cuales fueren sus incoherencias, la crítica helleriana al esquema de Kelsen de separación entre ser y deber ser estriba en que ella no se hace cargo del efecto que ejerce el sistema normativo en el plano del ser. A su vez la idea schmittiana de la constitución positiva como decisión incurre en el defecto contrario: el de preterir o minusvalorar el momento normativo (p. 286).

¹⁷ Cfr. *Staatslehre*, pp. 286 y 287.

¹⁸ Cfr. *Staatslehre*, p. 287. En *Politische Theologie* (2ª. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1934, p. 20) Schmitt no niega, antes al contrario, que la norma exija normalidad porque mal podría aplicarse a un caos. Lo que significa el “*Alles Recht ist ‘Situationsrecht’*” no es, pues, que el derecho (la norma) vaya a regir en situaciones irrepetibles y mudables; sino que el soberano decide qué es un *normaler Zustand*.

¹⁹ Así en Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-IIae., 96, 2 c y ad 2um; y en *Suma Contra Gentiles*, III, 71 y especialmente III, 111: “conviene observar diversa razón de orden en el gobierno de la ciudad, según las diversas condiciones de quienes están sujetos al gobierno”. Vide asimismo, *S. Th.*, Ia., 103, 5 ad 2um. Cfr., en general CASTAÑO, Sergio R., *La racionalidad de la ley*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1995, pp. 80-82.

²⁰ Cfr. *Staatslehre*, pp. 288-289.

Este planteo, que resalta la función individualizadora del Derecho por la materia social, ya había sido antecedido por los desarrollos de *Die Souveränität*. Allí se explicita y aclara la función de la potestad suprema, a cuyo cargo corre lo primordial de dicha función individualizadora. Heller juzga negativamente la pretensión de lo que él llama un *ordre naturel* universal e impersonal que contendría por derivación la totalidad hermética y sin lagunas del ordenamiento jurídico de un Estado —y sin solución de continuidad, también del ordenamiento internacional—. Según Heller, Kelsen no sería sino la culminación del iusnaturalismo racionalista de los siglos anteriores. En esa línea Heller expresa, respecto del presente tema, que si por un lado la existencia del Derecho depende de la acción de una unidad decisoria soberana, por otro lado la validez jurídica (positiva), diversa de la validez lógica, se perfila a partir de los datos históricos, culturales, sociales, humanos en suma, fuera de los cuales se torna ilusoria. Así pues, las normas positivas deben no solo su existencia, sino también su validez, a la acción individualizadora de un poder decisorio concreta y culturalmente situado, que determina las normas en función de un talante comunitario y no a partir de una idea abstracta, como lo pretende el racionalismo kelseniano. La unidad de voluntad soberana cumple así con la tarea de la positivación, que significa: traducir el sentido de los *ethische Rechtsgrundsätze* en una situación determinada, confiriendo individualidad concreta a los principios suprapositivos. La positividad del Derecho implica una certeza de sentido, es decir la adecuación del valor universal del principio a una circunstancia histórica determinada. Y en eso reside la validez concreta de la norma jurídica. En tal función positivadora del Derecho radica Heller la esencia de la soberanía. Ahora bien, el propio acto de voluntad del poder del Estado ya es un producto de las condiciones naturales y culturales de la vida comunitaria. Y es en tal carácter como la voluntad estatal resulta inmanente a la individualidad de cada norma, cuyo conjunto constituye un orden normativo también individualizado, es decir, concreto. Esa individualidad histórica y culturalmente situada es lógicamente inderivable de cualquier norma general: de allí la irreductibilidad de lo social-concreto a lo abstracto-teorético. Heller se sirve aquí de otro ejemplo de la historia del Derecho: el código Napoleón rigió y se manifestó diversamente en Francia y en Renania, señala. Y ello no por la letra de la ley, sino por el sentido de los términos en el que cobraba realidad el acto del poder legiferante propio de cada escenario político. El legislador es representante de la voluntad del Estado, y ésta compensa los valores de la comunidad con el fin de acrisolar su unidad; de allí que tales valores resulten decisivos para la función (legítima) de legislador. Es así como los principios fundamentales sobre el orden político, el orden familiar y la propiedad se hallan en buena medida sustraídos al arbitrio del autor de la ley.²¹ Este protagonismo de lo concreto afinado en la vida social, continúa diciendo en *La soberanía*, adquiere especial valimiento cuando el legislador delega en la comunidad la determinación del contenido de las normas, remitiéndolo a las buenas costumbres, los usos comerciales, la naturaleza de la cosa, la buena fe, etc.²²

²¹ Cfr. HELLER, Hermann, *Die Souveränität*, Berlín, De Gruyter, 1927, p. 85.

²² Cfr. *Souveränität*, p. 95.

2. La normatividad extrajurídica y la constitución de Weimar

En *Teoría de Estado*, donde por momentos la normalidad y la normatividad no jurídica sociales parecen asumir por sí mismas una función relevante en la determinación del contenido de las normas —entiéndase: ya como erigidas en un polo dialéctico frente al poder mismo—, Heller retoma la idea de *La soberanía* y señala que el legislador suele hacer un doble orden de remisiones. Una remisión *material* (es decir, con un contenido o materia determinada), como cuando el constituyente de Weimar elenca en la segunda parte de la constitución alemana toda una serie de principios que, como los de los artículos 119 y 120, no serían todavía preceptos jurídicos directamente aplicables por el juez; no obstante lo cual tales principios son más que una mera orientación para el legislador. Ello rezan: “Art. 119: El matrimonio, fundamento de la vida familiar y de la conservación y aumento de la nación, queda bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de los dos sexos. Incumbe al Estado y a los Municipios mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a medidas de protección compensadoras. La maternidad tiene derecho a la protección y auxilio del Estado. Art. 120: La educación de la prole para el desarrollo corporal, espiritual y social, constituyen el deber supremo, y un derecho natural de los padres; la comunidad política velará por su cumplimiento”. Los de tal naturaleza, dice Heller, son los únicos principios jurídicos que conoce la inmensa mayoría de los ciudadanos. Y son ellos —y no los preceptos positivos de los códigos— los que en la praxis ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social.²³ En su entrada “*Estado*” había clarificado esta idea. En efecto, decía Heller allí, aunque los padres no conocen el derecho de familia hasta que no tienen un litigio legal, no obstante sí saben que deben alimentar a sus hijos —y esto es porque conocen el principio ético-jurídico fundamental—.²⁴

Por otra parte, en *El concepto de ley en la constitución del Reich* Heller había citado, junto con el 119 y 120, varios artículos de la constitución de Weimar como ejemplos de *Rechtsgrundsätze*.²⁵ Reproducimos a continuación algunos de los más significativos de entre ellos. Art. 133: Todos los ciudadanos están obligados a prestar al Estado y al Municipio servicios personales, con arreglo a las leyes. El deber militar se regulará por los preceptos de la ley de Defensa Nacional del Imperio. Esta ley determinará también en qué medida han de limitarse algunos derechos fundamentales a los individuos pertenecientes a la fuerza armada, para el cumplimiento de su misión y el mantenimiento de la disciplina.

²³ Cfr. *Staatslehre*, p. 290.

²⁴ Cfr. HELLER, Hermann, “*Staat*”, en Vierkandt, Alfred (ed.), *Handwörterbuch der Soziologie*, unveränderter Neudruck, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1959 (1ª edición 1931). Hay traducción castellana como Apéndice en CASTAÑO, Sergio R., *Hermann Heller y el valor de la vida política*, prólogo de Jerónimo Molina Cano (Real Academia de Ciencias Morales), México, Derecho Global, 2018.

²⁵ Cfr. HELLER, Hermann, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, en *Das Recht der freien Meinungsäußerung - Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, Berichte von Karl Rothenbücher, Rodolf Smend, Hermann Heller und Max Wenzel (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4), Berlin & Leipzig, De Gruyter, 1928, p. 120.

Art. 134: Todos los ciudadanos, sin distinción, contribuirán a las cargas públicas en proporción a sus haberes y conforme a la ley. Art. 151: La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica. Art. 155: El reparto y utilización del suelo serán vigilados por el Estado en forma que se impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias alemanas, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio económico que responda a sus necesidades [...] Art. 163: Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad y sin perjuicio de su libertad personal. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo. Cuando no se le puedan ofrecer ocasiones adecuadas de trabajo, se atenderá a su necesario sustento. Leyes especiales del Imperio dictarán las disposiciones complementarias.

Pero el legislador puede no formular el contenido de los preceptos, sino hacer una remisión formal a los principios jurídicos (*Rechtsgrundsätze*) imperantes en la sociedad. Es lo que hace cuando remite a las buenas costumbres, a la buena fe, a los usos del comercio. En esos casos se concede un poder al juez para decidir sobre las base de la existencia de principios legítimados por la sociedad. Para Heller esto es manifestativo a la vez de la necesidad de complementar la normatividad jurídica con la normalidad sociológica, pero siempre —remárguese— *con la normalidad positivamente valorada*; así como manifestativo de la imposibilidad de determinar de una vez y para siempre el contenido de tales normas sociales complementarias. Si unimos esta observación de Heller con la anterior —acerca de los principios jurídicos que el pueblo conoce sin necesidad de ninguna versación técnico-legal— arribamos a la constatación de que en la normalidad social late un patrimonio ético-jurídico general y firmemente arraigado.²⁶

V. “LA CONSTITUCIÓN DICE DEMASIADO POCO...”

A partir de todo lo afirmado Heller establece una conclusión que refuerza las anteriores tesis. Incluso en las normas que no remiten a los principios ético-jurídicos vigentes en la sociedad resulta imposible interpretar o aplicar la mayor parte de los preceptos constitucionales sin apelar a tales principios. En tanto formación normativa de sentido, la constitución jurídica, si queda huérfana de toda apelación a la normalidad social positivamente valorada, “dice siempre demasiado poco (*besagt immer zu wenig*)”, señala Heller. La mayor parte —y, sobre todo, los principales de sus preceptos— recién adquieren un sentido práctico efectivo cuando son puestos en relación con los principios que expresan la estructura social. Heller pone el ejemplo de la igualdad ante la ley; una igualdad que si, por ejemplo, de derechos políticos se tratase, dependerá en su contenido de aquello que los principios que imperan en la sociedad hayan aceptado puede igualarse. Respecto de lo cual han decidido en otro tiempo los criterios de admisibilidad censitaria, o

²⁶ Cfr. *Staatslehre*, p. 290.

por sexos (criterios no expresados en la letra de la ley). Piénsese asimismo, agregamos nosotros, en todos los derechos proclamados en la constitución norteamericana, muchos de los cuales —y de los más importantes— no alcanzaron a los habitantes de raza negra hasta 1865 y los años inmediatos (lo cual se ilustra por el caso “Dred Scott” y las enmiendas 13^a, 15^a).

Debe notarse que la normalidad que entra en composición dialéctica con la normatividad es necesariamente aquélla positivamente valorada. Y la *valoración*, como es obvio, penderá de *normas*; las cuales, por tratarse del ámbito extrajurídico, serán ante todo normas ético-jurídicas y religiosas. Son éstas, pues, las que se componen con las normas jurídicas para completar su sentido —y para hacerlas incluso comprensibles—. ²⁷

VI. EL SUPUESTO DE LA NORMATIVIDAD JURÍDICA Y CONSTITUCIONAL ENFRENTADA CON LA NORMALIDAD Y CON LAS NORMAS COMUNITARIAS NO JURÍDICAS

En Heller la normatividad jurídica “se engrana”, por así decir, con la normalidad y con las formas de normatividad no jurídicas. Pero puede ocurrir, y de esto la historia del Estado moderno ha ofrecido no pocos ejemplos, que la constitución política entre en colisión con esos factores no jurídicos. Es decir, que ella se enfrente con las vigencias sociales cristalizadas en la tradición, como señala Heller que a menudo ha ocurrido. ²⁸ La tradición había sido ya antes señalada por Heller como “la más antigua, universal y seguramente más eficaz” forma de legitimación de una ordenación. A su vigencia inveterada e incontestada suele unírsele la nota de santidad (*Heiligkeit*). En el transcurso de la Historia, los valores afectivamente acogidos de la tradición han tomado a menudo la forma de principios éticos racionalmente asequibles, tal como ocurrió con el derecho natural de la *Stoa* antigua. ²⁹

Heller plantea dicha colisión bajo la forma de una falta de confirmación (*Bewahrung*) social de la oferta (“*Offerte*”) del legislador. Dicha falta de confirmación puede deberse a que la sociedad no requiera de las normas propuestas, es decir que éstas carezcan de necesidad; o que, directamente, sean objeto de rechazo por la sociedad. Como ejemplo genéricamente común Heller señala el caso del código civil austríaco, una tercera parte del cual hasta tal punto no ha dejado rastro en la vida comunitaria que podría derogarse sin que esto impactara en la realidad social. Por su parte, Argentina ofrece el ejemplo del juicio por jurados: una institución ajena al derecho continental que, a pesar de hallarse normada en la constitución argentina desde 1853 (arts. 24 y 118), no ha tenido vigencia en la praxis jurisdiccional.

²⁷ Otra conclusión de Heller apunta a remarcar que la posibilidad de permanencia de una constitución está precisamente garantizada por la generalidad de sus preceptos, que van adecuándose a las vigencias epocales —eventualmente cambiantes— a partir de su composición con la normalidad vigente, sin necesidad de que el texto constitucional se vea alterado.

²⁸ *Cfr. Staatslehre*, pp. 285 y 286.

²⁹ *Staatslehre*, p. 101; *vide*, asimismo, p. 275.

La creación de normas es ante todo el intento de producir mediante esa normatividad consciente una normalidad de las conductas sociales, concorde con dichas normas. Ahora bien, es un hecho que así como el titular del poder supremo puede violar la constitución jurídica y crear Derecho vigente,³⁰ así también el Estado moderno, munido de su rígida organización burocrática, puede atentar contra la normalidad social y contra la normatividad extrajurídica y violentarlas con éxito.

Sin embargo, los grados de la vigencia que alcance ese “experimento de creación de normas (*Normsetzungsexperiment*)” (*sic*) típico del Estado moderno son variables. Su normatividad contraria a la normalidad puede imponerse en amplios círculos sociales; o en ámbitos restringidos; o entre los jueces y funcionarios; o ni tan siquiera ente éstos. Es que a veces, constata Heller, la realidad social normal y extrajurídicamente normada bajo la forma de usos sociales se muestra más fuerte que la normatividad del Estado.³¹ Respecto de este último supuesto —el caso más extremo de predominio de los factores sociales frente al poder— cabría pensar en Argentina en el ejemplo del experimento de las constituciones unitarias de 1819 y 1826 —de raigambre iluminista, racionalista y liberal—, que tuvieron nula vigencia como leyes fundamentales.

VII. EL PROBLEMA DE UNA VALIDEZ UNIVERSAL Y OBJETIVA MÁS ALLÁ DE LA VIGENCIA NORMAL

Se presenta a consideración la cuestión de la naturaleza de los *ethische Rechtsgrundsätze* que complementan el contenido concreto de las normas; que condicionan su vigencia; y a partir de los cuales ellas pueden ser interpretadas. Estos principios (“normas sociales de ordenación”) resultan asimismo como la columna vertebral de la normatividad no jurídica. Más aún: ellos tienen la máxima significación para la existencia misma de la constitución, como complemento, o incluso por sí solos. Pues bien, para nuestro autor, estos principios son, en parte, de naturaleza “apriorística” y validez universal; aunque en su mayoría son propios de círculos determinados de cultura, e históricamente variables.³² ¿Cómo interpretar esta distinta caracterización? En nuestro libro *Hermann Heller y el valor de la vida política* decimos: “Heller ha hecho lugar a la posibilidad de existencia de algunos principios *a priori*. Si por *a priori* se entiende independiente de la experiencia del agente, se trataría entonces de principios innatos en cuanto a su cognoscibilidad; si se lo entendiera por independencia de los condicionamientos históricos (“culturales” en sentido amplio), la expresión podría referirse a principios válidos para todo hombre. En cualquiera de los dos casos se trataría de principios universales y necesarios: no *culturales* sino *naturales* en su fundamento”.³³ Ahora bien, junto a tales principios universales existen principios propios de círculos de cultura, es decir, particulares, sea de una comunidad, sea de un ámbito mayor.

³⁰ Cfr. *Staatslehre*, p. 293.

³¹ Cfr. *Staatslehre*, pp. 291-2.

³² Cfr. *Staatslehre*, p. 289.

³³ CASTAÑO, Sergio R., *Hermann Heller y el valor de la vida política*, p. 72.

Dentro de estos principios que dependen de circunstancias históricas determinadas y que invisten carácter de criterios normativos fundamentales se debe contar, junto a principios religiosos —y seguramente en vinculación con éstos—, a otros de raigambre mayormente tradicional (vide *supra*, nota 29).

VIII. EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO Y LOS FUNDAMENTOS OBJETIVOS DE LA JUSTICIA. NORMATIVIDAD SUPRAPOSITIVA, VALOR DE LA VIDA POLÍTICA Y LEGITIMIDAD DEL PODER

1. *La soberanía del pueblo como localización deóntica del poder*

Hermann Heller, quien no deja de hacer explícitos los inconvenientes suscitados por el principio de soberanía del pueblo cuando se lo confrontaba con la realidad política objetiva, con todo rescata el significado antiautocrático del principio. Según éste, sostiene Heller, se gobierna “en nombre” del pueblo, a quien se imputa la conformación (“de abajo hacia arriba”) del poder del Estado. Se trata, agrega, de un principio de localización del poder que constituye principalmente un postulado deóntico (*Sollensurteil*) del sistema político, sin por ello representar una ficción.

Se trata entonces de un principio polémico, opuesto al de la autocracia, que expresa un modo de división real del poder, en el cual algunos círculos del pueblo poseen facultades de designación, o eventualmente de control, de los dirigentes. Además de ello, el Estado de Derecho moderno, como forma de Estado aneja a tal principio, garantiza ciertos derechos fundamentales y establece una división de poderes que limita efectivamente el poder político y deja así espacio al goce de libertades para el pueblo. Sin embargo, Heller no se embarca en la retórica mítica de identificar soberanía del pueblo con gobierno efectivo del pueblo, ni tan siquiera de postular el ejercicio del poder por el pueblo como una idea regulativa de la forma democrática del Estado. En efecto, la localización del poder en el pueblo sólo en parte es expresión de la realidad, pues las limitaciones que esta radicación ofrece son múltiples: la posibilidad de que el cuerpo electoral represente una minoría de la población; el desnivel socioeconómico de los ciudadanos; y, más en general, la ley del pequeño número de los que deciden, que se hace verificable en toda organización de dominación, sin la cual no hay ejercicio del poder posible, así se trate de una democracia. Esta ley, en el seno de los partidos políticos, se manifiesta bajo la forma de la concentración de la dirección en un grupo reducido y secundado por una burocracia. Por lo demás, el Estado moderno ha desarrollado una estructura administrativa cuyo funcionariado profesional y estable absorbe buena parte del poder estatal. Así pues, en Heller la soberanía del pueblo —sin dejar de traducirse en una limitación constitucional del poder del Estado—, en tanto principio de localización deóntico, no corresponde, con todo, a la realidad del ejercicio del poder del Estado.³⁴

³⁴ Cfr. *Staatslehre*, pp. 276-281.

Por último, es necesario recordar que para Heller el pueblo en sí mismo no constituye una dimensión política; sólo adquiere tal carácter en la medida en que su existencia se configura en una organización de supra y subordinación, esto es, en que aparece la estructura del poder del Estado. Y precisa magistralmente que el Estado no es el pueblo pero que tampoco está formado por hombres, sino por acciones (*Leistungen*) humanas, ya que diversos grupos reclaman del mismo hombres distintas prestaciones, a partir de las cuales se conforman otras unidades de acción (religiosas, políticas, económicas) que aparecen frente al Estado.³⁵ En la misma línea, el pueblo no traslada el poder al gobernante, sino que, como conjunto de los gobernados, funda la jefatura política mediante la obediencia: en los términos de Heller, autoriza (*ermächtigen*) el ejercicio del mando.³⁶

2. *El fundamento último de la justificación del Estado y de la legitimidad del poder*

Es seguramente pertinente concluir esta aproximación a la realidad de Weimar en el contexto del pensamiento sociológico-político-constitucional de Heller señalando que los principios constitutivos del Derecho —o principios ético-jurídicos fundamentales—, factores clave de la normatividad social, desempeñan también —ya como fundamentos suprapositivos del orden jurídico— un papel decisivo para Heller en la justificación del Estado y en la legitimidad del poder político. Así como en la legitimidad de la constitución jurídico-positiva es decir, del ejercicio del poder constituyente.

A la hora de encarar la relación entre *Sein* y *Sollen* Heller no dejará de enfatizar la diferencia entre legalidad y legitimidad frente a las corrientes que en su tiempo habían formulado paradigmáticamente la idea de la absorción de la segunda por la primera (Weber); e incluso también preconizado, ya no como descripción histórico-fenomenológica sino como respuesta idónea al problema de la legitimidad del poder, la resolución del valor jurídico-político en una geometría legal de raigambre positivista-normativista, (Kelsen) —aunque no ajena a tomas de posición liberales y burguesas—. Contra éste último, su más perdurable adversario teórico, Heller sostiene que la legitimidad no surge de la posición arbitraria de un deber ser cualquiera. Tal es precisamente el caso de un poder absolutamente desentendido de los principios ético-jurídicos fundamentales: dado que el poder vigente es fuente de la legalidad positiva, si la juridicidad ha sido reducida a ésta, luego cualquier decisión del poder es Derecho y el problema de la legitimidad queda extrañado fuera del ámbito de la Política, tal como, *ipso facto*, el problema de la justicia ha sido radiado del ámbito de la juridicidad. Así, con semejante presupuesto, en síntesis, todo acto del poder es jurídico y cualquier Estado es Estado de Derecho. La creencia en la legalidad se traduce, en su forma más corriente, en la docilidad a aceptar como legítimo todo precepto jurídico “formalmente correcto”, establecido “según la forma procedimental ordinaria” (Kelsen); tal temperamento

³⁵ Cfr. *Staatslehre*, p. 268 y 271.

³⁶ Cfr. *Staatslehre*, p. 269.

es teóricamente falso y además comporta en sí misma, juzga Heller, una involuntaria constatación de la “degeneración (*Degeneration —sic—*)” de la conciencia jurídica.

Con el principio de división de poderes, polémicamente esgrimido contra el absolutismo monárquico, se creyó poder asegurar la legitimidad a través de la legalidad, en la medida en que los representantes del pueblo establecerían la ley que debería ser observada por los demás órganos del poder. Ahora bien, ese principio de organización no basta para garantizar la juridicidad sino en la medida en que se suponga, fundando los actor del órgano democrático legislativo, la acción de una razón práctica que determina para sí misma su propia rectitud. Pero la realidad es que la división de poderes (órganos) no es sino un mero principio de organización del poder, que nada dice la justicia del derecho positivo, si no es merced a una predestinación metafísica que lleve a ello —y en la que nadie cree, acota Heller—. En definitiva, la legalidad del Estado de Derecho democrático no resuelve el problema de la legitimidad.³⁷

Lo esencial para la teoría del Estado respecto de este problema clave —cabe concluir con Hermann Heller— radica en dejar establecido que ideología alguna basta por sí misma para justificar el Estado y su poder jurídico de régimen: ni la (hegeliana) “armonización del poder y el Derecho”, ni la legalidad, ni una “ideología de legitimación democrática, nacionalista o bolchevique en tanto tales bastan para sancionar el Estado con valor universal”. Los principios fundamentales se distinguen de las ideologías de legitimación por la generalidad de la validez que ellos confieren, la cual, aunque no resulte siempre absolutamente universal, con todo siempre trasciende la órbita jurisdiccional de los Estados particulares.³⁸

En síntesis, para Heller la afirmación y reconocimiento de aquellos principios que constituyen el fundamento de justificación del Estado y del derecho positivo debe tenerse por ya resuelta en el seno de una teoría científica del Estado como ciencia de la realidad. Es que el poder sólo se justifica —radicalmente— por su ejercicio: en los términos de Heller, por el servicio a la justicia (“*Dienst der Gerechtigkeit*”).³⁹ Ésta, por su parte, se basa en los principios éticos constitutivos del Derecho. Y son esos mismos principios los que deciden en última instancia la legitimidad de una constitución jurídica.⁴⁰

³⁷ Cfr. *Staatslehre*, pp. 250-1.

³⁸ Cfr. *Staatslehre*, p. 251.

³⁹ Cfr. *Staatslehre*, pp. 251-2.

⁴⁰ Cfr. *Staatslehre*, p. 315. Para un estudio más detenido de la posición de Heller respecto de la validez del Derecho, la legitimidad del poder y la justificación del Estado —así como para una discusión más completa sobre la naturaleza de su fundamento: los *etische Rechtsgrundsätze*—, con amplia bibliografía, nos permitimos remitir a CASTAÑO, Sergio R., *Hermann Heller y el valor de la vida política, passim*.

**ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES: UNA REFLEXIÓN DESDE
EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**
*CONSTITUTIONAL STATE AND FUNDAMENTAL RIGHTS:
A REFLECTION FROM SPANISH CONSTITUTIONAL LAW*

JAVIER TAJADURA TEJADA
Catedrático (A) de Derecho Constitucional,
Universidad del País Vasco
javier.tajadura@ehu.eus

RESUMEN:

Se ha de subrayar la nueva relación existente entre el Estado y los Derechos fundamentales. Nueva relación que fue percibida por primera vez en Weimar hace cien años. El Estado ya no es sólo una potencial amenaza para la libertad, sino que se configura también como su protector y garante. Por otra parte, se han de realizar algunas propuestas de reforma constitucional que podrían contribuir a perfeccionar el sistema de derechos (un sistema ya de por sí extraordinariamente avanzado y garantista) establecido por la Constitución española de 1978 y que se sitúan en la estela del reforzamiento de los derechos sociales.

Palabras clave:

Estado, Derechos fundamentales, Constitución de Weimar, Constitución Española.

ABSTRACT:

The new relationship between the State and fundamental rights should be underlined. New relationship that was first perceived in Weimar a hundred years ago. The state is no longer only a potential threat to freedom, but is also set up as its protector and guarantor. On the other hand, some proposals for constitutional reform must be made that could contribute to the improvement of the system of rights (an already extraordinarily advanced and guaranteed system) established by the Spanish Constitution of 1978 and which are in the wake of strengthening social rights.

Keywords:

State, basic Rights, Weimar Constitution, Spanish Constitution.

SUMARIO: 1. *El Estado como garante de los derechos fundamentales.* 2. *Propuestas de reforma de la parte dogmática de la Constitución española de 1978.*

1. EL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La teoría de los derechos fundamentales sólo puede ser cabalmente comprendida en el marco de una determinada teoría del Estado. Teoría que culmina la reflexión iniciada hace cuatro siglos por Hobbes en el contexto de las guerras civiles religiosas que asolaron Europa durante los siglos XVI y XVII. Hobbes concibió el Estado como una creación humana artificial. El Estado surge como resultado de un pacto celebrado por los hombres para evitar el estado de guerra civil permanente y de predominio de la ley del más fuerte. La justificación y finalidad esencial del Estado es garantizar la paz. Y, ciertamente, es difícilmente cuestionable el hecho de que esa paz es indispensable para que las personas puedan vivir seguras. Ahora bien, a cambio de esa seguridad el Estado hobbesiano fue concebido como un Estado absoluto. Mediante el pacto de creación del Estado, las personas renunciaban a su libertad en favor del soberano. Este, a cambio, estaba obligado a garantizar la seguridad de sus súbditos.

Desde entonces, el constitucionalismo —como conjunto de ideas y doctrinas políticas y jurídicas al servicio de la libertad—¹ se marcó como objetivo la limitación de ese poder absoluto mediante el mismo instrumento empleado por Hobbes para su construcción: el Derecho.

En un proceso que duró siglos —y que tuvo como hito principal, las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, pero que realmente no puede considerarse verdaderamente concluido en Europa hasta que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los Textos Constitucionales se configuraron como normas supremas del ordenamiento jurídico (merced a la existencia de mecanismos especiales de reforma constitucional y procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes)— el constitucionalismo fue articulando procedimientos y mecanismos que limitaran el poder del Estado y de esa manera garantizaran las libertades y los derechos de las personas. En este sentido, el Estado Constitucional de Derecho entendido como Estado material —y no meramente formal— de Derecho es aquel en el que la libertad está jurídicamente garantizada. Por ello, el Derecho tiene que tener un contenido sustantivo determinado. Ese contenido se deriva de unos valores (la dignidad de la persona y la igual libertad de todos) y se concreta en los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la sustancia del Estado Constitucional.

¹ Según lo ha definido Fioravanti, “el constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas”. FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta, Madrid, 2014, p. 17.

Ahora bien, culminado así el proceso histórico de limitación del poder del Estado, nos encontramos con que las nuevas circunstancias históricas y políticas del mundo del siglo XXI obligan a replantear —como decíamos— la relación entre el Estado y los derechos. Ciertamente, el Estado sigue siendo una amenaza potencial para la libertad de las personas. La existencia de numerosos regímenes autocráticos, por un lado, y los riesgos de involución de los Estados democráticos (incluidos algunos de la Unión Europea como pueden ser Hungría o Polonia en el momento de redactar estas líneas), por otro, así lo confirma. Pero, junto al poder político o poder público ejercido por los órganos del Estado, han ido apareciendo numerosos poderes privados: grandes grupos económicos, corporaciones financieras, fondos de inversión, industrias farmacéuticas, grupos multimedia, etc., que por su propia naturaleza se yerguen como potenciales y formidables amenazas para la libertad de las personas.

“La amenaza de la libertad humana por medio de poderes no estatales, —escribe Hesse— en la actualidad puede ser un riesgo mayor que el propio Estado”. Y en este contexto, la libertad sólo puede ser defendida y garantizada como un todo unitario: “no ha de ser sólo una libertad que faculta, sino también una protección frente a los daños sociales”.² Por ello, la concepción de los derechos fundamentales únicamente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado resulta insuficiente. Para hacer frente a esta problemática surge la comprensión de los derechos fundamentales también como principios objetivos capaces de desplegar su eficacia en las relaciones entre particulares.

Por otro lado, la plena efectividad de muchos derechos fundamentales —a pesar de su preexistencia al poder legislativo— requiere la intervención del Estado. Así ocurre, de forma clara, con el derecho a la educación o con el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero, en mayor o menor medida, también con el resto. Y ello porque a la altura de nuestro tiempo, sin la existencia del Estado —esto es, en una situación de anarquía similar al hobesiano estado de naturaleza— no es concebible la libertad humana. Heller advirtió, por ello, con su habitual lucidez, que la libertad humana es siempre libertad organizada.

No es posible garantizar la libertad sin la intervención estatal. “La conformación libre y autónoma de la vida depende en gran medida de condiciones que sólo están parcialmente disponibles al individuo y, en ocasiones, ni eso. Producir y mantener estas situaciones es en esencia tarea del Estado, que se ha convertido en un Estado planificador, directivo, en un Estado de la ‘procura existencial’ y de la seguridad en la sociedad. Así, es imposible avanzar con la comprensión de los derechos fundamentales como meros derechos de defensa en tanto que la libertad humana, a la luz del estado, no surge tan sólo por la omisión de intervenciones en la esfera individual, sino que requiere además una acción estatal amplísima”.

Bajo los dos aspectos mencionados —la existencia de poderes privados que amenazan la libertad y la imposibilidad de garantizar esta mediante la mera abstención estatal— la relación existente entre los derechos fundamentales y el

² HESSE, K., “El significado de los derechos fundamentales” en *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación coloquio jurídico europeo-CEPC, Madrid, 2011.

Estado Constitucional reviste una nueva dimensión. El Estado ya no puede ser concebido únicamente como una potencial amenaza para la libertad y se convierte, de hecho, en el protector de los derechos fundamentales. El Estado Constitucional —a diferencia del Estado absoluto— debe ser concebido ante todo y sobre todo como el garante de los derechos fundamentales: “Si la libertad ha de ser real, se requiere, en sentido amplio, el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales a través del Estado: el Estado no se muestra simplemente como un enemigo potencial de la libertad, sino que se convierte en su protector” (Hesse).

El Estado Constitucional de Derecho, como estado limitado jurídicamente —formal y materialmente— es el garante de los derechos. La vigencia y efectividad de los derechos fundamentales depende de la existencia de una serie garantías jurídicas y políticas que están encomendadas a órganos e instituciones incardinados en el poder estatal (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, Cortes Generales, Administración Pública).

Por todo ello, la relación entre los derechos fundamentales y el Estado es una relación conflictiva y hasta cierto punto paradójica. Los derechos limitan el poder del Estado que es a su vez quien los garantiza. Pero, sobre todo, los derechos legitiman la existencia misma del Estado y del poder público que limitan. La legitimidad del Estado reside en su condición de garante de los derechos. Para decirlo con mayor claridad, un Estado que no protege adecuadamente los derechos fundamentales carece de legitimidad. Los derechos fundamentales son así —y esta es una de sus funciones esenciales— el fundamento de legitimidad del orden estatal.

Por ello, y citando una vez más al insigne profesor alemán, Konrad Hesse, “Derechos fundamentales y Estado fuerte no se excluyen recíprocamente, antes, al contrario, son mutuamente dependientes. Ello se explica porque hacer efectivos y asegurar los derechos fundamentales está, bajo las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado; una y otra tarea requieren de un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en condiciones de cumplir su misión. Tal fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato de poder estatal lo más eficaz posible cuanto del asentimiento libre de un número tan vasto como sea posible de ciudadanos a quienes importe lograrla, mantenerla y renovarla en todo momento”.

Ahora bien, el hecho de que la existencia y la fortaleza del Estado resulten imprescindibles para poder garantizar la plena y efectiva vigencia de los derechos fundamentales no quiere decir, en modo alguno, que la necesidad de limitar su poder haya desaparecido. Al contrario, esa limitación es la seña de identidad del Estado Constitucional.

En el contexto de esta relación entre los derechos fundamentales y el Estado Constitucional se plantean problemas que distan mucho de haber encontrado una respuesta definitiva. La ambivalente posición del Estado -como garante y amenaza para la libertad simultáneamente- se muestra, con toda crudeza, en el ámbito de las nuevas regulaciones para hacer frente al terrorismo aprobadas en algunos Estados como respuesta a los criminales atentados islamistas del 11-S.

El 11-S marcó un punto de inflexión en el siempre precario equilibrio entre la libertad (como valor superior del ordenamiento) y la seguridad (como fin del

Estado). En este sentido, no se trata ahora de examinar aquellos supuestos en que dicho equilibrio ha sido vulnerado de forma clara, y de los excesos cometidos en la lucha contra el terrorismo global (torturas a prisioneros, vuelos secretos de la CIA, o incluso ejecuciones extrajudiciales con violación del derecho al debido proceso), sino de poner de manifiesto dilemas más sutiles, como puede ser el siguiente: ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado *kamikaze*? Este caso límite del Derecho Constitucional se ha planteado ya en Alemania, y en la medida en que podría plantearse también en España, resulta oportuno conocer los términos del debate.

La intervención del legislador alemán vino impulsada por un grave incidente acaecido a principios del año 2003. El 5 de enero de 2003, un hombre armado secuestró una avioneta y sobrevoló el barrio financiero de Fráncfort del Meno. El secuestrador amenazó con estrellarse contra la sede del Banco Central Europeo por lo que el centro de la ciudad tuvo que ser evacuado. Un helicóptero de la policía y dos aviones de caza militares acudieron al lugar y se situaron cerca de la avioneta. Tras algo más de media hora, quedó claro que el secuestrador era un perturbado y, tras negociar con él, depuso su actitud, aterrizó y se entregó. Este grave incidente está en el origen de la aprobación —dos años después— de la Ley de seguridad aérea de 11 de enero de 2005. El parágrafo 14 de esta norma permite a las autoridades federales ordenar el derribo de una aeronave cuando, a la vista de las circunstancias, pueda concluirse que va a ser utilizada contra la vida de personas inocentes, y esta medida constituya la única manera de evitar dicho peligro. El apartado 3 del mismo dispone textualmente que “el ataque armado sólo será lícito cuando, de acuerdo con las circunstancias, pueda concluirse que la aeronave va a ser utilizada contra la vida de las personas y éste sea el único medio de defensa contra dicho peligro inminente”. El ataque sólo podrá ser ordenado por el Ministro Federal de Defensa o, en su lugar, por el miembro del Gobierno Federal autorizado para ello. La Exposición de Motivos de la Ley reconoce con toda claridad que el mencionado apartado tercero autoriza el uso de las armas para abatir el correspondiente avión aun en el caso de que en él se encuentren inocentes y el ataque armado les ocasione una muerte prácticamente segura.

En definitiva, la norma que nos ocupa está configurada como una cláusula de *ultima ratio* que faculta al Estado para sacrificar la vida de las personas que viajan a bordo de un avión —terroristas, tripulantes y pasajeros— a fin de salvar la vida de otras personas. El precepto fue recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional por varias personas que viajaban frecuentemente en avión. El Tribunal Constitucional Federal alemán en una célebre y polémica sentencia de 15 de febrero de 2006 estimó el recurso de amparo y anuló la norma recurrida por vulnerar el derecho fundamental a la vida y la garantía constitucional de la dignidad humana, en la medida en que resulte afectado algún inocente.

El Alto Tribunal alemán declaró que la “instrumentalización” de las personas inocentes que viajaban en el avión atenta contra su dignidad humana. El respeto a este principio impide que el Estado pueda tratar a una persona como un instrumento, y la ley enjuiciada lo hace al aceptar el sacrificio de las vidas de los inocentes

que viajan en el avión para salvar las vidas de las personas que están en tierra. Para el Tribunal, la vida humana es imponderable. No se puede sacrificar una para salvar cien.

La sentencia fue objeto de numerosas críticas. Basta señalar aquí alguna incongruencia. El Tribunal señala que en el supuesto de que en el avión sólo viajasen terroristas sí podría ser abatido. Sin embargo, matar a los terroristas para proteger a las personas que se hallan en tierra firme también supone instrumentalizarlos. Como ha advertido uno de los críticos de este fallo, “cuando se trata de abatir una aeronave con inocentes a bordo, la vida es imponderable, mientras que cuando en aquélla sólo hay terroristas, entonces el derribo puede ser proporcionado, de acuerdo con el resultado de una *ponderación global* entre la gravedad de la intervención en el derecho fundamental a la vida de los terroristas y el peso de los bienes jurídicos que se trata de proteger. Es decir, en este último caso sí que se pondera la vida de los terroristas frente a la vida de los inocentes que se hallan en tierra firme. ¿Por qué allí no y aquí sí?”.³

En nuestra opinión, la ponderación resulta obligada siempre y en todo caso. Pero, al margen de la respuesta concreta que demos al caso, lo relevante es que se trata de un supuesto en el que según la perspectiva que se adopte el Estado aparece como amenaza (para quienes viajan en el avión secuestrado) o como protector (para las potenciales víctimas que están en tierra) del derecho a la vida. En todo caso, este y otros casos que podríamos traer a colación en el ámbito de la política y la normativa antiterrorista, ponen de manifiesto, con toda claridad, que la necesidad de limitar el poder estatal, exige seguir concibiendo los derechos fundamentales, también, como derechos frente al Estado y como límites a su actuación.

La ambivalente posición del Estado en relación con los derechos fundamentales se pone de manifiesto también en el contexto del Estado Social. Si en el ámbito de la legislación antiterrorista el conflicto se plantea entre libertad (que limita las posibilidades de actuación del Estado) y seguridad que las potencia, en el contexto del Estado Social el conflicto reviste otras connotaciones. Aquí la seguridad entendida como garantía de las condiciones materiales de existencia exige también la actuación del Estado, pero plantea igualmente problemas sobre los límites de esta.

Los derechos fundamentales están al servicio de la integración social. La integración —como finalidad de la Constitución— resulta amenazada si no se garantizan las condiciones materiales de la existencia de las personas (trabajo, salud, educación). El Estado Social de nuestro tiempo es por ello un Estado que interviene en la economía y en la sociedad para garantizar derechos como la educación o la salud. En este sentido, la necesidad de algunas intervenciones es evidente. Pero más allá de ellas, se plantea también la necesidad de limitar su alcance pues “una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividad estatal,

³ DOMENECH, G., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea” en *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, p. 423.

que desembocase en la omnicomprensiva planificación, atención y conformación estatal, eliminaría la responsabilidad de cada uno por sus propias condiciones vitales” (Hesse).

La libertad es también responsabilidad, y la garantía de la libertad como responsabilidad impide atribuir un carácter ilimitado a las posibilidades de actuación del Estado Social.

Expuesta así, en términos generales, la relación existente entre el Estado Constitucional y los derechos fundamentales, la segunda cuestión que creo oportuno abordar en esta contribución es el balance sobre la concreta situación en la que —en materia de derechos fundamentales— se encuentra España y las posibles reformas que podrían abordarse en la parte dogmática de nuestra Constitución.

2. PROPUESTAS DE REFORMA DE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En ningún momento de la historia de España han disfrutado los ciudadanos de más libertad y protección jurídica que hoy. En el Estado social y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978 se garantizan de forma eficaz los derechos fundamentales de las personas. Este es, sin duda, el principal éxito de la Monarquía parlamentaria instaurada en 1978 con un amplio consenso. Consenso, igualmente, sin parangón en nuestra historia constitucional, que —hasta ese momento— era la historia de un fracaso. Fracaso que determinó la inexistencia en nuestro país de un verdadero Estado de Derecho que garantizara de forma efectiva las libertades individuales y los derechos fundamentales.

Cualquier juicio o valoración del estado de los derechos fundamentales en nuestro país —salvo que incurramos en un formidable ejercicio de falsificación de la realidad y de la historia— debe partir de esa consideración.

Con estas premisas, y tras cuatro décadas de desarrollo constitucional, resulta oportuno plantearse la conveniencia y oportunidad de reformar el Título Primero de la Constitución. Como es sabido, la reforma constitucional es la asignatura pendiente y siempre aplazada. La posible apertura de un procedimiento de reforma se rechaza con el argumento de que no se dan las condiciones políticas adecuadas para ello (consenso). Se olvida interesadamente que el consenso no puede plantearse como un punto de partida sino como el punto de llegada. Tampoco en 1977 existía consenso. Este fue el fruto de muchos meses de trabajo y negociaciones entre las diversas fuerzas políticas, animadas por un espíritu constructivo y en el marco de un diálogo sincero y con predisposición al acuerdo. La Constitución exige reformas en muchos ámbitos: la organización territorial, la adaptación al proceso de integración europea, el diseño de instituciones cuya independencia no está suficientemente garantizada (Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional), o el propio procedimiento de reforma.

En nuestra opinión, la reforma también debería incidir en la parte dogmática del Texto Constitucional.

a) En primer lugar, sería preciso incluir —siguiendo la senda del constituyente alemán— una cláusula de intangibilidad que protegiera a los derechos fundamentales frente al poder de reforma constitucional. Los derechos fundamentales se configuran como límites al poder del Estado, es decir, al poder democrático. Cuanto más se extienda la esfera de aplicación de los derechos fundamentales tanto más se limita el margen de actuación democrática. En el Estado Constitucional la democracia debe ser entendida —de la misma forma que el Estado de Derecho— en un sentido material. Sólo es democrático aquello que resulta conforme con los derechos fundamentales. Y esto vale no sólo para el legislador que no podría aprobar una legítimamente una ley que violase aquellos, sino también para el poder de reforma, que —por la misma razón— no podría aprobar una modificación constitucional contraria a un derecho fundamental. En definitiva, para que la garantía de la libertad no resulte vana es preciso que en el Texto Constitucional se garantice no sólo la indisponibilidad de los derechos por el legislador —lo que ya se hace en el art. 53— sino también que se prohíba expresamente al poder de reforma la posibilidad de desnaturalizarlos o violarlos de cualquier modo. Naturalmente, la cláusula de intangibilidad debería incluirse en el Título dedicado a la Reforma, haciendo desaparecer el tan confuso como peligroso sintagma “revisión total” del art. 168. Expresión que interpretada literalmente conduciría al despropósito de identificar reforma de la Constitución —como operación jurídica y por ello materialmente limitada— con destrucción de la misma.⁴

Si los derechos fundamentales se configuran como el núcleo de legitimidad de la democracia constitucional, es evidente que la legitimidad no puede ser destruida sin que lo sea también la propia Constitución. Ello hace necesario incluir en la Constitución una cláusula de intangibilidad en defensa de los derechos fundamentales. La necesidad ciertamente es relativa. En principio cabría afirmar que los derechos fundamentales —aunque no haya cláusula de intangibilidad alguna— son un límite material implícito al poder de reforma que se deduce del propio concepto de Constitución. Sin embargo, en la medida en que nuestro Tribunal Constitucional no se ha hecho eco de esta doctrina, sino que, por el contrario, la ha rechazado expresamente, afirmando que siguiendo los procedimientos del artículo 168, el poder de reforma carece de límites materiales, el establecimiento de esa cláusula sí que resulta procedente y necesario. La reforma que proponemos tendría un efecto jurídico claro: el establecimiento de un límite material explícito al poder de reforma, es decir, el blindaje del fundamento de legitimidad del orden estatal.

b) Una segunda reforma consistiría en incluir expresamente en la cláusula de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos del art. 10. 2, las referencias a dos Textos cuya importancia para la interpretación de los derechos fundamentales es crucial: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El efecto de la reforma sería simbólico y político en cuanto permitiría visualizar los Textos citados, pero desde

⁴ TAJADURA, J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

un punto de vista estrictamente jurídico no supondría la atribución a los mismos de un valor superior al que ya tienen.

En este contexto, y dando un paso más, se podría dar valor constitucional a ambas declaraciones mediante su inclusión en el propio artículo 53. 1 CE. De lo que se trataría es de establecer que ambos Tratados vinculan a todos los poderes públicos. La propuesta figura en el Informe sobre la reforma constitucional dirigido por Javier García Roca y tendría efectos muy positivos. La referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —que debería enmarcarse dentro de una reforma más completa y ambiciosa que adaptara nuestro Texto Fundamental no sólo al estadio actual del proceso de integración europea sino al deseable horizonte federal del mismo— en el art. 53 supondría una extensión de su ámbito de aplicación. Según el art. 51 de la Carta, sus disposiciones se dirigen a los Estados cuando “apliquen el Derecho de la Unión”. La reforma propuesta implicaría que los poderes públicos españoles estarían sujetos a ella también en aquellos ámbitos en los que no actúen ejecutando Derecho de la Unión. “Una homogeneización de los estándares de garantía —advierte el Informe citado— parece lógica, para impedir disfunciones y asimetrías en su exégesis, que carecerían de toda razonabilidad, y ello ubicaría además a España en una posición a la vanguardia europea dentro de la Unión”.⁵

c) Junto a las reformas anteriores que afectan a la propia comprensión y naturaleza de los derechos fundamentales en su conjunto, y al reforzamiento de su inserción en el sistema europeo, cabe abordar también algunas otras de carácter puntual. Así, la relativa a las garantías constitucionales del derecho al matrimonio (art. 32 CE) y del derecho a la propiedad privada (art. 33 CE). Se trata de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos pero que, por figurar en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I, carecen de la garantía procesal específica del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ello impide, en la actualidad, que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre ellos con carácter previo y facilita el acceso directo al TEDH. Esta situación no facilita el diálogo entre el Tribunal Constitucional y el TEDH. De hecho, tras el fallo correspondiente dictado en Estrasburgo, nuestro Alto Tribunal se ve obligado a otorgar amparos por vulneración de derechos no susceptibles de amparo mediante interpretaciones forzadas como pudo ser el caso de la STC 51/2011 (derecho al matrimonio). En este sentido algunos han defendido el traslado de ambos derechos a la Sección primera para otorgarles así la protección del recurso de amparo.

En nuestra opinión, sin embargo, es preferible suprimir la limitación material establecida en el art. 53 al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y extender su ámbito de protección a todos los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo Segundo, es decir, también a los de la Sección segunda. En nuestro ordenamiento es el recurso de amparo el que garantiza que el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, es el supremo intérprete de

⁵ GARCIA ROCA, J., (ed.): *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 35.

los derechos fundamentales. Y el balance de su actuación en este ámbito es extraordinariamente positivo. Sobre todo, en los primeros años de su andadura, antes de que sufriera el declive de los últimos tiempos. En todo caso, el Tribunal ha contribuido y continúa haciéndolo de forma meritoria y admirable a la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y a la unificación de su interpretación. Por ello y sin olvidar la necesidad de poner remedio a la sobrecarga de trabajo, en una futura reforma constitucional, el recurso de amparo debería ser preservado. Tampoco sería oportuno ni conveniente excluir de su ámbito de protección derechos hasta ahora incluidos. Por el contrario, y como ha destacado el profesor Manuel Aragón, habría que extender su protección a los derechos de la Sección segunda del Capítulo segundo del Título primero de la constitución: “No tiene por qué existir contradicción entre la necesidad de descargar de trabajo al tribunal en los recursos de amparo, lo que puede y debe hacerse, y la oportunidad de que el tribunal Constitucional sea, en verdad, el supremo intérprete y aplicador en materia de garantías constitucionales como se desprende del art. 123. 1 CE, es decir, de todos los derechos fundamentales y no sólo de los contenidos en el art. 14, en la sección primera del Capítulo segundo del Título Primero, y en el art. 30.2 de la Constitución”.⁶

d) Por lo que se refiere a la redacción de los enunciados de los distintos derechos, únicamente sería necesario modificar los artículos 15 y 32 CE. Del artículo 15 (derecho a la vida) habría que eliminar la posibilidad de incluir en las leyes penales militares la pena de muerte. Con ello —y en coherencia con la ratificación por parte de España del Protocolo número 13 a la Convención Europea de Derechos Humanos— la pena capital desaparecería definitivamente de nuestro ordenamiento.

Más relevante y polémico es un tema como el de la eutanasia que convendría afrontar. En la medida en que el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la propia muerte —derecho a una muerte digna—, o derecho a disponer de la propia vida, no puede ser deducido del enunciado del artículo 15, sería conveniente abordar la regulación básica de la eutanasia en el propio Texto Fundamental.

e) La reforma del artículo 32 (derecho al matrimonio) consistiría en adecuar el texto al desarrollo legislativo actual cuya constitucionalidad ha confirmado la STC 198/2012. Podría adoptarse la redacción ofrecida por el art. 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Se garantiza el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre los cónyuges”.

f) De todo lo anterior se desprende claramente que las reformas propuestas no pretenden ampliar el número de derechos fundamentales incluidos en la Constitución. La tendencia que a este respecto se puede observar en algunos Textos Constitucionales de Iberoamérica sólo sirve para devaluar la “fundamentalidad” de los derechos y para crear unas expectativas que necesariamente van a ser defraudadas. Desde esta óptica, es preciso ser rigurosos y resistir la tentación de incluir como nuevos derechos, expectativas o demandas sociales que, tanto desde

⁶ ARAGON, M., “Problemas del recurso de amparo” en *Estudios de Derecho Constitucional CEPC*, 3ª edición revisada y aumentada, Madrid, 2013.

un punto de vista teórico o conceptual como práctico no pueden configurarse como verdaderos derechos fundamentales. En este sentido, el régimen jurídico de los principios rectores del Capítulo Tercero, —a salvo lo que diremos a continuación— no debería ser objeto de reforma.

La salvedad se refiere al contenido de los artículos 41 y 43, es decir los derechos a la Seguridad Social y a la protección de la salud. El desarrollo del Estado Social los ha convertido en derechos de prestación universalmente garantizados. En este sentido, no parece razonable que su estatuto jurídico sea diferente del establecido para el derecho a la educación. De la misma forma que un niño tiene un derecho fundamental a la educación, debería tenerlo también a la asistencia sanitaria. En uno y otro caso cabe configurarlos como derechos preexistentes al legislador con un contenido esencial, sin perjuicio de que la intervención del legislador y de la Administración sea indispensable para garantizar su efectividad. Es cierto que la fijación del contenido de las prestaciones incluidas en los derechos a la salud y a la Seguridad Social —de la misma forma que ocurre con el derecho a la educación— puede cambiar con el paso del tiempo, las circunstancias, y ciertamente, también puede depender de las disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, —en ambos casos— cabe apelar a la existencia de un contenido esencial susceptible de limitar la actuación del legislador.

Por ello sería conveniente, para reforzar su protección, el traslado de ambos preceptos a la Sección primera del Capítulo primero. Podrían ubicarse después del derecho a la educación (art. 27 CE).

Las reformas propuestas contribuirían a mejorar el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, junto a ellas, es preciso insistir en otro frente: el del reforzamiento de la cultura de los derechos, esto es, la interiorización por parte de los ciudadanos de los principios y valores del Estado Constitucional de Derecho. A estos efectos, resultaría conveniente reintroducir en los planes de estudio de la educación secundaria la asignatura “Educación para la Ciudadanía”. En ella, la enseñanza de los derechos humanos debiera ocupar un lugar destacado.⁷

De lo que se trata, en última instancia, es de reforzar el “sentimiento constitucional” de los ciudadanos. El sentimiento constitucional consiste en estar implicado en la Constitución. Podríamos definirlo como la adhesión íntima a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman —sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento— que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia.⁸ La intensidad de este sentimiento en una sociedad dada es un buen criterio para medir su madurez cívica y el nivel de su cultura política. El sentimiento constitucional existe y su actuación se percibe en los países con larga tradición democrática. Su existencia es la prueba más significativa de la consonancia entre

⁷ SANCHEZ, R., y JIMENA, L., *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.

⁸ LUCAS VERDU, P., *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid, 1985.

norma y realidad. La crisis del sentimiento constitucional, por el contrario, pone de manifiesto la falta de integración política. La falta de presencia activa del sentimiento constitucional en ordenamientos democráticos recién estrenados, o débiles, indica, precisamente, que todavía no han enraizado o que están en crisis o amenazados por ella. Un ordenamiento constitucional sin suficiente adhesión sentida puede devenir fantasmagórico, aunque se estudie y discuta en los libros y se explique en las aulas universitarias. Nunca se insistirá lo bastante en la necesidad de que la sociedad se adhiera a la Constitución, sintiéndola como cosa propia.

Por todo ello, en momentos de crisis como la actual, resulta fundamental subrayar la importancia de la vinculación moral de los ciudadanos a las instituciones diseñadas por la Constitución y a los derechos y libertades que reconoce y garantiza.

Teniendo presente, en todo caso, que como advierte mi maestro, Antonio Torres del Moral, “la plenitud del Estado Social y democrático de Derecho más que una realidad es un concepto tendencial”⁹ y, por ello, susceptible siempre de mejora y perfeccionamiento.

La lucha por el Estado de Derecho y por los derechos fundamentales no ha concluido, ni en España, ni en ningún otro lugar.

En la mayor parte de los Estados queda aún un larguísimo camino por recorrer. El drama de la inmigración irregular nos apela, con toda crudeza, al poner de manifiesto que, en amplios lugares del planeta, las personas no tienen garantizadas las condiciones materiales mínimas de su existencia, por lo que no dudan en arriesgar sus vidas para llegar a Europa. La Unión Europea debería plantearse la necesidad de implementar programas de ayuda en los países de origen y, en todo caso, está obligada a gestionar sus políticas migratorias sin traicionar sus principios y sus valores, esto es, con pleno respeto también a los derechos fundamentales de aquellos cuya única esperanza es desarrollar una vida digna en territorio europeo.

Por otro lado, en el seno mismo de la Unión y de la mano del primer ministro húngaro Victor Orbán ha resucitado un concepto schmitiano, “la democracia iliberal”, —defendido por las diversas fuerzas políticas extremistas que han surgido en la mayor parte de los Estados de Europa— que disociando democracia y libertad apela al “pueblo” para socavar los derechos y, en definitiva, destruir la única democracia digna de tal nombre, la democracia constitucional. En este contexto es imprescindible subrayar alto y claro que no hay democracia sin Derecho y sin derechos.

Y ello porque, como he tratado de exponer en estas páginas, los derechos fundamentales son un elemento esencial y nuclear de la democracia constitucional.

⁹ TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y democracia de Partidos*, 4ª edición, Universitas, Madrid, 2012, p. 103.

**NUEVOS HORIZONTES DE LA JUSTICIABILIDAD DE
LOS DERECHOS SOCIALES CONTRA EL LEGISLADOR.
LA COACCIÓN INDIRECTA**

***NEW HORIZONS OF THE JUSTICIABILITY OF SOCIAL
RIGHTS AGAINST THE LEGISLATOR.
INDIRECT COACTION***

GIOVANNI BISOGNI
Universidad de Salerno, Italia
gbisogni@unisa.it

RESUMEN:

Este ensayo pretende proporcionar argumentos iusteóricos que permitan ampliar la justiciabilidad de los derechos sociales con respecto al legislador: en concreto, en el caso de omisiones totales y, sobre todo, de recortes presupuestarios generalizados en el Estado social. En primer lugar, ilustraremos los presupuestos histórico-conceptuales de la tesis según la cual las violaciones legislativas de estos derechos solo son controlables parcialmente por los jueces. En segundo lugar, nos ocuparemos de los argumentos contrarios más comunes a la justiciabilidad de los derechos sociales y, específicamente, de una cierta concepción de la separación de poderes, en nombre de la cual una plena garantía jurisdiccional de los derechos sociales llevaría inexorablemente a los jueces a sustituir al legislador. La crítica de esta concepción permitirá, por último, reconstruir de manera diferente las obligaciones legislativas en materia de justicia social y proponer instrumentos procesales concretos para su protección, sin transformar por ello a los jueces en órganos de decisión colectiva.

Palabras clave:

Teoría del Derecho, derechos sociales, justiciabilidad, separación de poderes.

ABSTRACT:

The article aims to present legal theoretical arguments in favour of the judicial protection of social rights (the s.c. justiciability) in cases of legislative 'omissiones totales' and spending cuts. The first step consists of showing the historical-conceptual reasons as to why legislative violations of these social rights can be

only partially controlled by judges. The second step will deal with the most common arguments against the justiciability of social rights and, in particular, on a certain conception of separation of powers, according to which judges' subjecting to scrutiny social rights would take on legislative powers. Through a deep critique of this conception it will be offered an alternative account of the duties that constitutions impose on legislatures in the field of social rights: accordingly, it will be possible to suggest concrete judicial remedies for the protection of social rights without transforming judges in political organs of collective decisions (legislative-like).

Keywords:

Theory of Law, social rights, justiciability, separation of powers.

INTRODUCCIÓN

La finalidad de esta contribución consiste en proporcionar argumentos ius-tóricos que permitan ampliar el nivel de tutela jurisdiccional de los derechos sociales con respecto al legislador, en todos aquellos ordenamientos jurídicos nacionales donde esos derechos estén constitucionalmente reconocidos (de manera explícita o implícita).¹

Hemos dicho ‘ampliar’, y no ‘elaborar ex nihilo’, a propósito. Como se verá mejor posteriormente, desde un punto de vista conceptual, no falta mucho para una plena equiparación entre los derechos civiles ‘tradicionales’ y los derechos sociales. De hecho, tomando prestada la distinción ferrajoliana entre “lagunas” y “antinomias”,² la posición de las más importantes jurisprudencias nacionales es la siguiente:³ por lo general, las “antinomias” son censurables ante los jueces cuando adoptan la forma de leyes que o suprimen completamente un derecho social, mediante la abrogación de leyes precedentes que lo garantizaban —y se trata, la verdad sea dicha, de una hipótesis más bien remota—, o comprimen (o no reconocen) un derecho social injustamente a una cierta categoría de beneficiarios, violando uno de los parámetros más importantes del control de conformidad constitucional de una ley, es decir, el principio de igualdad. La misma posición, en cambio, se mantiene por lo general al considerar irremediables, o poco remediables, las “lagunas” —de las cuales solo puede encargarse el legislador— y, sobre todo, algunas formas de “antinomia” que violan los derechos sociales de manera sutil, actuando no sobre sus elementos constitutivos, sino sobre los medios para poderlos asegurar. Nos referimos, en concreto, a la praxis de la desinversión —a través de las decisiones presupuestarias— del Estado social, que no incide

¹ Una puntualización. Es bien sabido que los derechos sociales constituyen una categoría bastante amplia y, desgraciadamente, también heterogénea; por lo tanto, este texto se limitará exclusivamente a aquellos derechos para los cuales la etiqueta de “derecho social” es indiscutible: derecho a la salud entendido como derecho a ser tratado por parte del Estado; derecho a la educación entendido como derecho a escuelas y a instituciones universitarias estatales; derecho a la pensión de vejez y de invalidez erogadas por el Estado.

² FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 684-694.

³ Para este cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales frente al legislador, cfr. el valioso informe de COURTIS, C. (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability*, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

directamente sobre la esfera jurídica de los titulares —los cuales, por este motivo, no sufren una negación formal de los derechos sociales—, pero reduce drásticamente los recursos públicos disponibles en perjuicio de todos.

A lo largo de la exposición se ilustrarán las razones que han llevado a la formación de esta especie de ‘zona franca’ de la jurisdicción. Si aquí la hemos descrito someramente, es solo por precisar el objetivo de este artículo: proponer interpretaciones del derecho positivo vigente y sugerir reformas del mismo propensas a anular esta especie de ‘inmunidad’ de la que goza el legislador, otorgando a la jurisdicción el poder de atribuir, concretar, aunque indirectamente, a su titular el bien objeto de los derechos sociales y de hacer que el legislador respete los derechos sociales.

Está claro que la perspectiva aquí adoptada se limita al nivel estatal, pero no por prever que a nivel internacional fuera más difícil, si no imposible, garantizar los derechos sociales a causa de la falta de instituciones supranacionales provistas de capacidad coactiva. Al contrario, estamos convencidos de que una mejora en ese sentido es posible si se refuerza la tutela de estos derechos en la dimensión nacional, y por más de una razón.

En primer lugar, por lo que respecta a los derechos sociales, es innegable que el derecho internacional ha sido ampliamente tributario de los derechos estatales y se ha mostrado gradualmente más sensible a este argumento a raíz de la presión de un conjunto de Estados (viejos y nuevos) movidos por una concepción ya no estrictamente liberal de los poderes públicos.⁴ En consecuencia —y en segundo lugar—, no es casualidad que muchos de los instrumentos internacionales concernientes a los derechos sociales remitan a diferentes Estados para determinar las modalidades de configuración y actuación de los mismos, con plena conciencia de su naturaleza —como se diría hoy— ‘glocal’.⁵ Por último, tomando en consideración una Europa ya orientada a restringir estos derechos en nombre de la ‘austeridad’, es razonable mantener que una renovada tutela a nivel estatal pueda revelarse útil no solo por oponerse a los diktat de Bruselas, sino también por fijar las premisas dirigidas a una transformación del europeísmo en un sentido más solidario.⁶

Por comodidad expositiva, el contexto nacional aquí asumido en referencia es el italiano, pero —como hemos precisado con anterioridad— la perspectiva pretende ser iusteórica, no constitucionalista. La experiencia jurídica italiana, de hecho, puede considerarse ampliamente representativa de un problema, con todo el léxico que gira a su alrededor —en este caso, el relativo a la justiciabilidad de los derechos sociales con respecto al legislador—, que no es específico de esta experiencia, pero que seguramente es común a todos esos países en los que el Estado social tiene un indiscutido arraigo constitucional y una historia aplicada de larga duración.

⁴ Cfr. la reconstrucción histórica ofrecida por RIEDEL E.; GIACCA, G. y C. GOLAY, “The Development of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law” en *Id.* (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 3-49.

⁵ Comenzando con el principal tratado internacional sobre el tema de los derechos sociales, es decir, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en 1966 y que entró en vigor en 1976.

⁶ Como presagia J. Habermas: cfr. HABERMAS, J., *Nella spirale tecnocratica. Un’arringa per la solidarietà europea*, trad. de L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari, 2013.

La argumentación se articulará en tres secciones. En primer lugar (apartado 1), se ilustrarán los motivos —esencialmente históricos— que llevan a la ampliación de la tutela jurisdiccional de los derechos sociales. De ese modo, será posible arrojar luz sobre los presupuestos histórico-conceptuales que han dado origen a la tesis según la cual las violaciones legislativas de los derechos sociales solo son parcialmente controlables por parte del juez.

A continuación (apartado 2), nos ocuparemos de los argumentos más comunes contrarios a la justiciabilidad de estos derechos con respecto al legislador. En concreto, se centrará la atención en lo que puede ser considerado el obstáculo más importante en ese sentido, es decir, una cierta concepción de la separación de poderes, en nombre de la cual una plena garantía jurisdiccional de los derechos sociales llevaría inexorablemente a que los jueces prevalecieran sobre el legislador, erigiéndose en órgano auténticamente político como este último, pero sin la correspondiente representatividad democrática directa.

La crítica de esta concepción permitirá reconstruir, por último (apartado 3), de manera diferente, las obligaciones del Estado en materia de justicia social y localizar instrumentos concretos a disposición de los jueces para poder proteger los derechos sociales, sin transformarse por esto en órganos de decisión colectiva, en competencia con las instituciones democráticamente elegidas.

I. Desde un cierto punto de vista se podría afirmar que es justo que la tutela de los derechos sociales ofrecida a los jueces sea parcial. Es el punto de vista del sentido común: sería anómalo que los hospitales, las escuelas, las pensiones fueran dispuestas por las sentencias de los jueces en lugar de por las leyes.

En efecto, es necesario admitir que, desde un punto de vista estrictamente histórico y aún antes de preguntarse si jurídicamente corresponde al juez aplicar los derechos sociales, han sido los legisladores los auténticos protagonistas de su aplicación. Como es bien sabido, en Italia —pero no solo en Italia—, las tres décadas que van desde los años cincuenta a los años setenta han conocido un extraordinario crecimiento económico global, que ha puesto a disposición los recursos financieros necesarios para aumentar el gasto social y ha contribuido con intensidad a la mejora del nivel de vida en los países desarrollados.⁷

Téngase en cuenta, entonces, que la cultura institucional media que inauguró la Constitución italiana en 1948 se vio afectada por una visión —por así decirlo— ‘estrábica’ de la relación entre la Parte I, dedicada a los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, y la Parte II, concerniente al “Ordenamiento de la República”. La primera se atribuiría al tipo de constituciones del siglo XX —llenas de disposiciones de principio y normas programáticas, ambas dirigidas a la formación de un orden político-social a lograr en el futuro—; la segunda, sin embargo, parece hacerse eco de las constituciones del siglo XIX con la centralidad legislador democráticamente elegido y una tendencial subordinación del juez a este último.⁸

⁷ Cfr. el clásico RITTER, G. A., *Storia dello Stato sociale*, trad. de L. Gaeta y P. Carnevale, Laterza, Roma-Bari, 2011; más recientemente CONTI, F. y SILEI, G., *Breve storia dello Stato sociale*, Carocci, Roma, 2006.

⁸ Cfr. para todos FIORAVANTI, M., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1998.

Este ‘estrabismo’ es particularmente evidente en relación con los derechos sociales. A diferencia de los derechos “tradicionales” de libertad, habrían tenido suficientemente en cuenta su impacto en la organización de los poderes y, en concreto, en la fisonomía de la jurisdicción: no solo de la jurisdicción común —que sigue estando vinculada al modelo organizativo y funcional del siglo XIX—, sino sobre todo de la constitucional, que tarde o temprano tendría que tener en cuenta las promesas de renovación social y económica incluidas en la Constitución. Sin embargo, con un poder legislativo condicionado de hecho por partidos de masas fuertes y arraigados, muy sensibles a esas promesas (en particular, pero no exclusivamente, los partidos políticos de la izquierda) y, por lo tanto, consciente y voluntariamente dispuestos a ponerlas en práctica, es comprensible porque este “estrabismo” ha sido un problema no tanto de coherencia institucional entre los objetivos perseguidos y los poderes públicos competentes para ponerlos en práctica, sino más bien de carácter político: negociar tiempos y formas de aplicación legislativa y administrativa de los derechos sociales.⁹ De ahí la idea de que le corresponde esencialmente al legislador la implementación de estos derechos, mientras que al juez (no solo, sino también constitucional) le compete un papel subsidiario, es decir, suprimir una aplicación de los mismos contraria al principio de igualdad o su supresión subrepticia.

A esto hay que añadir —como con causa, pero también como efecto de esta percepción— una cultura de los juristas que se ha tomado su tiempo para desarrollar jurídicamente el principio del Estado social de derecho. Un iuspositivismo más bien reacio a los juicios de valor —como los requeridos por la aplicación de los derechos sociales—, junto con una orientación jurídicopolítica predominantemente liberal y, por lo tanto, no bien dispuesta hacia la solidaridad social—,¹⁰ condujeron a una fuerte subestimación de las novedades teóricas y prácticas introducidas por el Welfare State que, en el mejor de los casos, se ha leído en clave ‘objetivista’¹¹ y, en cualquier caso, se ha ‘descubierto’ teóricamente más bien tarde.¹²

Estas son, en pocas palabras, las razones de lo que previamente ha sido definido como una “zona franca” de la legislación por la jurisdicción. La hipótesis de un legislador inerte, si no hostil a los derechos sociales, no se descartaba, pero tampoco se incluía realmente en el orden del día; el desarrollo económico

⁹ Cfr., entre otros, ARMANDO, V., *Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia, tra istituzioni e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁰ Es emblemática, en este sentido, la famosa crítica de Nicola Matteucci al positivismo jurídico como concepción teórica incapaz de comprender las razones del constitucionalismo (MATTEUCCI, N., “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 17, 1963, pp. 985-1098). De manera más general, sobre la relación entre Constitución italiana y cultura jurídica, cfr. FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

¹¹ Cfr. BONGIOVANNI, G., “Diritti dallo ‘statuto’ difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra”, *Scienza & politica*, núm. 13, 2001, pp. 75-99, además de RODOTÀ, S., “I diritti sociali” en P. GROSSI (ed.), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 61-74.

¹² Es un claro testimonio el giro denominado funcionalista del pensamiento iusfilosófico de Norberto Bobbio, madurado en los años setenta: cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milán, 1976.

parecía no tener contracciones, permitiendo la afluencia de los medios financieros indispensables para su implementación; la solidaridad constituía patrimonio indiscutible de casi todos los partidos políticos... Si, además, a esto se le añade una cultura jurídica que no veía en el Estado social una prioridad de su propia agenda de discusión, entendemos la *communis opinio* según la cual los jueces deberían adaptarse simplemente a la centralidad que, de hecho, pero no necesariamente de derecho, tenía el legislador desde este punto de vista.

Hoy en día, sin embargo, todo esto representa el pasado.

Es sabido cuán abiertamente hostil a los derechos sociales es el paradigma político-institucional dominante, el neoliberalismo. La crisis del Estado fiscal junto con el declive del denominado fordismo han hecho mella en la capacidad y la eficiencia del Estado social. Incluso los partidos, sobre todo después de la caída del muro de Berlín, parecen haber cambiado su propia agenda en este sentido, también bajo la presión de una concepción del europeísmo mucho más economicista que solidaria. El alcance normativo de la Constitución en materia de derechos sociales, por lo tanto, está seriamente amenazado, y los tiempos parecen propicios para que los juristas puedan llenar este déficit político, contribuyendo a la tutela de la normatividad constitucional.

Desde este punto de vista, sin embargo, no se puede dejar de señalar que el debate iusfilosófico actual es un poco deficitario. De hecho, a pesar de que el iuspositivismo se vea hoy obligado a estar la defensiva, todavía hay quien niega la justiciabilidad de los derechos sociales.¹³ Con el denominado neo-constitucionalismo,¹⁴ la teoría legal ha llegado por fin tener en cuenta las cartas constitucionales del siglo XX y, en concreto, los derechos y los principios en ella promulgados, pero a menudo se echa en falta una atención específica a los derechos sociales, y que si existe está muy condicionada por las diferentes experiencias nacionales.¹⁵ Entonces, a veces, tenemos la impresión de abrir un debate altamente ideologizado, un debate condicionado por una concepción normativa preestablecida acerca de los deberes del Estado con sus ciudadanos y poco propensa a una franca consideración de la realidad social y económica actual que, en virtud de su acelerado desarrollo, ya no puede permitirse calificar las instancias —como, por ejemplo, la salud— como algo pospuesto a la tradicional *hendiadis liberty and property*.¹⁶

¹³ *Cfr.*, a modo de ejemplo, GUASTINI, R., “Diritti” en P. COMANUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 163-174.

¹⁴ Para el concepto de ‘neo-constitucionalismo’ *cfr.*, para todos, POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001.

¹⁵ Un ejemplo es la teoría de Alexy que, como cambio general, reflexiona sobre el contexto constitucional alemán, que, como es sabido, ha formalizado los derechos sociales no en la *Grundgesetz*, sino en las constituciones de los diferentes *Länder* (*cfr.* ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. de L. Di Carlo, Il Mulino, Bolonia, 2012).

¹⁶ El pensamiento aparece, evidentemente, en la obra de Dworkin, en la que —como es sabido— los derechos sociales se reducen a *policies* (*cfr.* DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, trad. de F. Oriana, Il Mulino, Bolonia, 1982), lo que puede entenderse —pero no justificarse, como señala WALDRON, J., “Constitutionalism: A Skeptical View”, *NYU School of Law, Public Law Research Papers*, núm. 10-87, 2012, disponible en la siguiente dirección: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722771 a la luz de la tradición constitucionalista norteamericana, que se basa firmemente en los derechos civiles ‘tradicionales’. Para una revisión de la bibliografía iusteórica en lengua inglesa en materia de derechos (no solo, pero

No obstante, hay otro aspecto en que se debe hacer hincapié. Es cierto que el clima cultural y político no es particularmente favorable a los derechos sociales, pero debe reiterarse con mucha claridad que no es necesario en absoluto volverlos a discutir de raíz, como si fuera necesario preguntarse cómo y cuánto positivizarlos. Ya existen y, a menos que se quiera abrazar la antigua tesis según la cual serían objeto de meras normas programáticas, deben tomarse en serio: si la realidad política no se ajusta a la normatividad constitucional, no es esta última la que debe sucumbir, y recae sobre todo en los juristas el deber de salvaguardar la primera a través de una renovación de su enfoque sobre los derechos sociales, que durante mucho tiempo se ha desplegado sobre la vitalidad de los partidos políticos y no ha sentido la necesidad de una tutela jurisdiccional plena de los mismos.

Por ello, la propuesta que aquí se presenta no pretende tener nada de revolucionaria. Como veremos en el siguiente apartado, se ha avanzado mucho en la dirección de una consideración teórica unitaria de los derechos fundamentales, independientemente de su naturaleza negativa o positiva. Es necesario, por tanto, sacar las conclusiones de esta consideración incluso en el plano de la organización de los poderes y, en particular, de la jurisdicción. En otras palabras, y parafraseando a Norberto Bobbio,¹⁷ el problema que hay que resolver hoy en día no se refiere al fundamento de los derechos sociales, sino a su garantía. Si fuera necesario ocuparse del fundamento, solo lo sería porque ha sido puesto en tela de juicio por un neoliberalismo que tiene el objetivo de hacer de los derechos sociales una variable dependiente de la economía. Un reto que debe ser rechazado en la medida en que tiende a presentarse como una auténtica ‘ordalía’ en torno a los derechos sociales, pero que debe ser aceptado con el único propósito de consolidar lo mejor que la teoría jurídica y política ha pasado en el pasado y todavía pasa en favor de estos derechos. Esto se hace tanto más necesario si se quiere meter mano a una teoría jurídica capaz de atribuir a la jurisdicción un papel de garante de los derechos sociales ya no solo pasivo —limitado a sancionar a un legislador irracional—, sino activo y plenamente adecuado a este último.

No hay duda de que, de esta manera, su papel se incrementará, pero como la introducción de los derechos sociales ha enriquecido y no ha distorsionado para nada la historia del constitucionalismo moderno, este paso adelante de la jurisdicción no la llevará más allá de los límites marcados por el Estado constitucional de derecho y, es más, podrá incluso representar un punto a favor en su diálogo con el mundo angloamericano en el que —vale la pena recordarlo— los derechos sociales no tienen la misma relevancia constitucional. El objetivo, por lo tanto, es simple: se trata de poner remedio al ‘estrabismo’ mencionado anteriormente y equiparar la tutela jurisdiccional de los derechos civiles y los derechos sociales, trabajando para

también) sociales, *cfr.* CELANO, B., “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz” en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 1-58; y, por último, ZULLO, S., *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Turín, 2013.

¹⁷ BOBBIO, N., “Presente e avvenire dei diritti dell’uomo” en *Id.*, *L’età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990, pp. 17-44.

que las garantías constitucionales de los segundos ya no sean solo ‘políticas’, sino —como en los primeros— también ‘jurídicas’. Por otra parte, si la rigidez constitucional tiene como objetivo polémico la figura del legislador, si la “esfera de lo no decidible”¹⁸ también incluye los derechos sociales, sería un contrasentido si su defensor fuera la misma persona de la que guardarse: ¿no sería inconstitucional permitir que una mayoría simple modificara la constitución aboliendo algunas de sus partes sin protección alguna al respecto?¹⁹

II. Tradicionalmente existen dos argumentos principales en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales frente al legislador.²⁰ El primero se refiere a su contenido y se basa en la elevada indeterminación de las disposiciones constitucionales que los contemplan. Casi siempre, de hecho, aquellas no indican con precisión el standard que debería asegurarse individualmente y, aún menos, entran en los detalles de los medios que deberían desplegarse para su garantía. Se argumenta, por lo tanto, que el legislador goza de una considerable discreción a la hora de aplicarlos y, en el caso de que no interviniera, el individuo en sí no podría ser considerado titular de un derecho subjetivo pleno a una cierta prestación, sino solo de un interés no ejecutable ante un juez.

Como se sabe, este es un viejo argumento que, bajo un perfil típicamente teórico, apela a la tesis de la estrecha correlatividad entre el derecho y la obligación. Según uno de sus defensores más autorizados, Hans Kelsen,²¹ cualquier derecho subjetivo puede reducirse a la obligación del sujeto a quien el derecho subjetivo va dirigido y, en el caso de que esta obligación sea violada, a la garantía (jurisdiccional) que el ordenamiento jurídico predispone para esta eventualidad. En el caso de los derechos sociales declarados en las constituciones, falta a menudo la indicación precisa tanto del sujeto obligado como de la prestación a cumplir y, por tanto, esos derechos son inexistentes o, como mucho, “derechos sobre el papel”.²²

Entonces, no hay duda de que esta concepción²³ de la correlatividad entre derechos y obligaciones (y garantías) ha desempeñado históricamente, y en cierto modo sigue haciéndolo, una función desmitificadora, que aún hoy sirve para

¹⁸ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I, cit.*, pp. 819-824.

¹⁹ Para Alexy, de hecho, es justamente esta la “idea-guía” para discutir de la tutela jurisdiccional de todos los “derechos a acciones positivas del Estado” (derechos sociales incluidos): “Los derechos fundamentales son situaciones tan importantes que su concesión o no concesión no puede confiarse a una simple mayoría parlamentaria” (ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali, cit.*, p. 476).

²⁰ Para un mapa exhaustivo de los argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos, *cf.* CASADEI, T., *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Florencia, 2012, además de ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Argomenti per una teoria dei diritti sociali” en *Id.*, *Rivendicando i diritti sociali*, trad. de P. Chiarella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 5-28.

²¹ *Cfr.*, entre otros, KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, trad. de M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1990, pp. 148-168.

²² GUASTINI, R., “Diritti”, *cit.*, p. 170.

²³ Que obviamente no es la única, siendo la conocidísima —sobre todo en el ámbito angloamericano— de Hohfeld (*cf.* HOHFELD, W. N., *Concetti giuridici fondamentali*, trad. de A. Pichierra y M. G. Losano, Einaudi, Turín, 1969). Según Celano (CELANO, B., “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea.

señalar el uso demasiado informal y ‘barato’ del lenguaje de los derechos. Al mismo tiempo, sin embargo, debe entenderse correctamente, si no se quiere hacer un uso igual de informal y ‘barato’.

En primer lugar, esta tesis puede entenderse también en sentido conceptual —no hay derecho subjetivo sin obligación, así como no hay madre sin una mujer que haya concebido y parido—, pero esta supondría realmente un impedimento a la justiciabilidad de cualquier derecho (no solo, por tanto, de los derechos sociales) solo si siguiera la imposibilidad abstracta de determinar una obligación en el caso en que sea previsto solo el derecho. Sin embargo, no solo es sabido que los derechos subjetivos, sobre todo desde la edad moderna en adelante, con frecuencia son primero proclamados y después detallados por la regulación posterior; sino sobre todo, si la correlatividad debiera implicar esa imposibilidad, esta debería entonces servir incluso para el legislador, que no podría legislar, como es obvio, sobre lo que no existe.

La consustancialidad de derecho y obligación, entonces, debería ser interpretada en sentido empírico: en el caso de que un cierto ordenamiento jurídico sancione un derecho pero no establezca cómo debe ser garantizado y quién lo debe garantizar, se debe concluir inevitablemente por la inexistencia jurídica de ese derecho en ese cierto ordenamiento jurídico. Es una tesis ciertamente plausible, pero no nos dice nada sobre la justiciabilidad de un derecho subjetivo: se puede admitir que sin determinación de la obligación un derecho no existe; el problema de la justiciabilidad es saber, en cambio, si este es determinable por parte del juez o no.

He aquí por qué el vínculo entre los derechos y las obligaciones es relevante a efectos del debate en cuestión solo si se admite como una tesis teórico-interpretativa: no se pueden aplicar en concreto disposiciones extremadamente indeterminadas y los derechos proclamados por las cartas constitucionales, desde el momento en que sin la mediación legislativa son formulados de manera vaga, no existen o, en el mejor de los casos, existen, pero no son ejecutables ante un juez. Se trata de una versión bastante conocida de la tesis en cuestión, de ascendencia liberal, no exclusiva del ambiente académico, sino practicada también en el ámbito institucional. Por ejemplo, durante los trabajos preparatorios de la Constitución italiana, hubo quien consideraba que *“la Costituzione è una legge, e come tale deve avere determinati caratteri, comuni ad ogni norma giuridica; deve, cioè, contenere non affermazioni generiche, ma norme precise di condotta e stabilire mezzi pratici per il raggiungimento di certi scopi, nonché le sanzioni che saranno applicate a chi non osserverà quelle precise norme di condotta. [...] Si avrà, ad esempio, il ricorso alla Suprema Corte Costituzionale, dato al cittadino a tutela del suo diritto individuale. Ma come sarà possibile comprendere in questo rimedio i cosiddetti diritti sociali, cioè il diritto al riposo, alla casa, all’assicurazione ecc.? Se uno di questi diritti a cui non corrisponde un obbligato, rimarrà insoddisfatto, quale potrà essere il rimedio pratico per assicurarne la soddisfazione?”*²⁴

Da Hart a Raz”, *cit.*, pp. 50-55), la concepción hohfeldiana es, sin embargo, más bien recesiva con referencia a la llegada de los derechos sociales.

²⁴ Se trata de la intervención del conocido estudioso del derecho procesal civil Piero Calamandrei, en el curso de las sesiones dedicadas a las “Direttive di massima per la redazione del progetto di costituzione” (*Cfr.*

Sin embargo, es un argumento que puede considerarse superado. En primer lugar, ya hubo quien en aquella misma sede institucional contestó que “*la Costituzione, sia per la natura degli organi cui si dirige, sia per la relativa genericità e la elasticità delle sue statuizioni, derivanti dalla funzione che essa ha di presiedere alla vita dello Stato per lunghi periodi di tempo, è destinata a contenere piuttosto principî direttivi che non norme direttamente ed immediatamente azionabili. In ogni caso, per potere distinguere, come vorrebbe l'onorevole Calamandrei, le norme dai principî, bisognerebbe possedere un criterio distintivo, che invece manca. In realtà quelli che si chiamano principî sono anche essi normativi, se non altro perché vincolano quanti debbono applicare le leggi, sia nell'attività interpretativa, che in quella di completamento delle lacune*”.²⁵ Y, de hecho, si de verdad la indeterminación representara un obstáculo a la definición judicial de la obligación correlativa a un derecho subjetivo, debería negárseles a los jueces el poder de detallar disposiciones muy indeterminadas, aunque muy empleadas en las salas judiciales (por ejemplo, corrección y buena fe en el derecho civil). Por otra parte, se debe tener presente que, por lo que respecta a la teoría jurídica, desde los años sesenta Hart señalaba que “aún para los estándares muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los satisfacen”.²⁶ Por lo tanto, la indeterminación, también considerable, del lenguaje normativo no impide en absoluto identificar casos en los que la disposición que decreta un derecho social sea sin duda violada por la ley. Este conjunto de razones explica por qué la teoría jurídica contemporánea, en la medida en que presta atención a los derechos sociales, subraya justamente que el problema de su justiciabilidad no tiene tanto que ver con su contenido y, por tanto, ha puesto en tela de juicio la tesis de la estrecha correlatividad entre derechos y obligaciones, rechazándola por completo²⁷ o considerándola indiferente para la distinción entre derechos civiles y derechos sociales.²⁸

En realidad, incluso más que en la reflexión teórica, es en los hechos donde la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones como obstáculo a la justiciabilidad de los derechos sociales ha sido superada. Es comprensible que en los primeros periodos de vigencia de las cartas constitucionales que sancionan los derechos sociales, las jurisprudencias nacionales aún estuvieran vinculadas a concepciones iusteóricas como las ejemplificadas por Calamandrei,²⁹ pero ya están

CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, 8 vols., Roma, 1971, vol. 6, pp. 45 y 53).

²⁵ La réplica proviene del igualmente conocido constitucionalista Costantino Mortati (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, cit., p. 72).

²⁶ HART, H. L. A., *Il concetto di diritto*, trad. de M. A. Cattaneo, Einaudi, Turín, 1991, p. 154. Citado según versión castellana de Abeledo Perrot, Buenos Aires 1963, traducción de Genaro G. Carrió, p. 164.

²⁷ Cfr. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I*, cit., pp. 439-444, 651, 684-690 y 914-918.

²⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 538, 544 y 545.

²⁹ Como sucede, de hecho, en Italia, en los ocho años que transcurrieron entre la entrada en vigor de la Constitución, en 1948, y el establecimiento del Tribunal Constitucional, en 1956, durante los que los jueces comunes (cfr. la bien conocida sentencia del 7 de febrero de 1948 de las salas de lo penal del Tribunal de

lejos los años en los que se rechazaban preguntas judiciales basadas única y exclusivamente en las normas constitucionales que contemplan los derechos sociales porque carecían de fundamento jurídico; ya existe una jurisprudencia constitucional más bien consolidada que, aunque con encuadramientos conceptuales diversos, ha reconocido la plena aplicación judicial de los derechos sociales a falta de una intervención legislativa que defina con precisión el contenido y los límites de ejercicio.³⁰

Se revela, entonces, que la tesis de la correlatividad entre derecho y obligación no permite a los jueces garantizar los derechos sociales si se entiende como una tesis no sobre el contenido de estos derechos, sino sobre la competencia jurídico-política de los jueces para reemplazar a un legislador indiferente a la justicia social —lo que integra el segundo argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales—, relativo a los medios para poderlos poner en práctica.

Esto puede subdividirse en dos versiones que podremos denominar convencionalmente ‘material’ y ‘procedimental’. La primera consiste en mantener que, una vez admitido que es posible configurar un contenido preciso para los derechos sociales incluso a falta de una reglamentación legislativa, los jueces en ningún caso podrían adoptar decisión alguna en su favor porque esta equivaldría a una decisión presupuestaria, que recae en cambio sobre los órganos ‘políticos’ y, en primer lugar, sobre el parlamento.

Incluso en este caso nos encontramos ante un razonamiento de sabor ‘antiguo’ en el que resuena la famosa declaración de Alexander Hamilton, según la cual “el poder judicial [...] no puede influir ni sobre la ‘espada’ ni sobre la ‘bolsa’”.³¹ También en este caso, sin embargo, es ya un razonamiento para legarlo a la historia. En primer lugar, una objeción de este tipo termina logrando una concepción paternalista de las relaciones entre poderes públicos e individuos: estos últimos no serían ciudadanos autónomos, provistos de derechos subjetivos plenos de los que alardear frente al Estado, sino sujetos dependientes de este último, que en ocasiones pueden considerarse titulares de aquellos derechos, ‘graciosamente’ concedidos por quien dispone de los ‘cordones’ de la ‘bolsa’ y, como afirmaba Kant, un ordenamiento “en el que los súbditos, como hijos menores de edad que no pueden distinguir lo que es útil o dañino, son obligados a comportarse pasivamente, para esperar que el jefe de Estado juzgue la manera en que deben ser felices y esperar su bondad, es el peor despotismo que se pueda imaginar”.³² De poco sirve replicar que, bien visto, el Welfare State, por cómo ha

Casación) hicieron una distinción interpretativa entre normas constitucionales denominadas preceptivas —de aplicación inmediata en cualquier proceso— y normas constitucionales denominadas programáticas —como, por ejemplo, las relativas a los derechos sociales—, dirigidas solo al legislador y que para nada se podían invocar en un juicio. La distinción fue rechazada, después, por el propio Tribunal Constitucional con la primera histórica sentencia (núm. 1 de 1956).

³⁰ Cfr. C. COURTIS (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 23-64, para leerse junto a VALENTINI, C., “Il futuro dei diritti sociali. Tra garanzie essenziali e garanzie ragionevoli”, *Jura Gentium*, núm. 9, 2012, pp. 1-41.

³¹ HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *Il federalista* (1788), Giappichelli, Turín, 1997, p. 391.

³² KANT, I., “Sopra il detto comune: ‘Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica’” en *Id.*, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. de G. Solari y G. Vidari, Utet, 3ª ed., Turín, 1995, p. 255.

sido llevado a cabo en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial, tiene una decidida connotación paternalista,³³ porque el punto de partida de este texto —como se ha puesto en evidencia anteriormente— consiste en el fracaso de esta concepción: un fracaso evidente en la proclamada dejadez estructural del ‘padre’ (léase: legislador) con respecto a los propios ‘hijos’. Además, bajo un perfil estrictamente iusteórico, se hace notar que, si las prerrogativas parlamentarias en materia de dinero público fueran intangibles, sería necesario admitir con coherencia que los principios constitucionales no son recíprocamente ponderables, sino que están subordinados a un único principio fundamental que debe ser considerado como absoluto —la competencia financiera del parlamento— ante el que estos siempre deben sucumbir.³⁴ Pero —en paralelo a todo lo que se ha señalado anteriormente—, es en los hechos donde esta tesis ya no tiene ningún valor: ante los tribunales constitucionales, un argumento de este tipo ya no tiene una importancia decisiva; como mucho, puede ser reformulada como una invitación para que sus componentes presten atención a las recaídas financieras de una decisión a favor de los derechos sociales, pero es un hecho que las jurisprudencias constitucionales, aunque con cierta cautela, han ‘sancionado’ a menudo al legislador ordinario con sentencias que han comportado cargas sobre las finanzas públicas, en algunos casos, incluso bastante sustanciales.³⁵

La otra versión, la definida como ‘procedimental’, del argumento analizado apela, en cambio, al principio de separación de poderes. Se puede admitir que, aun sin determinación legislativa, un juez pueda especificar el contenido normativo de un derecho social; se admite que su decisión pueda incluso suponer un desembolso por parte del Estado, pero los derechos sociales son derechos con una prestación positiva que el Estado debe proporcionar a toda la colectividad y se puede alcanzar —y este el núcleo de la tesis— hasta el punto de permitir que el juez sustituya al legislador en la organización general de esta prestación, si no es al precio de distorsionar por completo el encuadramiento constitucional.

Entre los obstáculos interpuestos a una plena justiciabilidad de los derechos sociales no hay duda de este último es el más complicado. De hecho, no se encuentra en un terreno puramente jurídico-positivo, sino tiene una naturaleza teórica: aun si fuera imaginable un constituyente bien dispuesto a aumentar las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales, una opción de este tipo llevaría más allá de la idea no solo del Estado constitucional de derecho, sino también de la modernidad jurídico-política. Es significativo, de hecho, que sobre este aspecto la teoría jurídica, también la más sensible a los temas de la justicia social, resulte bastante elusiva,³⁶ por no decir también contraria a una sustitución integral

³³ Cfr., entre otros, RAPINI, A., *Lo Stato sociale*, Archetipo libri, Bologna, 2010.

³⁴ Cfr. ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 543-544.

³⁵ Cfr. COURTIS, C. (ed.), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, cit., pp. 49-52 y 86-88, además de, con respecto a Italia, ZAGREBELSKY, G. y MARCENÒ, V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 405-408.

³⁶ Cfr. ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 543-545, que manteniendo que “si un derecho existe, este es también justiciable”, no entra en detalles sobre la posibilidad de ejecutar en concreto los

del legislador por parte del juez.³⁷ Pero son sobre todo los tribunales constitucionales los que no van en esta dirección. Incluso cuando echan mano de sentencias que tienen repercusiones sobre las finanzas del Estado, el supuesto sigue siendo la preexistencia de una intervención legislativa que, además, debe incidir directamente —y no en general— en la esfera jurídica individual de los titulares de los derechos sociales: queda excluido por completo que se pueda poner remedio a una omisión total por parte del legislador,³⁸ así como a ‘recortes’ presupuestarios que comprimen un derecho social limitándose a reducir los recursos públicos destinados a su garantía.³⁹ Lo que el principio de la separación de poderes toleraría como mucho es solo la moral suasion: una advertencia dirigida al legislador para que tome medidas y elimine esta inconstitucionalidad, pero sin ningún otro instrumento para pasar de la advertencia a los hechos.

En efecto, como este principio es bastante polisémico, es innegable que sus diferentes concepciones tienen un común denominador en la identidad jurídico-política de la jurisdicción. No hay que olvidar entonces que su nacimiento puede remontarse a la aparición en la historia del pensamiento jurídico-político del principio de igualdad, es decir, de la idea de que el orden jurídico debiera tratar a los individuos de manera uniforme, rechazando todas esas jerarquías y desigualdades que eran consideradas completamente naturales a la sensibilidad jurídico-política medieval. De ahí no solo la idea de que la ‘gestión’ de este nuevo orden jurídico no pudiera tener lugar si no es de forma general y abstracta, sino sobre todo la consecuencia en virtud de la cual los jueces no debieran obstaculizar el proyecto de equiparación jurídica llevada a cabo por la ley.⁴⁰ A partir de este momento la jurisdicción se caracteriza por ser una función excluida del ‘gobierno’ —entendido en sentido amplio— del territorio y sobre todo puesta en el plano de la particularidad y la concreción. Esta naturaleza se manifiesta no solo a través del principio fundamental de la demanda que connota la jurisdicción, sino también a través del nivel en el que se pone su acción: un nivel que, si desde un punto de vista formal no ha impedido reconocer algunas veces una eficacia ultra partes a las decisiones judiciales, ha representado siempre, sin embargo, un obstáculo en

derechos sociales, limitándose a afirmar que un derecho social es justiciable “si (1) la exige muy urgente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamentaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (...) son afectados en una medida relativamente reducida” (texto según la versión castellana del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, traducción de Ernesto Garzón Valdés, p. 495).

³⁷ Cfr. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 95, 401 y 402, y mucho más explícitamente, *Id.*, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 55, 2010, p. 2793.

³⁸ Por la razón elemental por la que los tribunales constitucionales, en general, juzgan acciones (leyes o actos con fuerza de ley) y no omisiones del legislador.

³⁹ Por otra parte, cuando también en abstracto se supusiera un control judicial de estos ‘recortes’ denunciando las desigualdades en el gasto público, igualmente el juicio exigido al juez sería considerablemente discrecional, ya que estos deben entrar en el mérito de la distribución entre capítulos *no homogéneos* del presupuesto (por ejemplo, fuerzas armadas y sanidad, justicia y educación, etc.).

⁴⁰ Me permito remitir a BISOGNI, G., “Profilo storico-concettuale della giurisdizione moderna”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 16, 2011, pp. 35-62.

el plano sustancial con una incidencia erga omnes de las mismas, con el propósito de evitar ponerse a la misma altura del legislador. Es comprensible, por tanto, que un juez no pueda permitirse evaluar las políticas presupuestarias deliberadas por el máximo órgano representativo, es decir, dictar —directa o indirectamente— la normativa necesaria para la aplicación de los derechos sociales.

Sin embargo, no son pocas las críticas que pueden plantearse a este argumento.

En primer lugar, demuestra poco. Si se sitúa en una perspectiva histórico-conceptual, es necesario recordar que ha representado desde siempre la clásica objeción a cualquier hipótesis de justiciabilidad frente al legislador; sin embargo, ello no ha obstaculizado el establecimiento de tribunales constitucionales que, siendo especiales, no son percibidos para nada —al menos actualmente— como un vulnus al concepto de jurisdicción moderna.⁴¹ Dicho de otro modo, invocar el principio de la separación de poderes en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales expone a una alternativa tajante: o significa abrazar concepciones de los poderes públicos ya obsoletas, que se remontan a los años en que los parlamentos eran considerados completamente incuestionables, u obliga al menos a especificar este principio y a demostrar por qué no plantea ningún problema cuando se trata de hacer justiciables los ‘tradicionales’ derechos civiles. Justificar esta distinción, sin embargo —y en segundo lugar—, termina por no prestar un buen servicio a la causa de los derechos sociales, porque —quizá un poco paradójicamente— obliga a negar ese ‘estrabismo’ que, como hemos señalado con anterioridad, representa una de las causas de debilidad de estos derechos respecto a los derechos civiles. Sería falso afirmar que la organización de los poderes públicos esbozada por las principales constituciones continentales de la segunda posguerra es incoherente con respecto a los derechos y principios de la justicia social allí expresados: si estos derechos y principios son garantizados solo en parte por la jurisdicción y solo previa intervención legislativa, se debe, en cambio, a un fenómeno completamente ‘fisiológico’, impedir que el reconocimiento de los derechos sociales se dirija hasta el punto de hacer mella en la ‘esencia’ de esa organización que tiene en el tendencial apoliticismo del juez una de sus marcas distintivas.⁴²

De aquí surge, sin embargo, un conjunto de consecuencias, tanto histórico-conceptuales como teóricas, que suscitan no pocas dudas.

De tal manera, inconscientemente o no se acredita una concepción del constitucionalismo moderno y contemporáneo en la que los poderes, al contrario que los derechos, poseen una fisonomía conceptual más compacta, menos sensible a los cambios históricos y, en concreto, a aquellos que han producido las diferentes ‘estaciones’ de la ciudadanía jurídica moderna. Se trata de una concepción que se ha conocido ampliamente en la cultura de los juristas tanto antes como después de la segunda guerra mundial, pero que ya puede considerarse fuera del tiempo,

⁴¹ *Cfr.*, para todos, ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, pp. 74-84.

⁴² Clásica en ese sentido es la bien conocida posición de Carl Schmitt sobre los derechos sociales: *cfr.* SCHMITT, C., *Dottrina della costituzione*, trad. de A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 212-243.

porque en origen no carecía de matices autoritarios considerables: una concepción que ve(ía) en los derechos en general un *posterius* respecto a ese *prius* que es el Estado, —casi parafraseando a Otto Mayer—⁴³ “los derechos pasan, los poderes quedan”⁴⁴. En esta concepción el ‘lugar’ de los derechos sociales no existe —una especie de cuerpo extraño respecto a una tradición que los había ignorado voluntariamente—⁴⁵ o existe, aunque es esencialmente diferente y de rango inferior respecto a aquel que es propio de los derechos civiles.⁴⁶ Y en verdad, se interpretan a la luz de su origen histórico como un producto institucional que deriva de la presión ejercida por algunos grupos sociales, deseosos de una mayor redistribución de la riqueza. De ello se desprende la imposibilidad de reconocer estos derechos como pertenecientes a todos los hombres sin distinción, lo que generaría un doble riesgo: los derechos sociales no solo, no siendo universales, no serían propiamente ‘fundamentales’ como los derechos civiles,⁴⁷ sino que además tendrían una naturaleza ‘piadosa’ —ya que están vinculados a determinados sectores de población (los más desfavorecidos económicamente)— y reiterarían una lógica de la solidaridad propia del siglo XIX, exponiéndolos —aunque de manera inversa— a la bien conocida crítica que Marx dirigía a los derechos sancionados en la *Déclaration* de 1789 como ‘falsos universales’.⁴⁸ Por supuesto, huelga decir que un problema de justiciabilidad por lo que respecta al legislador tiene poco sentido: como son derechos reservados esencialmente al grupo en lugar de al individuo, la intervención legislativa solo puede ser necesariamente colectiva y, por tanto, enteramente no subrogable por parte del juez.

Es decir, en el mejor de los casos, la titularidad de los derechos sociales también adopta una clave universalista, pero fuertemente publicística. Estos derechos solo se dan en la medida en que sean el Estado y, de manera particular, el legislador los que les den forma: una especie de *Reflexrechte* de memoria gerberiana, que no solo no existen antes que el Estado, sino que, requiriendo una intervención positiva de este último para ponerlos en práctica, se consideran más como signos de pertenencia a la colectividad que como posiciones jurídicas estrictamente

⁴³ Cfr. MAYER, O., *Deutsche Verwaltungsrecht*, Band I, Duncker & Humblot, 3ª ed., Berlín, 1924, p. II. La frase originaria de Mayer es: “Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht”.

⁴⁴ Sobre esta idea, cfr. FIORAVANTI, M., *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 130-139.

⁴⁵ Se refiere, por supuesto, a la Constitución francesa de 1793 que, como es sabido, nunca entró en vigor. Para un análisis histórico-conceptual de los derechos sociales, cfr. CASADEI, T., *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, cit., pp. 1-25 y 32-36.

⁴⁶ De aquí también una doctrina de los derechos sociales muy poco desarrollada respecto a la de los derechos civiles: “Lo Stato sociale (...), non avendo alle spalle modelli teorico- giuridici quali quelli che sono stati alla base dello Stato liberale, si è sviluppato senza nessun disegno garantista, attraverso un’accumulazione di leggi, apparati e prassi politicoamministrative” (FERRAJOLI, L., “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona” en ZOLO, D. (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 280).

⁴⁷ Como recuerda PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, *Derecho y libertades*, núm. 3, 1998, p. 31.

⁴⁸ Cfr. MARX, K., *La questione ebraica: per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, trad. de R. Panziera, Editori Riuniti, 6ª ed., Roma, 2000. Por cuestiones de espacio no se puede profundizar aquí en la cuestión conceptual de la universalidad o no de los derechos sociales: cfr., por último, RODOTÀ, S., *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

individuales.⁴⁹ Ya de por sí, desde un punto de vista como este, el control jurisdiccional sobre los derechos sociales que hoy se considera admisible adquiere una fuerte connotación política,⁵⁰ pero obviamente queda excluido por completo cuanto pretende llenar el ‘vacío’ de tutela objeto de este texto, ya que equivaldría a arrastrar al juez a la política.

En definitiva, afirmar que los derechos sociales no son plenamente justiciables debido a la separación de poderes significa quedar anclados en la tesis que los ve in essentia ajenos a la esfera individual y, por tanto, no susceptibles de una tutela jurisdiccional comparable a la reservada a los derechos civiles.

Desde este punto de vista, intentar plantear el alcance de esta tutela mediante instrumentos como, por ejemplo, una parte del presupuesto constitucionalmente vinculado a los derechos sociales, es decir, cualquier forma de responsabilidad política del ejecutivo o del legislativo por falta de actuación o lesión de los mismos⁵¹ no permite recorrer mucho camino, porque sigue implicando una visión a fin de cuentas holística de los derechos sociales. Estas propuestas, además de ser de escasa viabilidad práctica —debido a un ‘clima’ actual para nada favorable al Estado social—, no solo terminan por alimentar aún más la duda de una indebida comprensión de la separación de poderes, sino sobre todo tienden a perder la dimensión individual de los derechos sociales y corren el riesgo de no garantizar plenamente el bien-de-la-vida objeto de estos derechos.⁵² En otras palabras, siguen atrapados en la óptica tradicional que hace de los derechos sociales, como derechos a prestaciones colectivas garantizados por el Estado, exigencias de alto contenido ‘político’ que, si bien garantizadas en todos los aspectos por los jueces, logran una forma de ‘justicia política’, donde “la política no tiene nada que ganar y la justicia, todo que perder”.⁵³

Esta es la razón por la que las raíces de una tutela jurisdiccional plena de los derechos sociales solo podrían ahondar sólidamente en el mismo terreno de particularidad y concreción en el que radica la legitimación de la jurisdicción moderna. En resumen, es necesario dar la vuelta a este punto de vista: no son los jueces los que, al garantizar estos derechos, deben penetrar en el ámbito teórico

⁴⁹ Es un ejemplo la interpretación de Smend de los derechos sociales expresados en la Constitución de Weimar (cfr. SMEND, R., *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. de F. Fiore y J. Luther, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 241-248).

⁵⁰ Como demuestran la precaución y la parsimonia con las que los tribunales constitucionales llegan a decisiones que tienen gravámenes sobre las finanzas del Estado.

⁵¹ Un partidario de estas propuestas es, por ejemplo, Ferrajoli: cfr. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II, cit.*, p. 402.

⁵² Recuérdese, de hecho, que ya Kelsen había sugerido —limitándose a los derechos fundamentales ‘negativos’— la posibilidad de someter a sanción política (por ejemplo, remoción, inelegibilidad, etc.) al jefe del Estado y a los miembros del gobierno que hubiesen aprobado leyes ordinarias en detrimento de esos derechos, añadiendo, sin embargo, que “el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general no está reservado a los individuos afectados por la ley inconstitucional” (KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto, cit.*, p. 167) texto citado de la versión castellana editada en Porrúa, México, 1998, traducción de Roberto J. Vernengo, p. 156.

⁵³ Se trata de la conocidísima afirmación que Schmitt toma de Guizot: cfr. SCHMITT, C., *Il custode della costituzione*, trad. de A. Caracciolo, Giuffrè, Milán, 1981, p. 60.

de competencia del legislador, sino —todo lo contrario— son los derechos sociales los que han de ser analizados en términos individuales y, por tanto, utilizados por parte de la jurisdicción. La piedra angular se encuentra, entonces, en demostrar que esos derechos, a pesar de no estar garantizados por el Estado de forma colectiva, representan auténticas posiciones jurídicas correspondientes a cada titular y son plenamente tutelables en el plano particular y concreto.

III. En la actualidad, por tanto, la distancia entre los derechos civiles y los derechos sociales se ha reducido considerablemente, pero aún sigue siendo significativa, desde el punto de vista su garantía jurisdiccional, en relación con su respectiva estructura.

En general, de hecho, se afirma⁵⁴ que las obligaciones del Estado correspondientes a los derechos sociales consisten en prestaciones que no solo tienen como objeto un *facere*, sino que sobre todo —dada la tendencial generalidad y vaguedad de las cartas constitucionales— son plurisubjetivas e indivisibles. De manera más precisa, son prestaciones que están dirigidas a un conjunto bastante amplio e indistinto de individuos y que deben ser proporcionadas de manera unitaria a ese conjunto, dejando, pues, que sea el legislador en su autonomía quien disuelva esta ‘indistinción’, quien decida en qué escala dimensional organizarlas y, eventualmente, también quien las distribuya entre sus titulares. Por lo tanto, incluso si llegase a reconocer en abstracto la titularidad individual de un derecho social, en cualquier caso con la obligación correspondiente, debido a la indivisibilidad, debería ser asumida por el legislador *erga omnes*: un juez que quisiera sancionar en concreto el incumplimiento o el mal desempeño no podría hacer otra cosa que llevar a cabo un acto igualmente *erga omnes*, teniéndose que sustituir al legislador en la interpretación de esa plurisubjetividad e indivisibilidad.⁵⁵

Todo lo contrario de lo que ocurre en el caso de los derechos civiles. Así, en el caso de que una ley limite inconstitucionalmente un derecho civil, esa violación se resolvería, en última instancia, en un acto particular y concreto; por tanto, la anulación jurisdiccional de este acto, junto con su presupuesto —es decir, la ley inconstitucional—, no privaría al juez de su calidad de órgano de la aplicación del derecho (constitucional) para casos concretos.⁵⁶

⁵⁴ Véase una exposición ejemplar en BÖCKENFÖRDE, E.W., “I diritti sociali fondamentali nella struttura della costituzione” en *Id.*, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, trad. de O. Brino, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 189-207.

⁵⁵ En otras palabras, los derechos sociales, aun siendo individuales, se degradarían a meros intereses, irrelevantes en un tribunal, debido a la falta de una figura institucional que actúe como punto de referencia *colectivo* de la pluralidad de los titulares. Requieren, por lo tanto, para su existencia jurídica, una mediación de naturaleza *representativa*, que obviamente no puede ser ofrecida por los jueces y debería corresponder, de hecho, a las “clásicas” figuras de la mediación que son los partidos políticos, no por casualidad actualmente ausentes por lo que respecta a los derechos sociales.

⁵⁶ Lo que se deriva también de la diferencia estructural entre derechos negativos y derechos positivos, en virtud de la cual, mientras los primeros prohíben *todos* los actos que los violan, los segundos, en cambio, no requieren —al menos como regla— ni *un solo* medio para su aplicación: *cfr.* ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, *cit.*, pp. 491-500.

Se trata de un constructo conceptual bien conocido que puede considerarse en función de sus technicalities, como patrimonio común de la cultura sobre los derechos fundamentales. Pero se trata, al mismo tiempo, de una diferencia que no tiene nada de ‘natural’ (en cualquier sentido del término) y que es el fruto de una interpretación doctrinal —que deriva de la concepción criticada en el apartado anterior—: una distinción, entonces, que recae en el derecho positivo vigente y que, por tanto, puede ser rechazada a la luz de una consideración diferente de los derechos sociales.

Así, la indivisibilidad y la plurisubjetividad de la prestación del Estado no significan en absoluto que el derecho no pueda tener y no tenga una naturaleza individual y que, por tanto, su satisfacción solo pueda producirse en un plano general y abstracto.

A una conclusión de este tipo debería llegarse solo si los derechos sociales tuvieran que ser necesariamente ejercidos de forma colectiva, es decir, que no fuera posible disfrutar individualmente del bien-de-la-vida objeto de estos derechos si al mismo tiempo no lo disfrutaban otros titulares. Este es el caso de esos bienes que en las ciencias económicas se definen absolutamente ‘no rivales’, de los cuales es imposible un consumo individual si contemporáneamente no los consumen también otros sujetos (por ejemplo, la luz o el aire); esto no vale, sin embargo, para los derechos sociales, que en abstracto también pueden configurarse como derechos negativos de libertad y, por tanto, pueden ser disfrutados por parte y de manera completamente exclusiva. Desde el punto de vista iusteórico nada impide hacer de los derechos colectivos derechos positivos, como ha sido demostrado históricamente por los regímenes en los que, como es sabido, la propiedad privada estaba fuertemente limitada —lo que confirma, si todavía fuera necesario—, el carácter ideológico de la denominada pre-estatalidad de los derechos civiles (solos). Como nada impide construir los derechos sociales en términos negativos, es decir, como derechos contra la injerencia del legislador en las elecciones, por ejemplo, en materia de sanidad como se deduce de manera muy evidente del reciente debate estadounidense sobre el denominado Obamacare, donde algunos sectores políticos conservadores han contrapuesto justamente esta concepción del derecho a la salud. Que estos derechos tienen que ser garantizados de manera unitaria y en un plano más o menos general y abstracto, se debe, entonces, no a características intrínsecas de estos derechos, sino a razones que tienen que ver no solo por razones obvias de economicidad, sino sobre todo por la razón elemental por la que “en cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conductas y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separada a cada individuo”.⁵⁷ Si a esto se añade también el principio fundamental de igualdad —específico de la modernidad jurídico-política—, se entiende por qué la ley no pueda más que garantizar los derechos sociales por igual a todos sus titulares y mediante actos más o menos generales y abstractos.

⁵⁷ HART, H. L. A., *Il concetto di diritto*, cit., p. 146, texto según cita de la versión castellana de Abeledo Perrot, cit., p. 155.

Dicho en otras palabras, la indivisibilidad de la prestación social que el Estado debe proporcionar no tiene relación con el contenido del derecho social. A fin de cuentas, toda decisión legislativa sobre los derechos fundamentales puede decirse que es colectiva, independientemente de la naturaleza civil o social del derecho objeto de esta decisión: si esta característica se evidencia con más claridad en relación con los derechos sociales, solo se debe a la circunstancia —totalmente contingente— en virtud de la cual el bien garantizado por estos derechos no existe ‘en la naturaleza’, sino que debe ser asegurado por el Estado. Por otra parte, también es sabido cómo los derechos civiles requieren obligaciones positivas a cargo del Estado. A menudo se olvida por qué son prestaciones que el Estado también pone al servicio de otros derechos fundamentales e, incluso, aparte de estos —por su propia supervivencia—, pero no hay duda de que, si el Estado no se comprometiera a organizar un aparato de law enforcement, incluso el más clásico de los derechos civiles —la propiedad— se convertiría en indistinguible por un derecho social como exigencia a una prestación positiva por parte del Estado.⁵⁸

Por lo tanto, desde el punto de vista de su titular no se aprecia una diferencia cualitativa entre derechos civiles y derechos sociales. Ambos atribuyen una exigencia que no solo es individual, sino sobre todo es jurídicamente indiferente respecto a las modalidades con las que el Estado cumple con sus obligaciones; y para ambas categorías de derechos, la violación de estas obligaciones legitima la petición, por parte del individuo, de un remedio particular y concreto, al alcance de la jurisdicción. De hecho, hay que tener presente que la violación de los derechos sociales, desde un punto de vista económico, equivale a descargar sobre el individuo los costes necesarios para poder conseguir aquello que el Estado no ha garantizado y estos mismos costes pueden ofrecer una medida fiable del sacrificio sufrido por esta violación: una ‘individualización’ monetaria que no sería en absoluto posible en el momento en que el derecho social poseyera una naturaleza intrínsecamente colectiva.⁵⁹

En conclusión, habría llegado el momento de rechazar la idea según la cual la garantía jurisdiccional de todos los derechos fundamentales sancionados por las constituciones pase por el cuello de botella representado por la alternativa

⁵⁸ Lo que siempre se ha sabido, pero que —por supuesto, afortunadamente— parece ser ahora indiscutible a partir del conocido ensayo de Sunstein y Holmes: *cfr.* SUNSTEIN, C. y HOLMES, S., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. de E. Caglieri, Il Mulino, Bolonia, 2000.

⁵⁹ Por otra parte, debe tenerse presente que en otras áreas del derecho (por ejemplo, en el derecho civil) el carácter indivisible de una prestación a favor de más de una persona no obliga en modo alguno a una titularidad colectiva del derecho afín, y admite tranquilamente su tutela individual. Si, de hecho, la prestación no se cumple con respecto a uno de los titulares del derecho, no será posible el resarcimiento del daño de una forma específica, debido a la indivisibilidad, pero aún queda la posibilidad de que *un* titular insatisfecho pida para sí la compensación por equivalente.

Esto demuestra, una vez más, la naturaleza dogmática y no teórica de la tesis criticada en el texto y esta última por tanto, parece aproximarse a esas concepciones encaminadas a defender lo incuestionable de las elecciones legislativas —en nombre de su representación (presuntamente) exclusiva del interés público— en contra de las cuales arremetió con vehemencia Hans Kelsen al proponer su idea de la jurisdicción constitucional (véase sobre todo KELSEN, H., “*Chi dev'essere il custode della costituzione?*” en Id., *La giustizia costituzionale*, trad. de C. Geraci, Giuffrè, Milán, 1981, pp. 229-291).

tajante entre una ‘legislación negativa’ —coherente con el principio de la separación de poderes— y una ‘legislación positiva’ —completamente incompatible con este principio—. ⁶⁰ Y, de hecho, como se ha señalado con anterioridad la figura del ‘legislador negativo’ ya no se puede considerar tan actual; pero, sobre todo, la estructura de los derechos sociales no pide para nada que el juez se convierta en un ‘legislador’ positivo, pero invita a introducir de iure condendo instrumentos procesales adecuados a la plena naturaleza jurídica individual de los derechos sociales. Quizá, entonces, sería necesario comenzar justo donde el padre putativo del juicio sobre las leyes en el continente europeo, Hans Kelsen, se había detenido. Para Kelsen, los derechos fundamentales no podían considerarse como ‘derechos subjetivos en sentido técnico’, ⁶¹ ya que no consentirían “hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente”. ⁶² Y bien, no solo este deber es ahora configurable dentro del legislador, pero —como posible consecuencia que deriva de su incumplimiento o de su mal desempeño— pueden suponerse garantías que sepan dar cuenta de la dimensión individual —por cómo se ha reconstruido anteriormente— de los derechos sociales, sobre todo en términos de efectividad de la tutela jurisdiccional, pero al mismo tiempo no obliguen al juez a transformarse en un legislador ‘positivo’ y, es más, dejen siempre y en cada momento a las instituciones políticas en sentido estricto la prioridad a la hora de garantizar la justicia social.

Una figura jurídica que, con las cautelas oportunas, podría equilibrar de modo satisfactorio estas exigencias contrapuestas a la de las astreintes.

Como es sabido, estas son originarias del derecho francés, tanto civil como administrativo, y representan un medio de coerción, pero indirecto, de una sentencia de condena —típicamente: de una obligación no fungible— hacia el deudor y la administración pública, respectivamente. En virtud de esta caracterización, las astreintes tienen una posición *sui generis*, a mitad camino entre el concepto de pena y el de resarcimiento del daño; aun pudiendo ser cuantificadas en función del daño probado o previsible, no constituyen una anticipación del resarcimiento del daño; al mismo tiempo, no es apropiado calificarlas como penas en sentido estricto, porque, aparte de otras cosas, al contrario de cualquier pena pecuniaria, deben ir dirigidas al acreedor y no al Estado. A esto debe añadirse, entonces, que si se dictan contra la administración pública, parece un poco excesivo hablar de ‘pena’ a cargo de un organismo público y, además, a favor de un particular.

Ahora bien, esta naturaleza híbrida las convierte en particularmente idóneas para tutelar los derechos fundamentales —como derechos sociales— los cuales, justo porque requieren una prestación positiva considerable por parte del Estado, no pueden ser garantizados directamente por el juez, ni siquiera indirectamente a través de una pena o un resarcimiento del daño.

⁶⁰ La garantía jurisdiccional de la constitución como forma de ‘legislación negativa’ aparece, como es sabido, con Kelsen: *cfr.* KELSEN, H., “La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)” en *Id.*, *La giustizia costituzionale*, *cit.*, pp. 172 y 173.

⁶¹ *Cfr.* KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, *cit.* pp. 157-160.

⁶² KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, *cit.*, p. 167 citado por la versión castellana, Porrúa, *cit.* p. 156.

Así, puesto que el juez no puede sustituir al legislador a la hora de proporcionar los derechos sociales, de poco serviría reconocerle al primero el poder de ‘constituir en mora’ al segundo (por ejemplo, mediante sentencias monitorias, acompañadas o no de un plazo para su cumplimiento): es una solución que ya se ha experimentado en algunos ordenamientos jurídicos⁶³ que, sin embargo, debido a que puede tener un impacto beneficioso en el debate público, está abocada a carecer de consecuencias prácticas en el caso de que no supongan los medios jurídicos para superar la inercia del legislador.⁶⁴ Se podría proponer también —como hemos señalado con anterioridad— una pena ‘política’ (por ejemplo, extinción de la carga; censura, etc.), pero como es sabido, por regla general, no es fácil hacer valer la responsabilidad política de los miembros del Gobierno y, sin embargo, aunque se lograra, el propio individuo no obtendría nada en la propia esfera jurídica.⁶⁵ En definitiva, también el resarcimiento del daño es de difícil aplicación práctica y teóricamente incongruente: sería necesario determinar de manera permanente un daño que, en cambio —en el caso de los derechos sociales negados por el legislador— persiste hasta cuando este último no se remedia; y sobre todo admitir que el resarcimiento del daño significaría acceder a una concepción meramente privatista de los derechos sociales, que es aún menos apropiada cuanto más se recuerda que la fuente de legitimación de los derechos sociales —en cuanto derechos hacia el Estado— no es contractual, sino auténticamente constitucional.

Las astreintes dirigidas al legislador, en cambio, en primer lugar, no serían simples requerimientos, sino medidas plenamente ejecutivas, que sin embargo no influirían en el funcionamiento del órgano llamado a responder, ni desde el punto de vista subjetivo —sobre las personas que componen el órgano—, ni desde el objetivo —sobre la validez jurídica de sus actos y su libertad de acción. En segundo

⁶³ Por ejemplo, en la constitución portuguesa (art. 283) y en la brasileña (art. 103, § 2).

⁶⁴ Como justamente afirma Ferrajoli (cfr. FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II, cit.*, p. 98). Puede recordarse, de hecho, que provisiones de este tipo, no alcanzan ni siquiera el *status* kelseniano de los derechos fundamentales —de por sí, ya bastante prudente— según las cuales estos no serían más que el derecho “di cooperare alla produzione della norma con cui si annulla la legge incostituzionale e lesiva dell’eguaglianza e delle libertà garantite” (KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto, cit.*, p. 168), porque en ese caso, teniendo presente la naturaleza declarativa de la decisión, no se podría hablar propiamente de “producción” de una norma.

⁶⁵ Que la mejor tutela de los derechos individuales no tenga naturaleza política —es decir, que no sea conveniente dejarla solo al legislador—, sino naturaleza jurisdiccional, no es una conciencia reciente, y deriva de la llegada de la democracia de masas, pero representa un ‘caballo de batalla’ del liberalismo jurídico de finales del siglo XIX y, en concreto, de la noción de *Rechtsstaat* que puede considerarse quizá el ‘código genético’ de cualquier forma de control jurisdiccional sobre los poderes públicos. Véanse, por ejemplo, las siguientes observaciones de uno de los más importantes juristas del derecho público italiano —Vittorio Emanuele Orlando—, que van dirigidas a demostrar la insuficiencia de las garantías políticas de los derechos subjetivos por lo que se refiere a la administración pública y a defender las instituciones de los tribunales administrativos oportunos: “E dato pure che il cittadino sia così fortunato o così influente che un deputato pigli a cuore il suo caso, e ne muova interrogazioni o interpellanze, se è mai visto un Ministero cadere per un argomento simile? E se pure il caso nuovissimo avesse a verificarsi, potrebbe ritenersi certamente che la violazione del diritto individuale non sarebbe che il pretesto di cui si servirebbe una Camera per congedare un Ministro di cui fosse stanca, ma non ne sarebbe mai il vero motivo determinante” (V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Ute, Turín, 1890, p. 974).

lugar, tendrían una eficacia limitada al caso concreto y no requerirían liquidar de una vez por todas el prejuicio sufrido por el titular, pero podrían basarse fácilmente en los costes que este está obligado a asumir diariamente para asumir el derecho social. Configuradas de esta manera, estarían en condiciones de constituir un estímulo contra el legislador —mucho más eficaz si esta acción judicial es presentada por otros individuos que se encuentran en las mismas condiciones— y al mismo tiempo podrían eliminar los efectos de una injusticia social cometida por el legislador al menos hasta cuando este no intervenga positivamente.

Desde este punto de vista, incluso se podría discutir si los jueces naturales de este ‘estímulo’ debieran ser necesariamente los tribunales constitucionales. No hay duda de que, desde que ha recalado en Europa continental la idea de someter el legislativo a control jurisdiccional, este casi nunca ha adoptado una forma ‘difusa’, es decir, confiado a cada juez. También es cierto, sin embargo, que si este control ha sido reservado a instituciones judiciales especiales y diferentes de la jurisdicción común, se debe también a la conciencia de la amplia discrecionalidad política inherente a esta función y, por esto, al intento de introducir un “privilegio del legislador”⁶⁶ que tenga institucionalmente en cuenta los intereses de los que se hace portador. Por tanto, atribuir a los tribunales constitucionales la competencia de decidir sobre las astreintes contra el legislador podría exponer al riesgo de subordinar la tutela de los derechos sociales a una valoración *latu sensu* política, que termina por estropear esa concepción individualista de los derechos sociales que está en la base de la propuesta aquí planteada. Por lo demás, las astreintes, en cuanto medios de coerción indirecta, esto es, no subrogatorios de la acción legislativa, no se resuelven en un ‘clásico’ control de validez de las leyes y, por tanto, no requerirían penetrar en la discrecionalidad política de los parlamentos, cuya defensa constituye la ratio de las jurisdicciones constitucionales. Porque ese es el valor de optar por una medida como la que aquí se sugiere: no obligaría al juez a transformarse en un *policy maker*; dejaría al legislador la decisión sobre cuándo y cómo aplicar en general los derechos sociales; podría aplicar los parámetros, en un caso concreto, de la lesión legislativa de los derechos sociales, evitando valoraciones genéricas —y por ello generales— *ex ante* de la misma y alejando además las habituales preocupaciones sobre los efectos financieros de la decisión tomada... Pero al mismo tiempo, tendría la ventaja de ejercer una presión enérgica sobre los poderes públicos que los haría más sensibles a la justicia social.

⁶⁶ Como notoriamente se calificó a sí mismo el *Bundesverfassungsgericht* alemán en 1951 (BVerfGE, I, 1951).

LA GRATUIDAD DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES COMO DERECHOS HUMANOS. UNA PROPUESTA PARA SU PONDERACIÓN Y OTORGAMIENTO

THE FREE OF PERFORMANCE RIGHTS AS HUMAN RIGHTS. A PROPOSAL FOR ITS WEIGHTING AND GRANTING

EDUARDO SANTILLÁN PÉREZ*

CIDE, México

eduardo.santillan@congresociudademexico.gob.mx

CARLOS MANUEL ROSALES**

UNAM, México

argmaroga@gmail.com

RESUMEN:

El reconocimiento y la implementación de los Derechos Humanos ha generado que su cumplimiento sea en algunos casos a costa del erario. Este artículo analizará si los derechos prestacionales solicitados como Derechos Humanos deben ser otorgados sin condiciones, o si, al contrario, debe existir un mecanismo para que no haya abuso en su exigibilidad y justiciabilidad.

Palabras clave:

Derechos humanos, exigibilidad, justiciabilidad, interpretación.

ABSTRACT:

The recognition and the implementation of the Human Rights has generated that his fulfillment is in some cases at the cost of the budget. This article will analyze if the servicial rights requested as human rights, they must be granted without

⁶⁷ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la Ciudad de México.

⁶⁸ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Estudios de *Magister* y Doctorado por la Universidad de Chile. Actualmente, investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

conditions, or if, on the contrary, a mechanism must exist in order that there is no abuse in their exigibility and justiciability.

Keywords:

Human rights, exigibility, justiciability, interpretation.

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los derechos prestacionales.* 3. *Los Derechos Humanos.* 3.1. *Reconocimiento.* 3.2. *Tutela con protección.* 3.3. *Exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Humanos.* 3.4. *¿Cumplimiento incondicional, intrínseco y absoluto de los Derechos Humanos per se?* 4. *Propuesta de modelo para otorgar un derecho prestacional como un derecho humano.* 5. *Casos de estudio.* 5.1. *Derecho a la salud sin costo para el paciente.* 5.2. *Energía eléctrica gratuita.* 5.3. *Educación superior gratuita.* 5.4. *Suministro de agua gratis.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes son el reflejo de la sociedad. Son la expresión del soberano que cimientan los derechos y garantías. Ellas, sin duda, identifican y permiten dirigir el destino de una nación. Para poder alcanzar justicia, bien común, seguridad, etc.¹ Alimón, para que se pueda acceder a los bienes, derechos y prestaciones que ofrece el Estado, se deben cumplir con los requisitos legales para su operación.²

Como es sabido, los Derechos Humanos (DDHH) son una edificación moral universal, que son reconocidos y exigidos a partir de diversos tratados, convenciones, declaraciones, entre otros; que sirven como los valores probatorios para medir la legitimidad del Estado.³ Se debe observar que los DDHH son obligatorios e intrínsecos, no requieren de leyes adjetivas para que puedan ser solicitados y cumplimentados. No necesitan una legislación orgánica para su operación, ni consideran la capacidad económica ni la infraestructura del Estado para hacerlos efectivos.⁴

Los derechos fundamentales son triunfos políticos de la sociedad y los Derechos Humanos que provienen de reconocer a la persona con ciertas prerrogativas mínimas, para que pueda vivir dignamente y desarrollar libremente su vida.⁵ Existe un espacio en que ambas esferas confluyen en su identidad y objetivos, más no en la forma de su cumplimiento. Los derechos fundamentales son prestados a la población por medio de una ley que garantiza, derechos, obligaciones, requisitos, operación y ejecución de estos.⁶ Al contrario de los Derechos Humanos, que su

¹ ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Ed. Yale University Press, USA, 1980, p. 164.

² OJESTO Martínez Porcayo, José Fernando, "Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política" en *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*, México, 2003, p. 469.

³ Vid. SCJN, *Los derechos humanos y su protección por el P.J.F.*, Ed. SCJN, México, 2011.

⁴ He considerado incluir en este análisis la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos que establecen un conjunto de normas, para que los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos políticos, con el objetivo de consolidar y fortalecer el sistema democrático.

⁵ Ronald Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995, pp. 19-22.

⁶ LARA SÁENZ, Leoncio, *Derechos Humanos, Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*, No.4, TEPJF, México, 2003, pp. 39 y 40.

principal activo es su valor intrínseco, y sirven como directriz y freno a la actuación de las autoridades.⁷

Por lo que es menester preguntar, ¿los Derechos Humanos tienen más reconocimiento que los derechos fundamentales en un país determinado?⁸ o, dicho de otra manera, si una persona exige el cumplimiento de un DDHH, se debe conceder o consumir sin condiciones previas a diferencia de cualquier ciudadano, que debe apegarse a las normas preestablecidas para obtener acceso a ese bien o servicio.

Por lo que la metodología que guiará nuestra investigación, empezará exponiendo qué son los derechos prestacionales y luego, diversos temas que provienen de los Derechos Humanos como su reconocimiento, tutela y protección, y si su cumplimiento debe ser absoluto e incondicional. También se expondrán los principios *pro personae* y de progresividad que amplían la instrumentación de los DDHH. Para materializar lo anterior, se analizarán algunos casos de derechos prestacionales que brinda el Estado (salud, educación, agua y energía eléctrica), los elementos jurídicos para su solicitud, los requerimientos instituciones para que sean efectivos y averiguar cuáles son los límites para ser exigibles.

Esta investigación tiene como objetivo hacer una exposición y disertación, sobre considerar si un Derecho Humano se debe tutelar y conceder sin condición, o si debe haber requisitos para su exigibilidad y justiciabilidad, para que no se fomente, una política de concesión automática irrestricta y gratuita, fundamentado con base en los DDHH.⁹

Este trabajo también propone algunos requisitos para la exigibilidad y otorgamiento de algunos DDHH, cuáles serían los mismos y cómo podría considerarse su exigibilidad en un sistema jurisdiccional, sin que se despretejan los mismos o se demeriten los derechos del resto de los ciudadanos.¹⁰

2. LOS DERECHOS PRESTACIONALES

El concepto prestaciones incumbe al plural de prestación. Por prestación se reseña a aquel servicio o bien que una autoridad, o en su caso un contratante, que sirven o le piden a otro.

Uno de los términos más divulgados que se genera en relación es con el de prestaciones sociales.

Una prestación es aquel servicio que el Estado o una empresa privada están obligados a brindar por medio de sus empleados y que garantizan bienes o servicios para mejorar la calidad de vida, como es el cuidado de la salud.

El Estado debe satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, en especial, la de las poblaciones en riesgo y que no están en igualdad de circunstancias. El

⁷ BIX, Brian, *Jurisprudence*, Carolina Academic Press, USA, 2004, p. 88.

⁸ Se tomará en consideración y como referencia algunos casos paradigmáticos, principalmente de México.

⁹ Contradicción de Tesis 293/2011.

¹⁰ WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University press, New York, 2008, p. 369.

Estado redistribuye la riqueza, y al mismo tiempo presta servicios públicos, cuyos fines son conseguir una vida digna. El desempeño de su función social del Estado debe contar con una infraestructura adecuada de asistencia y destinar recursos suficientes para los programas que lo sostienen y respaldan.¹¹

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Constitución y las leyes orgánicas.¹² Gradualmente, los derechos de prestación se les van dando condiciones de eficacia, que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática, que luego tiende a convertirse en un derecho subjetivo.¹³

Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo. Esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales. En este último caso, en realidad, más que derechos son principios orientadores de la función pública. Los derechos de prestación con contenido programático tienen tal entidad porque precisamente son sólo un programa de acción estatal, una intención institucional.¹⁴

3. LOS DERECHOS HUMANOS

El contenido de los Derechos Humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los Derechos Humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no pueden materializarse en las personas.¹⁵

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el

¹¹ NINO, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*, Ed. Yale, USA, 1996, pp. 1-5.

¹² Randy BARNETT estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas; por lo que, cuando los legisladores más se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. *Restoring the lost constitution*, Ed. Princetom press, USA, 2004.

¹³ Sentencia T 207/95.

¹⁴ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Problemas de la Justicia Constitucional", en *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, Ed. IFE, México, 1999, p. 397. La relevancia de este principio es fundamental en los denominados derechos sociales. *Vid.* CARBONELL, Miguel, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007, p. 23.

¹⁵ Tesis aislada CCLXXXVI/2014, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2007057, y título: "DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO "GARANTÍAS DE PROTECCIÓN", INCORPORADO AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011."

disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.¹⁶ Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.¹⁷

Acompañado a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad,¹⁸ esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.¹⁹

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana,²⁰ pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las

¹⁶ CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, Número 2, España, 2006, p. 185.

¹⁷ Jurisprudencia 37/2016, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en número de registro 2012363, de título: “*DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.*”

¹⁸ *Vid.*, SCJN, *Dignidad humana*, Ed. PJF, México, 2013.

¹⁹ Tesis aislada LXVI/2009, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 165822, de rubro: “*DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.*”

²⁰ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 24 y 44.

normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales.²¹

3.1. Reconocimiento

Los Derechos Humanos tienen dos reconocimientos, uno de índole moral, y otro normativo. En el primero, se reconoce a la persona por el simple hecho de ser humano; posee un conjunto de derechos inalienables, indivisibles, imprescriptibles y universales, y que no necesitan estar comprendidos dentro de alguna norma adjetiva o substantiva para su cumplimiento.²² El otro sistema que se le conoce como positivista, les da su valor a los DDHH a partir de estar incorporados en el bloque de constitucionalidad. Estos sistemas jurídicos los adaptan y los adoptan a partir de tratados, convenciones, declaraciones, y demás instrumentos internacionales de Derechos humanos, que fueron ratificados por ese Estado.

3.2. Tutela y Protección

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas, por la vía de la acción del Estado.²³ Esto significa, que las normas tendrán efectividad, cuando están plenamente garantizadas a la población, y con ello, salvaguarde su efectividad. En el caso de los DDHH, la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y la realización de estos.²⁴

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos, y en su caso, se investigue las violaciones u omisiones, y se sancionen esas conductas.²⁵

Ambas son complementarias, la tutela nos coloca una directriz de actuación y la protección, se realiza en dos sentidos.²⁶ En el primero, como función preventiva

²¹ Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.) sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con número de registro IUS 2003350, de rubro: “*PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN.*”

²² SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 630. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2018.

²³ ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard press, USA, 1991, p. 224.

²⁴ SILVA HENAO, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de ‘Estado Social’ incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 141-158.

²⁵ VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007, pp. 73-96.

²⁶ GÓMEZ, Yolanda, *Estado Constitucional y protección internacional, Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ed. CNDH, México, 2014, pp. 231-280.

para que no se atente contra los DDHH, y en un segundo instante, para que en caso de que hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en que se le responsabilice por sus actos.²⁷

3.3. Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Humanos

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad, para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho.²⁸ Esta exigibilidad es un acto en que se excita a la autoridad un proceder, y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo algún DDHH. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento, emitiendo una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus DDHH.²⁹

Esta exigibilidad como se hizo notar está acompañada de la justiciabilidad, para que sea efectiva. Esto implica la acción del poder público para que determine, si hay violación a los derechos que expone el quejoso, o descalificar la misma, por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo podría ser la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal.³⁰

También se debe observar que la exigibilidad y justiciabilidad en materia de DDHH no implican gratuidad sin cortapisa. Que, si bien se reconoce y protege el DDHH, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin costo económico. Esto qué implica, que el reconocimiento de los DDHH no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que presta el Estado (como podría ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población como receptores de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado, sin importar si proviene de una empresa pública o privada.³¹

²⁷ PICARD DE ORSINI, Marie y Useche, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006, pp. 189-218.

²⁸ Vid, MEDELLÍN, Ximena, *Principio Pro persona*, Ed. SCJN, México, 2013.

²⁹ CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas, Número 2, España, 2006, p. 187.

³⁰ SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 629. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2018. Estos llamados “triumfos” son acuñación de Ronald Dworkin, que advierte que los derechos obtenidos, son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Los derechos en serio*, Ed. Abelot-Perrot, Argentina, 1996.

³¹ Dicho aspecto, puede advertirse así en relación al pago de derechos por servicios del Estado, los cuales no deben proporcionarse de manera gratuita, ello en términos de la jurisprudencia 121/2007, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS 170439, de rubro y texto siguiente: “SERVICIOS REGISTRALES. LOS ORDENAMIENTOS LEGALES QUE ESTABLECEN LAS TARIFAS RESPECTIVAS PARA EL PAGO DE DERECHOS, SOBRE EL MONTO DEL VALOR DE LA OPERACIÓN QUE DA LUGAR A LA INSCRIPCIÓN, VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD

La posibilidad de ganar servicios o derechos de manera gratuita con base a los DDHH pudiera ser o parecer un acto para obtener ventaja o abuso del sistema normativo. Por lo que se debe considerar cada solicitud, y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga.

Nada parece más justo para el ciudadano que paga esforzadamente las tarifas que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley.³²

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como DDHH no son un cheque en blanco. Sino que hay que ponderarlos, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho, según sea el caso. Para este proceso, se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún DDHH. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial.³³

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un Derecho Humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si:³⁴ (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un Derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los Derechos humanos. El operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.³⁵

Y EQUIDAD TRIBUTARIA. Las leyes federales o locales que regulan los derechos por la inscripción, anotación, cancelación o expedición de certificaciones de actos jurídicos o documentos en un registro público, estableciendo que dichas contribuciones deben cuantificarse mediante un porcentaje o factor al millar aplicado sobre el valor económico reflejado en estos últimos, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria contenidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues para determinar su importe en esos términos no se toma en cuenta el costo del servicio prestado por la administración pública, y se produce el efecto de que los contribuyentes paguen una mayor o menor cantidad dependiendo del monto de la operación que dé lugar a tales actos registrales, provocándose que por la misma función estatal se causen cuotas distintas, y aunque es cierto que esas contraprestaciones no necesariamente deben corresponder con exactitud matemática al costo del servicio recibido, sí deben fijarse en relación con el mismo.”

³² DALLA VIA, Alberto, *Los jueces frente a la política*, Revista Isonomía No.22, Ed. ITAM, México, 2005, p. 22.

³³ WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford, USA, 2004, pp. 5, 21-48.

³⁴ Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). *Id.*, del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, España, 2007, pp. 422-423.

³⁵ Tesis aislada CXXXVI/2015, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS: 2010360, de título: “*PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS*

3.4. ¿Cumplimiento incondicional, intrínseco y absoluto de los Derechos Humanos per se?

Lo primero que se debe considerar, es colocar un contexto para los DDHH o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo.³⁶ Los DDHH son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o mengue algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo.³⁷ O ponderar si la tutela o protección que se solicita, colisiona con derechos ya sea sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación, creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional.³⁸

¿Pero es más importante tutelar y proteger los DDHH, que la propia Constitución?³⁹ Pues todo depende de dos factores, el operador jurídico y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizando los DDHH, de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese Derecho Humano, sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo, que llamare: reacción positiva. En el otro modelo, se tendrá en consideración ciertos elementos como: la gradualidad; si hay peligro vital; si se restringe alguna libertad; si es *sine qua non* para poder desarrollarse como persona; si la negación atentase contra su dignidad, que nombrare como: ponderación mínima.⁴⁰

Esta oferta de ingeniería jurisdiccional formula que no por solicitarse un Derecho Humano se debe conceder *ipso facto*; sino que, al contrario, se propone con este modelo, que se reflexionen ciertos controles, para que se garantice y se respete la estructura jurídica de un Estado, y que no por exigir vehementemente un Derecho Humano se debe conceder de manera inconsciente; sino que se debe examinar esta atención por la autoridad, con más elementos que el peso específico del DDHH en cuestión.

HUMANOS. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI LA LIMITACIÓN AL EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO DERIVA EN LA VIOLACIÓN DE DICHO PRINCIPIO.”

³⁶ En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal, y se encuentran por debajo de la constitución nacional. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

³⁷ HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988, pp. 7 y 14.

³⁸ LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996, p. 5 y ss.

³⁹ BICKEL, Alexander M., *The least dangerous power*; Ed. Yale press, USA, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

⁴⁰ VANOSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Ed. EUDEBA, Argentina, 1987, p. 146.

4. PROPUESTA DE MODELO PARA OTORGAR UN DERECHO PRESTACIONAL COMO UN DDHH

El test o modelo que se plantea está compuesto por diversas variables, que ayudarán a saber si se tiene que conceder la protección constitucional; sin considerar otros elementos como tiempo, costo económico o si el solicitante debe seguir un procedimiento como se hace con los derechos prestacionales. Estos son los puntos torales que se deberán discernir en cada asunto:

- ¿Hay riesgo vital, si no se concede el DDHH?
- Si no se reconoce este DDHH, ¿se violaría la dignidad de la persona?
- ¿Si tiene intervención con el libre desarrollo de la personalidad del promovente?
- Considerar la irreparabilidad del daño que se podría ocasionar, si se niega el DDHH.
- ¿En qué grado necesita su cumplimiento? Esto significa, que en la medida de lo posible se determine la gradualidad en que el recurrente lo podría costear o no; esto para no provocar abusos con base en este reconocimiento (por ejemplo, un estudio socioeconómico) y las condiciones de ejecución en que se debe proveer este derecho.

Ahora, es necesario explicar y aclarar del porqué de estos elementos de control, para que las personas puedan acceder gratuitamente a los derechos que brinda el Estado con solicitud del cumplimiento de algún DDHH, pero sin conculcar el sistema normativo.

En el primer caso, hay que considerar la urgencia del caso. Esto implica que se debe observar, si la vida de la persona que pide la protección de sus Derechos Humanos está en eminente peligro y, por tanto, se debe amparar sin condición ni ponderaciones adicionales, pues la vida, es el bien primario, y que podría generar adicionalmente un tema de responsabilidad, por no tutelar sus derechos, y como víctima tendría derecho a una indemnización por responsabilidad objetiva del Estado. Por ejemplo, en el DDHH a la salud, el Estado está obligado a tutelar y garantizar, sin ninguna cortapisa, ni dilación presupuestaria o interpretación legal este derecho.

En el segundo punto, ante el caso específico hay que calificar con base en la solicitud del DDHH que se exige proteger. La atención deberá enfocarse para valorar, si la dignidad de la persona no está siendo respetada. Esto implica que la actuación de la autoridad no es la apropiada. Entonces, hay un trato indigno al no reconocer ese derecho y/o una especie de discriminación. Por ejemplo, una persona se le deja de suministrar el servicio de agua potable en su vivienda, por insolvencia financiera. Esta persona se ampara y solicita que le sea brindado el servicio de manera gratuita, por ser un Derecho Humano. Sin duda, es un bien primario, pero de no otorgársele ¿se le estaría tratando indignamente, sino se le entrega por el Estado, el líquido vital? ¿Qué cantidad de agua se le debería conceder gratuitamente? ¿Por qué tiempo debe dotársele el agua potable sin costo?

Sin duda, es un derecho vital, pero debería haber controles para ese beneficio, máxime si se otorga como DDHH.

En el tercer punto, se debe reflexionar si perturba el libre desarrollo como persona, si no se concede o reconoce el DDHH. Por ejemplo, una persona se encuentra estudiando en un colegio particular, y un día se eleva el costo de la matrícula escolar. La afectada por esos nuevos costos, sostiene que estos actos atentan no le permiten el desarrollo de su personalidad y su derecho a la educación; por lo que exige que sea el Estado que financie sus estudios. Pues al elevarse el costo de la colegiatura la imposibilita continuar su desarrollo personal, y limitaría su derecho a la educación, pues acorde al proyecto de vida que pretende asumir la especial educación que brinda la institución lectiva particular es la que lograría su cometido y no la otorgada de manera pública. Pero por qué debería el Estado, ser participe en esta exigencia ante un particular, para que se cumpla su DDHH.

Otra de las variables en el control propuesto, es considerar la irreparabilidad del daño que se pudiera ocasionar, si no se reconoce y/o concede el Derecho Humano. Esto implica que se debe considerar los efectos en caso de la negación para tutelar un DDHH. Por ejemplo, una persona exige que se expida gratuitamente la copia de un expediente, para que pueda tener acceso al proceso, y que, de caso contrario, no podría analizar y estudiar su asunto. En estos asuntos, hay un costo por el servicio de fotocopiado, pero, por otro lado, la persona considera inexorable contar con su documentación, para una adecuada defensa. Aquí, se debe pensar que, si no obtiene este servicio de manera gratuita, tal vez no podría defender y proteger sus garantías judiciales.

Un aspecto importante que discurrir, es conocer las circunstancias socioeconómicas y culturales de la persona que exige que los servicios que brinda el Estado le sean otorgados de manera gratuita.⁴¹ Esto nos servirá para estimar quienes están en una situación de precariedad y otras que podrían abusar de este instrumento legal. Por ejemplo, a una persona se le deja de suministrar el servicio de electricidad por falta de pago. Esta persona recurre a su Derecho Humano a una vida digna, la imposibilidad de desarrollar su personalidad y condiciones decorosas para su familia y que, si no cuenta con el flujo eléctrico en su domicilio, se incumplen sus DDHH. Por lo que exige este servicio, y le sea facilitado sin costo o con una tarifa preferencial, por su frágil situación financiera.

Como se puede observar, se tienen que ponderar desde distintas aristas esta clase de asuntos. En que la exigencia de los derechos prestacionales que otorga o concesionó el Estado a particulares, sean facilitados sin ningún costo a los recurrentes, con base en los DDHH. Esto crea dos escenarios: En el del paternalismo estatal, en que no se cuestionen o ponderen más elementos que la jerarquía y el peso de los DDHH, y que por tanto deben ser tutelados a cualquier precio. O que haya una medida, que es la que se oferta, tomando en deferencia aspectos como: dignidad, estatus socioeconómico, desarrollo de su personalidad, irreparabilidad del daño y si es una condición vital con la que se enfrenta. Se debe poner

⁴¹ Principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

en alto, que todo depende de las circunstancias de cada caso, y que no hay una respuesta universal ni general; es un acercamiento para que la justicia que se conceda con base en los Derechos humanos sea menos laxa y que se estudie más a fondo, como en el caso de los derechos prestacionales.

En efecto, si los Derechos Humanos se reconocen por su contenido, no puede supeditarse ese reconocimiento a la fuente formal del que deriven. El contenido material de esos derechos tiene supremacía, lo que explica que el precepto constitucional establezca que todas las personas gozarán de los DDHH reconocidos en dos fuentes que —en este sentido— son equivalentes: la Constitución y los Tratados Internacionales.

En otras palabras, la fuerza normativa de los Derechos Humanos viene dada por su fuente formal. Su vinculación normativa, los convierte en obligación del Estado, por lo que debe respetarlos y protegerlos, por ser inherentes a la dignidad humana.

Respecto a este razonamiento, es importante mencionar que la concepción de los DDHH como previos al Estado; esto no quiere decir que la Constitución acoja una postura natural de los mismos, sino que el Poder Constituyente Permanente consintió su justificación de índole internacional: el respeto por la dignidad humana y autonomía personal, al derivar de principios racionalmente aceptables. Así, la aclaración que se hace debe leerse desde el plano justificativo de los DDHH y no meramente en su ámbito conceptual o estrictamente normativo.

Ahora bien, otra implicación de aceptar que los Derechos Humanos reconocidos por el Estado radican en que ese acto de reconocimiento impacta en los ámbitos de aplicación de las otras normas constitucionales.⁴² Por tanto, las otras normas constitucionales tienen una función distinta a la de configuración clásicamente asociada a la función soberana según la cual el Estado otorga los derechos que estime convenientes.

Luego, dado que las normas constitucionales no tienen el potencial de constituir, diseñar o configurar DDHH por simple concesión, sus funciones normativas pueden ser las de acotar su ejercicio. El Derecho Humano sólo es susceptible de reconocimiento autónomo por su existencia independiente y previa, proveniente de la dignidad de la persona, por lo que aquellas normas que establezcan alguna especie de limitación o restricción no redefinen el derecho o lo traducen o diseñan, sino en su caso, acotan, limitan o suspenden su ejercicio por razones objetivas válidas.

Estas limitaciones a los derechos se individualizan en el contexto jurídico y fáctico de los asuntos en concreto, ya que se trata de normas que no permanecen con ámbitos de aplicación abiertos, sino que están llamados a concretarse en función de la maximización de otros derechos, principios o reglas igualmente relevantes para cada caso concreto.

Por tanto, la determinación de las condiciones de aplicación de los DDHH —abiertas por su formulación generalmente en forma de principios— se cierran

⁴² SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 623. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2018.

en cada categoría de casos por las exigencias de otros principios o normas jurídicas. Reconocer que habrá de estarse a las restricciones constitucionales, no es más que reconocer esta naturaleza peculiar de los Derechos humanos como principios.

Además, afirmar el valor normativo de las restricciones constitucionales es equivalente a reconocer a los Derechos Humanos dentro del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho; esto es, afirma la existencia de los derechos humanos en el centro de una “constelación de principios” igualmente importantes para el régimen constitucional.

En ese tenor, la restricción constitucional de un Derecho Humano ha de entenderse a partir de su caso paradigmático en un orden constitucional funcional: como contenidos resultantes de procesos democráticos cualificados que buscan tutelares bienes constitucionales. *Por consiguiente, las restricciones constitucionales más que elementos opuestos y arbitrarios que mutilan derechos humanos, deben interpretarse, en principio, como decisiones con dignidad democrática que formulan bienes valiosos para la tradición del constitucionalismo moderno, cuyas exigencias se pueden formular por el intérprete como principios.*⁴³

Afirmar la vinculatoriedad de las restricciones constitucionales es mostrar deferencia al proceso democrático y buscar maximizar la totalidad de los principios del constitucionalismo moderno, en cuyo centro se ubican los Derechos Humanos.

La cuestión de la aplicabilidad de las restricciones constitucionales expresas a los DDHH desembocará en un ejercicio de ponderación. Las restricciones no habrán de aplicarse como reglas sujetas a subsunción, sino como elementos normativos que deberán interpretarse de manera conforme con los Derechos Humanos y, en su caso, se sujetarán al estándar de su compatibilidad con el sistema general de DDHH, ya que una abierta incompatibilidad de la restricción podría generar su inaplicación al trascender en el ámbito de lo indecible.

En ese sentido, las restricciones expresas de naturaleza constitucional al ejercicio de los Derechos Humanos pueden tener dos causas posibles en un régimen democrático: a) ser el resultado de un ejercicio de ponderación propio del Constituyente de los mismos Derechos humanos (las obligaciones generadas por dichos derechos suelen entrar en conflicto) y b) ser el resultado de un ejercicio democrático de ponderación entre determinados derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos.

Las limitaciones de la Constitución al ejercicio de los DDHH podrán encuadrarse en algunas de estas categorías y, por tanto, se debe otorgar deferencia al juicio del Poder Constituyente, sólo derrotables en casos límites cuando los resultados de esas ponderaciones democráticas sean abiertamente incoherentes con el sistema general de Derechos Humanos.

⁴³ Al respecto, véase lo considerado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 20/2014, con número de registro IUS: 2006224, de epígrafe: “*DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.*”

Además de los elementos de control propuestos, se debe meditar sobre el Derecho Humano que se está reclamando (pues no es lo mismo, el derecho al agua que el derecho a una familia), se debe pormenorizar la urgencia, confeccionar la gradualidad y condiciones en que se pudiera otorgarse ese derecho.

5. CASOS DE ESTUDIO

En el siguiente apartado, se presentarán y analizarán diversos asuntos en que los solicitantes exigieron la protección constitucional de sus DDHH, para que pudieran acceder a varios bienes o servicios que presta el Estado o empresas particulares, sin ningún costo, y poder tener una vida digna o realizarse libremente su personalidad.⁴⁴ Asimismo, se adjuntan los casos legales y criterios jurisprudenciales más relevantes sobre cada uno de los temas expuestos, para exponer la interpretación que hacen de cada Derecho Humano, y como decidieron que se debían proteger estos.⁴⁵

5.1. *Derecho a la salud sin costo al paciente*

El primer caso que se analizará sucedió en México, en el que unos elementos pertenecientes a la Secretaria de Marina (SEMAR) fueron despedidos por que se conoció que el síndrome del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) de esa época fue el medio para resolver este negocio.

Ahora, resulta conveniente indicar que dentro de las funciones principales del ISSFAM, deben suministrar prestaciones de carácter social, económico y de salud a los militares en activo, en situación de retiro, a sus derechohabientes, a los pensionistas y a los beneficiarios.

Pero al conocerse la condición de los elementos de la Marina fueron separados de sus funciones, y luego dados de baja sin una causa justificada. También se determinó que la Institución no debía de cuidar su derecho a la salud, por no ser una enfermedad adquirida por el desarrollo de sus labores.

En el desarrollo del tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó el contenido y el alcance que tienen para el caso concreto las garantías de igualdad, de no discriminación y de acceso a la salud.

Asimismo, la Corte consideró pertinente aludir a los alcances de la garantía de discriminación en el sentido de que la Constitución instituye que todos son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor.⁴⁶ De esta forma, el principio de igualdad dispone que

⁴⁴ ELSTER, Jon, *Explaining social behavior*, Ed. Cambridge, USA, 2007, pp. 179 y ss.

⁴⁵ PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006, Venezuela, pp. 189-218.

⁴⁶ SALAZAR, Pedro, “Justicia constitucional y democracia”, en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007, p. 39.

este es uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.

Sin embargo, se consideró que debía tenerse en cuenta que no toda desigualdad de trato o exclusión se traduce en un acto discriminatorio, en tanto es necesario que tales actos afecten la dignidad de las personas o tengan como resultado, restringir o anular sus derechos y libertades.

En adición a lo anterior, se tomó en cuenta que al reconocer en los Tratados Internacionales la posibilidad de ampliar el catálogo de derechos fundamentales, particularmente, en el caso, los que se relacionan con las personas que padecen una disminución física, psíquica o sensorial, y en ese entendido se retomaron los contenidos de la normatividad internacional sobre la materia y estableció una especial protección para ese grupo de personas.

Para dar respuesta a los argumentos esgrimidos, se determinó que en ningún momento se privó a los quejosos de alguna de las garantías previstas en la Constitución por la circunstancia de que se tomen o no en cuenta los años de servicio por el solo hecho de establecerse en la ley distintos requisitos para los sistemas de seguridad social un militar en las condiciones de salud que narra el solicitante, éste siendo sometido a un trato que afecte su dignidad humana.

Se consideró que de darse alguna violación con respecto a la dignidad humana ésta sería por contravenir al *derecho de protección de la salud* o el mandato de no discriminación, pero no, como sucedía en los casos analizados, por la existencia o inexistencia de mayores o menores requisitos en la ley para otorgar el derecho a recibir asistencia médica y suministro de medicamentos, máxime si se trataban de requisitos fundados objetivamente. En el caso, la distinción establecida respecto al número de años exigidos en cada régimen de seguridad social se vinculó con la diferenciación que de éstos se hizo en la Constitución, refiriéndose a las leyes de seguridad social aplicables a la población abierta de las que se ocupan de quienes pertenecen al ejército. Por tanto, dicha finalidad se consideró constitucionalmente admisible.

Los accionantes de los distintos juicios aludieron que se trasgredieron en su perjuicio las garantías individuales consagradas en la Constitución, pues fueron objeto de discriminación por motivo de condiciones de salud. se observó la preferencia del interés constitucional de eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros y de terceros, frente al interés del militar diagnosticado con alguna infección recurrente atribuibles a estados de inmunodeficiencias, en el caso VIH, quién pese a ello está respaldado por las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud, inclusive al grado de hacer posible el retiro definitivo del militar respectivo, la consecuente eliminación de sus percepciones y la sustracción de los beneficios de seguridad social que ordinariamente le corresponderían en activo.

En ese punto del argumento, fue donde encontró relevancia la aplicación de los criterios para evaluar en qué casos se genera una violación a los principios de igualdad y no discriminación por razón de salud, teniendo en cuenta que las garantías

individuales encuentran su límite, en ocasiones, en el interés público y en las garantías constitucionales de terceros. Los servicios de salud, en general, se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social y atendiendo a los prestadores de estos,

De conformidad con la autoridad sanitaria, el Sistema de Protección Social en Salud, *previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, el cual será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios, excepto cuando “exista la incapacidad de la familia” para cubrir la cuota relativa, en el sentido de que no impedirá a los enfermos incorporarse y ser sujetos de los beneficios que se deriven del Sistema de Protección Social en Salud.*⁴⁷

De lo expuesto, se concluyó en la sentencia respectiva que la garantía de acceso a la salud pone en responsabilidad del Estado el establecimiento de los mecanismos necesarios para que todos los mexicanos tengan acceso a los servicios de salud, en la cual se encuentra la asistencia médica y el suministro de medicamentos, y a su vez se encuentran los diversos regímenes de seguridad social.

Como argumento relativo al caso, se comentó que con base en el artículo 4° de la Constitución Federal la facultad de exigir a una determinada institución la prestación de servicios de salud no se entiende derivada directamente del mandato constitucional, sino que requiere la necesaria existencia de una ley que habilite el ejercicio de este derecho cuya creación se encuentra asignada al legislador ordinario. De esta manera, se resolvió un tema de suma importancia respecto a las garantías de igualdad, no discriminación y derecho a la salud previstas en la Constitución.

Asimismo, la SCJN ha generado diversas tesis jurisprudenciales en las que reconoce la importancia y valor del derecho a la salud. Se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los Tratados de Derechos Humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales.⁴⁸

La Corte mexicana ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior

⁴⁷ Amparo en revisión 73/2016, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴⁸ Al respecto, véase la tesis aislada XV/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS: 161331, de rubro: “*DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.*”

es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1º del artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁹ que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano.

Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁵⁰

El Sistema de Protección Social en Salud prevé para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de

⁴⁹ Vid. CERVANTES, Magdalena, *¿Hay justicia para los DESC?*, ED.UNAM, México, 2014.

⁵⁰ Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abordó el tema en la tesis aislada LXV/2008, con número de registro IUS: 169316, de título: “DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”

cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, *se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlos, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.*⁵¹

Asimismo, la SCJN ha señalado que el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los DESC.⁵² En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.⁵³

También, la Corte ha ampliado la protección de la salud como derecho fundamental del que el Estado está obligado a garantizar; y que está tutelado en la Constitución, el artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

⁵¹ Como así lo expresó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1368/2008, con número de registro IUS: 168549, de epígrafe: “*SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4º. TERCER PÁRRAFO. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL.*”

⁵² ARANGO, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002, p. 16.

⁵³ Como así lo estableció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada CVIII/2014, con número de registro IUS: 2007983, intitulada: “*SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO.*”

12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, *no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico.* Por tanto, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales del gobernado, dichas dependencias y entidades, entre las que se encuentra el suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale.⁵⁴

5.2. Energía eléctrica gratuita

Existen varios casos en que se podría considerar vital el suministro eléctrico, unos directos y otros indirectos. Por ejemplo, un hospital necesita de manera permanente y continua energía eléctrica para los aparatos que registran los latidos o los equipos que hacen una hemodiálisis. Es indubitable que no se debe hacer un corte de suministro de electricidad, pues provocaría un daño a la salud de los pacientes y tal vez un daño irreversible o irreparable. En otro asunto, se dejó de brindar el suministro de energía eléctrica a una empresa que se dedica a la explotación de mantos acuíferos, y sin el funcionamiento de las bombas, los clientes no podrán obtener el líquido vital para cubrir sus necesidades.

Pero hasta qué punto tiene derecho la empresa eléctrica, para interrumpir la continuidad del flujo eléctrico, si no hay el pago correspondiente y que se suscribió en un contrato bilateral. Este tipo de negocios crea un espacio para la protección del consumidor, en que la función jurisdiccional del Estado deberá tutelar los derechos sociales de la población.

Pero en qué casos debería el Estado intervenir para que los distribuidores de electricidad otorguen su servicio sin costo a un hogar o establecimiento con fin social. Y que las empresas soliciten el pago ya no al beneficiario del servicio, sino que sea el Estado el que deba costear el consumo directamente o por medio de mecanismos fiscales.

Si se considera a los generadores de electricidad y al consumidor como una relación entre entes privados, que se obligan a ciertos derechos y obligaciones por medio de un contrato, en qué instante se vuelve un derecho social para que alguien lo solicite y pueda tener una vida digna, así como sucede con el derecho al agua

⁵⁴ Al respecto, resulta consultable el criterio que emitió el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, en la tesis aislada IX.1o.1 CS (10a.), de rubro: “*EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL DEBE SUMINISTRAR A SUS BENEFICIARIOS LOS MEDICAMENTOS QUE SE LES PRESCRIBAN, AUN CUANDO NO ESTÉN INCLUIDOS EN EL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD.*”

potable. A manera de ejemplo, hay una situación particular en Argentina.⁵⁵ Por medio de una ley se garantiza el derecho de los “electrodependientes” o sea personas que necesitan del continuo y permanente suministro de energía eléctrica por cuestiones vitales que involucre su salud. Por ejemplo, un cardiograma que vigile la función del corazón, un respirador artificial o un refrigerador para la conservación de los medicamentos.

Se debe aclarar que, si bien el beneficiado no paga, el Estado lo efectúa al cubrir con beneficios fiscales el pago de la electricidad que se entrega al enfermo o persona en tratamiento. Esta norma ya es vigente en Buenos Aires, y las personas pidieron de forma retroactiva los pagos que habían hecho, mismo que fueron abonados en sus cuentas posteriores. Asimismo, diversas provincias de la Argentina se están adhiriendo a esta ley, en beneficio de la sociedad. Pero aún queda pendiente su reglamentación.

5.3. Educación superior gratuita

La educación es una de las metas de la agenda con objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas al 2030. Es un elemento clave para el progreso sostenible de las naciones. Con la educación se busca alcanzar el pleno desarrollo de las personas, en todas y cada una de las etapas de su vida, de manera que no se agota al culminar los estudios básicos, tiene un alcance progresivo y permanente en mujeres y hombres con la finalidad de perfeccionar sus capacidades, habilidades y destrezas, para alcanzar su máximo desarrollo.

Esta idea la vemos reflejada en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. XII), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. 12º), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26º), la Convención de los Derechos del Niño (Art. 28º), Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (Art. 24º) o el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (Arts. 26º, 27º y 29º).

De igual forma, está reconocido que es una obligación de madres y padres educar a sus hijas e hijos y enviarles a la escuela, y, es deber del Estado otorgar protección al ejercicio de este derecho, conforme lo señala la legislación sobre educación y el modo en que este derecho debe garantizarse a niñas, niños, adolescentes, jóvenes y personas adultas.⁵⁶

⁵⁵ Ley 27 351 o conocida como ley de electrodependientes.

⁵⁶ En la actualidad se ha ampliado el alcance del derecho a la educación con nuevas interpretaciones judiciales. Aquí destacan los casos en que se determinó que una institución privada puede considerarse autoridad responsable para efectos de la protección constitucional; sobre la obligación de las instituciones educativas de evitar situaciones de violencia y discriminación; respecto de los compromisos asumidos por el Estado para garantizar educación a las personas; y, por el derecho a la educación bilingüe o multilingüe de las personas indígenas. Amparo en revisión (AR) 35/2014.

En distintas ocasiones,⁵⁷ la SCJN ha emitido resoluciones contra instituciones privadas de educación; por ejemplo, en el estado de Chiapas⁵⁸ se dictó una sentencia, que determinó que una universidad privada puede ser considerada autoridad responsable. Se señaló procedente el amparo contra particulares, cuando aquellos crean, modifican o extingan situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, con base en una concesión otorgada por el Estado para ejercer esa función, de tal manera que se asimila al servicio que en su lugar brindaría el ente público, sin que para ello sea necesario que forme parte de un ente estatal.

Respecto de la educación como obligación del Estado,⁵⁹ la SCJN estableció que el Estado debe adoptar políticas públicas que permitan a todo ser humano recibir la formación, instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognitivas, intelectuales, físicas y humanas, como elemento principal en la formación de su personalidad y que para hacerlo efectivo tienen que cumplir obligaciones como la capacitación de las personas para participar en una sociedad libre, impartirse por las instituciones o por el Estado de forma gratuita y ajena de toda discriminación. Asimismo, estableció que la educación debe tener las siguientes características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Es decir, la Corte determinó que el derecho a la educación es una estructura compleja a cargo de las autoridades con obligaciones impuestas que deben cumplirse.

En otro asunto, una estudiante de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo (UMSNH), obtuvo un amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que garantizó la gratuidad de su educación hasta que concluyera su licenciatura.⁶⁰

La ciudadana impugnó la constitucionalidad del Acuerdo del Consejo Universitario que determinaba que los alumnos de educación media superior y superior debían cubrir cuotas de inscripción o reinscripción en sus respectivas escuelas y facultades. Inconforme, la alumna recurrió a la protección constitucional contra el acuerdo por considerar que violenta el Derecho Humano a la educación y el principio de progresividad. Se basó en el Artículo 138° de la Constitución de Michoacán de Ocampo, que establece que la educación superior impartida por la entidad será gratuita, y en Artículo 1° de la Constitución Federal que estipula el deber de respetar los DDHH de conformidad, entre otros, con el principio de progresividad.

De esta manera, se concedió el amparo a la estudiante a efecto de desincorporar de su esfera jurídica la obligación de cubrir las cuotas en los subsecuentes ciclos escolares. Sin embargo, el rector y el tesorero de la Universidad interpusieron la revisión del amparo.

Al resolver el recurso, la Corte confirmó la sentencia recurrida y amparó a la estudiante al considerar que los actos reclamados “violaron su Derecho Humano

⁵⁷ AR 78/2014, AR 323/2014, Incidente de suspensión 87/2015, Queja 213/2015, AR 261/2015.

⁵⁸ Amparo 902/2016.

⁵⁹ AR 323/2014, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁰ AR 1374/2015, *idem*.

a la educación previsto en el Artículo 3º de la Constitución Federal y desarrollado por el Artículo 138º de la Constitución del Estado de Michoacán”.

También determinó que se violó el principio de progresividad, porque *las autoridades responsables no demostraron fehacientemente la ausencia de recursos económicos para garantizar la gratuidad de la educación superior impartida por el estado de Michoacán, ni que hubieran realizado todos los esfuerzos posibles para obtenerlos.*

Los ministros de la Suprema Corte precisaron que la autonomía universitaria no exime a la Universidad de respetar el derecho a la gratuidad de la educación superior reconocido por la Constitución local, ya que dicha figura “constituye una garantía institucional del derecho a la educación cuya finalidad es maximizarlo, no restringirlo”. Además, indicó que, en virtud del principio de progresividad, una vez que dicha entidad ha extendido la gratuidad a la educación superior tiene prohibido adoptar medidas regresivas.

Al conceder la protección constitucional a la estudiante, el gobernador del estado estará obligado a transferir a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación que reciba la quejosa hasta el nivel licenciatura, lo que incluye, al menos, los recursos necesarios para cubrir las cuotas de inscripción.

En tanto, la Universidad y sus autoridades deberán abstenerse de vulnerar la gratuidad de la educación superior que reciba la estudiante, es decir, evitar cobrarle las cuotas de inscripción durante su formación profesional.

Varias resoluciones del Poder Judicial de la Federación han sentado precedentes que han abierto el camino hacia una revisión de las políticas públicas o el funcionamiento de los sistemas educativos y ha generado transformaciones en la aplicación del derecho a la educación. Otros temas que no han sido abordados aún a nivel jurisdiccional son los relacionados con la educación inclusiva, los ajustes razonables o la accesibilidad en todos los sentidos; sin embargo, es claro que la definición del derecho a la educación es amplia y no sólo se protege a nivel individual, sino también colectivo.

La SCJN ha configurado en el artículo 3º constitucional un contenido mínimo del derecho a la educación que el Estado está obligado a garantizar con efecto inmediato; contenido que puede y debe ser extendido gradualmente por imperativo del principio de progresividad.

El artículo 3º de la Constitución advierte que el Estado está obligado a impartir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. Que la educación básica está conformada por la educación preescolar, primaria y secundaria. De aquí se sigue que, en el sistema constitucional, la configuración mínima del derecho a la educación implica que la educación básica y media superior que imparta el Estado debe ser gratuita, obligatoria, universal y laica. Y que la educación superior que imparta el Estado no es obligatoria ni debe ser, en principio, necesariamente gratuita, aunque no está prohibido que lo sea, pues bien puede establecerse su gratuidad en virtud del *principio de progresividad*; y, además, debe

respetar otros principios como el de acceso sobre la base de las capacidades y la no discriminación en el acceso, permanencia y conclusión, entre otros.⁶¹

Asimismo, en el artículo 1º Constitucional establece que las principales fuentes de reconocimiento de DDHH son la propia Constitución y los Tratados Internacionales. El Derecho Humano a la educación está reconocido tanto en los artículos 3º y 4º de la Carta Magna, como en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan los artículos XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13º del Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo De San Salvador”; y 28º de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Las normas citadas coinciden en lo esencial, entre otras cosas, en lo relativo a que la titularidad del derecho a la educación es de toda persona; en que el contenido de la educación básica debe estar orientado a posibilitar la autonomía de sus titulares y a habilitarlos como miembros de una sociedad democrática; en que la enseñanza básica debe ser asequible a todos sin discriminación, de manera obligatoria, universal y gratuita, y el Estado debe garantizarla; y en que los padres tienen derecho a elegir la educación que se imparta a sus hijos y los particulares a impartirla, siempre y cuando respeten el contenido mínimo de ese derecho.*⁶²

Ahora, si bien la configuración mínima del derecho a la educación pública superior, prevista en la Constitución Federal, no establece que el Estado deba proveer de manera gratuita la educación superior, sino sólo el de promoverla para lograr distintos objetivos colectivos necesarios para el desarrollo de la Nación, lo cierto es que *el Estado asumió el deber de extender la gratuidad también a la educación superior, de acuerdo con el principio de progresividad previsto en el artículo 1º Constitucional y en las diversas normas internacionales*, así como en el compromiso asumido en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que establecen que debe implantarse progresivamente la enseñanza superior gratuita.⁶³

En estos negocios, el poder judicial no estimó considerar las condiciones económicas de los solicitantes y, tampoco acordó nada adicional, para que no se produjera un futuro acto con daño irreparable.

⁶¹ Jurisprudencia 79/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS 2015297, de rubro: “DERECHO A LA EDUCACIÓN. SU CONFIGURACIÓN MÍNIMA ES LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 3º CONSTITUCIONAL.”

⁶² Jurisprudencia 78/2017, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2015300, de título: “DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN. SU REFERENTE NORMATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.”

⁶³ Jurisprudencia 84/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2015296, de epígrafe: “DERECHO A LA EDUCACIÓN PÚBLICA SUPERIOR. EL ESTADO MEXICANO TIENE LA OBLIGACIÓN DE IMPLANTAR PROGRESIVAMENTE SU GRATUIDAD.”

5.4. Suministro de agua gratuito

En el año 2017, en el estado de Tamaulipas, México, se solicitó la gratuidad en el suministro de agua potable. En este caso procedió la cancelación del suministro por la falta de pago en el cobro del servicio; por lo que la recurrente se amparó contra el acto de autoridad por negar el acceso al agua potable, que en su perspectiva se conculcaban sus DDHH. En la sentencia se anota, que el derecho al agua comprende la garantía de acceso al líquido vital, razón por la cual se ha establecido varios mecanismos para que todas las personas puedan contar con este.⁶⁴

El acceso al agua ha sido el centro de múltiples instrumentos internacionales llevados a cabo con el propósito fundamental de garantizar una distribución mínima indispensable; así, por su parte en el año del 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación General Número Quince, sobre el derecho del agua, en el que lo definió de la siguiente manera: “El Derecho Humano al agua es indispensable para una vida humana digna”.

También en dicha observación se conceptualizó a tal derecho como aquel a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

En los artículos 11° y 12° del Pacto Internacional de los DESC se establece el derecho fundamental a una vida digna para los individuos y su familia, que incluye alimentación vestido y la mejora continua de sus condiciones de existencia.

En su observación general número quince, el Comité de los DESC aclaró el alcance y el contenido del derecho al agua, explicando qué significa disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, y que comprenden el consumo el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

La declaración del agua como derecho deriva de la idea del recurso hídrico como un bien social y cultural, y no como un bien de carácter económico. El derecho implica además la posibilidad de tener acceso inquebrantable y con ello, un constante paso a sistemas de abastecimiento en igualdad de oportunidades para toda la comunidad, sin olvidar que paradójicamente, el mayor problema radica en la imposibilidad de acceso al agua apta para el consumo de las personas.

Para poder ejercer el derecho al agua, varía en función de distintas condiciones, por ello, en la referida observación general número quince se precisaron los factores a aplicar en cualquier circunstancia, a saber: a) Disponibilidad; b) Calidad y c) Accesibilidad.

Para la SCJN, el derecho al agua encuadra precisamente en uno de los derechos implícitos del derecho a una vida digna, es decir, a la propia dignidad de la persona como ser humano en el sentido que el Estado no puede negar de forma absoluta o total el acceso o suministro a un mínimo vital por falta de pago.⁶⁵

⁶⁴ Amparo 374/2017-b y Amparo en revisión 661/2017.

⁶⁵ Vid, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=ponderacion-de-derechos>

La Corte ha señalado al respecto que el artículo 11º, numeral 1, del Pacto Internacional de DESC establece el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Ahora bien, de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No.4 (1991) (E/1992/23), a dicho numeral, así como de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y los Principios de Higiene de la Vivienda, emitidos por la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra en 1990, se concluye que el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere “adecuada” requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, **acceso al agua potable**, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres.⁶⁶

Ratificando el criterio anterior, la SCJN consideró que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11º), reconocen el derecho al agua, así como que los Estados participantes quedaron vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible; en tanto que la Constitución advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás Derechos Humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera.

En este sentido,⁶⁷ el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico,

⁶⁶ Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los Tratados Internacionales.

⁶⁷ Fracciones I y XXII del artículo 14º Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales de México.

erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.⁶⁸

También, la Corte interpretó que para obtener el servicio de agua potable se deberá tramitar ante el organismo operador el dictamen de factibilidad para la conexión a la red general de agua potable y drenaje sanitario; y, satisfechos los requisitos de factibilidad, las autoridades competentes deben construir las instalaciones y conexiones de agua potable y drenaje sanitario conforme al proyecto autorizado, así como las obras de infraestructura que en su caso se requieran.⁶⁹ Sin embargo, los peticionarios del servicio no deben, para gozar del derecho humano a la salud, previsto en la Constitución, esperar a que se establezca la infraestructura a que se refiere el mencionado artículo, pues ante la ausencia de redes y establecida la necesidad del servicio de agua, el Estado tiene una doble obligación: La primera, prevista en el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo constriñe a atender de manera inmediata el derecho a la salud en el más alto nivel posible; y, la segunda, establecida en el numeral 2 del propio pacto, que dispone que los Estados deberán adoptar todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga. En esos términos, ante la falta de red o infraestructura para proporcionar el servicio de agua, las autoridades están obligadas a proporcionar de manera inmediata el vital líquido para lo cual, en tanto se construyan las redes de distribución adecuadas para asegurar el abastecimiento.⁷⁰

La SCJN dispuso el Derecho Humano de acceso al agua para el consumo personal y doméstico, y establece que ese acceso debe ser en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Así como que el Estado debe garantizarlo y que la ley definirá las bases, apoyos y modalidades correspondientes. Así, si bien es

⁶⁸ Tema que abordó el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, en la tesis aislada XI.1o.A.T.1 K, con número de registro electrónico: 2001560, de título: “*AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.*”

⁶⁹ Artículo 34º de la Ley de Agua Potable y Saneamiento para el Estado de Nuevo León,

⁷⁰ Al respecto, destaca el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en la tesis aislada IV.1o.A.66 A, con número de registro electrónico 2013753, de rubro: “*DERECHO HUMANO A LA PROVISIÓN DE AGUA POTABLE. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLA ES UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO QUE SE DEBE REALIZAR DE FORMA INMEDIATA, AUN Y CUANDO NO EXISTA RED GENERAL NI SE HAYA EFECTUADO EL DICTAMEN DE FACTIBILIDAD.*”, de la cual destaca la parte que indica: “[...] *La autoridad judicial puede provisionalmente indicar métodos generalmente utilizados con ese propósito, tal como la instalación de un tanque nodriza elevado y que conectado a una cisterna de reserva con bomba hidroneumática, abastezca de agua a la comunidad en cantidad y calidad; así, la propia judicatura, con apoyo en el artículo 1º de la Constitución asegura y protege el derecho al suministro de agua y a la salud, como medida básica y de subsistencia que necesita el ser humano, hasta en tanto quede instalada la red de agua potable y alcantarillado.*”

cierto que dicho precepto no reconoce expresamente el derecho mencionado para otros usos, como el agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario, también lo es que sí debe entenderse con esa amplitud, dada la estrecha vinculación que existe entre él y otros Derechos Humanos, como los relativos a la alimentación y a la salud; todo lo cual fue advertido así por el Constituyente Permanente en sus discusiones y, además, reconocido por fuentes internacionales, como la Observación General No.15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que es el órgano facultado para interpretar y establecer los alcances del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual constituye una interpretación más amplia y favorable del citado derecho a la luz de este último instrumento internacional y resulta obligatoria.⁷¹

Para finalizar este capítulo, se exponen diversas ideas sobre la factibilidad y justiciabilidad en materia de la gratuidad de los derechos prestacionales exigidos como Derechos humanos.

6. CONCLUSIONES

Es importante discernir sobre la explotación de los derechos prestacionales exigidos como DDHH. Esto ha producido diversos abusos por los recurrentes, por lo que es preciso contar con límites para su otorgamiento, más no para su reconocimiento.⁷²

Este apartado propone que no haya parcialidad administrativa o judicial *per se*, cuando una persona reclama un DDHH. Los Derechos Humanos tienen una fundamentación moral; sin embargo, los derechos que presta un Estado se basan en un binomio derecho/obligación que debe cumplir toda la población. Ahora, la justificación de que se otorgue un Derecho Humano a costa del erario debe depender del caso concreto y bajo ciertos controles, pues podría pauperizar a la Constitución.

El reconocimiento y otorgamiento de un derecho prestacional solicitado como DDHH, debe ponderarse bajo ciertos cánones o parámetros, para que no abata los derechos fundamentales de la demás población, que ha cubierto los requisitos sustantivos y adjetivos para recibir esa prerrogativa.

En diversas ocasiones, la autoridad ha reconocido y cumplido un derecho prestacional como un Derecho Humano de forma gratuita. Esto permite la oportunidad que otra persona pueda exigir ese mismo servicio, y que podría usufructuar ese bien o servicio público. Uno de los problemas que sucede, es que no se ponderan las situaciones especiales del caso, y que tal vez el recurrente no requiera de asistencia por parte del Estado.

⁷¹ Tesis aislada VI.3o.A.1 CS, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, con número de registro electrónico 2009628, de rubro: “*DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA. ESTÁ RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE TANTO PARA EL CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, COMO PARA EL USO AGRÍCOLA O PARA EL FUNCIONAMIENTO DE OTRAS ÁREAS PRODUCTIVAS DEL SECTOR PRIMARIO.*”

⁷² *Vid.* NINO, Carlos S., “El principio de autonomía de la persona”, en *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 199-236.

El test propuesto es un mecanismo que enfoca y localiza judicialmente a los DDHH, para que no se acumulen en una caja de Pandora; sino que, que su otorgamiento sea con base en la ponderación hecha por el operador jurídico, estimando que no toda exigencia fundamentada en DDHH debe ser resuelta o desahogada incondicionalmente a favor del solicitante; por lo que debe revisar cada asunto, tutelando y protegiendo tanto los DDHH, como los derechos fundamentales de la población.⁷³

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Ed. Yale University Press, USA, 1980.
- _____, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard University press, USA, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, España, 2007.
- _____, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- ARANGO, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002.
- BARNETT, Randy, *Restoring the lost constitution*, Ed. Princeton University press, USA, 2004.
- BICKEL, Alexander M., *The least dangerous power*, Ed. Yale University press, USA, 1986.
- BIX, Brian, *Jurisprudence*, Carolina Academic Press, USA, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007.
- CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, Número 2, España, 2006.
- CERVANTES, Magdalena, *¿Hay justicia para los DESC?*, ED. UNAM, México, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Problemas de la Justicia Constitucional”, en *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, Ed. IFE, México, 1999.
- DALLA VIA, Alberto, *Los jueces frente a la política*, Revista Isonomía No.22, Ed. ITAM, México, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.
- ELSTER, Jon, *Explaining social behavior*, Ed. Cambridge, USA, 2007.
- GÓMEZ, Yolanda, Estado Constitucional y protección internacional, *Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ed. CNDH, México, 2014.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988.
- LARA SÁENZ, Leoncio, Derechos Humanos, *Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*, No.4, TEPJF, México, 2003.

⁷³ Vid. SERPE, Alessandro, “Argumentando a partir de los derechos humanos”, *Revista utopía y praxis latinoamericana*, volumen 15, número 51, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2010.

- LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996.
- MEDELLÍN, Ximena, *Principio Pro persona*, Ed. SCJN, México, 2013.
- OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando, “Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política” en *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*, México, 2003.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*, Ed. Yale University Press, USA, 1996.
- NINO, Carlos S., “El principio de autonomía de la persona”, en *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- PICARD DE ORSINI, Marie y Useche, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006.
- SCJN, *Los derechos humanos y su protección por el PJP*, Ed. SCJN, México, 2011.
- SCJN, *Dignidad humana*, Ed. PJP, México, 2013.
- SALAZAR, Pedro, “Justicia constitucional y democracia”, en Vázquez, Rodolfo, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007.
- SERPE, Alessandro, “Argumentando a partir de los derechos humanos”, *Revista utopía y praxis latinoamericana*, volumen 15, número 51, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2010.
- SILVA HENAO, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de ‘Estado Social’ incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, enero-junio de 2012.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Ed. EUDEBA, Argentina, 1987.
- VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007.
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford, USA, 2004.
- WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University press, New York, 2008.

Legislación

Ley de Aguas Nacionales de México.

Ley de Agua Potable y Saneamiento para el Estado de Nuevo León.

Ley 27 351 o conocida como ley de electrodependientes (Argentina).

Sentencias Judiciales

Sentencia T 207/95 (Colombia).

Contradicción de Tesis 293/2011.

Amparo en revisión 73/2016.

Amparo 374/2017.

Amparo en revisión 661/2017.

Amparo en revisión 35/2014.
Amparo en revisión 78/2014.
Amparo en revisión 323/2014.
Incidente de suspensión 87/2015.
Queja 213/2015.
Amparo en revisión 261/2015.
Amparo directo 902/2016.
Amparo en revisión 323/2014.
Amparo en revisión 1374/2015.

Jurisprudencia

- “Derechos humanos. Naturaleza del concepto “garantías de protección”, incorporado al artículo 1o. De la constitución federal, vigente desde el 11 de junio de 2011”.
- “Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”.
- “Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende”.
- “Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten”.
- “Servicios registrales. Los ordenamientos legales que establecen las tarifas respectivas para el pago de derechos, sobre el monto del valor de la operación que da lugar a la inscripción, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria”.
- “Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio”.
- “Principios de razonabilidad y de proporcionalidad”.
- “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.
- “Derecho a la salud. Su naturaleza normativa”.
- “Derecho a la salud. Su regulación en el artículo 4º de la constitución política de los estados unidos mexicanos y su complementariedad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.
- “Salud. El derecho a su protección conforme al artículo 4º, tercer párrafo, de la constitución política de los estados unidos mexicanos, es una responsabilidad social”.
- “Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo”.
- “El instituto mexicano del seguro social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”.

- “Derecho a la educación. Su configuración mínima es la prevista en el artículo 3º constitucional”.
- “Derecho fundamental a la educación. Su referente normativo en el sistema jurídico mexicano”.
- “Derecho a la educación pública superior. El estado mexicano tiene la obligación de implantar progresivamente su gratuidad”.
- “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales”.
- “Agua potable. Como derecho humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional”.
- “Derecho humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionarla es una obligación del estado que se debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad”.
- “Derecho humano de acceso al agua. Está reconocido constitucional y convencionalmente tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario”.

Recursos electrónicos

SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 630. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2019.

**LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EVOLUCIÓN
DE SU APLICACIÓN EN LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

***THE JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND
CULTURAL RIGHTS: EVOLUTION OF ITS APPLICATION
IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS***

GABRIEL S. GALÁN MELO, MGS.
Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador
gabrielgalan@legacy.com.ec

RESUMEN:

El presente ensayo describe —en un primer momento— la problemática en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, advirtiendo los posibles supuestos que justifican la no-justiciabilidad y la posición que sobre aquellos puede levantarse a partir de los instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos así como de las fuentes de interpretación que han sido desarrolladas por órganos oficiales. En un segundo momento, se describe la aplicación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los estándares utilizados a dicho efecto, a fin de concluir finalmente que los derechos económicos, sociales y culturales son —en efecto— justiciables en dicha corte.

Palabras clave:

Derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

ABSTRACT:

Initially, this paper describes the problems around the justiciability of economic, social and cultural rights. It also describes the position of international and regional instruments protecting human rights and interpretation sources developed

by government agencies about these problems. Then, it refers about the progressive implementation of Article 26 of the American Convention on Human Rights in the judgments of the Inter-American Human Rights Court and international standards used for this purpose. Finally, it concludes that economic, social and cultural rights are justiciable in the Inter-American human rights system.

Keywords:

Economic, social and cultural rights, justiciability, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, indivisibility and interdependence of human rights, article 26 of the American Convention on Human Rights.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. La problemática en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, 3. Evolución en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El párrafo cuarto del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹ reseña que, la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria de Cancilleres realizada en Buenos Aires en 1.967 aprobó la incorporación de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA),² redactando a dicho efecto las Normas sobre Educación, Ciencia y Cultura contenidas en los artículos del 45 al 50 de dicho instrumento internacional.³ El párrafo tercero, por su parte, reitera que, “con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”; develándose de esta manera —*prima facie*— la génesis y el contenido —como derechos humanos— de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el orden internacional de la OEA (equiparados desde aquel entonces a los derechos civiles y políticos) y del ahora denominado: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

No obstante de tales declaraciones iniciales (aparentemente positivas para el desarrollo de los DESC), en la CADH se convino un artículo único para su tratamiento: el artículo 26 nombrado *Desarrollo Progresivo*, comprendido dentro un capítulo denominado Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que no se realiza siquiera un listado de los derechos contenidos en dicha norma, en

¹ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos (1.969).

² Vid. Carta de la Organización de Estados Americanos (1.948). Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1.967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1.985, por el Protocolo de Washington en 1.992 y por el Protocolo de Managua en 1.993.

³ Vid. Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo de Buenos Aires (1.967).

manifiesta desproporción con el desarrollo que la misma convención otorgó a los derechos civiles y políticos. Sin embargo, si bien el tratamiento inicial quedó delimitado a un artículo único, dicha convención siempre previó la posibilidad cierta de incluir progresivamente en el sistema interamericano otros derechos y libertades (como derechos humanos).⁴ De ahí que, el 17 de noviembre de 1.988, cerca de dos décadas después de suscrita la CADH, los Estados Parte de dicha convención, adoptaron un Protocolo Adicional en materia de DESC, denominado: Protocolo de San Salvador.

Este instrumento, que es parte integrante de la CADH, enlista los siguientes derechos catalogados como DESC: el derecho al trabajo, los derechos sindicales (a la sindicalización, a la huelga y la libertad sindical), derecho a la seguridad social, derecho a la salud, derecho a un medio ambiente sano (y a contar con servicios públicos básicos), derecho a la alimentación (a una nutrición adecuada), derecho a la educación, derecho a los beneficios de la cultura (a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y a que se reconozcan los derechos morales y patrimoniales al autor sobre sus producciones científicas, literarias y artísticas), derecho a la constitución y protección de la familia, derechos de la niñez (a medidas de protección por parte de la familia, de la sociedad y el Estado, a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, a la educación gratuita y obligatoria), e instituyó regímenes especiales de protección a ancianos y a discapacitados.⁵

Ahora bien, la problemática en torno a la justiciabilidad de los DESC va mucho más allá de la sola enunciación y determinación normativa de los mismos. Un tema fundamental a ser observado es la concreción práctica del contenido de tales derechos; en cuyo caso, la noción de la exigibilidad de los mismos se relleva. En tal sentido, la noción más amplia de exigibilidad de los derechos humanos comprende dos dimensiones: la justiciabilidad y la exigibilidad política, la primera comprendida como la posibilidad de demandar judicialmente la restitución de un derecho vulnerado, la cual debe asentarse en un sistema legal que comprenda instancias judiciales y administrativas suficientes, y la segunda, que atañe a la posibilidad cierta de instalar demandas a través de una acción colectiva.⁶

Este texto, en particular, realizará una breve aproximación a la primera de las dimensiones anotadas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siendo su objetivo: describir la problemática alrededor de la justiciabilidad de los

⁴ “Art. 77.- 1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado Parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.”

⁵ *Id.* Artículos 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (1.988).

⁶ *Cfr.* ALEGRE, Silvina; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camille, SIPI Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina, *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales. El caso de los Derechos del Niño*, Cuaderno 05, 2, consulta: 23 de julio de 2.015, <http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/cua_sipi_exigibilidad_05_01_14.pdf>

DESC y analizar la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre dicha problemática, pero no del entramado normativo del Protocolo de San Salvador, el cual, expresamente ha restringido la competencia de los órganos judicial⁷ y cuasi-judicial⁸ del sistema interamericano con exclusividad a los derechos de sindicalización y educación;⁹ exclusión que acarrea un análisis distinto y ajeno al desarrollado en este trabajo. El presente ensayo, en consecuencia, iniciará manifestando la problemática general en torno a la justiciabilidad de los DESC, para luego destacar la evolución de su exigibilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en virtud de la aplicación directa del artículo 26 de la CADH en las sentencias de la Corte IDH.

2. LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC

Para percibir de mejor manera la problemática en torno a la justiciabilidad de los DESC dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe darse lectura al artículo 26 de la CADH —único que trata de los DESC en dicho instrumento internacional— y denotar aquellos elementos constitutivos que podrían dificultar la aplicación directa de dicho artículo a través del ejercicio de la competencia contenciosa¹⁰ de la Corte IDH. El texto en mención reza:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.¹¹

En éste, llama la atención la (aparente) *condición*¹² dispuesta para que la plena efectividad de los DESC se obtenga progresivamente —de a poco— debiendo

⁷ Claudia Martín, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia”, en: MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A., Compiladores, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México: Fontanar S.A., 2.004), 209-277.

⁸ RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 173-207.

⁹ Artículo 19, número 6, del Protocolo de San Salvador.

¹⁰ Vid. MARTIN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia”, pp. 217-264.

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos (1.969). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene un texto similar, pero realiza una pequeña modificación respecto a la cantidad de recursos que el Estado debe destinar a la plena realización de los DESC: hasta el último de los recursos disponibles: “Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...] hasta el último de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” El artículo 1 del Protocolo de San Salvador realiza una declaración muy parecida a los artículos citados, modulando asimismo la asignación de recursos que debe realizar el Estado: hasta el máximo de los recursos disponibles: “Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional [...] se comprometen a adoptar las medidas necesarias [...] hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislatura interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente protocolo.”

¹² Una condición es un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Vid. BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado* (Buenos Aires: EJE, 1.979), 221; cfr. Artículo 1.489, Código Civil ecuatoriano.

el Estado adoptar providencias en la medida de sus recursos disponibles,¹³ ya que, parecería imposible demandar judicialmente la restitución de un derecho del cual no se puede precisar ni delimitar el contenido ni la temporalidad de su vulneración, pues, el Estado parece asumir ciertas obligaciones que en definitiva pueden irse ejecutando libremente, sin plazo determinado alguno y con mérito a sus recursos posibles, relativizando en definitiva y de manera excesivamente amplia el espacio de su potencial violación. Sin embargo, varios autores¹⁴ y algunos instrumentos internacionales¹⁵ en materia de derechos humanos han concluido que los DESC son plenamente justiciables. Por ello, conviene al desarrollo de este texto —en este momento— describir el discurso ordinario contra la justiciabilidad de los DESC y articular aquellos argumentos con los que se han llegado a concluir que tales derechos son plenamente justiciables.

A dicho efecto, Tara Melish —con indiscutible apego didáctico y de manera amplia— enuncia cinco premisas que engloban el discurso de la no-justiciabilidad de los DESC: a) Las normas sobre los DESC son demasiado vagas para la ejecución judicial; b) los derechos que se aplican progresivamente —en la medida de los recursos disponibles— son objetivos de desarrollo no derechos *in stricto sensu*; c) los DESC no son justiciables porque imponen al Estado obligaciones positivas en lugar de obligaciones negativas (como ocurre tratándose de derechos civiles y políticos); d) la doctrina constitucional de la separación de poderes prohíbe a los tribunales de justicia ordenar al legislador sobre la destinación de los

¹³ ¿Recursos económicos disponibles?... La tensión ordinaria de la Economía como ciencia es la lucha permanente entre un sinfín de necesidades ilimitadas y un cúmulo muy limitado de recursos. *Vid.* MOCHÓN, Francisco y BECKER, Víctor, *Economía, Principios y Aplicaciones*, segunda edición (Ed. Mc Graw Hill, 1.997), capítulo 1.

¹⁴ *Vid.* BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en: SELA, *20 años pensando en los derechos y la democracia* (Argentina: Librería Ediciones, 2.015), 224-253, *vid.* MELISH, Tara, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A manual on Presenting Claims* (Quito: Sergrafic, 2.002), 3-401; *Vid.* ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en: ABREGÚ, M. y COURTIS, C., *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires: Ed. Del Puerto/CELS, 1.997), 283-350.

¹⁵ *Cfr.* Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 9: La Aplicación Interna del Pacto* (1.998), párr. 10: “Justiciabilidad. 10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación General N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15 [...] Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad [...] La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.”

fondos del erario público; y, e) los DESC no pueden ser reparados porque no existe un agente específico que cause la pobreza.¹⁶ Si bien dicha autora enuncia respuestas críticas a cada una de las premisas anotadas, este ensayo particularizará aquellos argumentos que se sostienen directamente en fuentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el objeto de apreciar, ordenadamente, la evolución de la noción de exigibilidad de los DESC en dicho sistema regional de protección de los derechos humanos.

Sobre la primera de las afirmaciones realizadas: la vaguedad de las normas sobre los DESC, debe realizarse un sencillo ejercicio comparativo con el contenido de los derechos civiles y políticos —a fin de confrontarla—, porque nadie parece expresar duda alguna sobre su actual determinación y alcance. De la sola lectura de tales derechos (los civiles y políticos) es incuestionable la indeterminación semántica con la que han sido construidos y que comparte con los DESC, así, por ejemplo, en el derecho al debido proceso, lo debido o indebido en un procedimiento legal no se percibe ni se limita (conceptual y/o instrumentalmente) en sí mismo. No obstante, dicho derecho se ha ido determinando y conceptualizando a través del ejercicio interpretativo en el tiempo por parte de los órganos internacionales autorizados.¹⁷ Idéntico proceder es aplicable a los DESC: la Corte IDH en los casos *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*¹⁸ y *Cinco Pensionistas vs. Perú*,¹⁹ interpretó el contenido y alcance del artículo 26 de la CADH a la luz de los contenidos concedidos a los DESC por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas,²⁰ el cual ha

¹⁶ Cfr. MELISH, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights*, 33-75.

¹⁷ Por ejemplo, la Corte IDH, en el Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago* (Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2.002, párr. 146), al tratar del debido proceso legal se remitió a la Opinión Consultiva OC-16/99 de la misma corte (Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1.999, párr. 117 y 119) en la que se ha desarrollado el contenido del debido proceso legal de la siguiente manera: “[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutaran de un verdadero acceso a la justicia y se beneficiaran de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

¹⁸ Cfr. Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 01 de julio de 2.009, párr. 102.

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2.003, párr. 147.

²⁰ Cfr. Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, Nota 88: “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que [c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar

contribuido profundamente a determinar el *sumus* de tales derechos debido al abundante desarrollo realizado hasta la presente fecha, a través de las Observaciones Generales que ha realizado (el Comité) al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²¹ en cuyo caso, el cuestionamiento edificado sobre la vaguedad semántica de tales derechos a efecto de su ejecución judicial, resulta completamente infundado.

Con relación, ahora, a la segunda suposición anunciada, de que los derechos que se aplican progresivamente y en medida de los recursos disponibles no son derechos sino objetivos de desarrollo, basta apreciar —para desmentirla— los múltiples instrumentos internacionales²² que declaran, detallan y destacan los *derechos* económicos, sociales y culturales. En consecuencia, resulta desatinado desconocer la naturaleza jurídica de tales prerrogativas derivadas naturalmente de la dignidad del ser humano, reconocidas universalmente, por la aparente indeterminación que engloba la condición de ejecutarlos progresivamente. Los detractores han encaminado su argumento equivocadamente, ya que, pretenden desnaturalizar los DESC por la problemática desarrollada en torno a su justiciabilidad, cuando, la misma —en realidad— encuentra sentido únicamente en el hecho de que tratándose de derechos su noción de exigibilidad se ve aparentemente afectada por la inevitable limitación presupuestaria de los Estados. Parece ser que, el objetivo final de tal aseveración no es sino el de cuestionar la responsabilidad de los Estados por la violación del aparente contenido programático de tales derechos, debiendo en tal caso precisar si el Estado tiene o no obligaciones definidas frente a aquellos, pese a sus limitados recursos económicos.

Cabe, entonces, realizar la siguiente precisión: el contenido de los DESC no es programático y no es distinto del contenido de los derechos civiles y políticos,²³ caso contrario no conformarían en conjunto los instrumentos internacionales de

recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[. y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo' (Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto'", E/C.12/2007/1, 38vo Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8)." La Corte IDH en el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú ha utilizado (Nota 158), en cambio, el párrafo 9 de la Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los *Estados Partes* (Organización de las Naciones Unidas, Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1.990).

²¹ Vid. Programa Venezolano de Educación, Acción en Derechos Humanos (Provea), *Instrumentos Internacionales de Promoción y Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales / Programa Venezolano de Educación, Acción en Derechos Humanos*, 3ra ed. (Caracas: PROVEA, 2.009), edición informática, 168-392, consulta: 24 de julio de 2.015, <<http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/Instrumentos-Internacionales-Imprenta.pdf>>

²² Vid. Programa Venezolano, *Instrumentos Internacionales de Promoción*, 11-492.

²³ Cfr. Mónica Pinto, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*, 29-36, consulta: 22 de julio de 2.015, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr5.pdf>>

derechos humanos aceptados universalmente, por lo que —*inter alia*—, las obligaciones generales reconocidas por los Estados frente a los derechos civiles y políticos (respetar, proteger y cumplir) son exactamente las mismas que deben acoger los Estados respecto de los derechos económicos, sociales y culturales.²⁴ Inclusive, los órganos jurisdiccionales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos al referirse a tales obligaciones lo hacen siempre en el marco de todos los derechos humanos, sin realizar distinción alguna (entre derechos civiles y políticos y DESC).²⁵ Ahora bien, corresponde avizorar la articulación del principio de progresividad con los DESC y su plena efectividad a fin de concluir si su contenido es o no exclusivamente finalista, y en consecuencia, si es o no exigible directamente como cualquier otro derecho humano. Al respecto, los Principios de Limburgo Relativos a la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.986)²⁶ señalan:

21. La obligación de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos exige que los Estados partes actúan tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo esto se deberá interpretar como un derecho de los Estados de diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos. 22. Algunas obligaciones del Pacto requieren su aplicación inmediata y completa por parte de los Estados Partes, tales como prohibición de discriminación enunciada en el artículo 2.2 del Pacto. 23. La obligación de alcanzar una realización progresiva es independiente del aumento de los recursos; dicha obligación exige que se haga un uso eficaz de los recursos disponibles. 24. La aplicación efectiva puede efectuarse mediante el aumento de recursos, así como por el desarrollo de los recursos de la sociedad necesarios para la realización individual de los derechos reconocidos en el Pacto. Hasta el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles. 25. Se obliga a los Estados partes a garantizar el

²⁴ Cfr. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros, párr. 100: “Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado ‘Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado ‘Deberes de los *Estados* y Derechos Protegidos’ y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado ‘Enumeración de Deberes’), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado ‘Derechos Civiles y Políticos’).”

²⁵ Vid. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1.988, párr. 164-168.; vid. Corte Europea de Derechos Humanos, caso Plattform Ärzte für das Leben vs. Austria, Sentencia de 21 de junio de 1.988, párr. 24.

²⁶ Los Principios de Limburgo son el resultado de la reunión de 29 expertos provenientes de distintos países y organismos internacionales (Australia, República Federal Alemana, España, Estados Unidos de América, Hungría, Irlanda, México, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Yugoslavia, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, OIT, OMS, UNESCO y la Secretaría de la Commonwealth of Nations, y cuatro miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, Países Bajos), el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos y la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1.986, para analizar la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes en el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la consideración de los Informes periódicos que los Estados partes deben presentar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y la cooperación internacional prevista en la parte IV del Pacto (Vid. Pinto, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protección*, 28, nota 11).

respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico.²⁷

En tales principios aparecen con claridad ciertos elementos que delimitan la proyección del principio de progresividad, excluyéndolo del ámbito de los objetivos de desarrollo y políticas públicas. Se observan los siguientes: a) los Estados tienen la obligación de garantizar un mínimo de subsistencia para todos los habitantes más allá de su nivel de desarrollo económico, b) la realización progresiva de los DESC es independiente del incremento de los recursos del Estado, c) el principio de progresividad no puede justificar de modo alguno el diferimiento indefinido de los esfuerzos desplegados para la completa realización de los DESC²⁸ y d) los Estados tienen, respecto de los DESC, la obligación (negativa) de prohibición de discriminación. Estos elementos se encuentran también en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁹ en las que, se hace especial hincapié en el primero de los enunciados:

9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre prima facie en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.” Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad. 10. [...] la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburgo 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.³⁰

²⁷ Principios de Limburgo (1.986), 21-25, consulta: 20 de julio de 2.015, <http://www.derechos.org/ve/wp-content/uploads/desc_07.pdf>

²⁸ La CIDH se ha manifestado en el mismo sentido en el Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia (OEA/Ser./L/VII.102 doc. 9 rev.1, 1.999, capítulo III, párr. 6).

²⁹ Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre el 22 y 26 de enero de 1.997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht. Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los DESC y las respuestas y recursos adecuados a los mismos. Los participantes acordaron unánimemente en tales directrices, las cuales, a su entender, reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1.986 (University of Minnesota, Human Rights Library, consulta: 24 de julio de 2.015, <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines_html>

³⁰ http://www1.umn.edu/humanrts/instree/SMAastrichtguidelines_html, visto en: julio 2.015.

De manera que, parece claro que los DESC tienen un contenido determinado plenamente exigible y en consecuencia justiciable relativo a la obligación estatal de garantizar un *mínimo esencial* más allá de la capacidad presupuestaria del Estado obligado, el cual debe irse incrementando progresivamente, debiendo asignarse a dicho efecto el máximo de recursos posibles. Pero esta concreción, a su vez, configura lógicamente un reflejo muy bien delimitado: el desarrollo progresivo de los derechos no admite regresión,³¹ por lo que, resulta indiscutible también que otra de las obligaciones de los Estados es la de abstenerse de adoptar medidas deliberadamente regresivas,³² no pudiendo implementar medidas y políticas que empeoren “la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de [ser] adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva”.³³ De tal manera que, los DESC no son objetivos de desarrollo, sino derechos justiciables con un mínimo esencial que debe ir aumentando progresivamente y que no admite medidas regresivas.

Continuando con el análisis propuesto, la tercera suposición advertida, cataloga a los derechos civiles y políticos como *derechos negativos* y a los DESC como *derechos positivos*, distinguiéndolos con relación a la carga prestacional de las obligaciones de los Estados correlativas a tales derechos, es decir, identificando como negativos a aquellos en los que la carga prestacional de la obligación estatal es de *no hacer* (de abstenerse): no detener arbitrariamente a individuo alguno, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, no violar la correspondencia, no interferir con la propiedad privada, etc.; en tanto que, los derechos positivos se caracterizarían como aquellos que conllevan la carga prestacional de *hacer*, de adoptar medidas dirigidas a la ejecución plena de los derechos, por ejemplo, proveer servicios de salud, asegurar la educación, etc.

Abramovich y Curtis han sostenido que, la antedicha distinción tiene fundamento en una visión totalmente sesgada y naturalista del funcionamiento del Estado, la cual coincide con la posición decimonónica del Estado liberal-mínimo, garante de la justicia, seguridad y defensa, pero que, inclusive para los pensadores más clásicos de la economía política como Adam Smith y David Ricardo ha resultado obvia la interrelación de las supuestas obligaciones negativas del Estado y una larga serie de obligaciones positivas, en especial en materia de garantía de la libertad de comercio, vinculadas con el mantenimiento de las instituciones políticas, judiciales, de seguridad y defensa, necesarias como condición para el ejercicio de la libertad individual.³⁴ Por ejemplo, el Estado tiene la obligación positiva de crear las condiciones institucionales y legales necesarias para la

³¹ Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (1.990), párr. 9.

³² Vid. Comisión Colombiana de Juristas, Organización no gubernamental con estatus consultivo ante la ONU, *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)* (Bogotá: marzo de 2.010), consulta: 23 de julio de 2.015, <http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf>

³³ ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2.002), 94.

³⁴ Cfr. ABRAMOVICH y COURTIS, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos”, 284-285.

expansión del mercado. Así también es visible la interrelación de una lista de obligaciones negativas relacionadas con las obligaciones positivas connaturales a los DESC,³⁵ por ejemplo, resultaría imprudente desmerecer el hecho de que el Estado tiene la obligación negativa de abstenerse de destruir el suministro de alimentos de una familia.³⁶

Por lo que, excluir la noción de justiciabilidad de los DESC por la inapropiada distinción entre derechos humanos positivos y negativos es equivocado. De ahí que, la Corte IDH haya expresado ya en sus decisiones este doble dimensionamiento de la estructura de las obligaciones del Estado: positiva y negativa, frente a todos los derechos humanos. En el caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana ha manifestado que: “la *obligación* de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (*obligación* negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (*obligación* positiva)”.³⁷ Asimismo ha advertido que los derechos humanos: políticos y civiles y DESC, son indivisibles e interdependientes, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos,³⁸ de modo que sostener una distinción como la planteada (derechos positivos y negativos) resulta inoficiosa.

Finalmente, debe advertirse también que, a la fecha, las obligaciones estatales correlativas a los DESC se caracterizan como obligaciones de conducta y de resultado, temática que si bien resulta importante y atractiva dentro del contexto descrito, no es objeto del presente ensayo, que es un sencillo prolegómeno a la problemática de la exigibilidad de los DESC y no un tratado *in extenso* o profundo sobre estos derechos. Por ello, basta citar lo señalado en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que particularizan el contenido de tales obligaciones:

7. Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción

³⁵ *Vid.* Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (1.990).

³⁶ La Corte IDH al referirse al alcance y contenido de las obligaciones generales del Estado, no ha distinguido entre derechos positivos y derechos negativos, el tratamiento es común como derechos humanos. *Vid.* Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, párr. 164-168.

³⁷ *Cfr.* Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2.005, párr. 173; *vid.* Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 158; *vid.* Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2.004, párr. 129; *vid.* Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2.004, párr. 153.

³⁸ *Cfr.* Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros, párr. 101; *cfr.* Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1.999, Voto Concurrente conjunto de los Jueces A.A. Cañado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4; *vid.* Observación General No. 9 del Comité de DESC, párr. 10; *vid.* Protocolo de San Salvador, Preámbulo, párr. 4; *vid.* Corte Europea de Derechos Humanos, caso Airey vs. Irlanda, Sentencia de 9 de octubre de 1.979, párr. 26.

destinado a reducir el índice de mortalidad materna. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa. Por ejemplo, con respecto al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995.³⁹

Siguiendo con el análisis propuesto, respecto a la proposición de que los DESC no son justiciables porque la doctrina constitucional de la separación de poderes⁴⁰ prohíbe a los tribunales de justicia ordenar al legislador sobre la destinación de los fondos del erario público, por cuanto el desarrollo progresivo de tales derechos impondría al Estado ciertas cargas en su estructura de gasto corriente y de inversión, basta observar la amplitud de dicha aseveración. Ésta requiere de análisis concretos para establecer si, en efecto, la sola justiciabilidad de los DESC supone una reasignación de competencias al interior del Estado. Tales análisis deben profundizar la aparente tensión entre derechos y presupuesto,⁴¹ la que acoge una problemática suficiente para desarrollar otro trabajo de investigación, pero no es objetivo de éste concluir sobre la misma; por lo que, realizaré sencillamente dos precisiones que denotarán que esta aseveración resulta demasiado débil para justificar la no justiciabilidad de los DESC.

En primer lugar, debe advertirse que, como ocurre con los derechos civiles y políticos, en los que no hay duda sobre su exigibilidad, las decisiones judiciales contra el Estado por la violación de algún derecho de naturaleza fundamental conlleva alguna afectación de contenido pecuniario como consecuencia de la *restitutio in integrum*,⁴² empero, esto no conlleva una reasignación de competencias ni intromisión directa alguna a los procesos de elaboración, aprobación o ejecución del presupuesto del Estado, el cual, en todo caso, como todo acto del poder público debe verse delimitado por el contenido de los derechos fundamentales y en consecuencia sometido al control de los órganos judiciales.⁴³ En segundo lugar,

³⁹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.997).

⁴⁰ Vid. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza Editorial, 1.994), 44-104; vid. OYARTE, Rafael, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2.014), 115-116.

⁴¹ Vid. FIGUEROA, Rodolfo, "Justiciabilidad de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Discusión Teórica", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 3, No. 3 (Chile: 2.009), 592-618.

⁴² Vid. Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2.014, párr. 543; vid. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1.989, párr. 26; Corte IDH, Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de octubre de 2.014, párr. 171; vid. Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2.009, párr. 226; vid. Corte IDH, Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2.013, párr. 236.

⁴³ Horacio Corti sostiene que el Poder Judicial tiene la facultad para ejercer un control de constitucionalidad de la Ley de Presupuesto con el mismo alcance que lo hace con respecto al resto de las normas jurídicas. Esta posición confronta la concepción conservadora de que la decisión presupuestaria es una *cuestión política no*

debe tenerse en consideración lo dicho en la Observación General No. 9 del Comité de DESC de la Organización de las Naciones Unidas:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles.

De modo que, la premisa en análisis no parece suficiente para desvirtuar la justiciabilidad de los DESC, pues, los tribunales de justicia inciden ya en algunos espacios de naturaleza presupuestaria, sin que ello de modo alguno haya supuesto la destrucción del Estado constitucional por el quebrantamiento del principio de separación de poderes, ni ha desnaturalizado las afectaciones presupuestarias que sufre cualquier Estado por el hecho de reparar la vulneración de los derechos fundamentales de sus habitantes.

Finalmente, con el objeto de concluir el análisis propuesto en esta primera parte del ensayo, la última proposición en contra de la justiciabilidad de los DESC sostiene que los mismos, ante una violación, son irreparables por cuanto el estado concreto —*in extremis*— de tal vulneración es la *pobreza*: la ausencia de aquel mínimo de subsistencia vital garantizado a todo ser humano, la cual no puede ser atribuida directamente a Estado alguno, y en consecuencia, ante la ausencia del nexo causal entre el daño provocado por la violación y el Estado responsable, resultaría imposible establecer parámetros para su reparación como resultado de la indeterminación del agente causante de dicha vulneración.

Evidentemente, esta afirmación resulta capciosa y extraña. Es capciosa porque obviamente la pobreza como fenómeno social no puede ser atribuida directamente a un Estado en particular sino a múltiples circunstancias dentro de una estructura económica muy compleja a nivel mundial. Es extraña porque la pobreza no puede ser definida como el estado pleno de violación de los DESC ni como la ausencia de su reparación, sino que trata de un problema mayor ciertamente distinto a la sola noción de justiciabilidad de los derechos humanos. Además, cabe destacar que la problemática de la justiciabilidad de los DESC no pasa por finiquitar un severo conflicto estructural⁴⁴ sino por determinar la capacidad que tienen los titulares de tales derechos para requerir a un juez su restitución o reparación cuando el Estado haya actuado en detrimento de aquellos, desatendiendo las obligaciones internacionales que ha asumido y que debe cumplir de buena fe.

justiciable. Para Corti entonces los jueces están facultados para declarar la invalidez de una decisión presupuestaria porque controvierte algún principio constitucional o porque no ha asignado los fondos necesarios para cumplir con una obligación constitucional o legal. Esto puede traducirse en que, no es posible subordinar un derecho a su reconocimiento en el presupuesto. Vid. Horacio Corti, *Derecho constitucional presupuestario*, 1a ed. (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007), 986.

⁴⁴ Vid. Simone Cecchini, División de Desarrollo Social, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Pobreza, desigualdad y empleo: problemas estructurales y efectos de la crisis financiera internacional, Seminario: *Macroeconomía de la pobreza en Ecuador* (Quito, 15 y 16 abril de 2.009), consulta: 23 de julio de 2.015, <<http://www.cepal.org/dds/noticias/paginas/6/28106/macropobrezapuce.pdf>>

Tal capacidad, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se materializa en la atribución que tiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para conocer peticiones individuales remitidas a ella⁴⁵ por violación a los DESC y en la competencia contenciosa que tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁴⁶ para resolver los casos que la CIDH le remita. Por ello, luego de esquematizar y detallar la problemática de la justiciabilidad de los DESC, de la que se concluye —en definitiva— que no existen argumentos suficientes para sostener la no-justiciabilidad de los mismos, describiremos la evolución en la Corte IDH de la aplicación del artículo 26 de la CADH, en sus sentencias, como una concreción cierta de tal justiciabilidad. Previamente enunciaremos asimismo de manera muy breve los méritos de la CIDH al respecto.

3. EVOLUCIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El objeto de esta parte del ensayo es observar la evolución en la aplicación del artículo 26 de la CADH en las sentencias de la Corte IDH, sin embargo, previamente, cabe hacer una breve mención de los avances que sobre este tópico ha desarrollado la CIDH, pues, es el órgano que remite con exclusividad a la corte los casos generados a raíz de las peticiones individuales que por violaciones a derechos humanos han propuesto particulares; en cuyo caso, la evolución en análisis (en la Corte IDH) mantiene un vínculo visible e indisoluble con los avances producidos en la CIDH. Este órgano de naturaleza cuasi-judicial⁴⁷ posee herramientas dispuestas en dos dimensiones: una política y una judicial,⁴⁸ respecto a la promoción y protección de los derechos humanos en la región.

En la primera: la dimensión política, la CIDH dio un paso importante en 1.981, año a partir del cual incluyó en sus informes anuales a la OEA un capítulo específico sobre la situación de los DESC en los Estados miembros; inclusión que si bien no ha centrado aún la total atención de los Estados sobre este particular, ha permitido y ha patrocinado un desarrollo técnico importante sobre el tema. A la fecha, pueden encontrarse estudios que han determinado estándares internacionales e indicadores (estructurales, de proceso y de resultado) que permiten evaluar sistemáticamente el avance regional en esta materia y su justiciabilidad.⁴⁹

⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ-PINZÓN, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 185-207.

⁴⁶ Vid. MARTIN, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia”, 217-264.

⁴⁷ Vid. RODRÍGUEZ-PINZÓN, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 173-207.

⁴⁸ Vid. *Ibid.*, 176-177.

⁴⁹ Por ejemplo: a) Organización de Estados Americanos, *El acceso a la justicia como garantía de los DESC. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II. 129 Doc. 4, de 7 de septiembre de 2.007, y (b) Organización de Estados Americanos, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de DESC*, OEA/Ser. L/V/II. 132 Doc. 14, de 19 de julio de 2.008.

En la segunda, en lo que conviene a la dimensión judicial de la CIDH y en particular al ámbito de conocimiento y examen de peticiones individuales, pese a que el Protocolo de San Salvador delimitó la competencia de los órganos judicial y cuasi-judicial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al conocimiento aparentemente exclusivo de los derechos de sindicalización y educación,⁵⁰ la CIDH dio un vuelco importante en el año 2.000, al declarar por primera ocasión su competencia para conocer las violaciones del artículo 26 de la CADH, haciendo uso además —con carácter interpretativo— del Protocolo de San Salvador, en el Informe de Admisibilidad No. 29-01,⁵¹ en el que sostuvo lo siguiente:

36. La CIDH no es competente *ratione materiae* para establecer —de manera autónoma— violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador a través del sistema de peticiones individuales. Sin embargo, la Comisión Interamericana sí puede utilizar dicho Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, a la luz de lo previsto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana [...] 47. La Comisión Interamericana concluye que tiene competencia para conocer el fondo de este caso y que la petición es admisible de conformidad con los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. Por otro lado, aunque carece de competencia para establecer violaciones del artículo 10 del Protocolo de San Salvador, la CIDH tomará en consideración las normas referentes al derecho a la salud en su análisis sobre el fondo de este caso, conforme a lo establecido en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana.

Por su parte, la evolución en la aplicación de los DESC en la Corte IDH inicia en la década de los noventa, a raíz de algunos casos en los que si bien la CIDH alegó la violación de ciertos derechos civiles (la vida, la integridad personal o la propiedad), la corte resolvió tales casos valiéndose en sus sentencias del contenido de los DESC. Al respecto, Beloff y Clérico observan cuatro momentos en el proceso (progresivo) de aplicación de los DESC en la Corte IDH: a) de atribución de contenidos de derecho de prestación al derecho a la vida para justificar obligaciones estatales de hacer, referidas a generar condiciones de una existencia digna, b) de aplicación indirecta del artículo 26 de la CADH, c) de aplicación directa del artículo 26 de la CADH, y d) de aplicación automática del derecho a la salud contenido en el Protocolo de San Salvador.⁵² Sin embargo, sobre el último momento advierten que no existe aún un dictamen de mayoría al respecto, sino algunos votos concurrentes de varios jueces de la misma corte.⁵³

⁵⁰ Artículo 19, número 6, Protocolo de San Salvador.

⁵¹ Informe de Admisibilidad No. 29-01, Caso 12.249: Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador (2.000). Este caso trató de la denuncia presentada por el señor Carlos Rafael Urquilla Bonilla, en la cual se alegó la responsabilidad internacional de la República de El Salvador por el perjuicio causado a Jorge Odir Miranda Cortez y otras 26 personas portadoras del Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/SIDA), por la falta de suministro de los medicamentos que integraban la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida.

⁵² *Cfr.* BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, "Derecho a condiciones de existencia digna", 224.

⁵³ *Vid.* Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de Agosto de 2.012, Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay; *vid.* Corte IDH, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de Mayo de 2.013, Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

En tal caso, a fin de observar —en definitiva— la evolución en la aplicación del artículo 26 de la CADH en las sentencias de la Corte IDH y aceptar como válida la descripción hecha por Beloff y Clérico, deben caracterizarse racionalmente cada una de estas etapas con las decisiones que pudieran vincularse a ellas emanadas de dicho órgano jurisdiccional, con excepción —obviamente— del último momento descrito, porque sencillamente supone una aspiración que aún no ha sido asimilada en realidad por las resoluciones de dicho tribunal.

En efecto, el primer momento está caracterizado, en particular, por las consideraciones contenidas en las sentencias de los casos: Villagrán Morales y otros (los Niños de la Calle) vs. Guatemala,⁵⁴ Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay⁵⁵ y Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay,⁵⁶ en las que, la corte ha cristalizado la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, dimensionando el derecho a la vida no solo desde el dominio de los derechos civiles y políticos sino también del de los DESC. Esta lectura es posible en torno a la vulnerabilidad y la obligación de no discriminación de ciertos individuos o colectivos en situación especial de riesgo, ante los cuales se asientan (con particular claridad) las obligaciones estatales correlativas al contenido prestacional del derecho a una vida digna.⁵⁷

En la sentencia del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, por ejemplo, la corte no pudo dejar de señalar la especial gravedad que supone un caso sobre violencia contra niños en situación de riesgo: los *niños de la calle*,⁵⁸ a

⁵⁴ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 19 de Noviembre de 1.999, párr. 144: “En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”

⁵⁵ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 156 y 164: “En el presente caso no existe controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que viven los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa son inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representan para su vida. La controversia radica en determinar si el Estado es responsable de que las presuntas víctimas estén en esas condiciones y si ha adoptado las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de las presuntas víctimas [...] En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida.”

⁵⁶ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de Agosto de 2.010, párr. 175 y 217: “Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida [...] En consecuencia, la Corte declara que el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.”

⁵⁷ *Id.* Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Voto Concurrente conjunto de los Jueces A.A. Cañado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 4.

⁵⁸ *Cf.* Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 146.

quienes calificó como víctimas de una doble agresión. La primera: por el hecho de que el Estado no haya evitado que sean lanzados a la miseria, privándolos de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armónico desarrollo de su personalidad, pese a que todo niño tiene el derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece; la cual no puede ser comprendida sin el contenido prestacional de los DESC. Y la segunda, que supone directamente el atentado contra su integridad física, psíquica y moral, y su vida.⁵⁹ Asimismo, la corte sostuvo —en este caso— que entre las *medidas de protección* dispuestas en el artículo 19 de la CADH merecen ser destacadas “las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación”,⁶⁰ que suponen asimismo, contenidos prestacionales que caracterizan a los DESC.

En la sentencia del caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la corte reiteró lo dicho en la sentencia del caso de los Niños de la Calle respecto de que el goce pleno del derecho a la vida es un prerrequisito para el disfrute de los demás derechos (afirmación que se repite también en la sentencia del caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay),⁶¹ inclusive de los DESC. Asimismo sostuvo que, las obligaciones impuestas por la CADH respecto de este derecho, “no sólo presuponen que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)”,⁶² tomando en cuenta —de ser el caso— “las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”;⁶³ condiciones aprehensibles únicamente desde la interrelación del derecho a la vida y los DESC, debiendo en tal virtud, adoptar el Estado las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a que “no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna”.⁶⁴

En el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, finalmente, la corte dedica un acápite de su sentencia, titulado: *1. El derecho a la vida digna*, al análisis puntual respecto del caso concreto —*obiter dictum*— de los derechos al acceso y calidad del agua (párr. 195 y 196),⁶⁵ de alimentación (párr.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, párr. 191.

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, párr. 196.

⁶¹ Cfr. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 150; cfr. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 144.

⁶² Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 152.

⁶³ *Ibid.*, párr. 83.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 153.

⁶⁵ “195. La Corte observa que el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día. Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las

200),⁶⁶ de salud (párr. 208)⁶⁷ y de educación (párr. 213 al 217),⁶⁸ denotando irremediablemente que el contenido y alcance del derecho a la vida digna no puede ser otro que el que corresponde directamente a los DESC ahí nombrados.

El segundo momento: de aplicación indirecta del artículo 26 de la CADH, por su parte, se caracteriza, por las consideraciones que sobre dicho artículo ha realizado en sus sentencias la Corte IDH en los casos: Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay⁶⁹ y Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay⁷⁰ —las

necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Además, según los estándares internacionales el agua debe ser de una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo. Bajo los estándares indicados, el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua durante el año 2010, ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua en el asentamiento “25 de Febrero” donde se encuentran radicados actualmente [...] 196. Por consiguiente, la Corte considera que las gestiones que el Estado ha realizado a partir del Decreto No. 1830 no han sido suficientes para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades.

⁶⁶ “200. La Corte nota que el total de provisiones alimentarias suministradas entre el período de 12 de mayo de 2009 y el 4 de marzo de 2010, fue de 23.554 kilos, con base en dicho dato se deduce que la cantidad de alimentos brindados por el Estado correspondería aproximadamente a 0.29 kg. de alimentos por persona por día, teniendo en cuenta los censos aportados. En consecuencia, el Tribunal estima que la cantidad de provisiones alimentarias es insuficiente para satisfacer medianamente las necesidades básicas diarias de alimentación de cualquier persona.”

⁶⁷ “208. El Tribunal reconoce los avances realizados por el Estado. No obstante, las medidas adoptadas a partir del Decreto No. 1830 de 2009 se caracterizan por ser temporales y transitorias. Además, el Estado no ha garantizado la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y, de la prueba aportada, no se evidencia acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales.”

⁶⁸ “213. De la prueba recaudada, la Corte observa que si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas para la educación de los niños [...] 214. En suma, este Tribunal destaca que la asistencia estatal brindada a raíz del Decreto No. 1830 de 17 de abril de 2009 no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad que dicho Decreto comprobó existían en la Comunidad Xákmok Kásek. 215. Esta situación de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria [...] 216. Debe tenerse en cuenta en este punto que, tal y como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, ‘la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura.’ 217. En consecuencia, la Corte declara que el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.”

⁶⁹ *Id.* Corte IDH, Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de Septiembre de 2.004, párr. 148.

⁷⁰ Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2.005, párr. 163 y 166: “En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida

cuales se han proyectado a otros casos como Suárez Peralta vs. Ecuador—,⁷¹ en los que, a más de continuarse atribuyendo contenidos de derecho prestacional al derecho a una vida digna, se menciona y se analiza el artículo 26 de la CADH u otros del Protocolo de San Salvador a la luz de dicho artículo, valiéndose (la corte) para sus decisiones de otros tantos instrumentos internacionales de protección de DESC,⁷² a pesar de que las principales alegaciones hechas por la CIDH hayan atendido preeminentemente a la violación de ciertos derechos civiles (la vida, la intimidad, la protección judicial, la propiedad, etc.).

Por ejemplo, en la sentencia del caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, la CIDH presentó la demanda acusando la violación de los derechos a la vida por la muerte de varios niños en uno de los incendios de la institución y de otro por un disparo; a la integridad personal por las heridas e intoxicaciones ocasionadas asimismo a una cantidad considerable de niños en tres incendios en dicho instituto; y, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección judicial y de los derechos del niño, respecto de los niños internos entre el 14 de agosto de 1.996 y el 25 de julio de 2.001 y de aquellos que posteriormente fueron remitidos a penitenciarias de adultos en Paraguay.⁷³ Por su parte, el 15 de octubre de 2.002, los representantes de las víctimas remitieron su escrito de solicitudes y argumentos, alegando, además, la violación del artículo 26 de la CADH,⁷⁴ petición a la que se opuso el Estado manifestando sencillamente que dicha reclamación no había sido hecha previamente en el procedimiento ante la CIDH.⁷⁵ Pero, la Corte IDH, finalmente concluyó que al referirse a los derechos a la vida e integridad personal ya había realizado el análisis suficiente respecto de las condiciones de la vida digna, salud, educación y recreación de las víctimas, habiendo atendido inclusive el contenido del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, por lo que consideró que no era necesario pronunciarse respecto del artículo 26 de la CADH.⁷⁶

diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT [...] Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud señaló que [l]os pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud.”

⁷¹ *Vid.* Corte IDH, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de Mayo de 2.013, párr. 131.

⁷² Por ejemplo, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

⁷³ *Cfr.* Corte IDH, Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr. 2 y 3.

⁷⁴ *Cfr. Ibid.*, párr. 35.

⁷⁵ *Cfr. Ibid.*, párr. 38.

⁷⁶ *Cfr. Ibid.*, párr. 255.

Por el contrario, en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, la CIDH sí alegó la violación del artículo 26 de la CADH⁷⁷ e inclusive la República del Paraguay se allanó a dicha alegación, exaltando, circunstancialmente, sus severas limitaciones económico-financieras como una aparente causa suficiente de excusa o eximente de responsabilidad respecto del principio de desarrollo progresivo de los DESC.⁷⁸ No obstante, la Corte IDH finalmente resolvió en lo principal sobre la violación del derecho a la vida, omitiendo completamente la alegación realizada sobre la violación del mentado artículo 26, utilizando únicamente el deber de desarrollo progresivo amparado por dicho artículo, de manera referencial, como una directriz o guía para el análisis de las “condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa”⁷⁹ y de las medidas positivas apropiadas que debía adoptar el Estado para satisfacer dicha obligación, las que, necesariamente, debían tomar en cuenta “la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente [...] y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva”.⁸⁰

Por lo que, si bien se hace mención en estas sentencias del artículo 26 de la CADH que trata de los DESC y de su aparente violación (y de otros instrumentos internacionales vinculados como el Protocolo de San Salvador), no existe aún un pronunciamiento expreso sobre tal particular, pero se reconoce manifiestamente que el contenido prestacional de tales derechos está natural e íntimamente vinculado a los derechos a la vida e integridad personal, a través de las nociones de la vida digna y del proyecto de vida, condición que equivale finalmente a una aplicación indirecta del antedicho artículo 26, a través del cual se materializa, además, una clara vinculación con el *corpus juris internacional* existente sobre la protección especial que requieren ciertos colectivos en estado de vulnerabilidad (que incluye varios instrumentos internacionales sobre DESC).

Finalmente, la tercera etapa: la de aplicación directa del artículo 26 de la CADH, en la que los DESC son el objeto central del conflicto y ya no el contenido del dimensionamiento colectivo del derecho a la vida (o de otros derechos civiles), se caracteriza, entonces, por los casos: Cinco Pensionistas vs. Perú⁸¹ y, Acevedo Buendía y otros vs. Perú,⁸² en los que, las reclamaciones en el sistema interamericano —muy similares entre sí— se produjeron porque si bien el Estado: la República del Perú, había reconocido judicialmente a los peticionarios su derecho a una pensión jubilar nivelable, en el primer caso y, de cesantía y jubilación nivelable, en el segundo, que habían sido suspendidas, no niveladas o disminuidas con severidad, y a su pago inmediato, sus instancias judiciales no se preocuparon —diligentemente— en ejecutar sus decisiones y en consecuencia las instituciones

⁷⁷ Cfr. Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 157, letra e).

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 204.

⁷⁹ *Ibid.*, párr. 163.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Vid. Corte IDH, Caso Cinco Pensionista vs. Perú.

⁸² Vid. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú.

públicas que debían acatarlas: la Superintendencia de Banca y Seguros y, la Contraloría General de la República, respectivamente, no lo hicieron.

De modo que, el origen y contenido de tales reclamaciones quedaron circunscritos, en común, en ambos casos —más allá de las alegaciones de la CIDH—, aparentemente a la violación particular del derecho a la seguridad social. Sin embargo, son perceptibles algunas peculiaridades en tales resoluciones que las distinguen con severidad... A la primera de aquellas se la considera desfavorable en el ámbito de la exigibilidad judicial de los DESC en tanto que, a la segunda se la reconoce como ejemplo de justiciabilidad.

En la primera de las sentencias, la del caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la CIDH alegó expresamente la violación del artículo 26 de la CADH a la par de las violaciones a otros derechos de naturaleza civil: propiedad privada y protección judicial; sin embargo, la Corte IDH, pese a la naturaleza del caso concreto en análisis que a simple vista suponía la violación de un derecho social: el derecho a la seguridad social, evitó a toda costa resolver directamente sobre aquel, decidiendo finalmente sólo sobre la violación a los derechos civiles también alegados, manifestando respecto del mentado artículo 26 que, en el caso en particular, no resultaba posible establecer el nivel de desarrollo de los DESC en Perú por la reclamación de uno solo de sus habitantes o de un grupo limitado de individuos sin tomar en consideración el estado global de tales derechos en el Estado en análisis (denotando un aparente inconveniente en la legitimidad activa de los reclamantes y en una temida indeterminación del objeto reclamado), por lo que, sencillamente desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre la violación alegada al derecho de seguridad social, dejando en duda —aparentemente— la justiciabilidad de los DESC.⁸³

No obstante, más allá de la evidente regresión en materia de justiciabilidad de los DESC que se aprecia en tal decisión, cabe relieves dos aspectos positivos de esta sentencia que advierten al menos la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y de ese modo, en *ultima ratio*, su justiciabilidad: a) la Corte IDH se declaró competente para conocer las violaciones alegadas al artículo 26 de la CADH⁸⁴ y b) la corte reconoció que los DESC —como ocurre con el derecho a la propiedad— tienen una dimensión individual y una colectiva-social (por ejemplo: el derecho general a la seguridad social y el derecho a una pensión en particular —en franca relación e interacción con el derecho a la propiedad—).⁸⁵ Y estos dos aspectos, pese a la desestimación final pronunciada por dicho tribunal, indiscutiblemente coadyuvan a la justiciabilidad de los DESC.

En la sentencia del Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, *contrario sensu*, la CIDH no alegó la violación del artículo 26 de la CADH (probablemente por lo ocurrido en el caso *Cinco Pensionistas*); pero sí lo hicieron los representantes de las víctimas. Por ello, en este caso, la corte, a más de ratificar su competencia,⁸⁶

⁸³ Cfr. Corte IDH, Caso *Cinco Pensionista vs. Perú*, párr. 147-148.

⁸⁴ Cfr. *Ibid.*, párr. 4.

⁸⁵ Cfr. *Ibid.*, párr. 147.

⁸⁶ Cfr. Corte IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párr. 17.

tuvo que aclarar primero que, en aplicación del principio jurídico: *iura novit curia*,⁸⁷ está siempre en capacidad de conocer y pronunciarse sobre la violación de otros tantos derechos alegados por las víctimas y sus representantes no contenidos en la demanda propuesta por la CIDH.⁸⁸ Se pronunció entonces abiertamente sobre la violación al artículo 26 de la CADH, contrario a lo ocurrido en el caso Cinco Pensionistas pese a la obvia similitud de los hechos constitutivos de ambos casos, sosteniendo que: a) en los trabajos preparatorios de la CADH se había hecho énfasis ya en dar a los DESC la máxima protección posible atendiendo las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos, así como hacer posible su ejecución mediante la acción de tribunales de justicia; b) el artículo 26 de la CADH está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento; c) los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes; d) el desarrollo progresivo de los DESC obliga a los Estados a adoptar medidas razonables y adecuadas para la plena efectividad de aquellos hasta el máximo de los recursos de que disponga,⁸⁹ no pudiendo implementar medidas de regresión a los logros alcanzados; y, e) la regresividad cuando se trate de DESC resulta justiciable.⁹⁰

Por lo que, a raíz de la sentencia del Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, la Corte IDH ha reconocido manifiestamente la justiciabilidad de los DESC, delimitando tal noción de modo aparentemente definitivo, aceptando un contenido determinado de estos derechos y límites específicos que demarcan el ámbito de su violación en tono a la responsabilidad del Estado frente a aquellos, valiéndose para ello de otros tantos instrumentos internacionales (regularmente del sistema universal de derechos humanos) que han venido desplegando ciertos estándares que han permitido materializar tal justiciabilidad.

⁸⁷ Vid. Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Solicitud de ampliación de preguntas víctimas y negativa de remisión de prueba documental, 19 de Enero de 2.009, párr. 4, letra f; vid. Corte IDH, Caso de la “Masacre de Maripán” vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de Septiembre de 2.005, párr. 57, vid. Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de julio de 2.005, párr. 91; Corte IDH, Caso De la Cruz Flores vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de noviembre de 2.004, párr. 122; vid. Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párr. 124-126.

⁸⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 97.

⁸⁹ Para determinar si tales medidas son adecuadas o razonables, debe tenerse en cuenta: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas, y f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo. Cfr. Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto” (2.007), párr. 8.

⁹⁰ Cfr. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, párr. 99-103.

No obstante, no existe aún una sentencia que haya resuelto favorablemente la alegación de violación del artículo 26 de la CADH; ya que, si bien en este caso la Corte IDH dispuso el pago de lo reclamado por las víctimas (a más de la *restitutio in integrum*), lo hizo como un reflejo directo a la violación del derecho a la propiedad, tal como había ocurrido ya en el caso Cinco Pensionistas,⁹¹ ya que, en ambos casos, el derecho a la seguridad social de los peticionarios y el derecho a recibir sus pensiones nivelables no fueron desconocidos por los tribunales nacionales de la República del Perú, todo lo contrario, los mismos habían ordenado —oportunamente— el pago inmediato (y nivelado) de tales derechos, pero las instituciones públicas obligadas no lo habían hecho; en cuyo caso, la pretensión en ambos procesos, al interno del sistema regional de protección de derechos humanos, quedó supeditada finalmente a la responsabilidad estatal del Perú por no haber ejecutado la orden de pago de un valor que ya había sido judicialmente reconocido (en sede nacional) como propio a favor de los peticionarios, y no como si se tratasen de litigios en los que deban discutirse la directa violación o la indebida disminución o regresión de uno o varios derechos sociales, económicos o culturales determinados.

De ahí que, la sentencia del Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú concluya finalmente señalando que: “No se ha comprobado en el presente caso el incumplimiento de la obligación reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”;⁹² por lo que, sin ánimo de desconocer la obvia evolución en la aplicación del artículo 26 de la CADH que ha llevado a cabo la Corte IDH, ni contrariar de modo alguno la justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y menos aún desmerecer el esquema evolutivo —que con acierto— hasta esta fecha lo han propuesto Beloff y Clérico, debería observarse aquel, previendo en todo caso un momento o etapa adicional en la que, por primera ocasión la corte declare el quebrantamiento del artículo 26 de la CADH por parte de alguno de los Estados obligados, ya que, con atrevida certeza, podría sostenerse que dicho evento replantearía gran parte de todo lo tratado en este breve trabajo.

4. CONCLUSIONES

a) Los DESC son justiciables en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La Corte IDH —por intermedio de sus sentencias— ha determinado el contenido de los mismos y los límites que garantizan su exigibilidad en dicho órgano jurisdiccional. Tanto la CIDH como la corte son competentes para conocer los casos derivados de peticiones particulares por la violación del artículo 26 de la CADH. Este artículo puede ser interpretado por la corte a la luz del Protocolo de San Salvador y demás instrumentos internacionales de protección de derechos económicos, sociales y culturales.

⁹¹ *Vid.* Corte IDH, Caso Cinco Pensionista vs. Perú, párr. 187.

⁹² Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, párr. 158, número 3.

b) Los derechos civiles y políticos y, los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos indivisibles e interdependientes, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante los órganos de justicia. La estrecha vinculación entre unos y otros ha permitido apreciar en ellos una dimensión individual y una colectiva. Por ejemplo, el derecho a la seguridad social y el derecho a la pensión jubilar. De modo que, la comprensión actual de ellos depende de la estructura de los derechos civiles y políticos y de la de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre en el derecho a la vida digna.

c) Los Estados tienen la obligación de adoptar progresivamente medidas que garanticen la plena efectividad de los DESC, pero, el principio de progresividad no puede justificar de modo alguno el diferimiento indefinido de los esfuerzos desplegados para la plena realización de tales derechos. Los Estados tienen la obligación de prohibición de discriminación y de regresividad de los logros alcanzados en esta materia. La realización progresiva de los mismos es independiente del incremento de los recursos del Estado, el cual, en todo caso debe asignar el máximo de los recursos disponibles a este efecto.

d) De manera general, los Estados responden, con relación a los DESC, por las obligaciones comunes en materia de derechos humanos. En particular, los Estados tienen la obligación de garantizar, más allá de su nivel de desarrollo económico, un mínimo de subsistencia para todos sus habitantes.

e) El contenido de los DESC se manifiesta, en las sentencias de la Corte IDH, especialmente en estados de vulnerabilidad, como corolario de la obligación internacional de no discriminación o como límite razonable al ejercicio de un derecho civil o político. La sentencia del Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú es el resultado del proceso evolutivo de aplicación del artículo 26 de la CADH que ha llevado a cabo el antedicho tribunal.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. En: ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS, 1.997, 283-350.

_____, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2.002.

ALEGRE, Silvina; HERNÁNDEZ, Ximena y ROGER, Camille, SIPI, Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina, *Justiciabilidad y exigibilidad política de los derechos sociales, económicos y culturales. El caso de los Derechos del Niño*, Cuaderno 05. Edición informática: «http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_publicacion/cua_sipi_exigibilidad_05_01_14.pdf»

BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, Buenos Aires, EJEA, 1.979.

- BELOFF, Mary y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. En: SELA, *20 años pensando en los derechos y la democracia*, Argentina, Librería Ediciones, 2.015, 224-253.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1.994.
- Comisión Colombiana de Juristas, Organización no gubernamental con estatus consultivo ante la Organización de la Naciones Unidas, *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos (2002-2008)*, Bogotá, marzo de 2.010. Edición informática: «http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf»
- CECCHINI, Simone, División de Desarrollo Social, CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Pobreza, desigualdad y empleo: problemas estructurales y efectos de la crisis financiera internacional. En: *Macroeconomía de la pobreza en Ecuador*, seminario en Quito, 15 y 16 abril de 2.009 «<http://www.cepal.org/dds/noticias/paginas/6/28106/macropobrezapuce.pdf>»
- CORTI, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, 1a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- FIGUEROA, Rodolfo, “Justiciabilidad de los DESC. Discusión teórica”. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, No. 3, 2.009, 587-620.
- MARTIN, Claudia, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Funciones y Competencia”, en: MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A., Comp., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontanar S.A., 2.004, 209-277.
- MELISH, Tara, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A manual on Presenting Claims*, Quito, Sergrafic, 2.002.
- MOCHÓN, Francisco y BECKER, Víctor, *Economía, Principios y Aplicaciones*, segunda edición, Ed. Mc Graw Hill, 1.997.
- Organización de Estados Americanos, *El acceso a la justicia como garantía de los DESC. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II. 129, Doc. 47, septiembre de 2.007.
- Organización de Estados Americanos, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de DESC*, OEA/Ser. L/V/II. 132, Doc. 14, 19 de julio de 2.008.
- Organización de Estados Americanos, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser. /L/VII.102, Doc. 9 rev.1, 1.999.
- Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”*, E/C.12/2007/1, 38vo Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007.

- Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Doc. E/1991/23, *Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1.990.
- Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 9 (1.998) La Aplicación Interna del Pacto*, «<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8786.pdf?view=1>»
- OYARTE, Rafael, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 2.014.
- PINTO, Mónica, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*. Edición informática: «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/40/pr/pr5.pdf>»
- Programa Venezolano de Educación, Acción en Derechos Humanos, PROVEA, *Instrumentos Internacionales de Promoción y Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales / Programa Venezolano de Educación - Acción en Derechos Humanos*, 3ra ed., Caracas, PROVEA, 2009. Edición informática: «<http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/Instrumentos-Internacionales-Imprenta.pdf>»
- RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: MARTIN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y GUEVARA B., José A., Comp., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontanar S.A., 2.004.

Sentencias

- Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1.988.
- Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1.989.
- Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 19 de Noviembre de 1.999.
- Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1.999, Voto Concurrente conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.
- Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2.002.
- Corte IDH, Cinco Pensionistas vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2.003.
- Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2.004.
- Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2.004.
- Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

- Corte IDH, Caso De la Cruz Flores *vs.* Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de noviembre de 2.004.
- Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2.005.
- Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana *vs.* Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de julio de 2.005.
- Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2.005.
- Corte IDH, Caso de la “Masacre de Maripán” *vs.* Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de Septiembre de 2.005.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México, Solicitud de ampliación de presuntas víctimas y negativa de remisión de prueba documental, 19 de Enero de 2.009.
- Corte IDH, Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 01 de julio de 2.009.
- Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2.009.
- Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de Agosto de 2.010.
- Corte IDH, Caso Furlan y Familiares *vs.* Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de Agosto de 2.012, Voto concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay.
- Corte IDH, Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de Mayo de 2.013.
- Corte IDH, Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de Mayo de 2.013, Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.
- Corte IDH, Caso Osorio Rivera y Familiares *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2.013.
- Corte IDH, Caso Tarazona Arrieta y Otros *vs.* Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de octubre de 2.014.
- Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) *vs.* Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2.014.
- Corte Europea de Derechos Humanos, caso Airey *vs.* Irlanda, Sentencia de 9 de octubre de 1.979.
- Corte Europea de Derechos Humanos, caso Plattform Ärzte für das Leben *vs.* Austria, Sentencia de 21 de junio de 1.988.
- CIDH, Informe de Admisibilidad No. 29-01, Caso 12.249: Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador, 2.000.

Instrumentos internacionales

Carta de la Organización de Estados Americanos (1.948).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1.969).

Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.997).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.966).

Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1.986).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (1.988).

Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo de Buenos Aires (1.967).

**ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA: O
“CASO RESERVA RAPOSA SERRA DO SOL” E O PAPEL
DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

***BETWEEN SOCIAL INCLUSION AND FREE ENTERPRISE:
THE “RAPOSA SERRA DO SOL RESERVE” CASE AND THE
JUDICIARY POWER ROLE ON THE PUBLIC POLICIES
CONSTRUCTION***

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO*
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil
antonio@baetaminhoto.com.br

WALLACE RICARDO MAGRI**
Escola Paulista de Direito, Brasil
wallace@magriadvogados.com.br

RESUMO:

O ativismo judicial, especialmente aquele produzido pelas mais altas cortes em seus países — e no caso do Brasil de forma marcante pelo Supremo Tribunal Federal— é um dos temas mais ricos para um debate contemporâneo dentro do direito, de modo especial quanto à concretização de políticas públicas, bem como a potencial inclusão social que tais políticas acarretem ou possam acarretar. Há

* Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Universidade Cruzeiro do Sul, sistema EAD; Professor Titular de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP; Advogado; autor de obras jurídicas. antonio@baetaminhoto.com.br.

** Doutor e Mestre em Semiótica e Linguística Geral pela FFCLH/USP, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas; pós-graduação em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Leciona Metodologia da Pesquisa Científica em Cursos de Pós-Graduação (atualmente na Escola Paulista de Direito - EPD e Escola Superior de Advocacia - ESA). Advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas. wallace@magriadvogados.com.br.

que se ponderar, contudo, que a inclusão social não pode ser um valor absoluto, devendo se harmonizar com outros valores igualmente relevantes, sendo que no caso destacamos a livre iniciativa e a atividade empresarial. Ao final, como uma referência analítica, trazemos o caso da Reserva Raposa Serra do Sol, demarcada em julgamento do STF.

Palavras chave:

Ativismo judicial; minorias; atividade econômica; livre-iniciativa.

ABSTRACT:

The judicial activism, specially the one that comes from the highest courts all around the world —and, in Brazil's example, in a remarkable way by the Supremo Tribunal Federal—, is certainly one of the richest issues for a contemporary debate inside law studies, specially towards the public policies concretization, as well the social inclusion that its policies could bring. We must consider, in the other hand, that social inclusion couldn't be a absolute value, ought to be harmonized with other relevant values, and, in this case, we contrasted the free enter enterprise and the business activity. At the end, as a analytical reference, we brought the Raposa Serra do Sol leading case, delimited on a STF judgment.

Keywords:

Judicial activism; minorities; economical activity; free enterprise.

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem sendo objeto de discussões não somente no campo jurídico, seu campo de manifestação evidente, mas do mesmo modo em outras áreas, especialmente na política, na sociologia e também na economia, que, neste estudo, será objeto de uma atenção mais detida.

Parece evidente, conquanto se revele útil frisar, que a abordagem econômica aqui pretendida é aquela voltada especificamente ao desenvolvimento econômico, tal como estampado e tratado no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, e não algo mais afeto a uma teoria econômica.

Esse olhar para o desenvolvimento econômico em intercruzamento com o ativismo judicial recebe, ainda mais, a questão das minorias como um tema-base do estudo presente, afinal, o julgamento ocorrido no STF para delimitar a Reserva Raposa Serra do Sol —adotada aqui como base analítica concreta— envolveu de modo direto uma minoria, no caso os indígenas.

Referido julgamento, conquanto aplaudido por muitos como uma suposta demonstração do que se poderia nominar de “bom ativismo”, teve forte impacto sobre a economia local, especialmente com relação a atividade agrícola, cuja localização completa se dava justamente na área demarcada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a ser, de tal julgamento em diante, terra indígena, e local de onde os produtores rurais tiveram que se retirar.

Saber até que ponto o julgamento em foco atingiu os objetivos esperados de uma decisão tão ampla e com consequências tão profundas para a realidade local em que se encontra a reserva, descortinar as características do ativismo judicial e como sua manifestação está se dando em solo brasileiro e, por fim, projetar que tipo de consequências podem ser intuídas do inter-relacionamento de todos esses elementos, é o objetivo central deste estudo.

2. ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar aquela conduta de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na constituição.

Essa ideia, no entanto, deve ser melhor entendida e, inclusive, ver-se inserida na questão da teoria da separação dos poderes estatais, a fim de se evitar juízos superficiais ou apressados quanto aos seus caracteres mais destacados.

Como é de conhecimento comum, a separação dos poderes não é um instituto exatamente de criação de Montesquieu, tal como exposto em sua conhecida obra o “Espírito das Leis”, mas foi ali que a simples noção de repartição do poder estatal ganhou um tratamento mais detido, mais efetivo e até mais dedicado.

O móvel fundamental da separação ou repartição dos poderes estatais é a limitação do poder. Sob a fórmula dos “freios e contra-pesos” (*checks and balances*), ou seja, da mútua fiscalização exercida por um poder em relação ao outro, repousa o que parece ser o real motivo de tal concepção: gerar ou obter uma real limitação do poder estatal.

A obra acima destacada é de 1748 e se voltava, como não poderia ser de outro modo, às condições sócio-políticas dadas àquela altura, fundamentalmente ligadas a uma estrutura de um poder absolutista, no que se refere ao campo político, e ainda buscando um rumo em busca da modernidade, relativamente ao campo social.

Montesquieu sabia —ecoando um sentimento que ia se sedimentando naquele momento— que o poder praticamente ilimitado do rei era conclusivamente um incômodo para uma sociedade que aspirava desenvolvimento e principalmente liberdade e, nesta linha conceitual, projetou a repartição desse poder político como forma de se conceber uma nova estrutura política, bem como social. Separar os poderes estatais, assim, surgiu fundamentalmente como forma de se evitar o arbítrio e limitar esses poderes.

Com o advento da Revolução Industrial (1756-1850, *circa*), mas especialmente com as mudanças sociais, econômicas e políticas consolidadas notadamente do início até meados do século XX, o Estado foi chamado a cumprir funções muito mais diversificadas e complexas em relação àquelas observadas no século XVIII, quando surge a teorização da separação dos poderes.

E neste ponto podemos agregar à limitação do poder também o conceito de um ganho administrativo, de um ganho em termos de eficiência para as ações estatais com a adoção da separação dos poderes.

De fato, parece claro que a segmentação de atividades, em qualquer estrutura administrativa, tem por conseqüência a especialização de cada setor ou área em relação às atividades típicas ali desenvolvidas, o que redundará num aprofundamento da *expertise* típica de tais funções, seja em relação ao desenvolvimento de métodos e procedimentos próprios, seja no incremento técnico em si, no avanço tecnológico e de conhecimentos relativamente a tais atividades.

Esse ganho administrativo ganhou especial relevo com a mudança da configuração estatal observada especialmente na primeira metade do século XX. De um Estado absentista e imerso num liberalismo de feição ainda bastante ortodoxa, com, ainda mais, poucas ou limitadas funções a desempenhar, o começo do século passado vê surgir um Estado de feição mais social, gradativamente voltado à implementação e proteção de direitos coletivos.

Além desses direitos, o Estado que surge dessa inflexão de forças e de eventos históricos —1ª Guerra Mundial, Revolução Russa, Constituição Mexicana, Constituição de Weimar— também assume um papel muito mais protagônico na atividade econômica, algo que encontrará uma espécie de síntese na política do *New Deal* de Roosevelt, nos EUA.

Esse “novo” Estado, tal como acima exposto, se vê assim às voltas com muitas outras atividades inexistentes ao tempo da teorização primitiva da separação dos poderes. A limitação do poder segue sendo importante neste contexto, mas o ganho de eficiência em termos administrativos, a obtenção de uma burocracia estatal mais eficiente, é um ponto a ser levado em conta, especialmente quando buscamos uma análise mais contemporânea da repartição do poder estatal.

Outro aspecto de relevo, ainda neste contexto de contemporaneidade, é que os elementos acima destacados, limitação do poder e ganho em eficiência administrativa, são como que inspirados por uma ideia que passa a ser um verdadeiro princípio informativo: equilíbrio entre os poderes estatais. Equilíbrio e harmonia.

Sai de cena a separação estanque, a noção de compartimentos rigorosamente independentes que, por vezes, lutam para demarcar com a máxima rigidez seus próprios limites, e os limites dos outros poderes, para se adotar uma visão de convívio entre independência e equilíbrio como elementos inerentes a esta segmentação de poderes estatais.

Esta visão, a bem da verdade, nem é exatamente tão contemporânea assim, eis que Carl Schmitt, por exemplo, já a indicava como sendo um elemento vital, anotando que “*a constituição inglesa representada por Montesquieu garante a liberdade dos cidadãos não através da separação dos poderes, mas através do equilíbrio dos poderes*”.¹ E na mesma linha segue Madame de Staël-Holstein:²

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria do que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

¹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 85.

² *Lettres sur les ouvrages et le caractère de Jean-Jacques Rousseau* (1788), apud SCHMITT, *op. cit.*, p. 86.

O equilíbrio harmônico defendido pelos doutrinadores destacados, bem de se ver, se encontra previsto em nossa Constituição Federal que não apenas contempla a repartição de poderes do Estado, mas expressamente defende que esta seja harmoniosa entre os elementos componentes dessa separação (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem prejuízo da independência de cada um deles no desempenho de suas funções (art. 2º, CF).

Não é, portanto, exatamente na avaliação estrita e rigorosa do desempenho das funções tidas como típicas de cada poder estatal que se encontra o âmago ou mesmo a necessidade de tal separação. Nem mesmo na observação detida dos limites de cada poder na articulação das ações que lhe são próprias ou peculiares, mas, ao menos com muito mais força, é no equilíbrio e no convívio harmônico entre tais poderes que está o real foco de interesse de suas repartições.

O contraponto acima se afigura relevante, pois, se aos juízes e magistrados de um modo geral recomenda-se cautela na condução da prestação jurisdicional, justamente para se evitar “invasões” sobre procedimentos próprios de outros poderes estatais, não menos certo é se observar que estes chamados —frequentemente de modo desproporcional e bastante adjetivado— “excessos” ou “abusos” do ativismo judicial, nada mais são que atos perfeitamente normais ou pelo menos aceitáveis no contexto contemporâneo de um Estado de Direito, mais ainda quando à sua natureza jurídica (de direito) se agrega o elemento da democracia (democrático de direito).

Contemporaneamente, às muitas atividades que o Estado passa a desempenhar ou aos muitos atos e procedimentos que lhe são titularizados, ainda devemos agregar o exercício de um papel ativo na concreção de direitos fundamentais, de elementos integrantes da democracia, ou a própria democracia como um todo, mas, de modo vital, na consecução de políticas públicas, especialmente aquelas disposta ou contempladas em normas positivadas.

É precisamente neste último aspecto que se insere, no final, o âmago do que se poder nominar como sendo um verdadeiro ativismo judicial. Como já se disse acima, não é qualquer ato pretensamente heterônomo praticado pelo Poder Judiciário que poderá ser classificado, e no mais das vezes criticado, como sendo a prática do ativismo judicial, mas fundamentalmente aquele que, descolando-se do ato jurisdicional mais ortodoxo ou clássico, visa o atingimento de um alvo exclusivo ou precipuamente político por meio de um julgamento.

Neste contexto, a prestação jurisdicional —especialmente dos tribunais superiores e ainda mais especialmente do Supremo Tribunal Federal— cumpre o papel de dar uma solução definitiva para a lide ali contida, mas, também, e até principalmente em alguns casos, se posiciona como um ator ativo, relevante e eficaz na tarefa de tornar realidade certos valores e princípios públicos contemplados pelo Estado de um modo geral em suas normas.

Se isso é feito com excesso ou de modo desaconselhável, não apenas pelo excesso, mas por sua própria manifestação, é algo a ser analisado numa abordagem caso a caso, justamente o foco desse nosso estudo, com o estudo, mesmo limitado, de um julgamento referencial produzido pelo STF.

Antes, porém, se analisará o ativismo judicial no Brasil de um modo mais amplo, objeto de estudo de nosso próximo tópico.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SEUS REFLEXOS

O transporte de funções entre os poderes não é algo novo e nem deveria causar surpresa, como já se referenciou acima. A questão que parece relevante é observar a intensidade desse fenômeno, especialmente no Brasil.

Assim, e ilustrativamente, a figura da medida provisória, de tão larga utilização em solo brasileiro, teve clara inspiração no *decreto-legge* italiano onde, sob a égide da constituição de 1947, ainda vigente, segue sendo instituto posto à disposição do presidente da República. Contudo, como ali vigora, desde aquele momento, o regime parlamentarista, observa-se que a amplidão de tal instituto é ali, até de modo natural, muito mais contida.

No Brasil essa amplidão de atuação do executivo tampouco é algo tradicional e linear. Com efeito, somente as constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por alguns como uma nova constituição, traziam o instrumento da medida provisória, o que foi retomado pela Constituição Federal de 1988.

A exposição acima não é articulada no sentido de se justificar eventuais excessos do STF no exercício de suas funções, uma espécie de paralelo analógico com a atuação do executivo, mas tão-somente mostrar a realidade político-institucional em que o exercício das atividades típicas dos poderes estatais se desenvolve no Brasil. Há, inegavelmente, uma dinâmica toda própria ou peculiar no sentido ora exposto.

A Constituição Federal, como é de conhecimento comum, foi proposta, debatida e finalmente promulgada num ambiente pós-ditadura, num “clima” de recente democratização do país, processo que, muito embora infundável por natureza, no caso brasileiro ainda mostra claras lacunas a reclamar integração.

Em locução que acabou por se consagrar na doutrina, o professor Lenio Streck se refere ao Brasil como exemplo de nação “*de modernidade tardia*”³, ou seja, integrante de um grupo de estados que ainda não completaram a tarefa já concluída por países desenvolvidos de garantir a concretização de direitos fundamentais —destacadamente os individuais de primeira e segunda geração— e implementação definitiva da democracia.

O pré-citado professor defende que, para lidar com essa realidade, devemos ter aqui uma postura ativista de nossos tribunais, com o escopo central de concretizar direitos e políticas públicas, especialmente aquelas dispostas na Constituição Federal, o que atrai naturalmente o STF para um papel de destaque neste sentido.

Como parece ser bastante evidente, a linha adotada acima não é livre de resistências, dentro e fora do Brasil. Talvez o mais destacado crítico dessa postura ativista (e também “substancialista”), seja o filósofo Jürgen Habermas, que, nesta discussão, ficou alinhado ao que se usou nominar de “procedimentalistas”.

³ STRECK, Lenio. Novos Estudos Jurídicos. Volume 8. Nº 2. p.257-301, maio/ago. 2003.

Para os “procedimentalistas”, o verdadeiro espaço de construção da democracia é o parlamento, e isso não somente porque sua composição partiu de uma escolha popular, mas também porque se trata de um órgão de proporções muito maiores que uma corte constitucional, composta, normalmente, de alguns poucos juízes ou ministros, e também porque o parlamento, justamente por ser órgão de composição popular, está muito mais permeável às interferências críticas da população, o que não ocorre com uma corte constitucional ou mesmo com a atividade jurisdicional de um modo geral.

Habermas critica duramente o papel desempenhado especialmente pelas cortes constitucionais na dinâmica político-social, chegando a afirmar que “*ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária*” e mais adiante ainda completa sua crítica vendo na atuação do Judiciário relativamente às grandes questões da cidadania uma “*colonização do mundo da vida*”.⁴

De modo bastante direto, Habermas defende que o tribunal constitucional “*deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição (...) limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito*”.⁵

Em contrapartida, os “procedimentalistas” são criticados por se isolarem demasiadamente numa realidade de nações já desenvolvidas, incluindo aí o campo político e social. Habermas, assim, estaria fazendo uma abordagem excessivamente centrada na realidade européia, notadamente alemã, ignorando outras realidades em que o papel do Judiciário pode ser relevante na construção de uma sociedade mais desenvolvida e avançada em termos humanísticos.

Com relação ao Brasil, já se registrou algumas manifestações importantes de ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, seja em votos de ações ou recursos, seja em manifestações extra-autos. Vejamos:

Justificar-se-á, como procedimento já enfatizado —e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico— a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45/DF, Relator Min. Celso de Mello)

Enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo (MI 712-8, Rel. Min. Eros Grau, voto de Gilmar Mendes)

Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrozoada. Em todos os

⁴ HABERMAS, J. Direito e Democracia – entre faticidade e validade. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245 e segs.

⁵ *Ibidem*, p. 247.

casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas (Limites ditados pelo voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45)

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pelo própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatórios, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional (AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (Min. Celso de Mello, discurso de posse do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, abril de 2008)

Mas, ainda que o ativismo possa ser visto como uma espécie de necessidade para países como o Brasil, o fato é que a fixação de limites para tal atividade — e o próprio questionamento sobre sua relevância como elemento edificador da democracia brasileira — segue sendo tema candente, imerso em polêmica ainda bastante viva e cujo equacionamento não parece ser nem simples e nem de alcance fácil num horizonte mediano de tempo.

Bem por isso, iremos destacar, logo adiante, caso submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal em que o ativismo judicial se mostrou bastante presente. Trata-se do caso que ficou conhecido como “*Reserva Raposa Serra do Sol*” em que a corte maior do país determinou a demarcação continua de reserva indígena já existente e o fez colocando de lado certos direitos para prestigiar outros.

4. O CASO DA RESERVA INDÍGENA “RAPOSA SERRA DO SOL”

Raposa Serra do Sol (Raposa) é uma área de terra indígena situada no nordeste do estado brasileiro de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang e a fronteira com a Venezuela, foi criada destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas.⁶

A Raposa foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria Nº 820/98, posteriormente modificada pela Portaria 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto de 15 de abril de 2005, da Presidência da República.⁷

⁶ Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Raposa_Serra_do_Sol, acesso em 19 de novembro de 2017.

⁷ Disponível em http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/pf/parana/relatorio_gestao_2008_dpf_pr.pdf/view, acesso em 19 de novembro de 2017.

A reserva destacada é uma das maiores porções de terra indígena do país, com 1.743.089 hectares e 1000 quilômetros de perímetro. Quase 27% do território amazônico hoje é ocupado por terras indígenas, sendo que 46,37% de Roraima correspondem a estas áreas.⁸

Formada por imensas planícies, semelhantes às das regiões de cerrado, e por cadeias de montanhas, na fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana, a Raposa acabou atraindo produtores rurais que passaram a se dedicar ao cultivo de arroz, eis que as terras eram de boa qualidade.

Esses produtores de arroz teriam chegado à região no início da década de 1970, quando compraram as terras de antigos fazendeiros. Até 2008/2009, eram produzidas ali 160.000 toneladas de grãos por ano, em uma área de aproximadamente 100 mil hectares, na borda sul da reserva Raposa Serra do Sol, às margens do Rio Surumu.⁹

O impacto da produção agrícola na região era de tal magnitude que o governo estadual de Roraima incentivava a vinda de novos produtores e também lhes fornecia calcário —para utilização na lavoura— a preços subsidiados ou mesmo gratuitamente em certos casos.

Como resultado dos conflitos constantes entre produtores rurais e índios, foi determinada a desocupação de toda a área da reserva em 2007. Em 2008, contudo, o Estado de Roraima interpôs uma representação no STF (Pet 3388) reivindicando a suspensão da ordem de desocupação. A representação foi acatada por unanimidade no Supremo e a chamada Operação Upatakon III foi suspensa até o julgamento de todos os processos relativos à homologação das terras indígenas.

Em 20 de março de 2009, julgamento do STF, no bojo da já citada Pet 3388, confirmou a homologação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, determinando a retirada dos não indígenas (produtores rurais) da região. O Relator designado, Ministro Ayres Brito, liderou o entendimento acima destacado e suas considerações acabaram integrando a ementa do julgamento, valendo destacar alguns trechos relevantes:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa pré-existente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma

⁸ Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031397.pdf>, acesso em 19 de novembro de 2017.

⁹ ALBANO, Gleidson Pinheiro. Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipangaçu e Baraúna. Disponível em https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf, acesso em 19 de novembro de 2017.

comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

Especificamente com relação aos aspectos de desenvolvimento econômico e impacto da demarcação na realidade produtiva local, o julgamento em foco posicionou-se no sentido de haver aí um “falso dilema” entre desenvolvimento e demarcação de reservas indígenas, ponderando que ao poder público:

De todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Por outro lado, registre-se, especificamente quanto ao âmbito do julgamento em comento, não existir consenso nem mesmo entre os índios quanto à desocupação dos não-índios, no caso produtores rurais. Aqueles organizados em torno do Conselho Indígena de Roraima apoiam, enquanto outros ligados à Sociedade de Defesa dos Indígenas Unidos do Norte de Roraima (Sodiur) são contrários à saída dos não índios da região.¹⁰

Estes últimos argumentam que vários índios trabalhavam nas lavouras de arroz e que a relação com os produtores rurais era ao menos estável. Mas, tudo leva a crer que esse grupo não foi ouvido ou não foram consideradas as suas colocações como razões de decidir por parte do Supremo Tribunal Federal.

O que se observa, num olhar crítico, é que o julgamento em foco parece não ter levado em conta alguns aspectos:

A. Não parece ter sido considerado no bojo do julgamento o fato de que muitos produtores rurais ali estavam instalados há muito tempo e o faziam de

¹⁰ Romero Jucá, senador por Roraima, se pronunciou sobre este aspecto: <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/defTexto.asp?t=369812>, acessado em 10 de setembro de 2017.

boa-fé e, ainda mais, apoiados em títulos regulares. Parece ser de pouca juridicidade, ainda mais, contrastar tais títulos com o direito dos índios que seria *meta-jurídico* ou *transcendental*, eis que, se assim fosse, estariam os índios, então, acima das próprias disposições de um Estado Democrático de Direito, configurando uma espécie de demiurgos reunidos em grupo;

B. A ocupação das terras pelos não-índios era com claro viés produtivo, algo que impactava positivamente não somente na atividade econômica do Estado de Roraima, mas na vida de muitos índios, ligados de algum modo a atividade rural desenvolvida naquela região. Tudo leva a crer que estes indivíduos, também índios, simplesmente não foram ouvidos;

C. Como bem observou o Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto divergente, nenhum prejuízo experimentariam os índios com a demarcação descontínua de suas terras, eis que já há entre eles uma divisão natural em subgrupos étnicos, compostos por povos com dialeto, hábitos, costumes e cultura diferenciadas entre si. A demarcação contínua não parece ter representado, pois, qualquer ganho neste sentido. E falar em marcação contínua para se evitar um “etnocídio” revela abordagem excessivamente subjetiva e até mesmo panfletária, algo inadequado no contexto de um julgamento como esse;

D. O julgamento não revela, como deveria, ter ocorrido aqui uma real ponderação de valores, buscando-se uma solução parcimoniosa que procurasse a harmonização dos interesses em jogo e não a simples adjudicação de um direito em prol de uma parte sem se considerar, com a profundidade devida, os interesses dispostos no entorno da questão. Desse modo, transparece que o direito à demarcação foi posto acima de quaisquer outras considerações, transmutando-se numa espécie de “superdireito” a ser tutelado a todo e qualquer custo, o que não é recomendável para a solução de um conflito complexo como esse.

E. A Reserva possui mais de 1,7 milhões de hectares, sendo que a área ocupada pelos produtores de arroz alcançava apenas 160.000 hectares, ou seja, menos de 10% da área da Reserva. A simples exposição desse dado parece ser suficiente para autorizar a conclusão que, de fato, faltou equilíbrio e ponderação no julgamento em foco.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo já traz em seu bojo as considerações e observações críticas cabíveis neste estudo. Restam algumas poucas observações finais que funcionarão como fecho dessa reflexão.

Pode-se dizer que o Ativismo Judicial foi bem exemplificado neste caso, quando, na busca de efetivar sua função de guardião da Constituição Federal, acabou o STF não “apenas” exercendo funções legislativas, mas verdadeiramente agindo como se agente político integrante do executivo fosse, como se formulador e implementador de políticas públicas fosse, o que está longe de ser atividade típica do Poder Judiciário e está distante até mesmo de ser atividade atípica, indireta ou imprópria.

Nota-se que o chamado ativismo judicial, ao menos no Brasil, vem atrelado fundamentalmente à ideia de uma participação ampla e intensa do Judiciário na consolidação dos valores constitucionais e isso quase sempre para garantir a fruição de direitos pelos grupos minoritários.

Há exemplos candentes relacionados a isso, como o julgamento da união homossexual e também o julgamento da política de cotas pelo viés étnico, o que também envolve os índios como beneficiários. Nestes dois casos, notadamente no segundo, houve intensa consulta prévia ao julgamento, com sessões públicas em que especialistas puderam expor suas posições subsidiando os julgamentos futuros.

No caso da Reserva Raposa Serra do Sol isso não ocorreu e nota-se, pelo teor dos votos e do conteúdo da ementa, que a fundamental ponderação de valores —afinal o direito fundamental dos índios a uma vida digna em sentido lato não está acima do direito de propriedade dos produtores e nem do direito a uma vida digna dos não-índios ali existentes— não marcou presença no julgamento em foco como deveria.

Tributário do constitucionalismo, nossa organização política se dá pelo signo do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, tudo emoldurado pelo Estado de Direito como expressão da razão e de um projeto amplo de sociedade, já então inspirada pela democracia.

Essa Democracia e esse Estado de Direito, contudo, devem ser exercitados do modo mais coletivo possível e nas instâncias mais ventiladas à participação popular, o que o Poder Judiciário não tem como abrigar na amplidão devida, eis que, por natureza, deve a atividade jurisdicional primar pela abordagem técnica, desenvolvida por indivíduos com capacitação específica e adequada para a busca do lícito e do correto dentro de um sistema jurídico-normativo posto, sendo tal atividade por natureza contramajoritária.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra o pensamento das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Vale ressaltar que os juízes devem agir dentro dos ditames constitucionais e das leis infraconstitucionais, deixando de lado a vontade política, e como ator social, o juiz atua em nome da sociedade devendo atuar com harmonia perante a ‘vontade’ social, dentro de limites plausíveis e justificáveis.

Portanto, e para tanto, a questão vital é: o ativismo judicial na intenção de proteger uma minoria, não acaba por criar outra? Com essa problemática levantada quem é a minoria a ser protegida e como ela deve ser protegida? Os produtores rurais ali envolvidos —e seus funcionários, familiares, empresas coligadas— não ficaram numa situação de ainda maior desamparo que os próprios índios?

Nada disso parece ter sido considerado no julgamento em destaque. Como já dito, o princípio a ser observado pelo STF no caso deveria ter sido o da razoabilidade. Os arrozeiros poderiam se encontrar protegidos pela Constituição, notadamente através de uma interpretação com viés econômico do art. 170, CF.

A preservação da área poderia ter preservado os conflitantes. A conservação do meio ambiente bem como a preservação indígena e dos arrozeiros, poderia ter sido feita de uma forma sustentável adequando para ambas às partes, a garantia

da terra e do desenvolvimento social daquela região. Tal tese encontra amparo no art. 219 da Constituição Federal que aduz:

O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Ocorre que ao privilegiar uma parte, os índios, criou-se um desincentivo para todo um mercado. Por ser uma parte fértil onde o cultivo de arroz se implantou de forma bem sucedida, a decisão pela preservação total da área prejudicou a produção local.

A instabilidade gerada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal são alvos de críticas, pois ressalta a falta de legitimidade democrática da Justiça, mesmo sendo a decisão melhor que a estabelecida pelo legislador. E cria para a população uma perspectiva bastante preocupante: o eventual autoritarismo dos juízes. Uma minoria passaria a ditar os rumos de várias questões de relevo transcendental para a sociedade. Convém neste contexto lembrar o alerta de Jean-Jacques Rousseau:¹¹

Uma das maiores ameaças à soberania popular decorre da incessante ação dos magistrados e suas vontades particulares contra a vontade geral. Para se compreender o processo de consolidação da democracia é necessário, portanto, ir além do estudo da formação da vontade democrática e analisar de que forma os órgãos encarregados de aplicar essa vontade têm cumprido a sua missão.

Um dos mais respeitados pesquisadores da atualidade, Daniel Sarmento, chama-nos a atenção para os riscos de um ativismo judicial sem limites. Elogiando a atividade jurisdicional que se propõe mais ampla, Sarmento contra-argumenta que há a “*outra face da moeda*” e essa é a de que muitos juízes “*deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça — ou que entendem por justiça — passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos*”.¹² E prossegue dito pesquisador:

Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: L&PM, 2007, p. 39.

¹² SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 144.

plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

E outro estudioso e doutrinador, Luis Flávio Gomes, seguindo a mesma linha de Sarmento, ou seja, valorizar o ativismo, mas com uma generosa dose de cautela, igualmente observa que quando “*o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar)*”.¹³

O contraponto ora formulado não pode, por outro lado, servir como simples censura a uma atuação mais vigorosa dos tribunais, especialmente o STF que, inegavelmente, vem tutelando a regulamentando questões importantíssimas como o aborto de feto anencéfalo, a união homossexual, as cotas étnicas e muitas outras.

Nada obstante, o exercício do poder sempre demanda cuidado e atenção, especialmente por parte dos que o exercem. Lord Acton imortalizou a observação segundo a qual “*o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente*”.¹⁴

O Estado de Direito nasceu sob os auspícios de um objetivo claro: criar uma instituição que permitisse o exercício do poder político de modo limitado, afastando justamente o estado anterior de coisas, ou seja, um exercício de poder político praticamente sem limites e sujeito aos caprichos ou opiniões pessoais de seu titular.

Pode-se, estruturalmente, estar longe dos tempos de um monarca absolutista. Já, porém, a possibilidade de um exercício pontual e episódico de uma parcela desse poder estatal com alguns laivos de excesso ou abuso é algo plenamente viável, ainda que sob a égide um estado democrático de direito e com todas as garantias a ele inerentes em plena articulação e funcionamento.

REFERÊNCIAS

- ALBANO, Gleidson Pinheiro. Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipanguaçu e Baraúna. Disponível em https://www.ufpe.br/posgeografia/imagens/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf, acesso em 19 de novembro de 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes? in Revista eletrônica Universo Jurídico, disponível em www.uj.com.br, acesso em 02.11.2017.
- HABERMAS, J. Direito e Democracia – entre faticidade e validade. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes? in Revista eletrônica Universo Jurídico, disponível em www.uj.com.br, acesso em 02.11.2017.

¹⁴ Disponível em https://www.goodreads.com/author/quotes/969937.John_Emerich_Edward_Dalberg_Acton, acessado em 12 de julho de 2017.

- NALINI, José Renato. Curso de Deontologia da Magistratura. José Renato Nalini (org), São Paulo: Saraiva, 1992.
- PRADO, Lúcia Reis de Almeida. O juiz e a alma: reflexos sobre a prestação jurisdicional. São Paulo: EDPUC, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: L&PM, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In SCHMITT, Carl. O conceito do político. Petropolis: Vozes, 1992.
- SILVEIRA, Alípio. A justiça inglesa hoje. in RF 160/409.
- STRECK, Lenio. Novos Estudos Jurídicos. Volume 8. Nº 2. p.257-301, maio/ago. 2003.

¿CONSTITUCIÓN SOCIAL O CONSTITUCIÓN MODIFICADA?

SOCIAL CONSTITUTION OR MODIFIED CONSTITUTION?

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ
Università degli Studi di Firenze, Italia
narvaez@tsd.unifi.it

RESUMEN:

Muchos foros se saturan con expresiones como: sí, el texto constitucional del 17 es social, pero ¿en qué medida? ¿Qué tipo de socialismo? Porque entonces había 100 socialismos, y socialismos muy disímbolos, incluso de ideologías completamente antagónicas y tal vez estamos ante un socialismo constitucional mexicano. Pero ¿qué clase de socialismo es el nuestro? ¿Cómo influyó este socialismo a otros socialismos?

Palabras clave:

Constitución mexicana, Constitución social.

ABSTRACT:

Many forums are saturated with expressions such as: yes, the constitutional text of the 17th is social, but to what extent? What kind of socialism? Because then there were 100 socialisms, and very dissymbolic socialisms, even of completely antagonistic ideologies and perhaps we are facing a constitutional Mexican socialism. But what kind of socialism is ours? How did this socialism influence other socialisms?

Keywords:

Mexican Constitution, Social Constitution.

Si pudiera ponerle un título sencillo a este escrito lo denominaría “Constitución y Realidad”, sabemos que muchos autores han comparado la constitución material

con la Constitución formal,¹ pero a esa *otra* constitución, que también la podemos llamar histórica o real, en confrontación con la escrita, la conocemos poco o más bien nada.

Existe una parte muy interesante que hoy, a mi parecer, está muy presente en la cultura constitucional de este país y es que algunos autores hablan del dismantelamiento de la Constitución del 17;² mucho de lo que se ha hablado en el Centenario de la Constitución ya no existe, y hasta cierto punto es un poco triste, porque los principios rectores del derecho social, constitucional mexicano, se han ido, de alguna manera, diluyendo, el término dismantelamiento es muy interesante, porque hace reminiscencia a una metáfora, como si se tratara de un edificio o un automóvil al cual se le van quitando piezas, al final del día no sabes si se trata del mismo objeto o es algo nuevo, si quieren ustedes, una expresión más afortunada sería decir que nuestra Constitución está tuneada, pues de alguna manera ya no ese documento que se aprobó en Querétaro.

Ahora bien ¿el dismantelamiento es malo o bueno? Creo que la respuesta implica otro tipo de análisis, porque justamente las Constituciones, los textos constitucionales tendrían que reflejar una Constitución material, y para responder a esa otra pregunta deberíamos entonces preguntarnos: hoy el texto escrito llamado Constitución ¿refleja la constitución material existente? ya he dicho las tres partes posibles componente de una posible respuesta, son como las tres patas de un banco que van a sostener esta crítica, pero quiero iniciar con esa suspicacia que a todos nos parece elemental, pero no lo es tanto a nivel epistemológico y que también es una pregunta ¿Qué es una Constitución? Es el título de la conferencia y luego publicación de Ferdinand Lassalle y él mismo responde "...¡hay! de ustedes si en este momento me muestran el texto constitucional prusiano, porque eso no es una Constitución",³ claro, se trata de su representación escrita, la suspicacia es interesantísima, porque si el texto es lo que se dice de la constitución, la pregunta sigue siendo la misma, entonces ¿Qué es una Constitución?, y esto nos recuerda mucho aquel cuadro de Magritte, «*Ceci n'est pas une pipe*» (Esto no es una pipa) él dibuja una pipa y dice: esto no es una pipa. Y claro, no es una pipa, es el dibujo de una pipa.

Lo que dice Lassalle es muy interesante, "...la Constitución, no es una foja de papel" son los factores reales de poder los que realmente "constituyen a un Estado".⁴

¹ Sólo por citar al más célebre, porque incluso podríamos ir hasta Platón y Aristóteles, pero que démonos con SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, también muy interesante el texto: AUSTIN, Alfredo López, *La constitución real de México-Tenochtitlan*. Universidad Nacional Autónoma de México, Seminario de Cultura Náhuatl, 1961.

² No es muy común el término dismantelamiento constitucional pero sí se pueden encontrar algunos usos en diversos ámbitos por ejemplo: PEREZ, Francisco Aponte, "De Wade a Watkins: El Dismantelamiento de la Sexta Enmienda", en *Revista Derecho Procesal*, 1985, vol. 25, p. 79; o VIESCA, Karla VALVERDE "El dismantelamiento del Estado interventor en México", en *Estudios Políticos*, no 18; pero más bien nos referimos al movimiento denominado "Constituyente Ciudadana-Popular" que ha utilizado recientemente este término como hoy lo sugerimos, como una deconstrucción del proyecto constitucional revolucionario de 1917, *Cfr*: <http://constituyenteciudadana.org/> consultado el 24 de mayo de 2015.

³ LASALLE, Ferdinand, *Que es una Constitución*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1964.

⁴ *Ídem*.

Más allá de quedarnos con estos elementos mínimos, porque hoy mismo sería muy difícil explicar cuáles son los factores reales del poder —imagínense el caso mexicano quien realmente ejerce poder en nuestro país— vayamos un poco más allá de esta primera formulación y digamos que la Constitución escrita no se explica desde dentro sino desde fuera ¿qué es lo de fuera?, esa es una gran pregunta.

Yo lo que les quiero decir es que en 1916, y en palabras del entonces constituyente, Hilario Medina, justo en un momento en el que efectivamente había un texto que era el de 57, y había un movimiento social, una tendencia a decir: hagamos otra cosa, hagamos un texto nuevo, Medina Gaona reflexiona sobre la necesidad de un nuevo texto, porque se entiende que hay una nueva realidad social, él está consciente que, efectivamente, el texto que existe, podría aplicarse y podría llevarnos a hacer un México mejor, de algún modo está siguiendo a Lasalle, pues quizá sería bueno un nuevo texto, para constituir un nuevo Estado —incluso de cosas, en el término clásico— y es justamente lo que Medina Gaona empieza a plantear a sus compañeros.⁵

Y este nuevo Estado, ¿qué características tendría que tener?, ¿debería ser liberal o social?

Muchas de las corrientes ius-socialistas de la época son reformistas, incluido el texto de Lasalle, quien era activista de los derechos de los trabajadores, amigo de Karl Marx, es decir, un pensador que cuando dice: esta no es la Constitución, con toda la experiencia de vida, sabe a qué se está refiriendo.

Ahora bien, ¿qué es lo que traen en mente en 1916? Pues es una lucha muy fuerte respecto del agro mexicano, respecto de las organizaciones laborales, muchos movimientos sociales que van a hacer una crítica fuertísima a lo que es el liberalismo; el liberalismo que había dejado de lado a estos grupos sociales.

Hilario Medina, tiene hasta cierto punto un conflicto interno, él se dijo liberal por mucho tiempo pero está consciente de que muchas de las demandas sociales no entraron en la agenda política de los gobiernos liberales, tiene que tomar una postura y entonces se define como liberal con matices, es decir: liberal reformista, un liberal moderno, liberal contemporáneo, liberal progresista, e incluso liberal socialista. Para estos hombres el liberalismo es sobre todo político, se trata de una postura supuestamente universal con un fuerte énfasis nacionalista, basado en la confianza hacia un Estado de Derecho promotor de libertades, en esos términos podría incluso coincidir con ciertos socialismos, pues al final del día, los derechos sociales son también libertades que puede otorgar el Estado. Hilario Medina Gaona puede entonces hablar perfectamente de constitucionalismo social, y así lo hará hasta su muerte, emprenderá una cruzada para explicarle al pueblo mexicano por qué tuvieron que hacer una nueva Constitución, por qué la Constitución del 57 no servía para gobernar.

⁵ MEDINA Gaona, Hilario, “Génesis de la Constitución: Introducción al Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-17. Editado por la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana” en *PENSAMIENTO POLITICO. REVISTA DE AFIRMACION MEXICANA*, número 19, vol. V. noviembre, Cultura y Ciencia Política A.C., México, 1970, pp. 391-414, p. 391.

Situados entonces en la necesidad de construir un nuevo discurso ideológico cabe preguntarse ¿Cuáles fueron las fuentes de pensadores como Medina Gaona? La moda entonces eran los anarquistas, pero no para hombres de Estado como él, tal vez algo de marxismo pero de segunda o tercera mano, creo que eso está todo por estudiarse aún más, porque me parece que nosotros lo hemos tratado como un tabú o un punto en donde eso es incontrovertible, lo que hay que hacer es leer los textos de los constituyentes, y ubicar frases más o menos hechas de autores que les pudieron influir, porque es un hecho que no eran muy buenos para las citas, pero independientemente de eso, la realidad misma les daría algunas ideas incluso innovadoras para responder a las preguntas de la sociedad de su tiempo, y eso también ha de estudiarse.

Durante 2016 y seguramente en 2017 muchos foros se saturan con expresiones como: sí, el texto constitucional del 17 es social, pero ¿En qué medida? ¿Qué tipo de socialismo? Porque entonces había 100 socialismos, y socialismos muy disímbolos, incluso de ideologías completamente antagónicas y tal vez estamos ante un socialismo constitucional mexicano. Pero ¿Qué clase de socialismo es el nuestro? ¿Cómo influyó este socialismo a otros socialismos? Cuando uno por ejemplo va a Cuba, nota un socialismo vivo, y el Constitucionalismo cubano lo reconoce abiertamente: “somos deudores de la Revolución Mexicana”. Bueno, ¿hasta dónde? ¿Cómo se dio dicha influencia? En otros países, incluso, fue la bandera contra la que se luchó; en Colombia, por ejemplo, hay presidentes que mandan perseguir a la gente que cita a la Revolución Mexicana como fuente ideológica porque se considera marxista, incluso bolchevique.

Un jurista francés de ascendencia rusa, Boris Mirkin Guetzevitch realizó un estudio comparado,⁶ en el que menciona la importancia de la Constitución mexicana de 1917 pero por ahora será sólo una hipótesis el determinar a nivel práctico si existió o no dicha influencia, pues es claro que Weimar gana no en tiempo, ni mucho menos en eficacia, pero si en capital simbólico a Querétaro, tal vez por nuestra estero filia, pero es válido que sigamos preguntándonos ¿Cuál es nuestra identidad constitucional?, ¿cuál era el contenido de nuestra Constitución y cuál es hoy? Porque de ello depende toda la interpretación constitucional a la que está obligada hoy toda autoridad.

Ahora bien, la otra pregunta a la que me refería ¿Qué tipo de Constitución tenemos hoy? Habría que responder que es complejo siempre poner nombres o categorizar, pero también es importante porque si no se da esto que los psicólogos llaman alexitimia, es decir, la incapacidad para nombrar los sentimientos, entonces creo que sí es importante ponerle nombre a las cosas para saber cómo afrontarlas.

Y justo ese es el problema, tendríamos que ponerle un nombre bastante peculiar al constitucionalismo actual, al modelo constitucional actual.

⁶ Boris Mirkin Guetzevitch, *Las Nuevas constituciones del mundo: textos íntegros de las de Alemania, Baviera, Prusia, Austria, Checoslovaquia, Danzing, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Méjico, Polonia, Rumania, Rusia, Turquía, Uruguay, Vaticano, y Yugoslavia, s/e, España, 1931.*

Yo creo que nuestro constitucionalismo, con las reformas que hemos tenido, tendríamos qué calificarlo de neoliberal, sin tapujos, tal vez con algunos tintes sociales, con algunos tintes neoconstitucionales, a propósito de la reforma de junio del 2011, pero creo que tendríamos la mitad de la radiografía.

Si soy coherente con lo que he dicho, esa es la mitad del problema, por qué ¿Dónde estaría la otra mitad?, pues en la interpretación constitucional. Entonces, la primera cosa que habría que preguntarse es ¿Qué han dicho los jueces sobre la Constitución?, sino, no tendríamos la fotografía completa si no tenemos lo que el Poder Judicial ha dicho sobre la Constitución, no sabríamos con certeza en qué cosas hemos avanzado y en qué otras hemos retrocedido, por ejemplo, respecto de los derechos sociales.

Luego recordar que tenemos en la Constitución el juicio de amparo decimonónico que, aunque hay una ley de amparo nueva, todos sabemos que es una cosa anquilosada, difícil de manejar, compleja, y que, aunque existan muchos derechos, la falta de acceso a la justicia sería como no tenerlos, no hay en términos de derecho procesal constitucional garantías para hacerlos valer.

Entonces, para contestar esa pregunta, tendríamos que decir que se trata de un constitucionalismo a la mexicana, un constitucionalismo híbrido.

Ahora, a la mexicana y a la vez no, porque a mí me parece que si hacemos caso a constitucionalistas como Peter Häberle, quien nos dice que la Constitución es la cultura,⁷ en este país tanto legisladores como jueces tendrían que saber cuál es la idiosincrasia del mexicano, qué es lo mexicano, porque esa es la cultura que se va a trasladar al texto constitucional y a su interpretación, sino se trata de palabras huecas, pensemos en el artículo segundo constitucional, donde dice: “la fuente es la costumbre”, a propósito de los derechos de los pueblos indígenas, en realidad no sabemos cuáles son esas costumbres, no tenemos ni siquiera herramientas para descifrarlas.

Y si decimos que es la interpretación constitucional la que dará contenido a esas palabras que están en el texto constitucional deberíamos incluso ir un poco más allá, la interpretación constitucional debería incluir al ciudadano de a pie, aquel que interpreta todos los días la Constitución, una interpretación popular de la constitución que está viva en el día a día.

Creo que eso es lo importante, cómo tender los conductos entre la Constitución real o material y la Constitución formal.

Y la Constitución formal no sólo operada por los legisladores, sino también por el Poder Ejecutivo, por el Poder Judicial, sobre todo por el Judicial, si es que se habla tanto de la era del juez, pero sobre todo con una carga de responsabilidad hermenéutica: que aquél que interprete se responsabilice por su dicho y explique cómo ha integrado a la cultura en su interpretación.

Entonces, yo sí me sumaría airoso, a este Estado Constitucional Democrático de Derecho, pero dice Roberto Esposito,⁸ seamos honestos con las palabras, porque ¿Qué significa democrático?, ¿qué significa Estado?, ¿qué significa constitucional?

⁷ HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

⁸ Cf. ESPOSITO, Roberto, *Categorías de lo impolítico*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.

Por qué, además, el Estado hoy por hoy, en este país, no significa sociedad civil, significa gobierno, estructura de gobierno, cuando se dice: “vamos a reformar al Estado”, se reforma la estructura de gobierno, no se reforma todo lo que se debería.

Ahora, cómo vamos a hacer eso, pues justo hay que eliminar esta inequidad social que es tan fuerte, porque si no entonces, todo va a ser meramente programático.

Con eso ceo que ya también estoy contestando a la otra cuestión, acerca de la “originalidad” de la Constitución, porque me parece que usando la metáfora que de una Constitución “tuneada”, podríamos hacer incluso un peritaje, como los autos clásicos, para ver qué tanto tiene de eso que tenía originalmente y veremos que no tiene tanto, pero también es como la teoría de la pizza, siempre lo digo porque es muy sencilla de entender, en Europa están discutiendo cuáles son los elementos mínimos para tener una pizza, y los elementos mínimos son: el pan y a veces el queso, a veces el tomate, entonces, pizza blanca o pizza rosa, dependiendo, pero lo que están seguros los chefs es que tienen que ser los mejores materiales: pomodoro de Sicilia, la mozzarella de Búfala, la mejor albahaca, o sea, son los elementos esenciales. Bueno, aquí, en México, estamos discutiendo qué más le ponemos a la pizza, entonces nuestra Constitución es una pizza que indigesta, está llena de muchas cosas, que en su momento histórico tenían razón de ser, el 27, el 123, pero hoy me parece que una pizza así nos puede causar un malestar estomacal.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, Alfredo López, *La constitución real de México-Tenochtitlan*. Universidad Nacional Autónoma de México, Seminario de Cultura Náhuatl, 1961.
- ESPOSITO, Roberto, *Categorías de lo impolítico*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.
- HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1964.
- MEDINA Gaona, Hilario, “Génesis de la Constitución: Introducción al Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-17. Editado por la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana” en *PENSAMIENTO POLITICO. REVISTA DE AFIRMACION MEXICANA*, número 19, vol. V. noviembre, Cultura y Ciencia Política A.C., México, 1970.
- MIRKINE GUETZEVITCH, Boris *Las Nuevas constituciones del mundo: textos íntegros de las de Alemania, Baviera, Prusia, Austria, Checoslovaquia, Dantzing, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Méjico, Polonia, Rumania, Rusia, Turquía, Uruguay, Vaticano, y Yugoelavias, s/e, España, 1931.*

- PEREZ, Francisco Aponte, “De Wade a Watkins: El Desmantelamiento de la Sexta Enmienda”, en *Revista Derecho Procesal*, 1985, vol. 25.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- VIESCA, Karla VALVERDE “El desmantelamiento del Estado interventor en México”, en *Estudios Políticos*, no 18.

VARIA

LA IDENTIDAD EN LOS PROCESOS DE COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO GLOBAL

IDENTITY IN THE PROCESSES OF CO-OPERATION FOR GLOBAL DEVELOPMENT

EINER DAVID TAH AYALA*
Universidad del Mar, México
einer.david@huatulco.umar.mx

RESUMEN:

El objetivo del artículo es abordar la fortaleza de la identidad como agente importante en la aplicación de la Cooperación Internacional para el Desarrollo desde tres vertientes de cambio: la pérdida de eficiencia de las políticas de desarrollo aplicadas por las instituciones encargadas en el tema y los gobiernos de los países desarrollados; la aparición de nuevos actores internacionales encargados de la cooperación para el desarrollo; y la crisis económica que azotó a los países desarrollados que ocasionó que nuevos actores tomen importancia para la Cooperación para el Desarrollo. El análisis está hecho a través de revisar los datos del banco mundial y ONG con el objetivo de establecer sus papel en la cooperación, sus resultandos y concluyendo que la identidad de los países receptores de recursos económicos aparece, de forma recurrente, como medio para adoptar las políticas de cooperación y hacerlas más eficientes.

Palabras clave:

Cooperación internacional para el desarrollo; identidad; desarrollo global; OCDE, países donadores y receptores.

ABSTRACT:

The objective of this article is to approach the strength of Identity in the application of the International Co-operation for Development, based on three aspects:

* Profesor-Investigador de tiempo completo, Instituto de Estudios Internacionales, Isidro Fabela, Universidad del Mar, campus Huatulco. Correo: e.davidtah@hotmail.com, einer.david@huatulco.umar.mx.

the loss of efficiency of development policies, applied by the institutions in charge of the issue and the governments from developed countries; the emergence of new international actors responsible of development co-operation; and the economic crisis that hits the developed countries that caused and led the new actors take a more active role in Development Co-operation. The analysis is done through reviewing the data of World Bank and NGOs with the aim of establishing their role in co-operation, their results and concluding that the identity of the countries that receives economic resources appears, on a recurrent basis, as a means to adopt co-operation policies and make them more efficient.

Keywords:

International co-operation for development, identity, global development, OECD, donor and recipient countries.

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo como como finalidad analizar la importancia de la identidad como nueva tendencia en la aplicación de política dentro de la Cooperación para el Desarrollo. Como políticas, la Cooperación para el Desarrollo está basado en procesos y fines que han permanecido, relativamente sin cambios, desde finales la segunda mitad de la década de 1940 haciendo valer los requisitos que los organismos internacionales de financiamiento, o los países origen de los recursos, establecían.

En ese sentido, los requerimientos que esas políticas debían cumplir para su aplicación no tenían relación con las características de pertenencia locales y tenían como resultado la poca viabilidad o pobres resultados de esas políticas para beneficio de las regiones o comunidades en las que han sido aplicados. Dados esos resultados, la Cooperación para el Desarrollo Global ha pasado por un proceso de reestructuración que trata de tomar nuevas medidas para que los objetivos trasciendan y permanezcan para beneficio de las comunidades donde lleguen estos recursos.

Por esa razón, existe un cambio estructural en la planeación, evaluación y aplicación de políticas de Cooperación, debido a cambios dentro de los organismos mismos o la aparición de nuevos actores o agencias de cooperación que requieren condiciones diferentes para su funcionamiento, haciendo, por un lado, que la cooperación misma se cuestione cuál es su rumbo y también que las herramientas utilizadas cambien. En este tenor, la utilización de la identidad local como herramienta de adaptación de las políticas de Cooperación para el desarrollo toma relevancia al ser el medio de adopción que las agencias requieren para mejorar los resultados y analizar la viabilidad de los proyectos a aplicar.

Siguiendo esa lógica, el siguiente artículo hace un recuento por los inicios de la Cooperación Internacional para el Desarrollo desde su formación como herramienta de crecimiento en la Europa de la postguerra hasta los países en vías de desarrollo de en el marco de la Guerra Fría. Posteriormente analiza el papel del Comité de Ayuda para el Desarrollo y como éste organismo ha cambiado de

paradigma para pasar de un organismo de financiamiento a cuestionarse su papel en el nuevo escenario de la posguerra fría.

Inmediatamente después, el artículo analiza la crisis de personalidad por la que pasa la Cooperación para el Desarrollo desde su papel para la generación de oportunidades en los países en vías de desarrollo hasta la aparición de nuevos actores que pasaron de ser beneficiados a ser donadores tratando de hacer más funcional la Cooperación adoptando la identidad local como un aspecto importante para la adopción de esas políticas. Posteriormente, se hace una evaluación del Comité de Ayuda para el Desarrollo los últimos años resaltando a los principales países donadores y los destinos de esos recursos para, posterior a esto, concluir que la adopción de la identidad es una alternativa para el mejoramiento de la efectividad de la Cooperación para el Desarrollo tratando de que los resultados sean más duraderos y eficientes desde la planeación hasta la evaluación de los proyectos.

BREVE HISTORIA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO

El desarrollo de algunos países alrededor del mundo generó la necesidad de que esos países, en crecimiento constante, puedan aportar a que otros países tengan un progreso similar. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los Estados vencedores —específicamente Estados Unidos— y desarrollados necesitaron de la Cooperación Internacional para que sus aliados, y principales socios en la contienda bélica, resurgieran y pudieran ser una contención para el avance del comunismo, caminante desde el Este europeo, y evitar un nuevo intento alemán por retomar lo perdido.

Mientras que en la Primera Guerra Mundial el objetivo de los vencedores fue el castigo a los causantes del conflicto, en la Segunda Guerra Mundial, los aliados llevaron un camino diferente para consolidar una paz duradera en Europa por medio de la reconstrucción y la cooperación a través del Plan Marshall y, posteriormente, del Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Así, el Plan Marshall —o European Recovery Program (Programa de Reconstrucción Europea)— planteó un recurso directo dirigido a 18 países europeos para su reconstrucción y reavivar su economía, aunque esto último también fue la principal crítica al generar dependencia económica europea sobre Estados Unidos.

El periodo de Postguerra/Guerra Fría inicio la Cooperación Internacional para el Desarrollo. Este nuevo fenómeno fue analizado desde diferentes vertientes de las teorías de las Relaciones Internacionales (RRII). La concepción de Cooperación englobó el hecho de que dos actores buscarán un intercambio de conocimiento, tecnología y experiencia para la obtención de un beneficio común (Nivia-Ruiz, 2012:)

Así, la Cooperación Internacional para el Desarrollo fue la herramienta de la política exterior de los Estados desarrollados dirigida sobre otros Estados menos

desarrollados —o en vías de desarrollo— para mantener políticas de alianza/influencia sobre ellos. Si bien la principal medida fue la diplomacia, con el paso de los años y los cambios en el escenario internacional, han aparecido nuevos modelos a seguir en el tema de la Cooperación Internacional para el Desarrollo como la *Paradiplomacia*, encaminada hacia la internacionalización de campos sub-nacionales o gobiernos locales que busquen la cooperación en términos de financiamiento o diversos mecanismos de apoyo para el cumplimiento de sus políticas de desarrollo.

El modelo clásico de la Cooperación, es decir, la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), cuyo principal promotor fue la interacción interestatal, ha entrado en un proceso de reestructuración donde nuevas figuras claves aparecen en la escena y toman un papel cada vez más activo en la promoción, regulación, aplicación, diseño y evaluación de procesos enfocados al eficiente manejo de los recursos destinados al desarrollo en los países receptores. Este nuevo proceso conlleva un cambio en la visión del quehacer internacional conforme a la Cooperación para el Desarrollo.

Si bien existían diferentes maneras de aplicar la Cooperación Internacional para el Desarrollo, el principal método fue el financiamiento por medio de montos económicos para proyectos destinados directamente a los gobiernos que lo soliciten. Sin embargo, en los Acuerdos de la IV Convención de Lomé de 1989 —celebrada por los países que después formarían la Unión Europea— quedó establecido que los medios estatales no serían los únicos que podrían ser considerados en un plan de Cooperación para el Desarrollo sentando las bases para apoyar a colectividades locales y sociedad civil. De esta manera, la historia de la Cooperación Internacional para el Desarrollo abrió las puertas a nuevas actores locales y/o rurales a cooperar de manera directa con agentes internacionales sin la mediación de gobiernos y bajando beneficios de manera directa (Comisión Europea, 1996: 9).

EL COMITÉ DE AYUDA PARA EL DESARROLLO Y EL CAMBIO DE PARADIGMA

El Plan Marshall fue el primer antecedente de la Cooperación para el Desarrollo Global tal cual lo conocemos ahora. Es decir, el Plan Marshall instauró un método de otorgamiento de recursos a los países con el fin de que estos fueran dirigidos por los países receptores a la reconstrucción de sus sociedades, de sus ciudades y sus economías. Para la ejecución del Plan de rescate europeo, Estados Unidos financió en 1948 la creación de la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE u OEEC, en inglés). Con la nueva Organización, los países firmantes¹ reconocían la interdependencia de sus economías y eso marcó un nuevo inicio a la cooperación internacional. El 14 de diciembre de 1960, los países miembros de la OECE, junto a Estados Unidos y Canadá, firmaron un

¹ Portugal, Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Austria, Dinamarca, Noruega, Grecia, Suecia, Suiza, Turquía, Irlanda, e Islandia, desde el inicio en 1948, más España desde 1951.

nuevo Tratado para ampliar el éxito alcanzado en la reconstrucción europea al resto del mundo. De este modo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE u OECD en inglés) nació oficialmente el 30 de septiembre de 1961 cuando la convención entró en vigor (OECD, 2016).

En 1964 Japón ingresó a la OCDE y a partir de ese momento otros países han hecho lo mismo hasta sumar los 34 miembros con los que actualmente cuenta la organización. Estos países miembros identifican los problemas latentes, los discuten y analizan, y promueven políticas para resolverlos (OECD, 2016). El financiamiento de los programas de cooperación poco a poco fueron tomando mayor relevancia y fue necesario la creación de un sistema más sofisticado para cubrir las necesidades de ayuda alrededor del mundo, por lo que la OCDE debió crear un Comité de Ayuda al Desarrollo (CAD).

La creación del CAD, en el seno de la OCDE, consolidó los procesos de cooperación alrededor del mundo. Con la institucionalización del proceso, el CAD tomó su papel como principal foro y promotor internacional de países proveedores de cooperación para el desarrollo, así como otras políticas que contribuyan al desarrollo sostenible mundial. El comité hace un seguimiento de los flujos de financiamiento, examina y ofrece directrices sobre las políticas de cooperación, así como fomenta el intercambio de buenas prácticas. Del mismo modo, es el CAD quien define qué es Ayuda para el Desarrollo y actualiza la lista de países susceptibles a recibir financiamiento. En el mismo tenor, es quien da forma a la agenda internacional para el Desarrollo por medio de directrices en diversas áreas —reducción de la pobreza, igualdad de género, armonización de la cooperación, coherencia de las políticas o evaluación de la ayuda para el desarrollo— (OCDE, 2016a).

En 1996, el CAD formuló objetivos internacionales de Desarrollo que posteriormente darían forma a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y promovió el diálogo sobre cómo promover una ayuda más eficaz, lo que a su vez contribuyó a la creación de una Alianza Global para la Cooperación Eficaz al Desarrollo. Así, el CAD tiene un papel importante como organismo normativo y supervisor de la cooperación no solamente para sus miembros, sino también para el resto de los países que trabajan y son beneficiados por la cooperación (OCDE, 2016a).

Las propuestas iniciadas por el CAD en el seno de la OCDE aunadas a iniciativas de la ONU y el activismo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) iniciaron un proceso de adopción de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. La finalidad que persiguieron estos objetivos fue definir objetivos comunes para políticas del Desarrollo configurando una especie de “política social global” que respondiera a las demandas sociales surgidas a partir de los cambios que vinieron con el fin de la Guerra Fría (Sanahuja, 2013).

LA CRISIS EN LA COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA ADOPCIÓN DE LA IDENTIDAD

Tras un proceso de consolidación de la Cooperación Internacional para el Desarrollo, el sistema enfrenta una crisis conforme al camino recorrido y su

futuro. Así lo establece Rafael Domínguez al afirmar que el sistema propuesto por el CAD sufre una crisis de identidad tal vez irreversible. Esta crisis es el resultado de tres procesos que empeoraron con la crisis financiera y la recesión de los últimos años: en primer lugar, la falta de eficacia de las políticas de las entidades de Ayuda Oficial para el Desarrollo que refuerza las voces que están en contra de estas políticas, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. En segundo lugar, la proliferación de nuevos actores —ya sean países emergentes o donantes privados— que hacen un segundo frente contra el Comité de Ayuda al Desarrollo. Y en tercer lugar, la crisis económica y los problemas de deuda externa de los países desarrollados que genera fatiga en los mecanismos de ayuda, desplazando el poder económico a los nuevos actores emergentes (Domínguez Martín, 2012: 257).

Sin embargo, otros autores estipulan otros síntomas de la crisis que vive la Cooperación para el Desarrollo. En primer lugar, la reducción de la cantidad de dinero destinado hacia los países receptores en vías de desarrollo, que pasó del 0.312 % neto del Ingreso Nacional Bruto (INB) en 1960 —con un pico máximo en 1961 del 0.367 % del INB— a únicamente el 0.204 % del INB en 2015 —con un punto mínimo en el año 2000 con el 0.148 %— (CAD-OCDE, 2017). Esto representa una constante disminución de recursos destinados a ese rubro.

Otro punto sobre la crisis de identidad de la Cooperación para el Desarrollo es la importancia que los gobiernos le asignan al mercado en diferentes rubros incluido la Cooperación para el Desarrollo. En encuentros como la Cumbre de Monterrey de 2002, destinado al financiamiento para el desarrollo, los representantes de los gobiernos participantes establecieron logros importantes conforme al desarrollo de los países como la disminución de la deuda externa y la redirección de los recursos destinados a financiar proyectos de ayuda a países vulnerables. Entre las medidas más importantes, los países miembros del CAD adoptaron la No Condicionalidad de los países destinatarios, pudiendo dirigir esos recursos a las necesidades que cada país considere pertinente y haciendo más efectiva la destinación de recursos (Bárcena et al., 2002: 5-11). Sin embargo, la *mercadización* de los recursos también ha repercutido en las cantidades que fluyen debido a la volatilización de los mercados en constatación de crisis.

La ausencia de resultados efectivos —o creíbles— conforme al eficiente destino de los recursos dirigidos al financiamiento de proyectos es otro aspecto que genera escozor en la Cooperación para el Desarrollo. En ese sentido, algunos países han hecho eco de la falta de resultados visibles de la cooperación, por lo que argumentan una fatiga del modelo de ayuda. Es decir, la desconfianza no es limitante pues también existe la visión de la utilización de la cooperación como un nuevo modelo colonial de las potencias pues en ningún momento las particularidades locales son tomadas en cuenta en el proceso de diseño de los proyectos de desarrollo destinados a la región (Unceta Satrustegui, 2013: 16-17).

Lo estipulado en los planes de cooperación mantiene, desde sus orígenes, los mismos postulados de dependencia. Los países receptores quedan supeditados a lo que los países donadores estipulan y están obligados a seguir los planes

establecidos. Es otras palabras, los países donantes son los que marcan las reglas a seguir y los receptores están obligados a seguir estas reglas al pie de la letra reproduciendo esta relación de poder de uno con otro. De este modo, el hecho de no reconocer —o hacerlo muy poco— las particularidades de los países o regiones receptoras de recursos genera malos resultados en los procesos de evaluación de resultados. De esta manera, los países receptores terminan teniendo proyectos que no funcionan con la visión local y los hacen adaptarse a entornos ajenos o simplemente desaparecen los proyectos por no tener el arraigo necesario.

En el mismo tenor, las agencias o países donantes terminan generando sistemas de inyección constante de recursos monetarios o de bienes materiales para subsistir. En algunos casos —o la mayoría de estos—, los recursos que circulan de los países donantes a los receptores caen en abismos donde estos son incapaces de reportar el destino final de estos, por lo que terminan incumpliendo los acuerdos. Los recursos donados no siempre son dirigidos a los planes pactados y los donantes son incapaces de sancionar los incumplimientos de los acuerdos previos. Los recursos deben ser acabados, sean en el plan original o en objetivos alternos debido a que si el dinero contemplado para el financiamiento no se acaba en su totalidad debe ser devuelto y, de ser así, el siguiente programa a financiar puede tener menos recursos destinados o retirar totalmente el recurso. Este hecho genera incentivos para la implementación de sistemas sociales de recepción constante de recursos extranjeros dirigidos a diversos destinos alternos de planes de cooperación. Es decir, muchos países están dedicados a atraer recursos con programas de financiamiento específicos pero con presupuestos inflados, cuyos excedentes están dirigidos a planes alternos no especificados.

Al replantear el futuro de la Cooperación Internacional para el Desarrollo, los países receptores y los donantes debieron establecer cuál sería el destino. Para minimizar el financiamiento de proyectos alternos y que los recursos sean dirigidos únicamente a los programas para los cuales fueron requeridos, los países y organismos de cooperación han establecido métodos para una mejor aplicación y rastreo de los recursos como la metodología del Marco Lógico, donde quedaba establecida la importancia que la identidad ha tomado en este terreno.

Como cualquier proceso de interacción social, la cooperación internacional no permanece inmóvil, sino que se mantiene dinámica conforme la sociedad misma —en este caso el medio internacional— sufre cambios. La concepción de cooperación guarda relación con el quehacer social de regiones específicas que están en “vulnerabilidad” económica, social o de seguridad, por lo que para su accionar requiere de “diversificación, y la multiplicación con puntos de contacto e interrelaciones institucionales, buscando una manera de llegar a una participación positiva en beneficio mutuo” (Chalmers, 1994: 57). Es decir, los países que cooperan no son únicamente donadores de recursos, sino que están en una constante interacción de intereses y buscando un mismo destino en común. En este sentido, la visión de cooperar cambió conforme a sus inicios pues ya no es visto como un proceso unidireccional sino que es visto como un proceso de correspondencia

donde todos los involucrados acuerdan la búsqueda más viable para un problema con objetivos establecidos previamente.

Los objetivos de la cooperación no deben estar marcados en un sentido unidireccional, es decir, que no pueden permanecer como objetivos únicos o simples. El camino a seguir para la Cooperación Internacional ha sido la variación de los destinos en los modelos preexistentes y redireccionando la manera de establecer los objetivos de cumplimiento de bienestar humano. Así, este cambio en la visión establece un retorno a lo local, consumido, compartido y adaptado a un nuevo entorno para el desarrollo buscado por esa cooperación (Unceta Sastruégui, 2013: 23).

En este tenor, la cooperación integra procesos para el mejor funcionamiento de sus prácticas y programas. Así, “nuevos” métodos de diseño, aplicación y evaluación de proyectos de desarrollo —como el del Marco Lógico— facilitan esta parte para un mejor funcionamiento de los programas por medio de la adopción de los programas implementados. De esta manera, las instituciones de cooperación buscan que las sociedades beneficiarias de programas de financiamiento apropien esos programas para que no las vean únicamente como recursos donados sino como verdaderos ingresos que los ayuden a solucionar los problemas sociales locales.

Tradicionalmente, los Estados son los principales actores en los mecanismos de Cooperación para el Desarrollo. Como parte de la evolución del escenario internacional nuevos actores han dado un paso adelante en el tema. Universidades, gobiernos locales, sociedades civiles, ONG y otro tipo de entes locales han tomado un papel en la internacionalización de sus regiones por medio de la *Paradiplomacia*. En ese escenario, la aparición de estos nuevos actores implica la generación de nuevos procesos que hagan que los proyectos trasciendan y sean más eficientes y eficaces: la adopción del proyecto como parte de los medios de vida locales. Sin embargo, la adopción no es un proceso sencillo sino que debe contener elementos de adaptación local para que estos puedan ser arraigados en el modo de vida común y con esto mantengan un sentido de pertenencia con las comunidades destinatarias.

La Cooperación Internacional para el Desarrollo evolucionó y, con ella, el papel de los objetivos y los Estados cambió con el paso de los años. Marcela Maldonado y Santos López Leyva (2017: 18-22) retoman cuatro fases en la evolución del desarrollo de Keneth Dadzie: la primera fase comprende de 1945 a 1962 y abarca al Estado nacional capitalista donde su principal objetivo era establecer el desarrollo por medio del capitalismo clásico centrado en el papel de los gobiernos y la cada vez más importante relación de estos con los organismos de financiamiento internacional. La segunda fase, de 1962 a 1981, abarca la acción afirmativa internacional donde los principales esfuerzos de desarrollo iban de la mano de los organismos de las Naciones Unidas marcando la diferencia entre, el llamado, Norte y Sur, es decir, entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo o del primer y tercer mundo. La tercera fase, comprendido de 1981 a 1989, establece un regreso del Neoliberalismo donde las políticas estaban

enfocadas sobre aspectos macroeconómicos y tomaron importancia nuevos aspectos sociales y ambientales. Desde esta perspectiva, la Cooperación para el Desarrollo comenzó un cambio de visión sobre los nuevos aspectos que llevan a la cuarta fase (comprendido de 1989 a 2015, de desarrollo humanos sostenible) donde los gobiernos dejan en manos del mercado la sustentabilidad del desarrollo en los diversos niveles de influencia —global, estatal y local—.

La adopción de una visión local, aunque no lo pareciera, aporta un argumento a los procesos de globalización desde la *glocalización*. Retomar los argumentos de lo local amerita darle, o aceptar, lo que lo local aporta a una visión global de la sociedad. Es decir, la tendencia de la globalización va en la aceptación de lo local y la adopción de lo que cada región tiene por aportar a lo globalización. Así lo retoman Maldonado y López Leyva (2017: 28), de la voz de Hurrell, cuando hablan sobre los cuatro aportes de las regiones a la globalización como el aporte de la cultura y diversidad; los polos o poderes; como parte de los multiniveles que están dentro de la gobernanza global y como una de las principales impulsoras de cambio en la sociedad internacional.

Conforme las regiones, ya sean entendidas como sub o supra estatales —ya que en ambos aspectos contribuyen iguales componentes—, aportan una manera alternativa de ver la gobernanza global es que las políticas de Cooperación Internacional para el Desarrollo han cambiado. Es decir, ya no son los países o las organizaciones donantes las que establecen las necesidades de los receptores, sino los receptores los encargados de solicitar marcar los destinos de la ayuda requerida.

LA AYUDA OFICIAL PARA EL DESARROLLO Y SU EVOLUCIÓN EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

El proceso de la Cooperación para el Desarrollo en el paso de los años ha cambiado para cumplir diferentes objetivos. Si bien la cooperación está viviendo un proceso de crisis conforme a su destino, la Ayuda Oficial para el Desarrollo mantiene un constante aumento. De igual manera, los destinos de los recursos han evolucionado haciendo valer las nuevas necesidades que el escenario internacional presenta. En los inicios de la Cooperación para el Desarrollo, la principal necesidad fue la reconstrucción europea y que éste financiamiento sirva como freno al avance comunista que amenazaba el continente al final de la Segunda Guerra Mundial.

La Ayuda Oficial para el Desarrollo ha mantenido un proceso de ampliación conforme a las nuevas necesidades. El medio internacional presenta estructuras diferentes hacia los nuevos retos mundiales. Según los reportes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el año 2014, el total bruto de la AOD fue de poco más de 166 mil millones de dólares, y en 2015 subió a poco más de 174 mil millones de dólares. Gran parte del bruto de las donaciones va destinado a la infraestructura social de los países receptores: en 2014, casi 64 mil millones de dólares fueron destinadas a ese rubro; sin embargo, para el 2015, la cantidad destinada descendió a poco más de 58 mil millones de

dólares y para el 2016 subió a casi 62 mil millones de dólares. Otro rubro importante para la AOD es la infraestructura económica con más de 30 mil millones de dólares en 2014, a pesar de que en 2015 descendió a poco más de 28 mil millones y para 2016 apenas pasó los 27 mil millones. La ayuda a producciones es otro de los rubros importantes y que también descendió de 2014 a 2015 al pasar de casi 11 mil 986 millones a 11 mil 320 millones de dólares, y en 2016 apenas ascendió a 11 mil 549 millones. Sin embargo, aspectos humanitarios mostraron un ascenso en los destinos de la AOD: la respuesta a emergencias recibió poco más de 15 mil millones de dólares en 2014 y casi alcanzó los 18 mil millones de dólares un año después; y la ayuda humanitaria paso de poco más de 17 mil millones en 2014 a casi llegar a los 20 mil millones en 2015 y para 2016 alcanzó 24 mil 679 millones. El aspecto que más creció de 2014 a 2016 fue el referente a los refugiados en los países donantes que pasó de 6 mil 694 millones a 16 mil 277 millones de dólares (OCDE, 2018a).

Los sectores que mayor recepción de recursos tuvo en los años 2014 y 2015 fueron la infraestructura social, la infraestructura económica, el multi-sector, la ayuda humanitaria, la respuesta a emergencias, la producción, y los refugiados en países donantes (Tabla 1, Anexos). Sin embargo estos no son los únicos rubros en los que los recursos son destinados. Dentro del sector de la infraestructura social, aspectos como el gobierno y la sociedad civil; educación; población y salud reproductiva; salud; abastecimiento de agua y saneamiento son los más importantes. Conforme a la infraestructura económica, aspectos como la energía; transporte y almacenamiento; banca y finanzas; negocios y comunicaciones, son los aspectos a financiamiento. El Multisectorial tiene una importancia discreta dentro de los aspectos a financiar aunque es dentro de este rubro que comprende la protección ambiental. La ayuda humanitaria y la respuesta a emergencias también recogen la reconstrucción y rehabilitación y la prevención de desastres como aspectos de la AOD. La producción comprende aspectos como la agricultura y pesca, así como el apoyo al sector industria, minero y de construcción. Los otros aspectos destinados al financiamiento son: la administración de los costos de los donantes, la disminución de la deuda externa, los programas de asistencia, entre otros.

De esta manera, la realidad internacional genera un cambio conforme al destino de las donaciones haciéndolos más específicos. Del mismo modo, las tendencias muestran que algunos sectores disminuyen su importancia conforme el escenario internacional crea nuevos conflictos que deben ser resueltos y la AOD es un medio para buscar la resolución de estos. De igual forma en la que unos sectores disminuyen y otros aumentan la recepción de los recursos, muchos países han tenido una movilidad en el escenario mundial. Es decir, que han aparecido sectores que necesitan del financiamiento internacional.

Las donaciones y recepciones de recursos a nivel mundial han pasado por buenos y malos momentos con el paso de los años. Las donaciones pueden medirse según la cantidad de dinero donado y el porcentaje del Producto Nacional Bruto de los países donadores que esa cantidad representa. De los 36 países donadores que tiene registro la OCDE, los principales donadores son 7 —ya sea por

cantidad de dinero donado o por la cantidad del PNB donado—: Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Suecia, Luxemburgo y Emiratos Árabes Unidos.

Conforme al porcentaje de PNB, los principales países donadores son Suecia, Noruega, Luxemburgo y los Emiratos Árabes Unidos —aunque no son los únicos que reconoce la OCDE— (OCDE, 2017a). La tabla número 2 (Anexos) muestra los porcentajes del PNB que los principales donadores aportan por concepto de AOD por décadas a partir de 1960 y por año a partir de 2009 (con información por año en el anexo 1). En la década de 1960, el promedio donado por Suecia fue de 0.195 % del PNB; en la década de 1970 aumentó a 0.676 % y de 1980 hasta el 2017 ha oscilado entre el 0.897 % y el 1.01 % del PNB donado. Por su parte, Noruega también ha aumentado sus donaciones: en las décadas de 1960, donó el 0.181 %; la siguiente década de 1970 aumentó a 0.617 %; desde 1980 hasta el 2016, las donaciones de Noruega han oscilado entre 0.897 % a 1.11 % con un descenso hasta el 0.99 % del PNB en 2017. Luxemburgo ha pasado de 0.148 % en la década de 1980 a 0.421 % en la década de 1990 y a 0.851 % en la primera década del siglo XXI; de 2009 a 2017 las donaciones de Luxemburgo ha rondado de 0.97 % del PNB hasta el 1.00 %. Sin embargo, el país que mayor porcentaje de su PNB ha donado es los Emiratos Árabes Unidos al pasar de 0.37 % en 2009 y un máximo de 1.34 % en 2013 pero no bajando de 1.18 % en 2016 y repuntando a 1.31 % en 2017. No obstante a que los porcentajes de PNB son los más altos, la cantidad de dinero que estos países no es tan significativa (OCDE, 2017a).

Por su parte, los otros países que tienen menos porcentaje de PNB en donaciones para el AOD —pero que aun así son de los principales países donantes— mantienen un alto nivel de donación a pesar de que el porcentaje sea menor que en otros casos. Estados Unidos que donó 0.514 % de su PNB en la década de 1960 y ha ido en descenso década con década hasta llegar al 0.18 % de su PNB en 2016. Reino Unido donó en la década de 1960 el 0.487 % de su PNB y llegó a su punto mínimo en la década de 1990 con el 0.285 % y a partir de ahí va ascendido hasta mantener el 0.70 % del PNB desde 2013 hasta 2016. Alemania ha mantenido entre 0.32 % a un máximo de 0.70 % del PNB en 2016.

Conforme a la cantidad de recursos para la AOD (Tabla 3, Anexos), los principales países donadores son Estados Unidos, Reino Unido y Alemania. En promedio, Estados Unidos donó poco más de 20 mil millones de dólares en la década de 1960; en los 1970, el promedio fue poco más de 14.5 mil millones de dólares; en los 1980, el promedio casi llegó a los 17 mil millones de dólares y descendió a poco más de 14 mil millones de dólares. A partir de 2010 hasta el 2017, Estados Unidos ha mantenido sus donaciones entre los 32 mil millones y 34.64 mil millones de dólares. El Reino Unido, en promedio, donó en la década de 1960 poco más de 4 mil millones de dólares y mantuvo una cantidad similar hasta la década 2000-2009 con un incremento que llegó casi a los 9 mil millones de dólares. A partir del 2010 pasó de donar casi 14 mil millones hasta apenas superar los 18 mil millones en el año 2017. Por su parte, Alemania ascendió de casi 4 mil millones en la década de 1960 a casi 5 mil millones en la década de 1970; las siguientes décadas de 1980 y 1990 mantuvo sus recursos entre 7 mil millones a 8

mil millones. En la década de 2000-2009, Alemania superó los 9 mil millones de dólares y mantuvo un incremento hasta superar los 24 mil millones de dólares en 2016 y un descenso hasta 23.84 mil millones en 2017 (OCDE, 2018).

Si bien, la cantidad de recursos donados por países como Suecia, Noruega, Luxemburgo o Emiratos Árabes Unidos no es tan importante comparado con otros actores que no figuran en la tabla como Francia con más de 10 mil millones en 2014 y más de 9 mil millones en 2016; Japón, —con más de 9 mil millones en 2016; o las Instituciones de la Unión Europea, con casi 16 mil millones de dólares— su porcentaje de PNB es superior al promedio —junto con países como Dinamarca con un 0.75 %, o Países Bajos con un 0.65 % de su PNB— (OCDE, 2017b).

Del mismo modo existe una gran cantidad de países que reciben ayuda por medio de donaciones dirigidos a diversos rubros. Los principales países receptores de AOD son los países víctimas de conflicto en Medio Oriente: como Siria con una recepción de casi 5 mil millones de dólares en 2015, representando el 263.9 % de AOD neta per cápita; Cisjordania y la Franja de Gaza con casi 2 mil millones de donaciones y 423.6 % del AOD per cápita; Jordania con poco más de 2 mil millones de dólares y 283.1 % del AOD per cápita y, Líbano, con recepción bruta de mil 163 millones de dólares, representando el 166.7 % de AOD per cápita (OCDE, 2017c). Sin embargo, los aspectos considerados para estos países son, principalmente, dirigidos hacia la ayuda humanitaria e infraestructura social.

Por su parte, organismos civiles, religiosos y empresariales han tenido un papel más activo en los últimos años conforme a la Cooperación para el Desarrollo. Fundaciones como The Rockefeller Foundation, con casi mil millones y medio de dólares entre 2006 y 2016; Fundación Ford con poco más de 185 millones de dólares entre 2017 y 2018; Médicos Sin Fronteras, con casi 7 mil millones de dólares entre 2012 y 2017, OXFAM internacional con poco más de 4 mil 500 millones de dólares entre 2010 y 2015; World Vision, con más de 16 mil millones de dólares entre 2011 y 2016 y Bill & Melinda Gates Foundation con más de casi 10 mil millones de dólares —además de W.K Kellogg Foundation, CODESPA, CARE internacional, Save the Children, Caritas, Catholic Relief Services que suman poco más de 42 millones de dólares entre 2006 y 2018— destinan, en total, poco más de 39 mil millones de dólares entre 2006 y 2018 (cuadro 4 de anexos) significando una alternativa importante de financiamiento a programas de desarrollo en países que lo necesitan.

Las tendencias de donación-recepción de recursos por medio de Ayuda Oficial para el Desarrollo demuestran un síntoma más de la crisis de identidad en los sistemas tradicionales de la Cooperación Internacional para el Desarrollo. De los 36 principales donadores de la OCDE, 35 son Estados y uno es un actor supra nacional, es decir, las Instituciones de la Unión Europea (OCDE, 2017c). En ese sentido, Fundaciones como World Vision o Bill & Melinda Gates destinan igual —o mayor— cantidad de recursos que países como Noruega, Luxemburgo o Emiratos Árabes Unidos. El posicionamiento de instituciones internacionales dentro del escenario internacional de la cooperación para el desarrollo es muestra

del crecimiento de nuevos agentes dentro del quehacer que por mucho tiempo fue exclusivamente del Estado.

LA IDENTIDAD COMO ALTERNATIVA PARA EL RESURGIMIENTO DE LA COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), varios organismos, agencias de cooperación y países han cambiado sus procesos de diseño, aplicación y evaluación de programas de cooperación para hacerlos más eficientes. Algunas entidades financieras —como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Asiático de Desarrollo (ADM o Asian Development Bank) y el Banco Mundial (BM)—, organismos internacionales —como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Unión europea—; agencias de cooperación —como Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID o United States Agency for International Development) o la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional (CIDA o Canadian International Development Agency)—; y países como México, Colombia y Chile, entre muchos otros, utilizan herramientas que aseguren un mejor manejo de los procesos de planeación, diseño, aplicación y evaluación de los programas a aplicar. Uno de esos procesos —aunque no el único— es el enfoque Marco Lógico (Castillo Flores *et al.*, 2008: 23) como herramienta de *apropiación* para los programas aplicados.

El Marco Lógico es un instrumento para planificar diferentes aspectos de un proyecto, subrayando de manera lógica los insumos previstos, las actividades que deban planearse y los resultados esperados para la aplicación de ese proyecto. Este enfoque fue creado en 1969 por León Rossenberg y Lawrence Posnet para la consultora Practical Concepts Inc., bajo contrato de la USAID para mejorar la calidad de la inversión social que las agencias de cooperación. A la vez, otras instituciones y países tomaron como referencia el Marco Lógico debido a las facilidades que ofrece para realizar una planeación, aplicación y evaluación eficaz y eficiente para determinados problemas sociales. De igual manera, ofrece elementos de apropiación de los programas por parte de las sociedades receptoras de recursos financieros. La identidad es necesaria en el proceso de adopción para los programas de desarrollo, por lo que los diseñadores y los beneficiarios necesitan esa relación para el mejor funcionamiento de esas políticas. La Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ, hoy Agencia Alemana de Cooperación Internacional GIZ) rediseñó el enfoque bajo el nombre de Proyectos Orientada a Objetivos (ZOPP) para la preparación e implementación de proyectos y tomó en cuenta a los participantes, el problema, los objetivos, las alternativas, la evaluación y los beneficiarios para esa planeación (Crespo, 2011: 10).

En ese sentido, la adopción identitaria de los proyectos por parte de los beneficiarios refleja una recepción colectiva de los recursos, así como —teóricamente— un mayor cuidado de éstos que devendría en resultados más eficaces y eficientes. Sin embargo, el Marco Lógico no es el único camino para llegar a integrar los programas a la convivencia de la comunidad y sean ellos mismos

quienes propongan y utilicen los recursos de forma coherente y en beneficio propio. Como ejemplo, las autoridades y sociedades locales de los países africanos al sur del Sahara apropian y adaptan los recursos procedentes de diversos orígenes —ya sean de países donantes, ONG, u otros— para minimizar sus vulnerabilidades (Domínguez Martín, 2012: 265). Es decir, la tendencia alterna a la Cooperación Internacional para el Desarrollo está dirigida a la adopción y especificación de las necesidades que la población beneficiada con la cooperación requiere.

Así, la Cooperación Internacional para el Desarrollo ha cambiado su manera pasiva de realizarse, enfocado únicamente en donar dinero para beneficio de algún país específico, para adaptarse en las necesidades específicas de las sociedades receptoras. De esta manera, la identidad local ha tomado un papel importante en los procesos de planeación, aplicación y evaluación de proyectos de cooperación. La gobernanza global conforme a la cooperación para el desarrollo cambió debido a las variaciones en el paradigma y la incursión de las identidades locales en el mismo tema.

Los nuevos ejercicios de cooperación financiados por diversas agencias y ONG situadas, específicamente, en territorios indígenas y llevando programas a pequeña escala han demostrado que el fortalecimiento de la identidad cultural y la promoción de desarrollo socioeconómicos sostenible tiende a vincularse y no a excluirse. De igual manera, la inclusión de los valores locales dentro de los esfuerzos de desarrollo tiene en la cultura un aliado y no un impedimento. Esta lógica estipula una fácil adopción de los cambios del desarrollo por parte de la sociedad receptora y no un freno a este tipo de políticas (Deruyttere, 2001: 8).

La identidad en la Cooperación Internacional para el Desarrollo presenta la oportunidad para que las comunidades receptoras adapten los programas propia concepción, con sus propias costumbres y elementos locales, es decir, que las adopten como elementos propios. Es de notar que la propuesta de tomar en cuenta las especificidades locales dentro de las planeaciones proviene de las sociedades receptoras. Por lo tanto, el cambio de la visión de la cooperación tiene un origen local por un motivo obvio y principal: que los programas de desarrollo deben promover y mantener la participación local en la toma de decisiones, identificación y diseños de estos programas, realizados con conocimiento entero sobre las características propias de las sociedades receptoras. Así, los programas de desarrollo no parten únicamente del desarrollo de estos y aplicarlos con la población receptora, sino que conlleva un análisis y diagnóstico sociocultural previo vital para el funcionamiento eficaz (Dureyterre, 2001: 8).

El argumento sobre la conformación de un modelo que tome como punto importante a la identidad facilita la presunción —lógica— de un funcionamiento eficaz y eficiente de los programas resultantes de políticas de cooperación para el desarrollo. En ese sentido, la planeación de proyectos basados en la identidad local abona a los procesos de *Paradiplomacia* y aporta a elementos como el poder suave de los países al reforzar a las subregiones como agentes fuertes de las relaciones internacionales como acción y como disciplina.

CONCLUSIONES

La Cooperación Internacional para el Desarrollo ha tenido una evolución con el paso del tiempo. Los procesos aplicados en las políticas de cooperación para el desarrollo han entrado en un proceso de renovación por tres sucesos específicos: primero por la caída en los resultados de las políticas de desarrollo que las instituciones y gobiernos donadores que fueron —y han sido— constantes por mucho tiempo; segundo, los nuevos actores que han aparecido en el escenario internacional y tomaron el lugar como promotores importantes del desarrollo por medio de la cooperación y, en tercer lugar, la crisis financiera que sufrieron los países desarrollados en los últimos años y que propició que los países donadores pasen a un segundo nivel por debajo de actores más activos.

En ese escenario, la cooperación entre países, y organismos internacionales con fines de impulsar el desarrollo de países menos favorecidos, plantea un cuestionamiento sobre el papel de los países desarrollados en el impulso de los países en subdesarrollo. El nuevo escenario cuestiona los procesos que habían sido aplicados desde la aparición de la cooperación como fenómeno y planea un cambio en la visión de aterrizar las políticas a sociedades que requieran de ella. Este cuestionamiento, calificado como crisis de identidad de la cooperación, es el que debate el papel habitual que han tenido los países donadores y la pérdida de su importancia en beneficio de los nuevos actores, entre organismos no gubernamentales y nuevos países que ascendieron en la escala de desarrollo para beneficio de otros países. En ese tenor, los cambios que presenta la cooperación internacional van en sentido de nuevos estados e instituciones que figuran como donantes.

La Cooperación Internacional para el Desarrollo ha tenido que cambiar para asegurar un funcionamiento eficaz y eficiente en el diseño, aplicación y evaluación de políticas públicas que minimicen las diversas vulnerabilidades que afrontan las sociedades en vías de desarrollo. Los cambios en los procesos de toma de decisiones han repercutido en procesos diferentes que obliguen a un correcto destino de los recursos dirigidos por los principales países donadores.

La implementación de proyectos enfocados en la identidad local obliga a un proceso de adopción y cimentación profunda de proyectos que busquen beneficio de las zonas en vías de desarrollo. Los pocos —o desfavorecidos— resultados que reflejaron los proyectos de cooperación, aunado a las nuevas exigencias sociales del escenario internacional, plantearon la necesidad de redireccionar el rumbo de la cooperación para el desarrollo para que estos reflejen resultados más favorables para los países y zonas beneficiarias de la mano de la cimentación y adaptación que conlleva la planeación de proyectos basados en las identidades locales de los destinos de la cooperación.

BIBLIOGRAFÍA

BÁRCENA, Alicia, *et al.* (2002), *Financiamiento para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe. De Monterrey a Johannesburgo. Cumbre*

- mundial sobre el desarrollo sostenible Johannesburgo 2002*, Johannesburgo: CEPAL-PNUD.
- CASTILLO FLORES, Rebeca Beatriz, *et. al.*, (2008), *Diseño de un plan de negocios para la asociación de mujeres rurales (AMR) utilizando a metodología del enfoque del marco lógico de las agencias de cooperación internacional*, El Salvador: Universidad de El Salvador.
- CHALMERS, Douglas (1994), “La cooperación entre los socios desiguales”, En Loeza, Soledad (Coordinadora), *La cooperación internacional en un mundo desigual*, México: COLMEX.
- Comisión Europea (1996), *Lomé IV Revisado. Cambio y desafíos*, Comisión Europea de 1989 a diciembre de 1996, Bruselas: Comisión Europea.
- CRESPO, Marco A. (2011). *Guía de diseño de proyectos sociales comunitarios bajo el enfoque de marco lógico (compendio de conceptos esenciales y aplicaciones)*. Caracas.
- DERUYTTERE, Anne (2001), *Pueblos indígenas, globalización y desarrollo con identidad: algunas reflexiones de estrategia*, BID.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Rafael (2012), “La cooperación internacional para el desarrollo en el nuevo mapa del poder económico mundial: la emergencia de África Subsahariana”, En: Gutiérrez Castillo, Víctor Luis (Ed.), *La Cooperación Internacional para el Desarrollo con África Subsahariana*. España: Universidad Jaén.
- MALDONADO BODART, Marcela y LÓPEZ LEYVA, Santos (2017), “La visión del desarrollo del contexto global y regional. El regionalismo a través de la Alianza del Pacífico y la Asociación Latinoamericana de integración 2005-2015”, *Desafíos 29, semestre 1*. Bogotá, Colombia.
- NIVIA-RUIZ, Fernando (2012), “La cooperación internacional para el desarrollo en los territorios colombianos: análisis de posibles casos de gestión a partir de la experiencia del municipio de Caldon (Cauca)”, *Prospectiva*, No. 17, noviembre de 2012.
- SANAHUJA, José Antonio (2013), “Más allá del 2015: visiones y escenarios del desarrollo global y las políticas de ayuda”, En: Domínguez y Tezanos (coords). *Desafío de los estudios del desarrollo: actas del I Congreso Internacional de Estudios del Desarrollo*, Santander: Red Española de Estudios del Desarrollo/Universidad de Cantabria.
- Unceta Satrustegui, Koldo (2013), “Cooperación para el desarrollo: Anatomía de una crisis”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*. Núm. 47, Quito.

Fuentes en línea

- Bill & Melinda Gates Foundation (2018). *Grantmaking. Awarded Grants*. Disponible en: <https://www.gatesfoundation.org/How-We-Work/Quick-Links/Grants-Database#q/sortdir=asc> [15 de octubre de 2018]
- CAD-OCDE (2017), “Ayuda Oficial al Desarrollo (ODA) neta recibida (% del INB)”, en *Banco Mundial*. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/DT.ODA.ODAT.GN.ZS> [15 de junio de 2017]

- CARE (s/f). “Previous annual report”. *Care-International.org*. Disponible en: <https://www.care-international.org/our-impact/previous-annual-reports> [22 diciembre de 2018]
- Caritas (2019). *Información financiera. Un resumen de actividades financieras*. Disponible en: <https://www.caritas.org/quienes-somos/finance/?lang=es> [12 de febrero de 2019]
- Catholic Relief Services (2019). *Financial reports*. Disponible en: <https://www.crs.org/about/financial-reports> [9 de febrero de 2019]
- Christian Aid (2019). *Accountability and transparency*. Disponible en: <https://www.christianaid.org.uk/about-us/accountability-and-transparency> [11 de enero de 2019]
- Médicos Sin Fronteras (2012). *MSF Resumen del año 2011-2012*. Disponible en: <https://www.msf.mx/article/msf-resumen-del-ano-2011-2012> [20 de diciembre de 2018]
- Médicos Sin Fronteras (2013). *Informe financiero 2013*. Disponible en: <https://www.msf.mx/document/informe-financiero-2013> [20 de diciembre de 2018]
- Médicos Sin Fronteras (2016). *Informe financiero internacional 2015*. Disponible en: <https://www.msf.mx/document/resumen-financiero-internacional-2015> [20 de diciembre de 2018]
- Médicos Sin Fronteras (2018). *Informe financiero internacional 2017*. Disponible en: <https://www.msf.mx/document/informe-financiero-internacional-2017> [20 de diciembre de 2018]
- OECD (2016), “History”. *Organization for Economic Co-Operation and Development*. Disponible en: <http://www.oecd.org/about/history/> [15 de junio de 2016]
- Fundación CODESPA (s/f). “Datos Economicos”. *Fundación CODESPA*. Disponible en: <https://www.codespa.org/conocenos/datos-economicos/> [10 de enero de 2019]
- OCDE (2016a), “Adhesión al Comité de Ayuda al Desarrollo”, *OCDE*. Disponible en: [https://www.oecd.org/dac/dac-global-relations/SPANISH%20-%2002-02-15%20-%20Joining%20the%20DAC%20\(2\).pdf](https://www.oecd.org/dac/dac-global-relations/SPANISH%20-%2002-02-15%20-%20Joining%20the%20DAC%20(2).pdf) [12 de junio de 2016]
- _____, (2017), “Aid statistic by donor, recipient and sector”, *OCDE*. Disponible en: <http://www2.compareyourcountry.org/aid-statistics?cr=625&cr1=oecd&lg=es&page=2> [10 de junio de 2017]
- _____, (2017a), “Ayuda Oficial para el Desarrollo”, *OCDE*. Disponible en: <http://www2.compareyourcountry.org/oda?cr=576&cr1=oecd&lg=es&page=1> [10 de junio de 2017]
- _____, (2017b), “Aid statistics by donor, recipient and sector”, *OCDE*. Disponible en: <http://www2.compareyourcountry.org/aid-statistics?cr=1000&cr1=oecd&lg=es&page=0> [10 d junio de 2017]
- _____, (2017c), “Aid statistics by donor, recipient and sector”, *OCDE*. Disponible en: <http://www2.compareyourcountry.org/aid-statistics?cr=1000&cr1=oecd&lg=es&page=1> [10 d junio de 2017]

- _____. (2018), “Ayuda Oficial para el Desarrollo 2017”, *OCDE*. Disponible en: <http://www2.compareyourcountry.org/oda?cr=576&cr1=oced&lg=es&page=1> [23 de abril de 2018]
- _____. (2018a), “Aid statistic by donor, recipient and sector”, *OCDE*. Disponible en: <http://www2.compareyourcountry.org/aid-statistics?cr=625&cr1=oced&lg=es&page=2> [24 de abril de 2018]
- OXFAM Internacional (2019). “Informes y estudios”. *OXFAM.org*. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/content/informes-y-estudios> [15 de febrero de 2019]
- Save the children (2018). *Our finances and annual review*. Disponible en: <https://www.savethechildren.net/about-us/our-finances> [10 de enero de 2019]
- The Rockefeller Foundation (2019). “2013 annual report”. *RockefellerFoundation.org*. Disponible en: <http://annualreport2013.rockefellerfoundation.org/> [12 de enero de 2019]
- The Rockefeller Foundation (2019). “Annual reports”. *Rockefellerfpundation.org*. Disponible en: <https://www.rockefellerfoundation.org/about-us/governance-reports/> [12 de enero de 2019]
- World Vision International (2018). *Wvi.org*. Disponible en: <https://www.wvi.org/annualreviews> [20 de noviembre de 2018]

ANEXOS

Tabla 1. Principales sectores financiados por medio de Ayuda Oficial para el Desarrollo, 2014 y 2015

AOD total bruto (millones de dólares)			
Sectores	2014	2015	2016
Infraestructura social	63,615	58,205	61,731
Infraestructura económica	30,479	28,175	27,259
Multi-sector	15,919	14,299	15,282
Ayuda humanitaria	17,212	19,957	24,679
Respuesta de Emergencias	15,082	17,696	22,270
Producción	11,986	11,320	11,549
Refugiados en países donantes	6,694	12,291	16,277
Total de donaciones de todos los sectores	166,085	174,299	181,088

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la OCDE, 2017 y 2018.

Tabla 2. Porcentaje de PNB donado para la AOD, en promedio por décadas

Ayuda Oficial para el Desarrollo, porcentaje del Producto Nacional Bruto (promedio por década)							
Año	Estados Unidos	Reino Unido	Alemania	Suecia	Noruega	Luxemburgo	Emiratos Árabes Unidos
1960-69	0.514	0.487	0.401	0.195	0.181		
1970-79	0.26	0.419	0.359	0.676	0.617		
1980-89	0.224	0.338	0.441	0.868	1.033	0.148	
1990-99	0.141	0.285	0.329	0.861	0.982	0.421	
2000-09	0.162	0.393	0.32	0.897	0.897	0.851	
2009	0.21	0.51	0.36	1.12	1.06	1.04	0.37
2010	0.2	0.57	0.39	0.97	1.05	1.05	0.14
2011	0.2	0.56	0.39	1.02	0.96	0.97	0.21
2012	0.19	0.56	0.37	0.97	0.93	1	0.2
2013	0.18	0.7	0.38	1.01	1.07	1	1.34
2014	0.19	0.7	0.42	1.09	1	1.06	1.26
2015	0.17	0.7	0.52	1.4	1.05	0.95	1.18
2016	0.18	0.7	0.7	0.94	1.11	1	1.12
2017	0.18	0.70	0.66	1.01	0.99	1.00	1.31

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la OCDE, 2017.

Tabla 3. Cantidad de Donaciones para AOD, en promedio por décadas

Promedio de Ayuda Oficial para el Desarrollo por décadas (miles de millones de dólares)							
Año	Estados Unidos	Reino Unido	Alemania	Suecia	Noruega	Luxemburgo	Emiratos Árabes Unidos
1960-69	20.14	4.228	3.779	0.264	0.14		
1970-79	14.51	4.599	4.946	1.311	0.714		4.164
1980-89	16.612	4.264	7.374	1.962	1.681	0.023	1.563
1990-99	14.391	4.506	7.857	2.208	2.212	0.104	1.081
2000-09	23.692	8.91	9.217	3.389	2.929	0.303	0.93
2010	32.23	13.91	11.82	4.15	3.63	0.38	0.39
2011	32.97	13.92	12.09	4.57	3.43	0.35	0.64
2012	32.05	13.93	11.82	4.42	3.44	0.36	0.69
2013	32.17	17.83	12.34	4.68	3.99	0.37	4.88
2014	33.45	17.99	14.12	5.18	3.88	0.36	4.58
2015	33.99	18.54	17.94	7.09	4.28	0.36	4.38
2016	33.16	20.1	24.41	4.88	4.61	0.39	4.17
2017	34.64	18.42	23.84	5.38	3.94	0.41	4.52

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la OCDE, 2018.

Tabla 4. Donación de fundaciones internacionales a Cooperación Internacional para el Desarrollo (dólares)

Fundación	Periodo	Total de donación
W.K. Kellogg Foundation		\$ 23,380.00
Fundación Ford	2017-2018	\$ 185,134,219.00
Fundación CODESPA	2013-2017	\$ 24,194,442.00
Fundación Rockefeller Brothers	2006-2016	\$ 1,496,527,847.00
CARE International	2006-2017	\$ 8,504,127.00
Médicos Sin Fronteras Internacional	2012-2017	\$ 6,739,375,861.00
OXFAM	2010-2015	\$ 4,509,669,440.00
Save The Children International	2016	\$ 1,239,752.00
Christian Aid	2013-2018	\$ 654,568.00
CARITAS	2007-2016	\$ 39,374,113.00
Catholic Relief Services	2006-2016	\$ 7,662,033.00
World Vision	2011-2016	\$ 16,340,200,000.00
Bill & Mellinda Gates Foundation (Desarrollo Global)	2009 (antes) - 2018	\$ 1,872,364,008.00
Bill & Mellinda Gates Foundation (crecimiento global y oportunidades)	2009 (antes) - 2018	\$ 7,816,422,949.00
Total		\$39,041,346,739.00

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Fundación CODESPA; The Rockefeller Foundation; CARE International; Medicos Sin Fronteras; OXFAM internacional; Save the Children; Christian Aid; Caritas, Catholic Relief Services; World Vision y Bill & Melinda Gates.

**LA POLÍTICA MIGRATORIA MEXICANA FRENTE AL
RETO CENTROAMERICANO 2018-2019**
***MEXICAN IMMIGRATION POLICY FACING THE CENTRAL
AMERICAN CHALLENGE 2018-2019***

JOSÉ MARÍA RAMOS GARCÍA
Colegio de la Frontera Norte, México
ramosjm@colef.mx

CARLOS BARRACHINA LISÓN
Universidad Anáhuac México, México
carlos.barrachina@anahuac.mx

JIMMY EMMANUEL RAMOS VALENCIA
Universidad Autónoma de Baja California, México
jimmy.ramos@uabc.edu.mx

COYUNTURA:

En enero del año 2020 se organizó una primera caravana de migrantes centroamericanos, con la intención de atravesar México, camino de los Estados Unidos; mientras que en el mes de febrero se estaba organizando la segunda. A diferencia de las caravanas que se organizaron a finales del 2018 y a principios del 2019 (que sumaron un total de doce), en este caso el gobierno mexicano no autorizó¹ el libre tránsito por su territorio.² El 14 de enero, aproximadamente 2,000 hondureños salieron de San Pedro Sula camino de Chiapas, organizados a través de redes sociales;³ ante tal llamado de la población hondureña el presidente de Estados Unidos Donald Trump advirtió a través de un comunicado que debían desistir de su viaje.⁴

¹ PRADILLA, Alberto. 2020. "Tras 7 Horas Cerrada, Abren Frontera Con Guatemala; Grupos de Migrantes Se Registran En El INM." *Animal Político*, January 18, 2020. <https://www.animalpolitico.com/2020/01/caravana-migrante-mexico-abren-frontera/>

² CHENEY-RICE, Zak. 2020. "New Migrant Caravan Not Close Enough to U.S. Election to Be an Emergency." *Intelligencer*, January 12, 2020. <https://nymag.com/intelligencer/2020/01/caravan-but-no-election.html>

³ GÓMEZ, Alejandro. 2005. "Guardia Nacional y Migración En Chiapas, Listos Ante Nueva Caravana." *El Sol de México*, January 15, 2005. <https://www.elsoldemexico.com.mx/republica/sociedad/guardia-nacional-y-migracion-en-chiapas-listos-ante-nueva-caravana-4702145.html>

⁴ The white House. 2020. "The Trump Administration's Immigration Agenda Protects American Workers, Taxpayers, And Sovereignty." Washington. <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/trump-administrations-immigration-agenda-protects-american-workers-taxpayers-sovereignty/>

Entre el 18 y el 20 de enero los migrantes entregaron una carta que tenía como destinatario el presidente mexicano Andrés Manuel López Obrador, y sostuvieron pláticas con representantes del Instituto Nacional de Migración y de la Comisión Nacional de Ayuda a Refugiados.⁵ Como resultado se obtuvo la respuesta negativa de México respecto a la autorización al paso, a pesar de las palabras de la representante del Instituto Nacional de Migración quien señaló que “el gobierno de México refrenda su compromiso para mantener una migración, segura, ordenada y regular, con pleno respeto a los derechos humanos de las personas que llegan a nuestra frontera”.⁶

Debido a esta negativa, y al no poder cruzar por el puente internacional Rodolfo Robles, los migrantes atravesaron a pie por el río, ya que en esas fechas éste tiene un caudal de agua bajo. Las imágenes que circularon por la televisión y las redes sociales mostraron una Guardia Nacional haciendo uso de violencia, deteniendo y rociando gas pimienta en contra de los migrantes.⁷

Las autoridades mexicanas señalaron que los migrantes actuaron de forma violenta, y el presidente Andrés Manuel López Obrador sostuvo que la Guardia Nacional actuó correctamente protegiendo la frontera, bajo el argumento de que los migrantes se encontraban violando la ley.⁸ De quinientos indocumentados que intentaron entrar a México a la fuerza, se señaló que 402 fueron detenidos, y el resto huyó por una zona selvática. El canciller Marcelo Ebrard se presentó en conferencia de prensa señalando que los migrantes serían repatriados y confirmando la política de contención de México en apoyo de los Estados Unidos.⁹

Dos días después, en la presentación del informe anual de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) que presentó la comisionada Rosario Piedra, frente a la Comisión Permanente en la Cámara de Diputados, se impidió que Porfirio Muñoz Ledo presentara un video sobre la actuación de la Guardia Nacional en estos eventos, y la oposición acusó al partido Movimiento Regeneración Nacional (MORENA) —partido que representó el actual presidente Andrés Manuel López Obrador en las elecciones de 2018— de “censura”.¹⁰

⁵ BRITO, Omar. 2020. “Caravana Migrante Envía Carta a AMLO, Piden Permiso de Entrar Al País.” Milenio, January 20, 2020. <https://www.milenio.com/politica/caravana-migrante-envia-carta-amlo-piden-permiso-entrar>

⁶ Instituto Nacional de Migración. 2020. “Más de 2 Mil Personas Migrantes Centroamericanas Rescatadas En Chiapas y Tabasco. Comunicado No. 014/2020.” México. <https://www.gob.mx/inm/prensa/mas-de-2-mil-personas-migrantes-centroamericanas-rescatadas-en-chiapas-y-tabasco-232693>

⁷ Agren, David. 2020. “‘Mexico Has Become Trump’s Wall’: How Amlo Became an Immigration Enforcer.” The Guardian, January 26, 2020. <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/26/mexico-immigration-amlo-enforcement-trump>

⁸ Casasola, Tania. 2020. “Gobierno Dice Que No Hubo Incidentes Con Migrantes, Pero Imágenes Muestran Otra Cosa.” Animal Político, January 21, 2020. <https://www.animalpolitico.com/elsabueso/gobierno-incidentes-represion-migrantes-imagenes/>

⁹ Presidencia de la República. 2020. “Versión Estenográfica de La Conferencia de Prensa Matutina Del Presidente Andrés Manuel López Obrador.” February 12. <https://lopezobrador.org.mx/2020/02/12/version-estenografica-de-la-conferencia-de-prensa-matutina-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-255/>

¹⁰ Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2020. “Informe de Actividades 2019.” México. <https://www.cndh.org.mx/video/informe-de-actividades-2019>

RESUMEN:

El objetivo general de este documento de trabajo es analizar la política migratoria del Estado mexicano en la frontera sur de México y en su relación con el gobierno de los Estados Unidos a partir de la nueva administración federal mexicana en diciembre de 2018. El argumento a contrastar plantea que la nueva política migratoria mexicana se asocia más a un enfoque de seguridad fronteriza, que a una política de seguridad humana.

Los temas generales que se desarrollan para fundamentar el objetivo general son los siguientes: 1) El contexto de la inseguridad multidimensional en la frontera sur, se analiza la problemática multidimensional en la frontera sur mexicana; 2) Programa Frontera Sur: políticas y limitaciones, se examinan algunos rasgos de programas previos hacia la frontera sur. 3) Antecedentes y contexto de la nueva política migratoria mexicana, 2014-2018, se analiza a manera de antecedentes el Programa Especial de Migración y los objetivos de la nueva política migratoria del Estado mexicano: 2018-2019, 4) El Plan para Desarrollo Integral de Centroamérica, contexto y opciones de política pública, se analiza la segunda prioridad de la agenda migratoria mexicana; 5) La política de seguridad fronteriza en la nueva administración federal y la relación con los Estados Unidos, 2019, se examinan los rasgos principales de la actual política de seguridad fronteriza mexicana y de Estados Unidos, 6) La redefinición de la relación con los Estados Unidos en la política migratoria, se destacan los rasgos principales del Acuerdo migratorio binacional para controlar la migración irregular centroamericana, 7) Algunos impactos de la nueva agenda de cooperación migratoria de México con los Estados Unidos, se examinan los principales impactos de la implementación de la política migratoria mexicana actual en el marco de su relación con los Estados Unidos.

Palabras clave:

Política migratoria mexicana, migración, Centroamérica, Estados Unidos.

ABSTRACT:

The general objective of this working paper is to analyze the immigration policy of the Mexican State on the southern border of Mexico and its relationship with the United States government from the new Mexican federal administration in December 2018. The argument to be contrasted states that Mexico's new immigration policy is more associated with a border security approach than a human security policy.

The general themes that are developed to underpin the general objective are: 1) The context of multidimensional insecurity on the southern border, analyzes the multidimensional problem on the southern Mexican border; 2) Southern Border Programme: policies and limitations, some features of previous programmes towards the southern border are examined. 3) Background and context of the new Mexican immigration policy, 2014-2018, the Special Migration Program and the objectives of the new Mexican state's migration policy are analyzed as a background:

2018-2019, 4) *The Plan for Integral Development of Central America, context and public policy options*, analyzes the second priority of the Mexican migration agenda; 5) *Border security policy in the new federal administration and the relationship with the United States*, 2019, examines the main features of the current Mexican and Us border security policy, 6) *Redefining the relationship with the United States in immigration policy highlights the main features of the binational migration agreement to control Central American irregular migration*, 7) *Some impacts of Mexico's new immigration cooperation agenda with the United States examine the main impacts of the implementation of current Mexican immigration policy as part of its relationship with the United States*.

Keywords:

Mexican migratory policy, migration, Central America, United States.

INTRODUCCIÓN

Con el objetivo general de analizar la política migratoria del Estado mexicano en la frontera sur de México y en su relación con el gobierno de los Estados Unidos a partir de la administración federal mexicana de 2018, nuestro argumento es que hacer un contraste entre la actual política migratoria mexicana que está más asociada con una noción vinculada con la seguridad fronteriza, y en un menor sentido a un enfoque de seguridad humana que persiga el respeto por los derechos humanos de la población migrante. La política migratoria de la nueva administración federal mexicana oscila de un esquema del *derecho a migrar* a una política de mayor control fronterizo, es decir, aunque en el discurso postule ser diferente a la de las pasadas administraciones, en la praxis es similar a estas. La diferencia es que el actual gobierno federal concede mayor atención a promover una militarización de su frontera sur a través de la participación de la Guardia Nacional, y en segundo plano es que también ha propuesto una política de desarrollo social en Centroamérica, —a través del Programa de Desarrollo Integral— que permita reducir las causas de la migración irregular centroamericana hacia México y Estados Unidos.¹¹ El impacto de una mayor militarización ha sido el aumento del número de migrantes irregulares centroamericanos detenidos en la frontera sur desde fines de 2018 al 2019.¹² En palabras del canciller mexicano Marcelo Ebrard expresadas durante la conferencia de prensa matutina del jueves 26 de diciembre del 2019,¹³ en ese año la Guardia Nacional “rescató”¹⁴ a 59,843

¹¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2019), Diagnóstico, áreas de oportunidad y recomendaciones de la CEPAL, Plan de Desarrollo Integral. El Salvador, Honduras. Guatemala, México, 20 mayo 2019.

¹² Congressional Research Service. 2019. “Mexico’s Immigration Control Efforts.” Washington. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10215/21>

¹³ Presidencia de la República. 2019. “Versión Estenográfica de La Conferencia de Prensa Matutina | Jueves 26 de Diciembre, 2019.” Gobierno de México. <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-de-la-conferencia-de-prensa-matutina-jueves-26-de-diciembre-2019?idiom=es>

¹⁴ Nótese que cuando se refiere a los Estados Unidos el Secretario Ebrard utiliza la palabra “aprehensiones”, afirmando que gracias al esfuerzo de México éstas se redujeron de 114,116 en el mes de mayo del 2019 a 42,710 en el mes de noviembre del mismo año. En el caso de México utiliza el concepto “rescate”, porque

personas entre mayo y diciembre, la Secretaría de Seguridad Pública, a lo largo del año, 12,000 migrantes en operaciones ferroviarias, 41,649 que se desplazaban en microbuses, 3,000 en autobuses y 2,802 que se ocultaban en 63 tracto camiones. Por su parte el Instituto Nacional de Migración presentó a 178,917 personas, de las cuales 84,327 fueron trasladadas a su país de origen. Del total de 298,211 migrantes “rescatados” en 2019, el 44.79 por ciento eran hondureños, el 27.09 guatemaltecos, el 11.17 salvadoreños, y el 16.95 provenían de otros países.

La frontera sur con Centroamérica es una prioridad de la agenda de seguridad nacional, con base en los principales problemas fronterizos compartidos: narcotráfico, migración, violencia, tráfico de armas, contrabando de mercancías, y trata de personas. La frontera con Guatemala y Belice es porosa en lo que respecta a la circulación de personas y mercancías. La migración pendular, relacionada con la actividad comercial, o justificada por las diferenciadas oportunidades de trabajo, es una dimensión importante de la cultura regional. Por ende, la frontera sur es una región geopolítica tanto para México, Estados Unidos y Centroamérica, con lo cual uno de los desafíos es si será posible la implementación de políticas que promuevan el desarrollo local y comunitario, reduciendo la violencia e inseguridad y con ello, una disminución de los flujos migratorios en Centroamérica. La experiencia de los programas propuestos entre Estados Unidos y Centroamérica y en general de la cooperación internacional de los últimos diez años, nos indican la dificultad de implementar agendas para la competitividad, la seguridad, el bienestar y con controles anticorrupción en los países centroamericanos.

1. EL CONTEXTO DE LA INSEGURIDAD MULTIDIMENSIONAL EN LA FRONTERA SUR

La frontera sur de México se caracteriza por el tráfico de mercancías legales e ilegales y de manera predominante por el flujo migratorio regular e irregular de centroamericanos provenientes de los países que integran el triángulo norte (Honduras, Guatemala y El Salvador) (International Crisis Group 2016).¹⁵ Las dimensiones a las que responde la migración (Casillas R. 2015),¹⁶ van desde la inseguridad crónica de los países y poblaciones de origen (homicidios,¹⁷ secuestro, contrabando, narcotráfico, cobro de piso, trata de personas, violencia

en su opinión “se les dice rescates a estas operaciones porque precisamente se trata de romper el predominio de estos presuntos traficantes respecto a las personas que son objeto-sujeto de lo que están haciendo, que es cobros y los pone incluso en peligro”. En el fondo “aprehensiones” y “rescates” no dejan de ser lo mismo. Son detenciones de personas migrantes por parte de autoridades con el objeto de valorar el estatus migratorio y actuar en consecuencia.

¹⁵ International Crisis Group, “Presa fácil: violencia criminal y migración en Centroamérica”. Informe de *Crisis Group* sobre América Latina N° 57 | 28 de julio de 2016.

¹⁶ CASILLAS R., Rodolfo, “Notas para entender la migración: instituciones gubernamentales y política migratoria mexicanas en los albores del siglo XXI”. *Migración y Desarrollo* 13 (24): 47-80, 2015.

¹⁷ En el momento del informe DHS 2014, Honduras tenía la tasa de asesinatos más alta del mundo: 74.6 homicidios por cada 100,000 residentes ese año. El Salvador ocupó el segundo lugar, con 64.2. Guatemala fue noveno, con 31.2. En 2016, El Salvador tuvo una tasa de homicidios aún mayor que Honduras, 91.2 por cada 100,000 personas. La tasa de Honduras fue de 59.1 y la de Guatemala fue de 23.7. D’Vera Cohn, Jeffrey S.

doméstica, tráfico de armas, blanqueo de capitales, extorsión y antiguos movimientos revolucionarios y contrarrevolucionarios (Mata Cervantes 2017),¹⁸ la violencia epidémica (agravado por las maras y grupos del crimen organizado), los desastres provocados por huracanes y terremotos, la pobreza endémica de la región y las incertidumbres económicas provocadas a partir de los cambios en los patrones de producción debido tanto al cambio climático,¹⁹ como a factores básicos estructurales de desarrollo económico regional.

Este contexto multidimensional, es un reto para implementar una eficaz gestión y política transversal y multinivel orientada hacia la seguridad y el desarrollo local y regional. De ahí la cuestión, de por qué no ha sido posible establecer una política de este tipo en los últimos 30 años y el desafío es si la nueva administración federal mexicana podrá reducir esos problemas a través por ejemplo del Programa de Desarrollo Integral para Centroamérica.

El desafío de la gestión de estos problemas con respecto a la migración, radica en conciliar la agenda de los riesgos de seguridad nacional y en particular el control fronterizo *versus* una agenda asociada al derecho de migrar. La dificultad de concebir dicho equilibrio ha sido una fuente de tensión fronteriza y binacional, porque si bien se puede promover el derecho de emigrar, es posible el ingreso de migrantes con antecedentes delictivos, vinculados con pandillas, con grupos delictivos o incluso con relaciones con el terrorismo internacional.²⁰ De ahí, el reto de la capacidad institucional del Estado mexicano de atender los riesgos y amenazas en esos flujos migratorios procedentes de Centroamérica.²¹

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 es el parteaguas de grandes cambios geoestratégicos en las relaciones de cooperación para el control de las fronteras entre Estados Unidos, México y Centroamérica.²² En México, dichos atentados detonaron la modificación de las políticas de seguridad y tuvieron como una de sus consecuencias el control de la frontera sur (uno de los efectos fue

Passel and Ana Gonzalez-Barrera, "Rise in U.S. Immigrants From El Salvador, Guatemala and Honduras Outpaces Growth From Elsewhere", 07 de diciembre de 2017.

¹⁸ MATA CERVANTES, Pedro, "México y Centroamérica, retos y amenazas compartidas". Instituto de Investigaciones Estratégicas de la Armada de México; México, 2017.

¹⁹ NAWROTZI R J.; RIOSMENA F y HUNTER L M, *et al.*, "Undocumented migration in response to climate change". *International Journal of Population Studies*, vol.1(1): 60–74, 2015.

²⁰ 20. Tras el asesinato del general Qassem Soleimani por órdenes de Donald Trump y los bombardeos a bases estadounidenses en Irak en el mes de enero del 2019, en Baja California y Sonora se activó una alerta sobre la inminente llegada de un grupo de iraníes con intenciones de cruzar hacia los Estados Unidos y cometer un atentado terrorista. "Alerta máxima en Baja California y Sonora por presuntos terroristas suicidas de Irán". INFOBAE. 2020. "Alerta Máxima En Baja California y Sonora Por Presuntos Terroristas Suicidas de Irán - Infobae." INFOBAE, January 11, 2020. <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/01/11/alerta-maxima-en-baja-california-y-sonora-por-presuntos-terroristas-suicidas-de-iran/>

²¹ INGRAM, Matthew and CURTIS, Karise, "Violence in Central America: A Spatial View of Homicide in the Region, Northern Triangle, and El Salvador"; en: OLSON, Eric (ed.) *Crime and Violence in Central America's Northern Triangle*. How U.S. Policy Responses are Helping, Hurting and Can be Improved. Woodrow Wilson Center Reports on the Americas | #34, 2015.

²² RIBANDO SEELKE, Clare and FINKLEA, Kristin, "U.S. - Mexican Security Cooperation: The Mérida Initiative and Beyond". Congressional Research Service, Washington, 2017.

incluir la cooperación en materia de seguridad en los acuerdos del TLCAN).²³ A partir de ese momento, los países adquirieron el compromiso de mejorar su seguridad concentrándose en la protección de sus fronteras compartidas.²⁴ Sin embargo, en la práctica, si bien se ha fortalecido la seguridad y el control fronterizo en el lado mexicano en el marco de la Iniciativa Mérida, desde finales de la primera década del siglo XXI, todavía se mantienen las porosidades. Por ello el reto es cómo gestionar dichas porosidades reduciendo sus efectos negativos.

Esta situación ha facilitado tanto los flujos de migrantes irregulares y drogas desde Centroamérica hacia México. Por ello, se reitera la importancia de promover una corresponsabilidad y una eficaz gobernanza migratoria en el marco de los procesos de institucionalización de la política de seguridad, migración y desarrollo hacia la frontera sur y fortalecer la cooperación de México, con Centroamérica y los Estados Unidos.²⁵

Para el caso de México, la primera acción formal de políticas de seguridad fue el imponer a Guatemala los contenidos del acuerdo “Fronteras Inteligentes”, que derivó en la creación en el año 2002 del Grupo de Alto Nivel para la Seguridad Fronteriza (GANSEF, posteriormente, GANSEG con la incorporación de Belice).²⁶ Desde entonces, el control y seguridad de las fronteras fue un asunto prioritario para los tres países (en un inicio como respuesta a las amenazas terroristas, y posteriormente el combate al narcotráfico a partir del segundo lustro del siglo XXI), a través del Programa Frontera Sur (2014-2018).²⁷ Sin embargo, han existido limitaciones estructurales en estos programas,²⁸ porque los países del triángulo norte se han caracterizado por una limitada gobernabilidad fundamentada en el Estado de derecho, que no han permitido reducir de manera sustancial el tráfico de drogas y el cruce de migrantes irregulares a través de las fronteras.

2. PROGRAMA FRONTERA SUR: POLÍTICAS Y LIMITACIONES

El 7 de julio de 2014, los presidentes Enrique Peña Nieto de México y Otto Pérez Molina de Guatemala, dieron a conocer el Programa Frontera Sur²⁹ (PFS), cuyo propósito estaba destinado a proteger a los migrantes que transitan por México. Otros objetivos del programa eran: fomentar una cultura de la legalidad, de derechos humanos y de valoración de la migración; incorporar el tema migratorio

²³ LOZANO-VÁZQUEZ, Alberto and Rebolledo Flores, Jorge, “In Search of the Mérida Initiative. From Antecedents to Practical Results”; en: BAGLEY, B. M., & Rosen, J. D. (Eds.), “Drug trafficking, organized crime, and violence in the Americas today”. University of Florida, 2015.

²⁴ COTTAM, Martha y OTWIN, Marenin, “The Management of Border Security in NAFTA, Imagery, Nationalism, and the War on Drugs”, *International Criminal Justice Review*, Vol. 15, No. 1, 2005.

²⁵ PASTOR GOMEZ, Maria Luisa, “México: entre el muro de la frontera norte y la porosidad de la frontera sur”. Instituto Español de Estudios Estratégicos, España, 2016.

²⁶ RIBANDO SEELKE, Clare, *Mérida Initiative for Mexico and Central America: Funding and Policy Issues*. Congressional Research Service, Washington, 2009.

²⁷ BORJA ARMAS, Ana Juliana, *The Politics of Plan Frontera Sur: A Theoretical Approach to Mexico's Prosecution of Illegal Migrants*. Senior Projects Spring. Paper 343, 2016.

²⁸ Esas limitaciones tienen que ver con problemas de *gobernanza para resultados*: dirección, coordinación, planeación, incentivos, implementación, evaluación y monitoreo.

²⁹ Para conocer un análisis en profundidad sobre este programa ver ARRIOLA VEGA, Luis Alfredo “Mexico's Southern Border Program” México Center. Rice University's Baker Institute for Public Policy, June 2017.

en las estrategias de desarrollo regional y local; y consolidar una gestión migratoria eficaz, fundamentada en criterios de facilitación, corresponsabilidad internacional, seguridad fronteriza y seguridad humana. Además, el de favorecer los procesos de integración y reintegración de las personas migrantes y sus familiares; y fortalecer el acceso a la justicia y seguridad de las personas migrantes, sus familiares y quienes defienden sus derechos principales.³⁰

El impacto general del Programa fue fortalecer el control fronterizo y en especial migratorio, lo cual no disminuyó el flujo irregular a través de los traficantes de migrantes, por la corrupción generada y la demanda de la economía estadounidense. Igualmente se fortaleció la administración de los puertos de entrada, a través de una eficaz regularización y control administrativo de los procesos migratorios.³¹

Como se aprecia en las tablas 1, 2 y 3 en el caso de centroamericanos, y cubanos, en precisamente a partir de este momento en el que se incrementan las repatriaciones de migrantes detenidos en su paso por México, recuperando una dinámica que se había relajado desde el año 2008.³²

Tabla 1. Extranjeros regresados por la autoridad migratoria mexicana: centroamericanos y cubanos, 2001-2006

País/Año	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Guatemala	60583	54620	83572	93667	99315	84657
Honduras	37546	33350	59952	73046	77370	59013
El Salvador	31464	16802	28979	35270	42282	26930
Nicaragua	1582	1396	2075	2224	3761	3666
Cuba	50	74	78	832	1253	722
Belice	70	79	119	227	259	116
Costa Rica	112	116	110	186	110	110
Panamá	34	S/D	S/D	38	S/D	S/D
Total	131441	106437	174885	205490	224350	175214

³⁰ LÓPEZ, Marlené Nancy, “Jumping off in New Places, Reflections on Mexico’s New Immigration Reform Plan, Programa Frontera Sur”, *The Paris Globalist*, Vol. 9, No. 1, 2015.

³¹ WILSON, Christopher y VALENZUELA, Pedro, “Mexico’s Southern Border Strategy: Programa Frontera Sur”, Woodrow Wilson Center, Mexico Institute, 2014.

³² Todas las tablas fueron realizadas con base en los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Migración. Unidad de Política Migratoria. 2020. “Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias. México (2001-2018).” México. http://www.politicamigratoria.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/Boletines_Estadisticos

Tabla 2. Extranjeros regresados por la autoridad migratoria mexicana: Centroamericanos y Cubanos, 2007-2012

País/Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Guatemala	53598	9307	28924	28706	31150	35137
Honduras	37344	13771	22946	23580	33350	29166
El Salvador	16364	3462	9963	10502	16802	12725
Nicaragua	2370	531	897	779	668	624
Cuba	217	122	231	173	135	343
Belice	57	41	22	26	24	69
Costa Rica	9	15	17	10	11	9
Panamá	16	13	4	5	6	3
Total	109975	27262	63004	63781	59562	77776

Tabla 3. Extranjeros regresados por la autoridad migratoria mexicana: Centroamericanos y Cubanos, 2013-2018 e histórico desde 2001 a 2018

País/Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Histórico
Guatemala	30231	42808	82597	62299	35874	44254	961299
Honduras	33079	41661	57823	53857	29959	51562	768375
El Salvador	14586	19800	34716	33384	11706	12003	377740
Nicaragua	804	999	1511	1312	728	1628	27555
Cuba	244	203	466	3617	608	156	9524
Belice	21	15	53	32	24	42	1296
Costa Rica	10	12	16	24	7	17	901
Panamá	2	8	10	11	11	1	162
Total	78977	105506	177658	154536	78917	109663	2146852

3. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA MEXICANA, 2014-2018

El 30 de abril de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Programa Especial de Migración (PEM), que contiene varios lineamientos, estrategias y mecanismos que se vinculaban al Plan Nacional de Desarrollo de la pasada administración federal.

En el Programa se proponía una política migratoria de Estado que tenía por objeto superior el bienestar del migrante, a través del ejercicio efectivo de su identidad, del disfrute de sus derechos sociales, económicos y culturales. Igualmente, el PEM pretendía hacer efectivo su bienestar para consolidar su papel como agente para el desarrollo. Este enfoque es particular, porque no había

estado presente en propuestas similares, cuando menos desde el año 2000. De ahí que se afirme en el Programa: “*El enfoque de la política migratoria, centrado en el bienestar de la persona, asume la obligación del Gobierno de la República, a través del Sistema Nacional de Planeación Democrática, de su proyección de largo alcance para la atención del fenómeno y la evaluación permanente de los elementos, que mida los impactos que la política pública tiene en la vida de los migrantes*”.³³

En la pasada administración federal también se proponía una política migratoria mexicana fundamentada en un enfoque de *gobernanza de las migraciones*, es decir, hacia un esquema de tipo relacional que se basaba en la interlocución coordinada entre los diversos actores involucrados (públicos, privados, organizados, no organizados, individuales o colectivos). Sin embargo, los resultados e impactos de tal política no disminuyeron los problemas estructurales de los flujos tradicionales de migrantes centroamericanos hacia México y los Estados Unidos: la visible migración de menores no acompañados —cerca de 4 mil migrantes en el 2014— que generó una tensión en la relación con los Estados Unidos, la participación de los traficantes de migrantes como actores centrales del flujo, la corrupción promovida por tales traficantes a diferente escala, las violaciones a derechos humanos de parte de diversos actores tanto gubernamentales (policías) y grupos delictivos y escasos recursos para atender las demandas diversas (salud y alojamiento) entre otros problemas.

En diciembre de 2018 con el arribo de una nueva administración federal la iniciativa gubernamental planteaba pasar de la contención migratoria a privilegiar el respeto a los derechos humanos y el desarrollo social de las personas. También se enfatizaba en los logros y aportes de la emigración de mexicanos y en los centroamericanos que se internan en México hacia la frontera norte. Además, se privilegiaba el derecho de migrar con un escaso control fronterizo. Sin embargo, el inicio de las primeras caravanas de migrantes hondureños desde octubre 2018 a febrero 2019 hacia México³⁴ y con destino a Estados Unidos y las presiones del gobierno estadounidense,³⁵ determinaron un cambio en las prioridades de la política migratoria mexicana.³⁶

Desde la perspectiva del gobierno mexicano no se modificaría la política de recibir a migrantes por razones humanitarias, como en el caso de las recientes caravanas de centroamericanos y de quienes buscan refugio temporal o permanente³⁷.

³³ RAMOS, José María. 2016. “Gobernanza y Seguridad: Hacia Una Redefinición de La Política Migratoria Mexicana, 2012-2014.” *Migraciones Internacionales* 8 (3): 65–94.

³⁴ Congressional Research Service, *Recent Migration to the United States from Central America: Frequently Asked Questions*, Washington, DC. 29 Enero, 2019.

³⁵ David Brooks, “Trump amenaza con cerrar la frontera con México la próxima semana”, *New York Times*, 29 de marzo 2019, <https://www.nytimes.com/es/2019/03/29/trump-cerrar-frontera-mexico/> y “Mexico Cracks Down on Migrants, After Pressure from Trump to Act”, *New York Times*, 3 Junio 2019.

³⁶ Congressional Research Service, *Mexico’s Immigration Control Efforts*, In Focus, Washington, DC , 27 junio 2019.

³⁷ Para información más detallada sobre las caravanas de migrantes ver Arriola Vega, Luis Alfredo “López Obrador’s Initial Policies Toward Central American Migrants: Implications for the U.S”. México Center. Rice University’s Baker Institute for Public Policy, august 2019.

La Secretaría de Gobernación aseguró que se reestructuraría el Instituto Nacional de Migración, para que no se criminalice al migrante y se imponga un irrestricto respeto a sus derechos humanos de acuerdo a estándares internacionales.

Sin embargo, en el marco de las presiones del gobierno estadounidense a partir de enero hasta junio del 2019 la política migratoria mexicana tuvo el reto de avanzar hacia un equilibrio entre ambas políticas: control fronterizo y derecho de emigrar, lo que en parte corresponde con las prioridades del Pacto Mundial para la Migración promovido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Se considera que el énfasis del gobierno mexicano en una política de seguridad fronteriza, donde se enfatiza el control migratorio, responde a una concepción pragmática del gobierno mexicano en su relación con los Estados Unidos en el marco de una nueva cooperación, en la cual existen logros y desafíos a considerar. A partir de la cual, se ha gestionado la relación con el gobierno estadounidense para disminuir las tensiones en materia de migración irregular y la imposición de los aranceles de manera unilateral.³⁸ Lo cual no ha implicado reducir los problemas estructurales de los flujos migratorios hacia la frontera sur y norte, como son: la participación de los traficantes de migrantes, violaciones a derechos humanos, mayor control fronterizo con enfoque militar y policial, escasos recursos para atender las demandas diversas (salud y alojamiento), violencia local contra los migrantes y déficit en la orientación administrativa y legal de las implicaciones de los procesos de solicitudes de asilo en Estados Unidos. Por el contrario, estos impactos se han agudizado por el aumento de migrantes pretendiendo cruzar hacia México, por la política de control de Estados Unidos y por una incipiente gestión migratoria mexicana bajo un enfoque multinivel.

El énfasis en la seguridad fronteriza de la política migratoria mexicana corresponde parcialmente con las prioridades del Pacto Mundial para la Migración promovido por la ONU para garantizar un flujo migratorio seguro (seguridad), ordenado (control y cumplimiento ley) y regular (según procesos y trámites migratorios).

Desde la perspectiva de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y de la Secretaría de Gobernación (SEGOB) el Gobierno de México ha desplegado una nueva política migratoria basada en dos pilares fundamentales: la defensa de los derechos de los migrantes y la promoción del desarrollo económico desde una visión humanitaria, para atender las causas estructurales de la migración.³⁹ En consecuencia, desde la perspectiva de ambas dependencias federales, se ha concedido —de diciembre 2018 a marzo 2019— un estatus legal a más de trece mil personas extranjeras que ingresaron por la frontera sur para documentar su ingreso y facilitar que algunos se inserten en el mercado laboral. Con lo cual, se ha subsanado el error fundamental previo que, desde la ilegalidad, condenaba a los migrantes a la marginalización y la precariedad (SRE, *Ibidem*).

³⁸ Congressional Research Service, *Mexico's Immigration Control Efforts*, In Focus, Washington, DC , 27 junio 2019.

³⁹ Secretaría de Relaciones Exteriores, “La política migratoria de México es soberana y busca preservar los derechos de los migrantes”. Comunicado conjunto SRE-SEGOB, 3 marzo 2019, <https://www.gob.mx/sre/prensa/la-politica-migratoria-de-mexico-es-soberana-y-busca-preservar-los-derechos-de-los-migrantes>

También desde la perspectiva del gobierno mexicano no existe un acuerdo vinculante con el Gobierno de Estados Unidos para responder al aumento en el flujo de personas, principalmente familias procedentes de Centroamérica, que deseen transitar hacia México y Estados Unidos en busca de oportunidades de desarrollo y protección. Frente a la decisión unilateral del Gobierno de Estados Unidos de implementar el artículo 235 (b) (2) (c) de su Ley de Inmigración y Nacionalidad, México ha optado por apoyar a los migrantes por razones humanitarias.

4. EL PLAN PARA DESARROLLO INTEGRAL DE CENTROAMÉRICA, CONTEXTO Y OPCIONES DE POLÍTICA PÚBLICA

A partir del 29 de octubre del 2018 Alicia Bárcena Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) convocó con el canciller mexicano Marcelo Ebrard para elaborar un plan de desarrollo para el sureste mexicano y Centroamérica, con la idea de pretender detonar la economía con proyectos como el tren maya, y la conexión ferroviaria Coatzacoalcos-Salina Cruz. En su toma de protesta como presidente de México, el 1 de diciembre 2018, Andrés Manuel López Obrador y los presidentes de Honduras, Guatemala y El Salvador firmaron un pacto de entendimiento para avanzar en el plan auspiciado por la CEPAL. El 10 de diciembre 2018 en la Conferencia para el “Pacto Mundial sobre la migración” en Marrakech, se presentó el Plan de Desarrollo Integral, con el apoyo de los presidentes del norte de Centroamérica, México y la propia CEPAL.

El Gobierno de México impulsa el Plan Integral de Desarrollo con la colaboración de la CEPAL. La iniciativa contempla distintos proyectos para impulsar el desarrollo económico de Guatemala, Honduras y El Salvador y, de este modo, atenuar las causas estructurales que detonan los flujos migratorios.⁴⁰ México propuso al inicio de la nueva administración federal mexicana una agenda de movilidad humana y de fomento al desarrollo en Centroamérica. Desde esa perspectiva, México tenía el reto de definir una agenda de seguridad y desarrollo multinivel con Estados Unidos, en la cual se complementen ciertas prioridades comunes.

La iniciativa del Plan para Desarrollo Integral de Centroamérica es una alternativa relevante, su gran reto es la capacidad de implementación con los recursos previstos, cerca de 30 mil millones de dólares, con las experiencias fallidas de programas anteriores, la limitada capacidad de los Estados centroamericanos para implementarlo, el desinterés relativo del gobierno estadounidense por una agenda económica, sin fortalecer la seguridad y en especial, considerando su prioridad de la reducción del tráfico de drogas a través de la frontera de México con Centroamérica. Las principales políticas para el desarrollo de Centroamérica son las siguientes:

⁴⁰ Maureen Meyer, and Adam Isacson. 2019. “The ‘Wall’ Before the Wall: Mexico’s Crackdown on Migration at Its Southern Border.” Washington. <https://www.wola.org/analysis/wola-report-mexicos-southern-border-security->

- Desarrollo económico: fiscalidad e inversión; integración comercial, energética y logística.
- Bienestar social: educación, salud y trabajo.
- Sostenibilidad ambiental y gestión de riesgos.
- Gestión integral del ciclo migratorio con seguridad humana (derechos, medios de vida y seguridad centrada en las personas).⁴¹

La propuesta del ciclo de gestión migratoria se fundamenta en las siguientes estrategias del Plan: Coloca derechos humanos de migrantes y refugiadas en el centro en todo el ciclo migratorio que consiste en origen, tránsito, destino y retorno. Incorporar el principio de no discriminación en el ciclo migratorio. Proponer políticas para atender personas desplazadas por violencias y desastres. Acciones integrales en barrios precarios de partida, paso, llegada y retorno, así como en ciudades intermedias receptoras de migrantes. Programas para superar hambre y pobreza rural en territorios de alta propensión migratoria. Insta a incluir a migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y retornados sistemas educativos y construir acuerdos de portabilidad de derechos y seguridad social.

La viabilidad de la implementación del Plan dependerá entre otros de los siguientes factores: Fortalecimiento de las capacidades institucionales de los países centroamericanos, capacidad de elaboración y ejecución de políticas transversales y de promulgación de leyes; control del soborno, la corrupción y el cohecho; mantenimiento de un alto nivel de transparencia y rendición de cuentas en las instituciones públicas; y, cumplimiento de las leyes.

La gestión de esos problemas no ha sido eficaz, y ello ha llevado a que la situación actual sea más compleja y genere importantes impactos sociales.⁴² Por ello, sigue siendo fundamental promover una agenda integral para impulsar una política eficaz de seguridad y bienestar en la frontera de México con Guatemala y en general Centroamérica.

5. LA POLÍTICA DE SEGURIDAD FRONTERIZA EN LA NUEVA ADMINISTRACIÓN FEDERAL Y LA RELACIÓN CON LOS ESTADOS UNIDOS

La amenaza de Donald Trump de imponer aranceles crecientes sobre las exportaciones mexicanas fue una estrategia que cuestionó al nuevo gobierno de López Obrador, en el marco del aumento de la emigración procedente de Centroamérica, en especial de Honduras.⁴³ El presidente estadounidense definió dos

⁴¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2019. “Hacia Un Nuevo Estilo de Desarrollo: Plan de Desarrollo Integral El Salvador-Guatemala-Honduras-México. Diagnóstico, Áreas de Oportunidad y Recomendaciones de La CEPAL.” Santiago. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/462720/34.Hacia_un_nuevo_estilo_de_desarrollo__Plan_de_Development_Integral.El.pdf

⁴² Congressional Research Service, *Recent Migration to the United States from Central America: Frequently Asked Questions*, Washington, DC. 29 enero, 2019.

⁴³ Amanda Mars, Pablo Ximénez de Sandoval, Ignacio Fariza, “Trump anuncia un arancel general del 5% a México como castigo a la migración irregular”, *El País*, 31 de mayo 2019, https://elpais.com/internacional/2019/05/31/estados_unidos/1559256743_016777.html

grandes temas prioritarios en la agenda con México: el control tanto del crimen organizado y de sus actividades relacionadas con el tránsito de narcóticos hacia los Estados Unidos; como de los flujos migratorios,⁴⁴ especialmente de centroamericanos en su camino⁴⁵ hacia Estados Unidos.⁴⁶

Como se ha comentado, la administración del presidente López Obrador inició planteando una política alternativa a la visión securitizadora del gobierno de Estados Unidos: se priorizaba una propuesta de agenda del desarrollo y en cambio, el gobierno estadounidense el fortalecimiento del control fronterizo.⁴⁷

El ex presidente Barack Obama con el apoyo del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID) siguió una política mixta.⁴⁸ Mientras por una parte aumentaba la política represora y repatriaba a un gran número de centroamericanos, invitando a México a fortalecer su política de neutralización migratoria a través del Plan Frontera Sur, por otra impulsó el “Plan de la Alianza para la prosperidad del Triángulo Norte” (PATN), por el que estos países recibieron en diferentes proyectos 8,618 millones de dólares desde el año 2016 al 2018. La política buscaba desarrollar capacidades locales para que los centroamericanos no salieran de sus países.⁴⁹ Sin embargo, los resultados fueron limitados, en la medida en que se agudizó la emigración centroamericana y el tráfico de drogas a través de la frontera sur mexicana y Centroamérica.

A partir del 10 de mayo del año 2017, la administración Trump trató de cancelar el Plan para la Prosperidad del Triángulo Norte (PATN). El 15 y 16 de junio del 2017 en la “Conferencia para la prosperidad y la Seguridad en América Central”,⁵⁰ el vicepresidente Mike Pence se encontró con los mandatarios de Guatemala, El Salvador, Honduras, México y Colombia en Miami para cambiar la estrategia haciendo que el nuevo enfoque recayera en temas de seguridad.⁵¹ El 27

⁴⁴ Ivan Briscoe, “Addressing the Migration Bottleneck in Southern Mexico”, *International Crisis Group | Latin America and Caribbean*, 01 de abril de 2018, <https://www.crisisgroup.org/latin-america-caribbean/mexico/addressing-migration-crisis-mexicos-southern-border>

⁴⁵ MATTHEW ROONEY, Laura Collins, “Jobs and Opportunity Are the Only Path to Peace in Central America”, *Foreign Policy*, 25 de mayo de 2018, <https://foreignpolicy.com/2018/05/25/jobs-and-opportunity-are-the-only-path-to-peace-in-central-america-honduras-guatemala-el-salvador/>

⁴⁶ BERGMAN, Adrian, “The Central American Refugee Crisis, Securitization, and the Media”, in *The Routledge Companion to Media and Humanitarian Action*, ANDERSEN, Robin and L. DE SILVA, Purnaka, Routledge, 2017.

⁴⁷ Congressional Research Service, *Recent Migration to the United States from Central America: Frequently Asked Questions*, Washington, DC. 29 enero, 2019.

⁴⁸ La Casa Blanca: “Apoyo para la Alianza para la Prosperidad en el triángulo norte”, 4 de marzo 2015. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/03/04/hoja-informativa-apoyo-para-la-alianza-para-la-prosperidad-en-el-tri-ngu>, Washington, D. C.

⁴⁹ Banco Interamericano para el Desarrollo, “Construyendo confianza, creando oportunidades. Principales avances y logros 2015-2017”, *Plan para la prosperidad del Triángulo Norte*, 2017; Banco Interamericano para el Desarrollo, “Plan para la prosperidad del Triángulo Norte. Principales avances y logros 2017-2018”, 2018.

⁵⁰ Secretaría de Gobernación, “Conferencia sobre prosperidad y seguridad en Centroamérica” *Comunicado Conjunto Secretaría de Relaciones Exteriores - Segog* <https://www.gob.mx/sre/prensa/conferencia-sobre-prosperidad-y-seguridad-en-centroamerica?idiom=es>, México, 2018.

⁵¹ Esta posición generó resistencias entre los presidentes centroamericanos. Jimmy Morales, presidente de Guatemala, declara: “El país ha cooperado en temas de seguridad, desde el incremento de las incautaciones de droga, hasta la eliminación de trazas aéreas que prácticamente no existieron en 2016 (...) para nosotros una cosa es el tema del narcotráfico, y otra el de la migración, porque en el caso de Centroamérica y Guate-

de agosto del año 2018 se reunió el Cuerpo Consultivo del Plan regional de la Alianza para la Prosperidad,⁵² y el 9 de septiembre se suspendió una primera reunión de los cancilleres de Honduras, Guatemala y Honduras con el presidente electo de México Andrés Manuel López Obrador.⁵³

A partir de este momento se acelera una agenda regional, en la que se presentarán *dos proyectos alternativos*: el de la nueva administración federal mexicana y la política del presidente Trump. El día 11 de octubre del 2018, con la presencia del canciller mexicano Luis Videgaray y del secretario de gobernación Alfonso Navarrete Prida se organizó en Washington DC la “Segunda Conferencia para la prosperidad y seguridad en Centroamérica”.⁵⁴ Con la participación de Mike Pence, del Secretario de Estado Mike Pompeo y de los presidentes de los países de lo que se conoce como el “triángulo norte”, la secretaria del Homeland Security Kirstjien Nielsen afirmó que “hay que eliminar las organizaciones delictivas transnacionales y eliminar amenazas donde quiera que éstas se originen”.⁵⁵

En un primer momento los Estados Unidos mantuvieron una posición “diplomática”, presionando en la línea de la securitización; hasta que Trump finalmente hizo renunciar a Nielsen y lanzó la amenaza del aumento de aranceles.

El 20 de febrero de 2019 se organiza en El Salvador la “IV Reunión de Ministros de Seguridad del Triángulo Norte y los Estados Unidos”.⁵⁶ Ya sin la presencia de México se firma un memorándum para llevar a criminales ante la justicia, compartir información y asegurar fronteras, impidiendo el desplazamiento de caravanas de migrantes.⁵⁷

El 29 de marzo Trump amenaza con cerrar la frontera con México,⁵⁸ y el 6 de abril Nielsen es sustituida por Kevin McAleenan que hasta entonces se

mala, la gente no se va por narcotráfico, se va por no tener empleo, no tiene dinero y necesita mantener a sus hijos”. Geovanni Contreras, “Estados Unidos busca cambiar el plan de la alianza”, *Prensa Libre*, 10 de mayo 2017 <https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/ee-uu-busca-cambiar-el-plan-de-la-alianza/>

⁵² “Plan de la Alianza para la prosperidad reactiva cuerpo consultivo”, *Programa Nacional de Competitividad de Guatemala*, 27 de agosto 2018, https://www.pronacom.gt/proyectos/plan_de_la_alianza_para_la_prosperidad_del_triangulo_norte/noticia/paptn-reactiva-cuerpo-consultivo

⁵³ Ana Lucía Ola, “Suspenden reunión de cancilleres del triángulo norte en Estados Unidos”, *Prensa Libre*, 9 septiembre 2018 <https://www.prensalibre.com/internacional/suspenden-reunion-de-cancilleres-centroamericanos-en-eeuu/>

⁵⁴ Secretaría de Gobernación, “México y Estados Unidos co-presiden la Segunda Conferencia sobre prosperidad y seguridad en Centroamérica”, *Comunicado conjunto SER- SEGOB*, 11 de octubre 2018 <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-y-estados-unidos-co-presidien-la-ii-conferencia-sobre-prosperidad-y-seguridad-en-centroamerica>

⁵⁵ “Organizaciones criminales amenazan a los Estados Unidos, dice Kirstjen Nielsen”, *Seguridad en América*, 11 de octubre 2018, <https://www.seguridadenamerica.com.mx/noticias/articulos/17492/organizaciones-criminales-amenazan-seguridad-de-eu-dice-kirstjen-nielsen>

⁵⁶ “IV reunión de Seguridad del Triángulo Norte”. Embajada de Estados Unidos en el Salvador, 20 de febrero de 2019 <https://sv.usembassy.gov/es/tag/iv-reunion-de-seguridad-del-triangulo-norte/>

⁵⁷ El 6 de marzo la secretaria Nielsen comparece frente al Comité en Seguridad Interior del Congreso de los Estados Unidos, señalando el estado de emergencia que se vive en la región y solicitando el apoyo de los congresistas para fortalecer las medidas del presidente. Véase La Jornada (Editorial), “Trump no fabricó la crisis fronteriza, justifica Nielsen”, *La Jornada*, 7 de marzo de 2019 <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2019/03/07/trump-no-fabrico-la-crisis-fronteriza-justifica-nielsen-4236.html>

⁵⁸ David Brooks, “Trump amenaza con cerrar la frontera con México la próxima semana” *New York Times*, 29 de marzo 2019 <https://www.nytimes.com/es/2019/03/29/trump-cerrar-frontera-mexico/>

desempeñaba como Comisionado de Aduanas y Protección Fronteriza⁵⁹ (éste renunció a su vez el día 11 de octubre de 2019).⁶⁰ A pesar del endurecimiento de la posición estadounidense, México sigue con su hoja de ruta y el día 20 de mayo en Palacio Nacional, el presidente López Obrador, el canciller Ebrard y la secretaria de la CEPAL Alicia Bárcena presentan el “Plan de desarrollo para el sureste mexicano y Centroamérica”.⁶¹ Dos días después el canciller Ebrard presentaba el plan en Washington DC,⁶² y siete días más tarde lo hacía en Berlín, en donde aseguraba el apoyo de Alemania, España y la Unión Europea.⁶³ La ausencia de una perspectiva estadounidense con respecto a su seguridad nacional en el Programa hacia Centroamérica puede limitar el interés por participar en tal programa y con ello se puede limitar la viabilidad del mismo.

El “Plan de Migración y Desarrollo” de la administración del Presidente López Obrador inició en septiembre del 2019 conformándose el equipo de trabajo y la comisión intersecretarial dirigida por el canciller Marcelo Ebrard e integrada por 16 secretarías.⁶⁴ El 26 de diciembre del 2019 Marcelo Ebrard presentó los avances del mismo acompañado de funcionarios de diferentes secretarías: Francisco Garduño, Comisionado del Instituto Nacional de Migración; los generales Vicente Hernández y Pedro Lohmann, coordinadores de la Guardia Nacional en la frontera sur y norte respectivamente; el subsecretario de la Secretaría del Bienestar Javier May;⁶⁵ Horacio Duarte, subsecretario del trabajo;⁶⁶ y Maximiliano Reyes, subsecretario para América Latina de la Secretaría de Relaciones Exteriores.⁶⁷

Esta presentación de avances sirvió para mostrar la transversalidad de la estrategia mexicana, y también el grado de prioridad que se está dando a cada una de las líneas de acción. Como se ha mostrado al inicio de este trabajo, el importante

⁵⁹ CNN en español, “Se va del gobierno Krisjten Nielsen, Secretaria de Seguridad Nacional de los Estados Unidos”, *Cable News Network (CNN en español)*, 7 de abril de 2019, <https://cnnespanol.cnn.com/2019/04/07/renuncio-secretaria-seguridad-nacional-estados-unidos-nielsen-kirstken/>

⁶⁰ Excelsior, 12 de octubre 2019 “Renuncia Kevin Macleenan, Secretario interino de Seguridad Nacional de los EU” <https://www.excelsior.com.mx/global/renuncia-kevin-mcaleenan-secretario-interino-de-seguridad-nacional-de-eu/1341401->

⁶¹ Ariadna Ortega, “La CEPAL presenta a AMLO un plan para atender fenómeno migratorio”, *Expansión*, 20 de mayo de 2019, <https://politica.expansion.mx/presidencia/2019/05/20/la-cepal-presenta-a-amlo-un-plan-para-atender-el-fenomeno-migratorio>

⁶² Iris Velázquez, “Trabajará Ebrard con Pompeo plan para CA”, *Reforma*, 22 de mayo de 2019 https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?id=1682950&opinión=0&urlredirect=https://www.reforma.com/tratara-ebard-con-pompeo-plan-para-ca/ar1682950?_rval=1&flow_type=paywall

⁶³ Enrique Sánchez, “Ebrard presentará en Alemania programa de desarrollo para Centroamérica”, *Excelsior*, 27 de mayo de 2019, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/ebard-presentara-en-alemania-programa-de-desarrollo-para-centroamerica/1315253>

⁶⁴ Ana Langner y Fabiola Martínez “Marcelo Ebrard encabezará comisión intersecretarial de atención a los migrantes” *La Jornada*, 20 de septiembre de 2019. <https://www.jornada.com.mx/sin-fronteras/2019/09/20/marcelo-ebard-encabezara-comision-intersecretarial-de-atencion-a-los-migrantes-9981.html>

⁶⁵ Responsable del programa Sembrando Vida en el sur del país. Se encuentra a cargo del censo, registro y ofrecimiento de empleo para migrantes en el sur del país.

⁶⁶ Responsable facilitador en la frontera norte para personas que están en México esperando resolución de asilo en EEUU.

⁶⁷ Encargado de coordinar el plan de desarrollo integran en Guatemala, Honduras y El Salvador con el Fondo México y el respaldo de la Agencia Mexicana de Cooperación y Desarrollo.

número de “rescatados”, a pesar de los eufemismos y del cuidado en la utilización de conceptos que suenan más “humanos”, muestra una clara securitización de la agenda, que está enfocada especialmente a la detención de migrantes en tránsito, y en mostrarle a los Estados Unidos un esfuerzo eficiente en esta dimensión.

Además de los números señalados, en la relación a la estrategia relacionada con la seguridad, también se informó que se habían instalado 21 puntos de control en la frontera sur y 20 en la frontera norte; que la Guardia Nacional había detenido a 103 presuntos traficantes de personas y que el Instituto Nacional de Migración había hecho lo propio con otros 202 presuntos delincuentes.

Marcelo Ebrard hizo énfasis en señalar que la estrategia relacionada con el desarrollo regional tenía avances, aunque se siguieran diferentes ritmos.

En el aspecto político afirmó que en el primer trimestre del 2020 se iba a realizar la Conferencia Internacional de Cooperantes en favor del Plan de Desarrollo Integral acordado con la CEPAL, y que los Estados Unidos estaban entendiendo que deberían apoyar la estrategia de desarrollo. En este sentido se congratuló que los Estados Unidos hayan anunciado la iniciativa “América Crece”. Se espera, señaló, que en el primer trimestre del 2020, se cuente con decisiones de inversión tanto de los Estados Unidos, como de 35 países invitados, 5 agencias de cooperación internacionales, 8 organismos internacionales y 17 agencias de Naciones Unidas; para apoyar 149 proyectos específicos que incluyen a Guatemala, Honduras, el Salvador y el Sur de México.

En relación a avances concretos hizo mención a los de la Agencia Mexicana de Cooperación y Desarrollo, y a los de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social,⁶⁸ por los que 17,425 migrantes ya han sido beneficiados por los diferentes programas que se han impulsado en el Plan de Desarrollo.

El avance de los programas en los diferentes países centroamericanos se encuentra en un momento inicial, y no tiene el mismo ritmo de avance en todos los países. En el Salvador se cuenta con la aprobación tanto del poder ejecutivo, como del legislativo, y del sector empresarial y ya a principios de enero del 2020 inician las primeras dispersiones de dinero entre los primeros beneficiarios.⁶⁹ En Honduras, país que se encuentra en medio de una tormenta política importante, derivada entre otras cosas, por la declaración de culpabilidad en un tribunal estadounidense del hermano del presidente Juan Orlando Hernández por tener relaciones con el crimen organizado,⁷⁰ se firmaron los contratos de donación el 8 de

⁶⁸ Se abrieron dos centros integradores de migrantes, uno en Ciudad Juárez y otro en Tijuana. Se contrataron 3,505 migrantes en Mexicali, Tijuana, Ciudad Juárez, Matamoros y Piedras Negras. El sector manufacturero ha puesto a la disposición 40,000 puestos de trabajo en la frontera norte; mientras que en la frontera sur de tienen censados 13,306 migrantes y se están gestionando 4,100 espacios laborales formales; 2,617 migrantes que se integren en actividades de servicio comunitario, y otros 1,874 que se vinculen al programa de emergencia social. Por otra parte, se han abierto 22 albergues para migrantes en Chiapas, Oaxaca, Tabasco y Veracruz con alimentos.

⁶⁹ A finales de diciembre del 2019 se contabilizaban 1,250 beneficiarios del programa Sembrando Vida y 270 en el de “Jóvenes Construyendo el Futuro”.

⁷⁰ El 17 de enero del 2020 se dictó sentencia firme. “Declaran culpable a Antonio Hernández, hermano del Presidente de Honduras” CNN Español 18 de Octubre 2019 <https://cnnespanol.cnn.com/2019/10/18/declaracion-culpable-a-antonio-hernandez-hermano-del-presidente-de-honduras/>

noviembre del 2019 y se han empezado a registrar los primeros 200 beneficiarios. En Guatemala se celebraron elecciones el 11 de agosto de 2019 y asumió el presidente Alejandro Giammattei el 14 de enero del 2020,⁷¹ se han tenido reuniones de alto nivel, pero a finales de diciembre del 2019, todavía se estaba a la espera de poderse reunir con la nueva administración. En este sentido es muy relevante la falta de sintonía entre el ex presidente Jimmy Morales y Giammattei, que ha señalado en numerosas ocasiones que la migración era una prioridad de su gobierno, y que se deberían revisar los acuerdos con los Estados Unidos en relación a considerar a Guatemala como un tercer país seguro.⁷²

6. LA REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN CON LOS ESTADOS UNIDOS EN LA POLÍTICA MIGRATORIA

La coyuntura de las relaciones México-Estados Unidos en mayo y los primeros días de junio de 2019 se caracterizó por uno de los niveles más críticos en su historia reciente. Las tensiones se agudizaron en materia de migración, en especial por la ausencia de un acuerdo bilateral en el cual se equilibren las prioridades de seguridad nacional de ambos países con una migración ordenada y segura. La exigencia del gobierno estadounidense a México fue el reducir la migración irregular centroamericana desde la frontera sur, de lo contrario se establecerían medidas arancelarias.⁷³ Esta medida poco usual en la agenda bilateral se aplicó por parte de Estados Unidos considerando la vulnerabilidad nacional al inicio de una nueva administración federal, el desconocimiento de la heterogeneidad burocrática, el desconocimiento de los contrapesos institucionales y el papel de los actores privados de Estados Unidos en la agenda binacional. Por ende, predominó una actitud pragmática⁷⁴ del gobierno mexicano de ceder a la propuesta de fortalecer la seguridad fronteriza en la frontera sur mexicana. Evitando con ello el establecimiento de las sanciones comerciales del gobierno estadounidense,⁷⁵

⁷¹ “Alejandro Giammattei toma posesión como presidente de Guatemala” Milenio 14 de enero de 2020 <https://www.milenio.com/internacional/latinoamerica/guatemala-alejandro-giammattei-toma-posesion-presidente>. Por parte de México el canciller Marcelo Ebrard acudió a su toma de protesta. “Ebrard acudirá a toma de protesta del nuevo presidente de Guatemala”. RASA 13 de enero 2020. <https://www.rasa-informa.com/ebrard-acudira-a-toma-de-protesta-del-nuevo-presidente-de-guatemala/>

⁷² “Giammattei a Pompeo: “no estamos de acuerdo” con un acuerdo de tercer país seguro” Voz de América, 5 de septiembre 2019 <https://www.voanoticias.com/a/giammattei-washington-pompeo-tercer-pais-seguro/5071712.html> “Alejandro Giammattei: “Habría que hacer una modificación del acuerdo de asilo con EE. UU.” France 24, 14 de enero 2020 <https://www.france24.com/es/20200114-alejandro-giammattei-habr%C3%ADa-que-hacer-una-modificaci%C3%B3n-del-acuerdo-de-asilo-con-ee-uu>

⁷³ Congressional Research Service, *Mexico’s Immigration Control Efforts*, In Focus, Washington, DC , 27 Junio 2019.

⁷⁴ El presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, aseguró que se superó la amenaza de imponer aranceles y una posible crisis económica y política gracias al acuerdo migratorio alcanzado con Estados Unidos el pasado mes de junio, que “nos obliga a ser más estrictos en la aplicación de la ley en la materia”, www.forbes.com.mx/amlo-se-supero-la-amenaza-de-aranceles-gracias-al-acuerdo-migratorio/, 1º. septiembre 2019.

⁷⁵ “Mexico Agreed to Take Border Actions Months Before Trump Announced Tariff Deal”, *New York Times*, June 8, 2019 y Congressional Research Service, *Mexico’s Immigration Control Efforts*, In Focus, Washington, DC , 27 junio 2019.

pero sobre todo, una negociación bilateral, en la cual los costos se hubieran equilibrado, optando por una alternativa menos asimétrica y acorde a los factores determinantes de la migración irregular hacia Estados Unidos (integración económica transfronteriza, demanda sectorial en la economía, influencia en las ciudades receptoras de migrantes, redes socioculturales de integración y beneficios en la competitividad económica estadounidense).

La ausencia de una eficaz gobernanza migratoria binacional, según prioridades consensuada será fuente permanente de tensiones con Estados Unidos. Se marginó que el gobierno estadounidense tiene una agenda en materia de seguridad nacional tanto en la relación con México y con Centroamérica,⁷⁶ y que debe de implicar una corresponsabilidad migratoria de los países involucrados.

La implementación del Acuerdo de Seguridad y Migración de México y Estados Unidos (junio 2019) tendrá implicaciones en la gestión y políticas públicas, según las siguientes acciones acordadas: 1) Canalización de recursos presupuestarios para atender necesidades de migrantes centroamericanos en las ciudades fronterizas mexicanas; 2) este contexto plantea la oportunidad de promover un modelo de cooperación internacional para el desarrollo local y regional; 3) el fortalecimiento del control migratorio de parte de la Guardia Nacional implicará el desafío de regular los flujos y el debido respeto a derechos humanos, la inclusión social, laboral y cultural de la migración centroamericana en la frontera sur y las iniciativas de desarrollo hacia la región, implicarán fortalecer las capacidades institucionales de los gobiernos centroamericanos con una agenda transversal para el desarrollo.

Ambos países reconocieron la importancia de resolver rápidamente la emergencia humanitaria y la situación de seguridad prevalecientes. Los gobiernos de México y Estados Unidos trabajarán conjuntamente para alcanzar una solución duradera. (Declaración Conjunta México Estados Unidos, 7 junio 2019). Como producto de tal Declaración, México acordó incrementar significativamente su esfuerzo de aplicación de la ley mexicana a fin de reducir la migración irregular, incluyendo el despliegue de la Guardia Nacional en todo el territorio nacional, dando prioridad a la frontera sur.⁷⁷ Esta medida implicará el desafío de política pública de no criminalizar la migración irregular y evitando la violación de derechos humanos.

Una de las prioridades del Acuerdo es que México deberá tomar acciones decisivas para dismantlar las organizaciones de tráfico y trata de personas, así como sus redes de financiamientos y transporte ilegales. Así, mismo, ambos países se comprometieron a fortalecer la relación bilateral, incluyendo el intercambio de acciones coordinadas a fin de proteger mejor y garantizar la seguridad en la frontera común (Declaración Conjunta México Estados Unidos, 7 junio 2019).

⁷⁶ Con anterioridad, la ex secretaria Nielsen se reunió con algunos presidentes centroamericanos y acordaron fortalecer una agenda de seguridad nacional: combate a trata y tráfico de personas, a organizaciones criminales y pandillas, e intercambio de información e inteligencia sobre seguridad fronteriza.

⁷⁷ Congressional Research Service, *Mexico's Immigration Control Efforts*, In Focus, Washington, DC, 27 junio 2019.

• *Instrumentación de la sección 235(b)(2)(C)*

Los Estados Unidos extenderán de manera inmediata la instrumentación de la sección 235(b) (2) (C) a lo largo de su frontera sur. Ello implica que aquellos que crucen la frontera sur de Estados Unidos para solicitar asilo serán retornados sin demora a México, donde podrían esperar la resolución de sus solicitudes de asilo. (Declaración Conjunta México Estados Unidos, 7 junio 2019).⁷⁸ Esta iniciativa ha sido muy polémica, considerando que lo ideal sería que los solicitantes se quedaran en Estados Unidos.⁷⁹ Sin embargo, México asumió una *actitud humanitaria*, lo que implicó que se diseñará una política de cooperación internacional de ayuda humanitaria y de protección a los migrantes. Además, México se comprometió a ofrecer oportunidades laborales y acceso a la salud y educación a los migrantes y sus familias mientras permanezcan en territorio nacional, así como protección a sus derechos humanos.

Uno de los temas más controvertidos de la agenda migratoria con Estados Unidos es que México sea un “tercer país seguro”. Si bien los refugiados y solicitantes de asilo que pasan por México hacia Estados Unidos podrían ser candidatos para recibir refugio en territorio mexicano, ya que este país es signatario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, no sería conveniente y, además, no es su prioridad.

Así mismo, México y los Estados Unidos reiteraron la declaración del 18 de diciembre de 2018 en la que se comprometieron a fortalecer y a ampliar la cooperación bilateral para fomentar el desarrollo económico y aumentar la inversión en el sur de México y Centroamérica para crear una zona de prosperidad. (Declaración Conjunta México Estados Unidos, 7 junio 2019). Este enfoque es importante y continúa con la política promovida al amparo del Plan de la Alianza para la Prosperidad del Triángulo Norte promovido por Estados Unidos desde el 2016. La diferencia es que la iniciativa mexicana no considera las políticas de seguridad nacional promovidas por Estados Unidos desde el 2016,⁸⁰ en especial el combate al narcotráfico y a los traficantes de migrantes. Esta diferencia condicionará la participación de Estados Unidos en la propuesta mexicana de programa de desarrollo hacia Centroamérica y con ello la viabilidad del programa.

7. ALGUNOS IMPACTOS DE LA NUEVA AGENDA DE COOPERACIÓN MIGRATORIA DE MÉXICO CON LOS ESTADOS UNIDOS

El gobierno federal mexicano ha implementado en este primer año de su administración una política de cooperación en materia de seguridad fronteriza con

⁷⁸ Esta política se encuentra en revisión en tribunales estadounidenses por lo que no se sabe cuál será su futuro, tal y como señalan ARRIOLA VEGA, Luis Alfredo “López Obrador’s Initial Policies Toward Central American Migrants: Implications for the U.S”. México Center. Rice University’s Baker Institute for Public Policy, August 2019 y Andrew Selee “Un año de cambios profundos en la política migratoria entre Centroamérica, México y Estados Unidos” Análisis Carolina, 02/2020, 14 de enero 2020.

⁷⁹ “States to Trump: we want refugees. With evangelical support most governors agree to confusing news requirements” Christianity Today, 8 de enero 2020 <https://www.christianitytoday.com/news/2020/january/refugee-resettlement-letters-consent-states-trump-policy.html>

⁸⁰ Congressional Research Service, *Recent Migration to the United States from Central America: Frequently Asked Questions*, Washington, DC. 29 enero, 2019.

los Estados Unidos. La cual ha tenido entre otros los siguientes impactos en las siguientes dimensiones:

a) *Control migratorio en dos vías: regulación migratoria y solicitudes de asilo*

La normatividad en materia de migración en México tiene claroscuros en el respeto a los derechos fundamentales. Por una parte, existen avances en los temas de control, verificación y regulación de los flujos migratorios,⁸¹ pero también existen déficits con respecto a discriminación, igualdad, libertad de tránsito y acceso a la justicia.

Los recientes cambios en el marco legal migratorio en México, han configurado el compromiso del Estado Mexicano por asumir los acuerdos internacionales a los que se ha suscrito, respecto a los derechos humanos de la migración tanto mexicana como extranjera. Con ello se pretende dar una respuesta a demandas planteadas por los organismos de la sociedad civil y organismos internacionales en años anteriores. Sin embargo, esos cambios han sido insuficientes, porque no han disminuido la vulnerabilidad contra los migrantes tanto nacional como extranjeros en territorio mexicano.⁸²

Desde la perspectiva de WOLA (2019), con sólo tres oficinas principales en todo el país, la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) carece de recursos y personal suficientes. En los primeros 11 meses del año, la COMAR recibió casi 67,000 solicitudes de asilo, más del doble de lo que recibió en todo el 2018. A pesar de esta realidad, el presupuesto de la COMAR para 2020 es de apenas USD\$2.35 millones.⁸³ La capacidad del organismo para tramitar eficazmente las solicitudes de asilo depende del apoyo de ACNUR, cuyo presupuesto operativo para México en 2019 fue 25 veces superior al de la COMAR, ascendiendo a unos USD\$60 millones.⁸⁴

b) *Disminución de las tensiones políticas con los Estados Unidos*

Ha existido un acuerdo tácito entre los gobiernos de México y Estados Unidos en el marco de la migración masiva de centroamericanos hacia ambos países

⁸¹ En el año de 2019 el INM efectuó 486 mil 625 trámites migratorios, los cuales se estima aumentarán a 505 mil al finalizar este año, cifra récord en los últimos cinco años. En el periodo de 2014 al 2019 se atendieron dos millones 284 mil 719 personas migrantes en ventanillas del Instituto.

⁸² Entre los efectos negativos se pueden mencionar, según la Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes en su último informe de septiembre 2019: "...la deportación, así como el desgaste por trabas migratorias, ante el colapso del sistema de refugio en México, buscando la pulverización de las personas en su estructura humana como estrategia disuasoria de la migración".

⁸³ Desde la visión de WOLA, la capacidad del organismo para tramitar eficazmente las solicitudes de asilo depende del apoyo de ACNUR, cuyo presupuesto operativo para México en 2019 es más de 25 veces superior al de la COMAR, ascendiendo a unos USD\$60 millones. Véase Maureen Meyer y Adam Isacson, 2019, *El "muro" antes del muro. El aumento de medidas contra la migración en la frontera sur de México*, diciembre. WOLA, Washington, DC.

⁸⁴ Según el INM, la lista de solicitudes por nacionalidad de la COMAR está encabezada por Honduras, con 29 mil 146 migrantes que buscan tener un conducto para quedarse en México; le sigue El Salvador, con 8 mil 711 casos; en tercer sitio se ubica Cuba, con un importante aumento al pasar de 218 solicitantes el año pasado a 8 mil 42 en el actual. En cuarto lugar, está Venezuela, muy cerca de Cuba, con 7 mil 174, aunque mantiene la tendencia registrada en 2018.

desde el año 2018 hasta junio de 2019. Con ello se ha fortalecido una eficaz coordinación binacional para fortalecer una política de control fronterizo, tanto en la frontera sur como en la frontera norte. Según el INM al corte del viernes 13 de diciembre 2019, el acumulado del año en curso se ubicaba en 176 mil 347 migrantes presentados ante la autoridad, contra los 131 mil de todo el año de 2018.⁸⁵

La nueva administración federal propuso originalmente un trato más humano y de acercamiento a la migración de centroamericanos y otras nacionalidades que llegan a México para establecerse allí o viajar hacia los Estados Unidos. Con ello se pretendía una respuesta conjunta entre los gobiernos de Centroamérica, México y Estados Unidos para abordar los flujos migratorios —una respuesta basada en la idea de responsabilidades y acciones compartidas—. Sin embargo, las presiones del presidente Trump de exigir a México un mayor control migratorio en la frontera sur o de lo contrario, se establecerían aumento en las tarifas arancelarias, generó una mayor cooperación del gobierno mexicano en materia de control migratorio y de asistencia a los solicitantes de asilo como resultado del programa *Quédate en México*.⁸⁶ Situación no prevista en la historia reciente bilateral y menos de un gobierno de tendencia de izquierda, que tradicionalmente había sido crítico de las acciones intervencionistas estadounidenses y de los efectos negativos de la política migratoria mexicana.

Esta tendencia de la cooperación binacional se podría fortalecer en el contexto de que a partir de 2020, el gobierno de Trump siga aplicando políticas que limiten aún más el acceso al asilo en los Estados Unidos y con ello mayores restricciones a la migración legal y el aumento de las detenciones de migrantes en la frontera sur de Estados Unidos.⁸⁷ El incremento de detenidos por las autoridades de los Estados Unidos, y de México evidencia que no existe necesariamente una relación directa entre la organización de las caravanas de migrantes, el incremento de flujo de migrantes y el aumento en el número de asegurados. Este incremento responde a una respuesta política de las autoridades estadounidenses, y de las mexicanas.

Resulta factible afirmar, a pesar de la imposibilidad de medirlo con precisión, que el número de migrantes que anualmente cruza México hacia Estados Unidos ha sido históricamente mucho mayor al estimado en diferentes declaraciones por las autoridades mexicanas o estadounidenses; y que no son las

⁸⁵ Instituto Nacional de Migración, Tema Migratorio 151219, “Detuvo el INM a 176 mil 347 migrantes en lo que va de 2019”, 14 diciembre 2019. <https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/tema-migratorio-151219/>

⁸⁶ Congressional Research Service, *Mexico's Immigration Control Efforts*, In Focus, Washington, DC , 27 Junio 2019.

⁸⁷ Según el cuadro informativo del Custom and Borders Potrection Southwest Border Total Apprehensions/ Inadmisibles del gobierno de los Estados Unidos en el año fiscal de 2014 se detuvo a 569,237 personas; en el 2015: 444,859; en 2016: 553,378; en 2017: 415,517; en 2018: 521,090 y en 2019 de enero a mayo 676,282. Si a eso se le suma el número de detenidos y deportados por México, que se encuentra en las tablas 1, 2 y 3 y los que logran pasar y establecerse en los Estados Unidos, el número de migrantes que cruzan anualmente es mucho mayor al calculado por las autoridades mexicanas. Southwest Border Migration, <https://www.cbp.gov/newsroom/stats/sw-border-migration>, 03 de febrero de 2019. Posteriormente la misma fuente señaló que el número final de asegurados y no admisibles en el año fiscal 2019 fue de 977.509 migrantes detenidos.

caravanas de migrantes, a pesar de lo que argumentan Selee y Arriola, o las autoridades estadounidenses, las que necesariamente han hecho aumentar este número en fechas recientes.⁸⁸

Desde la perspectiva de WOLA (2019), el futuro del programa “Quédate en México” y otros programas que probablemente violen las leyes estadounidenses y el derecho internacional dependerá de la acción del Congreso y los tribunales estadounidenses de restringir el financiamiento a estas políticas, y los tribunales pueden bloquear su continuidad.⁸⁹ No obstante, la posición gubernamental mexicana se fundamenta en una *acción humanitaria*, que se contradice con los escasos apoyos presupuestarios del Congreso y del Ejecutivo en los últimos tres años para atender las demandas diversas de los migrantes irregulares extranjeros y los migrantes mexicanos deportados.

c) *Restricciones presupuestarias para atender las demandas diversas de las comunidades migrantes*

La actitud humanitaria del gobierno mexicano se contradice con los escasos apoyos presupuestarios del Congreso y del Ejecutivo en los últimos tres años para atender las demandas diversas de los migrantes irregulares extranjeros y los migrantes mexicanos deportados. Una situación similar existe en la propuesta de presupuesto para la política migratoria del año 2020. Si por un lado aumenta los recursos presupuestarios para fortalecer el papel de la Guardia Nacional en sus labores de contención migratorio, los recursos para apoyar la política migratoria (infraestructura, personal, incentivos) en un contexto de un aumento de los flujos migratorios siguen siendo bajos.

En México, el presupuesto destinado entre el 2009 y el 2019 por el gobierno federal para atender a refugiados y el fenómeno migratorio en general disminuyó 222.2 millones de pesos. Lo que refleja la escasa importancia de los migrantes en actual administración federal, a pesar de que ser un gobierno de izquierda y con una mayor sensibilidad social. Y además, la complejidad actual del problema migratorio por la migración centroamericana y el alto número de remesas enviadas por los migrantes en Estados Unidos, las cuales se estiman en cerca de 30 mil millones de dólares a fines del año de 2019.⁹⁰

⁸⁸ ARRIOLA VEGA, Luis Alfredo “López Obrador’s Initial Policies Toward Central American Migrants: Implications for the U.S”. México Center. Rice University’s Baker Institute for Public Policy, August 2019 y Andrew Selee “Un año de cambios profundos en la política migratoria entre Centroamérica, México y Estados Unidos” Análisis Carolina, 02/2020, 14 de enero 2020.

⁸⁹ En septiembre 2019 se estima que del total de solicitantes migrantes —47,000— en el programa, menos de 10,000 habían completado sus casos. De ese grupo, se denegaron 5.085 casos, mientras que 4.471 casos se desestimaron sin que se tomara una decisión, principalmente por motivos de procedimiento. Solo 11 casos, o el 0.1% de todos los casos completados, dieron lugar a la concesión de asilo. Según el Transactional Records Access Clearinghouse at Syracuse University. <https://www.latimes.com/world-nation/story/2019-12-15/remain-in-mexico-has-a-0-01-percent-asylum-grant-rate>, diciembre 16, 2019.

⁹⁰ México recibió 26 mil 980 millones de dólares de sus ciudadanos residentes en el extranjero en los primeros nueve meses del año, un aumento del 9.3 % respecto al mismo periodo de 2018, informó este viernes el Banco Central. <https://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/remesas-enviadas-a-mexico-crecen-9-3-en-primeros-nueve-meses-de-2019/>

El gasto aprobado por la Cámara de Diputados para dichos rubros en el 2009, ascendió a 1,552 millones 895,451 pesos, para el ejercicio fiscal en curso y que corresponde al primer año del actual gobierno federal la disminución fue de 14%, siendo los recursos autorizados 1,330 millones 602,921 pesos.⁹¹ A pesar de que la problemática migratoria fue más compleja en el 2019 y lo será en el 2020, por las demandas de solicitudes de asilo y en general necesidades de asistencia y personal de apoyo.

En el 2018, durante el último año de la administración que encabezó el presidente Enrique Peña Nieto, el gasto aprobado para atender la migración fue de 1,731 millones 895,310 pesos y de ahí que el decremento fue de 23.17% en comparación con el correspondiente al 2019 (*Ibidem*).

El gobierno federal prevé un aumento presupuestal para el INM de 156 millones de pesos para el 2020, éste resulta poco significativo, pues pasaría de 1,330 a 1,487 millones. Dicha cifra sigue por debajo de lo aprobado para 2014 cuando el INM recibió 2,102 millones. El presupuesto total se estima en 1,579 millones de pesos del sector, de los cuales 1,487 millones llegarán vía el INM.

De aprobarse, el presupuesto para el próximo año, el incremento sería un 11% mayor al recibido en 2019, cuando fue de 1,330 millones de pesos. Éste aumento se daría a pesar del contexto de la emergencia migratoria por la que atraviesa México y luego de que de 2018 a 2019 se diera una disminución de 26% a los recursos del INM.

Tabla 4. Presupuesto para el INM 2010-2020⁹²

Año	Presupuesto
2010	1,767,588,958
2011	1,760,773,764
2012	1,830,886,213
2013	1,895,409,751
2014	2,102,142,765
2015	1,979,084,661
2016	1,809,969,461
2017	1,742,754,339
2018	1,731,895,310
2019	1,330,602,921
2020	1,487,031,435
Total	19,438,139,578

⁹¹ RAMOS, Rolando. 2019. “Instituto Nacional de Migración Pierde 222.2 Millones de Pesos En Una Década.” *El Economista*, June 13, 2019. <https://www.economista.com.mx/politica/Instituto-Nacional-de-Migracion-pierde-222.2-millones-de-pesos-en-una-decada--20190613-0005.html>

⁹² Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 2020. “Presupuesto de Egresos de La Federación 2020.” México. https://www.pef.hacienda.gob.mx/en/PEF2020/analiticos_presupuestarios
 Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 2019. Proyecto de Presupuesto de Egresos de La Federación. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. https://www.ppef.hacienda.gob.mx/work/models/PPEF2019/docs/exposicion/EM_Documento_Completo.pdf

d) *Demandas de asistencia y regularización de los migrantes*

De acuerdo con WOLA (2019), en agosto, las estaciones migratorias y estancias provisionales del INM albergaban en promedio a un 61 por ciento más de su capacidad y algunos de ellos tenían un excedente del 300 por ciento. La mayoría carece de instalaciones sanitarias adecuadas, atención médica y acceso a alimentos.⁹³ De ahí la importancia de promover un aumento en el presupuesto del INM, sin embargo, como se aprecia el aumento es mínimo y resulta contradictorio, según el aumento en las necesidades de los migrantes.⁹⁴

Según el reporte de WOLA,⁹⁵ el INM debe abordar las condiciones en muchas de sus estaciones migratorias y estancias provisionales. El INM debe continuar con sus esfuerzos para mejorar las condiciones dentro de las estaciones migratorias. Al hacerlo, debe seguir las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el Consejo Ciudadano del INM.⁹⁶

e) *Aumento de riesgos de inseguridad, violencia y criminalidad hacia los migrantes*

Según el estudio de WOLA (2019), las personas migrantes que transitan por el sur de México siguen sufriendo asaltos, robos, violaciones y secuestro a manos del crimen organizado o delincuentes comunes.⁹⁷ Como parte del contexto de inseguridad y violencia que caracteriza al país, convirtiendo el año de 2019 como el más violento en la historia mexicana. De ahí la vulnerabilidad de los migrantes centroamericanos en espera de su cita en Estados Unidos (Solís, 2019).⁹⁸

A pesar de que se ha argumentado que los refugiados y solicitantes de asilo que pasan por México hacia Estados Unidos podrían ser candidatos para recibir

⁹³ Acuerdo con WOLA, a pesar de las preocupaciones generalizadas sobre el hacinamiento, las malas condiciones de salud y las denuncias de maltrato, el gobierno mexicano sigue restringiendo el monitoreo independiente de las condiciones de las estaciones migratorias.

⁹⁴ En la Conferencia mañanera del 26 de diciembre Marcelo Ebrard señaló que se ha estado trabajando en remodelar diferentes estaciones migratorias: “Se concluyeron la rehabilitación de estaciones migratorias, que fue otro compromiso que hizo el gobierno de la República, al 100 por ciento. Se rehabilitaron Saltillo, Tapachula, Tenosique, El Ceibo y Acayucan, y entre 50 y 80 por ciento de acuerdo a lo que era necesario en cada una de ellas, se trabajó y ya se concluyeron Iztapalapa, Mexicali, Tijuana, Torreón y Hermosillo”. <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-de-la-conferencia-de-prensa-matutina-jueves-26-diciembre-2019?idiom=es>

⁹⁵ Maureen Meyer, and Adam Isacson. 2019. “The ‘Wall’ Before the Wall: Mexico’s Crackdown on Migration at Its Southern Border.” Washington. <https://www.wola.org/analysis/wola-report-mexicos-southern-border-security-central-american-migration-u-s-policy/>

⁹⁶ Estas recomendaciones establecen estrategias claras sobre cómo reducir el hacinamiento, garantizar el acceso adecuado a la alimentación, la atención médica y otros servicios básicos, y brindar protección adecuada a los grupos vulnerables.

⁹⁷ Las casas de migrantes y organizaciones que apoyan a las víctimas que han presentado denuncias penales ante los ministerios públicos informaron que los fiscales han adoptado pocas medidas para investigar estos delitos o combatir estas tendencias delictivas.

⁹⁸ SOLIS, Gustavo. 2019. “Remain in Mexico Has a 0.1% Asylum Grant Rate .” Los Angeles Times, December 15, 2019. <https://www.latimes.com/world-nation/story/2019-12-15/remain-in-mexico-has-a-0-01-percent-asylum-grant-rate>

refugio en territorio mexicano, ya que este país es signatario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, para la Women's Refugee Commission no es lo más conveniente. En primer lugar, porque para que México se convierta en una opción de “tercer país seguro” el territorio debería poder ser capaz de brindar asilo sin ningún peligro para las personas, y desde la visión de la organización en México no sucede esto (Tijuana y Ciudad Juárez, con cerca de 2000 y 1300 homicidios dolosos en 2019). Por lo cual, se violan las normas internacionales de refugio y asilo.

A pesar de las medidas adoptadas por México en los últimos años para fortalecer su sistema de asilo, esta herramienta continúa en fase de desarrollo y cuenta con recursos y capacidades limitadas. Asimismo, los migrantes carecen constantemente de protección suficiente y con frecuencia experimentan violencia y otros abusos por parte del crimen organizado y funcionarios corruptos. El desafío gubernamental es que México reconozca su responsabilidad como país expulsor, y su imposibilidad de ser un tercer país seguro para los migrantes centroamericanos en tanto no desaparezca el clima de violencia e impunidad en el país.⁹⁹

Desde la perspectiva de WOLA, quienes deciden solicitar asilo en México se enfrentan a un sistema que carece de personal y recursos suficientes y que no ha sido una prioridad para el gobierno mexicano. Lo cual se aprecia en las restricciones presupuestarias en la política migratoria mexicana. En este sistema, los retrasos significan meses de espera en condiciones precarias. Esta situación contradice la actitud humanitaria planteada por el gobierno federal mexicano.¹⁰⁰

f) *Violación a derechos humanos a migrantes de parte de miembros de la Guardia Nacional*

Se estima que en el marco del cambio de política migratoria mexicana fueron desplegados 15 mil efectivos, mientras que a la frontera sur con Guatemala y Belice, fueron enviados aproximadamente 10,500 agentes de la Guardia Nacional y personal del Ejército. Para esta movilización no existieron restricciones presupuestarias, por la importancia que se adjudica al fortalecimiento de la política de control fronterizo.¹⁰¹ En este sentido, el presidente López Obrador aclaró que este

⁹⁹ TRUAX, Eileen. 2019. “Opinion | AMLO Debe Cambiar Su Política Hacia Los Migrantes - The Washington Post.” The Washington Post, August 28, 2019. <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2019/08/29/miles-de-vidas-dependen-de-que-amlo-cambie-su-politica-migratoria/>

¹⁰⁰ La complejidad del momento, y la rapidez con la que se toman y modifican decisiones es tan sorprendente que las autoridades estadounidenses han planteado recientemente que incluso los mexicanos que esté esperando su audiencia deberán trasladarse a Guatemala para poderla tramitar. Ello por supuesto ha generado la reacción negativa de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México. “Gobierno de Trump enviará a Guatemala a solicitantes de asilo mexicanos”. Proceso, 6 de enero de 2020. <https://www.proceso.com.mx/613136/gobierno-de-trump-enviara-a-guatemala-a-solicitantes-de-asilo-mexicanos> “México manifiesta su desacuerdo sobre la medida de EE.UU. para que solicitantes de asilo mexicanos continúen su proceso en Guatemala” Comunicado 006 de 6 de enero 2020 Secretaria de Relaciones Exteriores. <https://www.gob.mx/sre/prensa/gobierno-de-mexico-rechaza-propuesta-estadounidense-para-repatriar-ciudadanos-mexicanos-a-guatemala>

¹⁰¹ Se plantea para el ejercicio del año 2020 un presupuesto de 2,242 millones de pesos sean para la operación de la Guardia Nacional con respecto a la prevención, investigación y persecución de delitos. <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/09/09/amlo-presupuesto-seguridad-2020-guardia-nacional>, 9 septiembre 2019.

personal no ha recibido órdenes de detener a los migrantes, pero sí de actuar en contra de las mafias, refiriéndose al crimen organizado.¹⁰² Sin embargo, en la práctica los militares mexicanos empezaron a participar en la contención de personas migrantes. Se otorgaron atribuciones para actuar en aduanas y en la inspección de los documentos migratorios de personas extranjeras a fin de verificar su “estancia regular” en México. Este cambio en el papel de los militares, implicó una mayor prioridad a la detención de migrantes en la frontera sur, dejando como segunda prioridad el combate a la inseguridad y delincuencia organizada, en un marco en que el primer año de la nueva administración federal ha sido el año más violento en la historia de México.¹⁰³

Una mayor participación de las autoridades gubernamentales mexicanas —Guardia Nacional, Policía Federal e Instituto Nacional de Migración—¹⁰⁴ en materia de seguridad pública y seguridad nacional y en particular en tareas de verificación y control migratorio, coincide con acciones y riesgos para violación a los derechos humanos de los migrantes.¹⁰⁵ Situación que sucede por la ausencia de protocolos de intervención y por la formación policial y militar, en la cual existe una deficiente formación y valores culturales, asociados con el respeto a los derechos humanos de las poblaciones vulnerables. Además, existe una tendencia estructural de criminalizar a la población migrante por su propia situación irregular, clase social, nacionalidad y vulnerabilidad.

En suma, el fortalecimiento policial sin controles anticorrupción y fortalecimiento en cultura de valores y de respeto a los derechos humanos ha implicado que los migrantes sean víctimas de extorsión y de violaciones a sus derechos de parte de agentes policiales de los tres niveles de gobierno y de la Guardia Nacional, así como de traficantes de migrantes y de bandas delictivas. La participación de la Guardia Nacional ha implicado un mayor riesgo de que los migrantes sean víctimas de intimidación, extorsión y en general de estar sujetos a una mayor vulnerabilidad, en comparación a la pasada administración federal.

Por su parte, Michelle Bachelet, Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, rechazó la política migratoria de la administración de Andrés Manuel López Obrador, al suponer un “retroceso” a las garantías individuales de

¹⁰² Aunque no existen datos oficiales de detenciones de traficantes de personas en este primer año de la implementación de la política migratoria mexicana. Para el gobierno de los Estados Unidos los traficantes han sido parte de su agenda de seguridad con los países centroamericanos.

¹⁰³ Para examinar la violencia e inseguridad en México véase Congressional Research Service, *Mexico: Organized Crime and Drug Trafficking Organizations*, updated august 15, 2019, <https://crsreports.congress.gov/R41576>

¹⁰⁴ Desde la perspectiva de WOLA: “...*el INM debe fortalecer sus protocolos para garantizar que sus agentes evalúen adecuadamente las posibles necesidades de protección de las personas migrantes. Los agentes del INM a menudo no cumplen con su obligación de garantizar que los migrantes detenidos entiendan que tienen derecho a buscar asilo en México*”. Véase Maureen Meyer y Adam Isaacson, *ibidem*.

¹⁰⁵ Entre las acciones detectadas por la Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes en su último informe de septiembre 2019 se encuentra: **la violencia, la detención prolongada el encarcelamiento, e hacinamiento, tratos crueles e inhumanos...**. Véase Díaz, Gloria Leticia. 2019. “Política Migratoria de AMLO Es Más Agresiva Que La de Peña y Complace a EU: Defensores - Proceso Portal de Noticias.” Proceso, September 3, 2019. <https://www.proceso.com.mx/598238/politica-migratoria-de-amlo-es-mas-agresiva-que-la-de-pena-y-complace-a-eu-defensores>

los grupos más vulnerables.¹⁰⁶ Desde su perspectiva, las políticas implementadas en México, Estados Unidos y algunos países Centroamericanos, al exponer a los migrantes a mayor riesgo de violaciones y abusos de derechos humanos. Michelle Bachelet, Alta Comisionada de la ONU destacó: “*En particular, me alarma que los niños migrantes continúen siendo detenidos en centros tanto de EU como de México, infringiendo en el interés superior del niño, un principio fundamental del derecho internacional*”.

La posición gubernamental mexicana sobre tales declaraciones la expuso la subsecretaria para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, Martha Delgado, aseguró “que el cambio repentino que enfrenta la actual administración en el perfil de los migrantes que cruzan por nuestro país es lo que no ha permitido hacer frente de la mejor forma este fenómeno”.¹⁰⁷ Esta declaración refleja el reto gubernamental de fortalecer las capacidades institucionales de conocimiento, de prever y de planeación estratégica en el problema principal con Centroamérica y en la relación con Estados Unidos.¹⁰⁸ Recordando que la posición gubernamental mexicana al inicio de la nueva administración era la movilidad humana con una flexibilización en los procesos migratorios, y posteriormente se cambió a una posición de mayor control fronterizo y de militarización de la política migratoria.¹⁰⁹

g) *Una propuesta de política de desarrollo social hacia la frontera sur y Centroamérica*

Una de las prioridades de la nueva administración es fortalecer una propuesta de política de desarrollo social hacia la frontera sur y Centroamérica en el marco de la nueva política migratoria.¹¹⁰ En la práctica esta política se puede

¹⁰⁶ BUGARIN, Inder. 2019. “Política Migratoria de AMLO, ‘Un Retroceso’ a Las Garantías Individuales: ONU.” El Universal., September 9, 2019. <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/politica-migratoria-de-amlo-un-retroceso-las-garantias-individuales-onu>

¹⁰⁷ RIVERA, Carolina. 2019. “México Minimiza Críticas de Bachelet a Política Migratoria de AMLO.” MILENIO, September 9, 2019. <https://www.milenio.com/politica/mexico-minimiza-criticas-bachelet-politica-migratoria-amlo>

¹⁰⁸ Para un análisis de los antecedentes, problemas y retos de Centroamérica en materia de migración véase a Armijo Canto, Natalia (2011) “Frontera sur de México: los retos múltiples de la diversidad”; en: ARMIJO CANTO, Natalia (Editora) *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*. CASEDE, México. BENITEZ MANAUT, Raúl (2011) “México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad”; en: ARMIJO CANTO, Natalia (Editora), “Migración y seguridad: nuevo desafío en México”, en *ibidem*. y CASILLAS R., Rodolfo. (2015) “Notas para entender la migración: instituciones gubernamentales y política migratoria mexicanas en los albores del siglo XXI”. *Migración y Desarrollo* 13 (24): 47-80.

¹⁰⁹ En ese sentido, la CNDH a través de Luis Raúl González Pérez su anterior Comisionado, llamó al gobierno de López Obrador a evaluar la creación de la Guardia Nacional como está planteada, al considerar que es una “apuesta riesgosa para la democracia” y una medida “sesgada” para el combate a la inseguridad. Así mismo, mencionó: “*La propuesta de reforma a la Guardia Nacional, aun con el mando administrativo civil que se ha planteado, continúa siendo una respuesta parcial, incompleta y sesgada a la violencia e inseguridad, con una visión coyuntural y de corto plazo, que generaría el riesgo de vulnerar derechos humanos*”, <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/01/23/la-guardia-nacional-es-una-apuesta-riesgosa-contra-la-violencia-dice-la-cndh>

¹¹⁰ En el contexto del acuerdo migratorio de junio 2019 con los Estados Unidos el gobierno mexicano propuso una alternativa de coordinación interinstitucional encabezada por los siguientes funcionarios: Maximiliano

considerar como una segunda prioridad, siendo la primera prioridad la contención de los flujos migratorios hacia la frontera sur mexicana y con destino a Estados Unidos.

La prioridad de esta iniciativa gubernamental era que el desarrollo económico de la región puede detener la migración hacia Estados Unidos, concediendo oportunidades de empleo a las personas en sus regiones de origen. El problema es que para la mayor parte de los migrantes centroamericanos su prioridad es llegar a Estados Unidos, por las enormes diferencias salariales entre los países de la región con la economía estadounidense. Por esta complejidad, los avances del programa de desarrollo hacia la frontera sur y hacia Centroamérica han sido limitados en este primer año de la nueva administración federal mexicana.

Estas iniciativas de desarrollo se contrastan considerando las experiencias pasadas —fallidas— en materia de desarrollo hacia la frontera sur y Centroamérica y la necesidad de fortalecer la pertinencia y calidad de las políticas públicas y de una eficaz gobernanza multinivel, considerando la participación de los tres niveles de gobierno y de organismos internacionales y agencias de cooperación internacional para el desarrollo de países europeos.

Otro reto de las iniciativas para el desarrollo hacia la frontera sur y Centroamérica es promover una efectiva capacidad institucional que permita promover una eficaz implementación de políticas transversales para la competitividad y el bienestar, reduciendo la corrupción institucional, lo que conlleva a la necesidad de fortalecer las capacidades de un Estado de derecho en nuestros países.

h) *Comisión Intersecretarial de Atención Integral en Materia Migratoria*

Esta Comisión dependerá de la Secretaría de Relaciones Exteriores y tendrá por objeto fungir como instancia de coordinación de las políticas, programas y acciones que las dependencias, órganos administrativos desconcentrados y entidades de la Administración Pública Federal tienen en materia migratoria, para el cumplimiento de los objetivos, metas y estrategias de coordinación que al efecto establezca la Comisión en dicha materia.¹¹¹ Se puede considerar que el origen de esta Comisión deriva de las críticas que ha recibido el gobierno mexicano por la descoordinación de acciones y el papel ineficaz de la SEGOB y en general, el enfoque de control migratorio de la política de migración mexicana, en especial las críticas de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de la ONU en septiembre pasado.

Uno de los supuestos principales de la Comisión es que se reconoce la responsabilidad del gobierno mexicano de atender el fenómeno migratorio con acciones dirigidas a resolver las causas que dan origen a la migración y a encauzar que el flujo de personas por México sea seguro, ordenado y regular, con respeto

Reyes Zúñiga, subsecretario para América Latina y El Caribe; Javier May Rodríguez, subsecretario de Bienestar; Horacio Duarte Olivares, subsecretario de Empleo y Francisco Garduño Yáñez, comisionado del INM. La viabilidad de los programas de desarrollo social dependerá de una eficaz coordinación multinivel.

¹¹¹ Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se crea la Comisión Intersecretarial de Atención Integral en Materia Migratoria. México, 19 septiembre 2019.

irrestringido a los derechos humanos y en ejercicio soberano de la dirección sobre la política exterior y migratoria.¹¹²

La Comisión tendrá las siguientes funciones:

- I. Aprobar la estrategia de coordinación en materia migratoria, sus metas y objetivos, así como su modificación o actualización;
- II. Establecer las acciones de carácter prioritario y de ejecución inmediata que se requieran para dar cumplimiento a la estrategia de coordinación en materia migratoria;
- III. Determinar los mecanismos de comunicación interinstitucional que permitan el cumplimiento de la estrategia de coordinación en materia migratoria.

El papel central de la SRE en esta Comisión obedece al papel ineficaz de la SEGOB en la gestión de la política migratoria mexicana y en la relación con Estados Unidos, en especial en la problemática generada por las caravanas migrantes.¹¹³ Sin embargo, el hecho de que la SRE carece de una eficaz capacidad operativa y *expertise* profesional, ha dado pie a que sea el INM y la Guardia Nacional, quienes tengan una mayor relación con las comunidades migrantes, tanto en la frontera sur y norte. Tal situación ha provocado una mayor vulnerabilidad hacia los migrantes, por la deficiente formación en valores —solidaridad, tolerancia e inclusión— y en derechos humanos de tales corporaciones. Aquí radica una de los principales *déficits* de la actual política migratoria mexicana, que, si bien existía, ahora ha aumentado su discrecionalidad por el papel marginal que ha tenido la CNDH en los operativos policiacos. De ahí que uno de los principales retos de tal Comisión sea fortalecer la visibilidad de las buenas prácticas en materia de gestión y política migratoria, aumentar el presupuesto según las diversas demandas de la política migratoria y avanzar hacia una agenda de cooperación internacional para el desarrollo en materia migratoria.

i) Una incipiente cooperación interinstitucional para el desarrollo hacia los migrantes

Un ejemplo de un avance en una agenda internacional es el acuerdo suscrito por la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), el Sistema Nacional para el

¹¹² Secretaría de Relaciones Exteriores y Secretaría de Gobernación. 2017. “Conferencia Sobre Prosperidad y Seguridad En Centroamérica. Comunicado Conjunto SRE-SEGOB.” México.

¹¹³ Ello explica que se haya solicitado la renuncia a Tonatiuh Guillén, el anterior Comisionado del INM. Un académico especialista en gobiernos locales, vinculado con el PAN y con nula experiencia profesional y operativa en el tema de la gestión y política migratoria y desconocido en el primer círculo del canciller Marcelo Ebrard: el general brigadier Vicente Antonio Hernández, comandante de la 36 Zona Militar, Tapachula; Horacio Duarte, quien supervisa el programa Jóvenes Construyendo el Futuro; Javier May Rodríguez, subsecretario de Bienestar; Maximiliano Reyes Zúñiga, subsecretario para América Latina y el Caribe y Francisco Garduño, quien sustituyó a Guillén en el INM. El ex comisionado fue incapaz de reducir la corrupción y los vínculos de agentes del INM con el tráfico de migrantes. Prácticamente fue marginado de la gestión migratoria desde febrero del 2019 por sus contradicciones entre un discurso académico, desvinculado de la realidad, y las prioridades del presidente López Obrador y del gobierno de Estados Unidos en materia de política migratoria.

Desarrollo Integral de la Familia, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la aportación de distintas instituciones, han construido un modelo de atención en centros de primera acogida a niñas, niños y adolescentes no acompañados en situación de migración.¹¹⁴

Durante esta reunión se analizó una propuesta de trabajo coordinado en Centroamérica, para abordar el desafío que supone el desplazamiento desde la zona de una manera efectiva y sostenible. De esta forma, se busca dar prioridad a la protección de vidas, de los derechos humanos de las personas refugiadas y a la buena gestión de fronteras. La prioridad es fortalecimiento de protección de personas refugiadas en la región; además de resaltar la necesidad de robustecer la capacidad a nivel regional. Se reconoció en que todas las personas que huyen de situaciones de violencia y de persecución deben tener acceso a un territorio seguro, al debido proceso y a procedimiento de refugio; así como reforzar a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) para hacer frente al aumento en las solicitudes de la condición de refugiado. El problema es que estas últimas demandas no han sido totalmente atendidas por el aumento de los flujos migratorios y la deficiente gestión migratoria en los países de origen y en parte del INM. Por lo cual, el reto de estas iniciativas internacionales para ser viables es fortalecer la coordinación multinivel, el monitoreo y la evaluación permanente. La creación en septiembre del 2019 de la Comisión Intersecretarial liderada por la SRE puede ser una alternativa para mejorar la gestión y la política migratoria con otra perspectiva, en la cual predominen los derechos humanos y la cooperación internacional para el desarrollo.

Sin embargo, las opiniones de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos en el sentido: “*Las políticas y prácticas que tienen como objetivo evitar físicamente que los migrantes lleguen y entren al país destino, o que los devuelvan sin las garantías del debido proceso, son simplemente retrocesos*”. Lo cual cuestiona la nueva política migratoria mexicana y de Estados Unidos, reduciendo las opciones asociadas a que gobierno mexicano pueda fortalecer una noción de cooperación internacional hacia el desarrollo, y en particular hacia los Objetivos de Desarrollo Sustentables (ODS).

Otra iniciativa importante es la promovida por Lea Monteillet, Coordinadora Regional para América Latina y El Caribe de la coordinación de migración de la Unión Europea y el INM para avanzar hacia un Protocolo de Atención a migrantes en situación de emergencia, en colaboración con expertos de la Unión Europea, para lo cual se implementaron cinco talleres a funcionarios del INM, los cuales concluyeron en diciembre de 2019.

Se considera que vincular la política migratoria con la agenda de los ODS fortalece el enfoque de desarrollo de la nueva administración federal mexicana, porque la mayor parte de los objetivos se asocian a los temas de migración,

¹¹⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores y Agencia de la ONU para los Refugiados. 2019. “México y ACNUR Se Reúnen Para Atender Situación de Personas Solicitantes de Refugio.” México. <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-y-acnur-se-reunen-para-atender-situacion-de-personas-solicitantes-de-refugio>

desarrollo, crecimiento, inclusión y seguridad. Es decir, se identifican las políticas públicas emblemáticas que coadyuvan al cumplimiento de los ODS, y compromisos concretos (metas nacionales). En donde los principios transversales se asocian a promover la participación incluyente, equidad de género, integralidad y coherencia de políticas y derechos humanos. Es decir, una agenda de seguridad humana, en lugar de un enfoque de seguridad fronteriza, caracterizada por una creciente militarización, situación paradójica en un gobierno de tendencia de izquierda y que tradicionalmente había cuestionado la participación de los militares por sus abusos en derechos humanos.¹¹⁵

La agenda de desarrollo asociada a la Agenda 21 sigue vigente como parte de una orientación de la política migratoria del Estado mexicano, si se consideran los siguientes principios: Un modelo integral de gobernanza para resultados Presupuestación para el desarrollo (prioridades, racionalidad, impactos y efectividad); gestión de escasez, promueve la planeación estratégica para ayudar a identificar las prioridades de sustentabilidad, propiciando la movilización de los gobiernos y sus ciudadanos.¹¹⁶ Estos objetivos se asocian a los ODS planteados en el año 2015, de los cuales los que tienen mayor vinculación con la política migratoria son los siguientes:

- Objetivo 1. Disminuir pobreza.
- Objetivo 2. Disminuir hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
- Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
- Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje.
- Objetivo 5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
- Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.
- Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
- Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
- Objetivo 10. Reducir la desigualdad.
- Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

¹¹⁵ En la pasada administración, la Sedena salió al paso de las críticas que López Obrador ha hecho al Ejército y a la Marina en relación con graves violaciones a los derechos humanos, como la desaparición forzada de los 43 normalistas de Ayotzinapa o la ejecución de civiles, presuntos miembros de la delincuencia organizada. <https://www.proceso.com.mx/478981/sedena-revira-a-amlo-infundios-los-senalamientos-violaciones-a-derechos-humanos>, 21 marzo 2017.

¹¹⁶ Cabe mencionar que en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de julio de 2019, se encuentra el compromiso de impulsar el desarrollo sostenible, así como la construcción de mecanismos capaces de atender el fenómeno migratorio.

- Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
- Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras.
- Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.
- Objetivo 17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

El desafío de la gestión y política pública migratoria es cómo generar condiciones institucionales que permitan vincular la migración con una agenda de desarrollo, lo que permitiría que la nueva administración federal tuviera una mayor legitimidad en términos de una política de seguridad humana, con la finalidad de reducir las críticas por presunta violación de militares a los derechos humanos de los migrantes.

En suma, los impactos descritos derivados del nuevo esquema de cooperación binacional en materia de seguridad fronteriza entre México y Estados Unidos conllevan a la necesidad de una evaluación institucional, considerando los efectos en comunidades migrantes vulnerables y según los factores determinantes de la emigración hacia Estados Unidos. La mayor parte de los impactos también conllevan la responsabilidad del gobierno estadounidense, por ello, es fundamental redefinir el Acuerdo binacional suscrito en junio pasado, considerando los impactos generados, que han provocado mayor vulnerabilidad en grupos sociales migrantes marginados.

CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo general de este documento de trabajo es analizar la política migratoria del Estado mexicano en la frontera sur de México y en el contexto de su relación con los Estados Unidos a partir de diciembre de 2018. El argumento central a plantear reconoce que la nueva política migratoria mexicana se asocia más a una noción de seguridad fronteriza (control y regulación fronteriza), que a una política de seguridad humana (derechos humanos, inclusión, no discriminación). Aunque existen algunas iniciativas del gobierno mexicano que pretenden conciliar ambas políticas, una de ellas es la propuesta del Programa Integral de Desarrollo hacia Centroamérica, que pretende atender las causas de la emigración centroamericana hacia México y Estados Unidos. Su desafío es su viabilidad, acorde a las limitaciones de los Estados centroamericanos, ingobernabilidad y corrupción institucional.

Uno de los retos de la nueva política de migración mexicana será lograr conciliar la movilidad humana, el derecho de emigrar con las prioridades del Estado de regular, controlar y ordenar las migraciones internacionales —en especial

de Centroamérica— y sus implicaciones con la seguridad nacional, en especial con el papel de control militar de la Guardia Nacional.

Una situación a destacar es el liderazgo que ha adquirido la SRE en la definición de la agenda migratoria con Estados Unidos, superando las limitaciones de la SEGOB. Sin embargo, el hecho de que la SRE carece de una eficaz capacidad operativa y *expertise* profesional en la gestión y política migratoria, ha dado pie a que sea el INM y la Guardia Nacional, quienes tengan una mayor relación con las comunidades migrantes, tanto en la frontera sur y norte. Este argumento se asocia a que la prioridad en la agenda no ha sido la seguridad humana o la cooperación internacional, áreas de mayor vinculación de la SRE. Por el contrario, se ha fortalecido el enfoque de seguridad fronteriza, en donde la SRE carece de *expertise* y no cuenta con los recursos humanos o la visión institucional con tal enfoque. Lo cual genera mayor vulnerabilidad y discriminación hacia los migrantes por la mayor influencia que tiene las agencias policíacas (INM) y militares (Guardia Nacional). El reto de la SRE a través de la Comisión Intersecretarial es promover un mayor control de los procesos y de la gestión migratoria con un enfoque multinivel y con una perspectiva más humanitaria, de inclusión social y de cooperación internacional para el desarrollo.

Igualmente, se deben de reconocer las limitaciones institucionales para promover una eficaz gobernanza para facilitar la migración segura, ordenada y regular desde una perspectiva regional integral y con ello conciliar las prioridades de los flujos migratorios, el derecho de emigrar y las prioridades de la seguridad nacional del Estado mexicano. Este contexto, adquiere mayor complejidad según las prioridades del gobierno de Estados Unidos en materia de control de los flujos migratorios en la frontera norte. De ahí el reto binacional de hacer viable una agenda común en materia de seguridad, derechos humanos y bienestar.

REFERENCIAS

- AHMED, Azam, and VILLEGAS, Paulina. 2019. “Las Dificiles Opciones de López Obrador: Ceder Ante Estados Unidos o Afectar La Economía - The New York Times.” *New York Times*, June 2019. <https://www.nytimes.com/es/2019/06/07/espanol/america-latina/aranceles-mexico-estados-unidos.html>.
- ARMIJO CANTO, Natalia. 2011. “Frontera Sur de México: Los Retos Múltiples de La Diversidad.” In *Migración y Seguridad: Nuevo Desafío En México.*, edited by Natalia Armijo Canto, Primera, 35–51. Mexico: Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, CASEDE. <https://www.casede.org/PublicacionesCasede/MigracionySeguridad/cap2.pdf>.
- ARRATIA SANDOVAL, Esteban. 2016. “The New Hideout of Cockroaches? The Expansion of the Mexican Organized Crime in the Northern Triangle of Central America.” *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 11 (2): 161–85. <https://doi.org/10.18359/ries.1875>.

- ARRIOLA VEGA, Luis Alfredo. 2019. "López Obrador's Initial Policies Toward Central American Migrants: Implications for the U.S." *Migration Studies and Transborder Processes Group*. Houston. <https://doi.org/10.25613/t9s0-hk44>.
- Banco Interamericano para el Desarrollo. 2015. "Construyendo Confianza, Creando Oportunidades. Principales Avances y Logros 2015-2017." El Salvador. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10889.pdf>.
- BARRACHINA, Carlos; MONJARAZ, Alejandro, and RAMOS VALENCIA, Jimmy Emmanuel. 2013. "Dinámicas Fronterizas Del Petén Guatemalteco y Los Estados Mexicanos De." In *Viejas y Nuevas Migraciones Forzadas En El Sur de México, Centroamérica y El Caribe*, edited by María da Gloria; Baltar Rodríguez, Enrique; Marroni and Daniel (coord.) Villafuerte Solís, 247–69. Mexico: SITESA.
- BARRACHINA, Carlos; RAMOS VALENCIA, Jimmy Emmanuel, and MONJARAZ, Alejandro. 2013. "Quintana Roo En El Contexto Migratorio." In *Viejas y Nuevas Migraciones Forzadas En El Sur de México, Centroamérica y El Caribe.*, edited by Daniel. Baltar Rodriguez, Enrique; Da Gloria Marro ni Maria; Villafuerte Solis, 271–314. Mexico: SITESA.
- BENÍTEZ MANAUT, Raúl Guillermo. 2011. "México, Centroamérica y Estados Unidos: Migración y Seguridad." In *Migración y Seguridad: Nuevo Desafío En México.*, edited by Natalia Armijo Canto, Primera, 179–92. México: Colectivo de Análisis para la Seguridad con Democracia (CASEDE). <https://www.casede.org/PublicacionesCasede/MigracionySeguridad/cap10.pdf>.
- BERGMAN, Adrian. 2017. "The Central American Refugee Crisis, Securitization, and the Media." In *The Routledge Companion To Media and Humanitarian Action*, edited by Robin Andersen and Purnaka L. de Silva, 231–40. London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315538129.ch19>.
- BORJA ARMAS, Ana Juliana. 2016. "The Politics of Plan Frontera Sur: A Theoretical Approach to The Politics of Plan Frontera Sur: A Theoretical Approach to Mexico's Prosecution of Illegal Migrants Mexico's Prosecution of Illegal Migrants Recommended Citation Recommended Citation." Senior Projects Spring 2016. New York. https://digitalcommons.bard.edu/senproj_s2016.
- BRISCOE, Ivan. 2018. "Addressing the Migration Bottleneck in Southern Mexico." *Latin America & Caribbean*. México. <https://www.crisisgroup.org/latin-america-caribbean/mexico/addressing-migration-crisis-mexicos-southern-border>.
- BROOKS, Karen, and PLACE, Frank. 2019. "Global Food Systems: Can Foresight Learn from Hindsight?" *Global Food Security*. Elsevier B.V. <https://doi.org/10.1016/j.gfs.2018.12.004>.
- CANALES CERÓN, Alejandro, and Martha Luz Rojas Wiesner. 2018. "Panorama de la Migración Internacional en México y Centroamérica. Documento Elaborado en el Marco de la Reunión Regional Latinoamericana y Caribeña de Expertas y Expertos En Migración Internacional Preparatoria del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular." 124. Población y Desarrollo. Santiago. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43697/1/S1800554_es.pdf.

- CASILLAS R., Rodolfo. 2015. "Notas Para Entender La Migración: Instituciones Gubernamentales y Política Migratoria Mexicanas En Los Albores Del Siglo XXI." *Migración y Desarrollo* 13 (24): 47–80. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992015000100002.
- CHEATHAM, Amelia; RĒNWICK, Danielle, and CARA LABRADOR, Rocio. 2019. "Central America's Turbulent Northern Triangle." *Council on Foreign Relations*. New York. <https://www.cfr.org/backgrounder/central-americas-turbulent-northern-triangle>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 2019. "Hacia Un Nuevo Estilo de Desarrollo: Plan de Desarrollo Integral El Salvador-Guatemala-Honduras-México. Diagnóstico, Áreas de Oportunidad y Recomendaciones de La CEPAL." Santiago. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/462720/34.Hacia_un_nuevo_estilo_de_desarrollo__Plan_de Desarrallo_Integral_El.pdf.
- Congressional Research Service. 2019a. "Mexico's Immigration Control Efforts." Washington. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF10215/21>.
- _____. 2019b. "Recent Migration to the United States from Central America: Frequently Asked Questions." Washington. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45489>.
- DUDLEY, Steven. 2011. "In Sight The Zetas in Guatemala." https://www.insightcrime.org/images/PDFs/2016/InSight_Crime_The_Zetas_in_Guatemala.pdf.
- _____. 2012. "Violence against Migrants." https://www.insightcrime.org/images/PDFs/2016/Violence_Against_Migrants.pdf.
- GÓMEZ, Alejandro. 2005. "Guardia Nacional y Migración En Chiapas, Listos Ante Nueva Caravana." *El Sol de México*, January 15, 2005. <https://www.elsoldemexico.com.mx/republica/sociedad/guardia-nacional-y-migracion-en-chiapas-listos-ante-nueva-caravana-4702145.html>.
- International Crisis Group. 2016. "Presa Fácil: Violencia Criminal y Migración En Centroamérica." Bruselas. <https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/057-easy-prey-criminal-violence-and-central-american-migration-spanish.pdf>.
- ISACSON, Adam; SMITH, Hannah, and MEYER, Maureen. 2017. "La Frontera Sur de México. Seguridad, Migración Centroamericana y Políticas Estadounidenses." *Informe de WOLA*. Washington.
- MATA CERVANTES, Pedro. 2017. "México y Centroamérica, Retos y Amenazas Compartidas." *Instituto de Investigaciones Estratégicas de La Armada de México*.
- MAZZITELLI, Antonio L. 2011. "Mexican Cartels Influence in Central America." Miami. <https://digitalcommons.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=whemsac>.
- MEYER, Maureen and ISACSON, Adam. 2019. "The 'Wall' Before the Wall: Mexico's Crackdown on Migration at Its Southern Border." Washington. <https://www.wola.org/analysis/wola-report-mexicos-southern-border-security-central-american-migration-u-s-policy/>.

- OLSON, Eric. 2014. "Policy Options for the Future United States Security Assistance in Central America." In *Crime and Violence in Central America's Northern Triangle. Washington: Woodrow Wilson Center Reports on the Americas* | #34., edited by Eric Olson, 285–94. Washington: Woodrow Wilson Center. https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/FINAL_PDF_CARSIREPORT.pdf.
- OLSON, Eric, and ZAINO, Christine. 2014. "The Central America Regional Security Initiative — Losing the Good Fight: When Good Intentions Are Not Enough." In *Crime and Violence in Central America's Northern Triangle. Washington: Woodrow Wilson Center Reports on the Americas* | #34., edited by Eric Olson, 19–54. Washington: Woodrow Wilson Center. https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/FINAL_PDF_CARSIREPORT.pdf.
- ORTIZ DE ZÁRATE BÉJAR, Almendra, and SHUBICH GREEN, Yoanna. 2018. "Humanitarian Crisis: Unaccompanied Migrant Minors From Central America To the Us – Mexican Border." *The Copernicus Journal of Political Studies* 1 (1 (7)): 15804. <https://doi.org/10.12775/cjps.2015.01.11>.
- RAMOS-GARCIA, Jose Maria; BARRACHINA LISON, Carlos, and RAMOS VALENCIA, Jimmy Emmanuel. 2020. "The Southern Border of Mexico: Problems and Challenges of National Security and Its Different Dimensions 1." *Política, Globalidad y Ciudadanía*. 6 (12): 102–27. <https://doi.org/https://doi.org/10.29105/pgc6.12-6>.
- SEELKE, Clare Ribando, and FINKLEA, Kristin. 2017. "U. S. - Mexican Security Cooperation: The Mérida Initiative and Beyond." Washington. <https://fas.org/sgp/crs/row/R41349.pdf>.
- SOLIS, Gustavo. 2019. "Remain in Mexico Has a 0.1% Asylum Grant Rate ." *Los Angeles Times*, December 15, 2019. <https://www.latimes.com/world-nation/story/2019-12-15/remain-in-mexico-has-a-0-01-percent-asylum-grant-rate>.
- The white House. 2020. "The Trump Administration's Immigration Agenda Protects American Workers, Taxpayers, And Sovereignty." Washington. <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/trump-administrations-immigration-agenda-protects-american-workers-taxpayers-sovereignty/>.
- TORRES, Mauricio. 2019. "AMLO Plantea Dar Más Dinero a Ejército y Marina, y 59,000 Mdp a Seguridad." *Expansión Política*, september 9, 2019. <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/09/09/amlo-presupuesto-seguridad-2020-guardia-nacional>.
- Washington Office on Latin America. 2015. "Report: Increased Enforcement at Mexico's Southern Border." Washington. <https://www.wola.org/analysis/new-report-increased-enforcement-at-mexicos-southern-border/>.
- Womens Refugee Commision. 2019. "Moreover, the Program Violates U.S. Treaty Obligations as It Puts Refugees at Risk of Refoulement or Return to Their Country of Persecution as Well as the Prohibition on Returning Individuals to Any Country Where They May Face Persecution." Washington.

ANÁLISIS Y AVANCES EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

ANALYSIS AND PROGRESS IN THE APPLICATION OF ARTICLE 1 OF THE POLITICAL CONSTITUTION OF THE UNITED MEXICAN STATES

GUSTAVO ALEJANDRO SALINAS ESLAVA*
Universidad Anáhuac México, México
gustavo.salinases@anahuac.mx

RESUMEN:

Derivado de la reforma constitucional en los Estados Unidos Mexicanos del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, el país ha vivido cambios substanciales en la impartición de justicia, así como de interpretación normativa en beneficio de la sociedad, si bien es cierto, esa reforma fue promovida en aras de que el país se encontrara a la vanguardia en materia de derechos humanos también lo es que la misma fue de aplicación inmediata que trajo consigo carencias en infraestructuras para la aplicación amplia a los derechos humanos consagrados en la Constitución, así como la falta de actualización de los servidores públicos impartidores de justicia, lo que trajo consigo el atraso en la aplicación de dichos derechos. No obstante lo anterior, la tendencia globalizadora en derechos humanos en el mundo orillo al Estado Mexicano a actualizarse a pasos acelerados, por lo que resultaba puntual enfatizar y aplicar de manera inmediata los principios consagrados en la propia Constitución en su artículo 1º Constitucional, así como crear precedentes jurisprudenciales que apoyaran en el aceleramiento en la aplicación de los derechos humanos en México. No obstante lo anterior, es importante destacar que la experiencia para los impartidores de justicia como de loa abogados postulantes ha sido complicada, lo anterior ya que en la actualidad seguimos en un problema grave en violaciones a los derechos humanos en lucha constante con la actualización en interpretación jurídica, siendo responsable tanto el sector social como del propio Estado.

* Maestro en Administración Pública por la Universidad Anáhuac México y Doctor en Derecho por la Universidad en Estudios de Posgrado en Derecho.

Palabras clave:

Reforma constitucional en Derechos Humanos, principios, aplicación, transgresiones, jurisprudencia.

ABSTRACT:

Derived from the constitutional reform in the United Mexican States of June 10, 2011 in the field of human rights, the country has experienced substantial changes in the delivery of justice, as well as normative interpretation for the benefit of society, although it is true, This reform was promoted in the interest of the country being at the forefront of human rights, and it was also an immediate application that brought with it shortcomings in infrastructures for the broad application of human rights enshrined in the Constitution. As the lack of updating of the public servants of justice, which brought about the delay in the application of said rights. Notwithstanding the foregoing, the globalizing trend in human rights in the world urged the Mexican State to update itself at an accelerated pace, so that it was timely to emphasize and immediately apply the principles enshrined in the Constitution itself in its Constitutional Article 1, as well as create jurisprudential precedents that would support the acceleration in the application of human rights in Mexico. Notwithstanding the foregoing, it is important to highlight that the experience for the attorneys as well as the applicant lawyers has been complicated, as we are currently facing a serious problem in human rights violations in constant struggle with the updating in legal interpretation, being responsible for both the social sector and the State itself.

Keywords:

Constitutional reform in Human Rights, principles, application, transgressions, jurisprudence.

El 10 de junio de 2011 fue una fecha de relevancia nacional en el ámbito jurídico ya que se plasmaron a rango constitucional los derechos humanos en el Estado Mexicano, ampliando los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales en los que México sea parte en materia de derechos humanos, si bien dio un salto grande en la máxima protección de derechos elementales al relevar la palabra garantías individuales al de derechos humanos dándole un sentido muchos más amplio para la protección de dichos derechos en aplicación a normatividad nacional e internacional siempre en protección más amplia a los mismos, dando en todo momento un rango amplio de protección de la constitución Federal frente a los Tratados Internacionales, tal y como lo refiere Miguel Carbonell en su obra *Derechos Humanos en la Constitución Mexicana*, lo siguiente:

“El primer párrafo del artículo 1º constitucional contiene el principios de igualdad de todos los seres humanos con respecto a los derechos humanos que la misma Constitución y los tratados internacionales reconocen, así como respecto a las garantías mediante las que se protegen dichos derechos. En este sentido, la Constitución otorga de forma universal los derechos contenidos en su texto, los cuales no podrán

ser restringidos ni suspendidos, salvo en los casos expresamente previstos en las disposiciones constitucionales”.¹

Como se puede apreciar de la transcripción anterior, existen criterios doctrinarios respecto al rango igualitario la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, lo cual como se ha expresado hasta este momento da una mayor amplitud en defensa de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y en apoyo a los Tratados Internacionales en su máximo esplendor. Asimismo es importante destacar el alcance de la tendencia de garantías individuales a el de derechos humanos, que podemos considerarlo este último como de mayor amplitud a la defensa de esos derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales, por lo que las palabras de derechos humanos van más allá en el alcance jurídico al aplicar y hacer valer dichos derechos ante tribunales competentes, siendo una terminología de las cartas fundamentales contemporáneas en el mundo, tal y como lo indica el autor Héctor Fix Zamudio de la siguiente manera:

“La importancia de la citada reforma de junio de 2011 no se apoya exclusivamente en su carácter reciente, sino que introduce cambios sustanciales como son los relativos a sustituir la denominación tradicional del título primero, capítulo primero de la Constitución federal, De las garantías individuales..., que debía considerarse anacrónico, por el de Derechos humanos, que es el que se utiliza en las cartas fundamentales contemporáneas...”²

Como puede observarse la reforma del año 2011 vino a traer para el caso del sistema jurídico mexicano un avance significativo en torno a la máxima protección a los derechos humanos que toda persona tiene derecho a gozar en territorio mexicano, no obstante, es menester señalar que dicho cambio actualmente tiene sus consecuencias respecto a su interpretación y aplicación, lo anterior por desconocimiento por parte de la sociedad y de las mismas autoridades representantes del Estado mexicano.

Como base a la aplicación de los derechos humanos en el Estado mexicano tenemos a los principios rectores de dichos derechos que se interpretarán en base a esa Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, que todas las autoridades se encuentran obligadas a observar y respetar, mismas que se encuentran consagrados en la propia Constitución en su artículo 1º, materia de análisis del presente trabajo y que a la letra refiere lo siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su

¹ Cfr. CARBONELL, Miguel, “*Derechos Humanos en la Constitución Mexicana*”, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, p. 24.

² Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor, “*Las Reformas Constitucionales Mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2011, p. 425.

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

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...³

Por lo anterior, se puede señalar que todas las autoridades en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con esta Constitución y tratados internacionales procedentes, lo anterior de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, siendo estos la base de aplicación máxima. No obstante ello, las autoridades al momento de emitir criterios en torno a sus facultades establecidas en la ley no contemplan en la mayoría de sus determinaciones dichos principios, careciendo de legalidad sus actos emitidos, lo anterior al desconocer el alcance en la aplicación de las mismas. Es por ello que es importante analizar cada uno de estos principios concatenado con la situación actual que vive nuestro sistema jurídico.

En relación al principio de universalidad que consiste en que los derechos humanos son inherentes al hombre y que tiene su origen en la dignidad de la persona, al respecto se destaca que en base a los acontecimientos sociales surgidos en México, la protección a dicho principio cada día ha sido vulnerado, ya que muchos actos emitidos por autoridades en base a su competencia, tergiversan a la dignidad como persona, ya que los acontecimientos de violencia de las cuales es víctima nuestro país, y que van a la alza, han rezagado la aplicación estricta de dicho principio. El principio de interdependencia que consiste en que todos los principios rectores se encuentran en todo momento relacionados entre sí, es decir no sólo se puede aplicar uno de estos principios si no todos los mencionados en nuestra norma fundamental de manera intrínseca, lamentablemente en este punto nuestra autoridades no correlacionan todos los principios al emitir criterios o resoluciones correspondientes ya que en la gran mayoría de las veces siempre resulta transgredido un principio de los enunciados con prelación, transgrediendo el principio aludido. Del principio de indivisibilidad, que consiste en que los derechos humanos forman un conjunto inseparable, por lo que para que prevalezca un principio nunca debe ser dividido en base a protección parcial respecto a los derechos humanos que se defienden, para el caso de México, las autoridades tergiversan dicho principio ya que es concurrente que existan criterios y actos que promuevan los derechos humanos de manera parcial y no es su máxima protección. Y por último, el principio de progresividad que consiste en que en materia de

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, página web: <http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/ref/cpeum.htm>, Fecha de consulta: 17 de mayo de 2019.

derechos humanos debe buscarse un constante avance o mejoramiento de los mismos, es decir, nunca debe de estar atrasado en la aplicación correspondiente sino debe de ser mejorado en base a los acontecimientos y necesidades de cada sociedad, para el caso de México, existe una brecha entre aplicación y progresividad de los derechos humanos ya que existe un atraso en temas de interpretación y aplicación de los derechos humanos más aún en la mejora constante en materia de derechos humanos, lo que conlleva un atraso para el caso de México en dicha materia. Si bien existe el fomento a la protección de los derechos humanos, lo cierto es que poco sector de la sociedad conoce realmente los alcances de aplicación y protección a sus derechos humanos consagrados en nuestra Constitución, por lo anterior existe la necesidad de aplicar sistemas y programas de entendimiento a consciencia de lo que son los derechos humanos en nuestro país de lo contrario se estaría en un estado fuera de sus filas normativas y en consecuencia observar con mayor frecuencia actos ilegales de autoridades diversas.

Lo anterior puede corroborarse por el reporte sobre delitos de alto impacto del año 2017 emitido por Observatorio Nacional Ciudadano, en el que se puede observar el incremento en el número de carpetas de investigación correspondiente a los delitos de mayor afluencia en México y de los cuales existe una violación total y en muchos de los casos grave a los derechos humanos que refiere nuestra Constitución, por lo que con la siguiente estadística se demuestra hasta en este momento lo analizado en el presente trabajo, lo cual debe de ser observado por las autoridades competentes a fin de evitar esa situación, así como la participación constante de los miembros de la sociedad a fin de proteger y promover en todo momento los derechos humanos de los que gozan, siendo estos los más transgredidos en nuestro país:⁴

Entidades con más carpetas de investigación en febrero de 2017 (Absolutos).										
	Homicidio culposo	Homicidio doloso	Secuestro	Extorsión	Robo con violencia	Robo de vehículo	Robo casa hab.	Robo a negocio	Robo transeúnte	Violación
1*	Guanajuato 139	Guerrero 175	Edo. Méx. 25	Edo. Méx. 75	Edo. Méx. 4,225	Edo. Méx. 3,043	Baja Cal. 687	CDMX 1,532	CDMX 1,783	Edo. Méx. 154
2*	Michoacán 101	Chihuahua 145	Veracruz 36	Nuevo León 61	CDMX 1,842	Baja Cal. 1,798	Edo. Méx. 504	Baja Cal. 721	Edo. Méx. 1415	Chihuahua 62
3*	Edo. Méx. 98	Edo. Méx. 145	Tamaulipas 14	Jalisco 45	Jalisco 1,154	Jalisco 892	CDMX 496	Edo. Méx. 577	Tabasco 561	Hidalgo 54
Acumulado Nal.	26.87%	25.30%	48.25%	39.43%	43.68%	40.77%	27.16%	38.98%	60.85%	29.48%

No obstante lo anterior, en defensa e interpretación amplia a la aplicación en defensa de los derechos humanos el Poder Judicial de la Federación, a través de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado la importancia a la reforma del 10 de junio de 2011, aludiendo que las condiciones de aplicación y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales de los que México es parte en materia de derechos humanos teniendo como finalidad la máxima protección a los mismos en todos los sentidos, tal y como se puede observar de la siguiente tesis

⁴ Cfr. OBSERVATORIO NACIONAL CIUDADANO SEGURIDAD, JUSTICIA Y LEGALIDAD, “Reporte sobre Delitos de Alto Impacto 2017”, México, 2017, p. 81.

de jurisprudencia reciente, derivada de la Décima Época, Registro: 2015680, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Publicación: viernes 01 de diciembre de 2017 10:13 h, Materia(s): (Constitucional), Tesis: 1a./J. 124/2017 (10a.) que a la letra refiere:

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el citado diario, al establecer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, modificó sustancialmente el contenido de los derechos protegidos constitucionalmente, incluido el de igualdad, el cual es un principio adjetivo que se predica siempre de algo y que, por tanto, se define y actualiza progresivamente a través del tiempo y a la luz de una multiplicidad de factores sociales, culturales, económicos, políticos, entre otros. Consecuentemente, si bien es cierto que el concepto jurídico de igualdad desde un punto de vista abstracto se encontraba presente desde antes de dicha reforma constitucional, también lo es que sus condiciones de aplicación y supuestos de protección se han ampliado significativamente con el contenido de los tratados internacionales; un ejemplo de ello lo constituye la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece criterios específicos para verificar si existe o no discriminación, los cuales complementan materialmente a los preceptos constitucionales. De ahí que, a partir de la citada reforma, cuando se alegue una violación al principio de igualdad jurídica, el juzgador no puede desdeñar el texto de los tratados internacionales que hacen referencia a la igualdad y a la prohibición de discriminación, sino que debe efectuar el escrutinio de constitucionalidad correspondiente teniendo como ámbito material de validez a la Constitución y a los diferentes tratados ratificados por México, máxime cuando ese análisis ha sido solicitado por el quejoso.

PRIMERA SALA

Amparo directo en revisión 1464/2013. Blanca Esthela Díaz Martínez. 13 de noviembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

Amparo directo en revisión 3327/2013. Norma Karina Ceballos Aréchiga. 22 de enero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Amparo directo en revisión 4662/2014. Eduardo Abraham Ordóñez y otras. 20 de mayo de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Amparo directo en revisión 1214/2015. Eduardo Abraham Ordóñez y otras. 9 de septiembre de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de

García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Ricardo Antonio Silva Díaz.

Amparo directo en revisión 6014/2015. María Cuevas Chávez. 18 de mayo de 2016. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Norma Lucía Piña Hernández, quien precisó estar de acuerdo con el sentido más no con las consideraciones y reservó su derecho para formular voto concurrente, y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Tesis de jurisprudencia 124/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de noviembre de dos mil diecisiete.

Esta tesis se publicó el viernes 01 de diciembre de 2017 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 04 de diciembre de 2017, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013”.⁵

Por lo anterior se puede concluir, que la reforma del 10 de junio de 2011 si bien vino a reforzar los derechos fundamentales consagrados con la Constitución en aplicación conjunta con Tratados Internacionales en la materia para su máxima protección también lo es que nuestro sistema jurídico está aún digiriendo los alcances de la misma, ya que al momento de entrar en vigor las referidas reformas la impartición de justicia en nuestro país no se encontraba preparada para eso y a criterio del suscrito sigue en desarrollo del mismo sin alcanzar actualmente los elementos básicos en la aplicación a los principios en esa materia y trayendo como consecuencia la impartición de justicia parcial y en muchos caso ilegal, por lo que se propone crear instituciones sólidas y preparadas en el campo para que mejore en la parte de prevención de la transgresión a los derechos humanos que gozan las personas que se encuentra en territorio mexicano, ya que la prevención es la clave y la base para desarrollar en su plenitud la aplicación e interpretación correcta de los derechos humanos y fundamentales teniendo como herramienta máxima a nuestra Carta Magna y los Tratados Internacionales en dicha materia para alcanzar un verdadero Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes de libros

- CARBONELL, Miguel *“Derechos Humanos en la Constitución Mexicana”*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM – Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.
- FIX ZAMUDIO, Héctor *“Las Reformas Constitucionales Mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2011.

⁵ Semanario Judicial de la Federación - Poder Judicial de la Federación, página web: [, Fecha de consulta: 17 de mayo de 2019.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=100000000000&Expression=articulo%25201%2520constitucional&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=1&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=2149&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,5,0,7&ID=2015680&Hit=4&IDs=2015676,2015677,2015679,2015680,2015681,2015682,2015685,2015693,2015694,2015699,2015700,2015704,2015771,2015779,2015780,2015782,2015783,2015585,2015583,2015584&tipoTesis=&Semanario=1&tabla=&Referencia=&Tema=)

Fuentes de revistas

OBSERVATORIO NACIONAL CIUDADANO SEGURIDAD, JUSTICIA Y LEGALIDAD, “*Reporte sobre Delitos de Alto Impacto 2017*”, México, 2017.

Fuentes de internet

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, página web: <http://www.diputados.gob.mx>.

Semanario Judicial de la Federación - Poder Judicial de la Federación, página web: <https://sjf.scjn.gob.mx>

ANÁLISIS Y CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD PROFESIONAL DEL CRIMINÓLOGO Y CRIMINALISTA EN MÉXICO

ANALYSIS AND CONSTRUCTION OF THE PROFESSIONAL IDENTITY OF THE CRIMINOLOGIST AND CRIMINALIST IN MEXICO

WAEI SARWAT HIKAL CARREÓN*

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

wael.hikalcr@uanl.edu.mx

RESUMEN:

Este artículo se centra sobre tres aspectos para la formación de la identidad del criminólogo y criminalista en México. Para ello, se abordan algunos elementos principales de lo que es una profesión, por una parte, se define en base al cuerpo de conocimientos sobre el cual se construye durante su formación, lo que permite el siguiente aspecto, la delimitación de su campo de aplicación, lo que implica su responsabilidad profesional. Se divide en tres secciones: Identidad profesional, jurisdicción profesional, y la necesidad de generar investigación ligada a salidas profesionales.

Palabras clave:

Especialización, ética profesional, identidad profesional, investigación.

ABSTRACT:

This article focuses on three aspects for the formation of the identity of the criminologist and criminalist in Mexico. To do this, some main elements of what is a profession are addressed, on the one hand, it is defined on the basis of the body of knowledge on which it is built during its training, which allows the next aspect, the delimitation of its scope, which implies your professional responsibility. It is

* Doctorando en Filosofía con Acentuación en Estudios de la Educación por la Facultad de Filosofía y Letras (becario CONACYT), Universidad Autónoma de Nuevo León. wael.hikalcr@uanl.edu.mx, <https://orcid.org/0000-0003-1278-567X>

divided into three sections: Professional identity, professional jurisdiction, and the need to generate research linked to professional outings.

Keywords:

Professional ethics, professional identity, research; specialization.

SUMARIO: I. Introducción. II. Preguntas para ejercicio de reflexión. III. Objetivo. Marco de referencia para la construcción. IV. Hipótesis. Importancia del establecimiento de una identidad. V. Discusión. ¿Tiene identidad propia el criminólogo y criminalista? VI. La identidad profesional. VII. Desorientación de la identidad. VIII. Jurisdicción profesional. IX. Redefinir la plataforma teórica para ampliar la praxis e identidad profesional. X. Propuesta para la construcción de una identidad y jurisdicción profesional. XI. Conclusiones. XII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de las licenciaturas en criminología y criminalística en México, obedece al creciente número de casos criminales y la diversificación de formas de expresión de la violencia manifestadas en el estado de Nuevo León en los años 70s, por lo que se consideró crear una profesión de primer base o carrera (licenciatura) que fuese capaz de dotar de conocimientos a los futuros egresados¹ que tuvieran especialidad en sus áreas del conocimiento para poder actuar de acuerdo a los reclamos sociales de los problemas sociales de la criminalidad.²

Anteriormente, y aún en actualidad, los estudios de la criminalidad o violencia son abordados por psicólogos, trabajadores sociales, filósofos, sociólogos, abogados, entre otros, pero no existía un profesional específico, con la creación del criminólogo y criminalista de licenciatura, su programa de estudios se construyó sobre las bases de las ciencias que previamente se habían acercado al estudio del fenómeno, visto desde el enfoque particular de cada una, así, la carrera era un abanico de ciencias criminales, por lo que la criminología y criminalística serían y son un campo donde convergen la mayoría de aquellas.³

La criminología tiene en sus planes el transformar a la sociedad y a los sujetos, disminuir la congestión criminógena o de riesgo que afecta a los individuos, y trabajar en propuestas que permitan incidir donde así se amerite,⁴ en políticas económicas, sociales, de asistencialismo, desarrollo, educativas, familiares, laborales,

¹ Véase LEJIA, M.A. El Colegio de Criminología. UANL Relación Histórica y Vivencias. Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, 1999. <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020128633/1020128633.PDF>

² Véase ABBOT MATUS, F. “En torno a la enseñanza de la criminología y las ciencias jurídicas en España: Una coyuntura y un desafío en el fondo y en la forma”. 9(5). 2007, en: Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho, pp. 13-54. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/09/en-torno-a-la-ensenanza-de-la-criminologia-y-las-ciencias-juridicas-en-espana.pdf

³ Véase MOLINA ARRUBLA, C.M. “Evolución histórica de la criminología: Ensayo de criminología académica. Primera Parte”, en: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 80, 1988, pp. 123-165. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5509509>

⁴ Véase BARFFUSÓN, R. “La responsabilidad social de las universidades contemporáneas”, en Cantú Mendoza, R. (coord). La Responsabilidad Social de las Universidades Contemporáneas, Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Itaca, 2015 (pp. 115-142).

etcétera, que conjugadas de manera equilibrada, impactan de modo integral y positivo.⁵ Por parte de la criminalística, a través de las áreas forenses, según sea el caso y necesidad de su intervención, procura una investigación exhaustiva para reconstruir la dinámica de los hechos estudiados para aportar pruebas al órgano de administración de justicia.⁶

Pero ambas áreas se construyen a razón de otras, la criminología, de la antropología, psicología, derecho, sociología, entre otras, para algunos esto es un origen complicado, puesto que no había una tendencia a dónde dirigirse en la explicación y abordaje de la criminalidad,⁷ un panorama conciliador sería visto en que en la criminología se aterrizaron a manera de embudo, todas las explicaciones, dilema similar con entre el psicoanálisis, conductismo, psicofisiología, u otras. Mientras que la criminalística, se crece sobre la medicina, derecho penal, balística, arquitectura, química, toxicología, dactiloscopia, entre tantas más.⁸

Lo anterior, dio a tener un profesional que es un resumen de todos aquellos en lo criminal y forense, pero sin serlo por completo. La criminología y criminalística está inserta en algunas escuelas de derecho principalmente, en México, en otros países, en sociología, u otras áreas sociales, pero mantiene una fuerte intromisión no solicitada en las escuelas de derecho por la relación del derecho penal con la administración de justicia y el ámbito penitenciario, o en general, por lo legal.⁹ Pero no se le toma a un criminólogo o criminalista por un abogado, ni por médico o antropólogo, si ha tenido cierta identidad social relacionada con portar bata blanca y recolectar evidencias en una escena criminal o como policía, más no como un preventólogo, desarrollador de estrategias integrales de prevención, o con habilidades diagnósticas de factores de riesgo, o como un estratega de la seguridad privada o pública, estas funciones las conocen quienes estén más involucrados, la perspectiva de identidad general es la de perito o detective.¹⁰

Pero el criminólogo ante otros profesionales como el sociólogo, psicólogo, antropólogo, trabajador social, u otros de áreas sociales ¿De qué se diferencia? Es decir ¿Cuál es la jurisdicción exclusiva del criminólogo que no tengan los otros? Del criminalista, en contraste con el químico, arqueólogo, médico, balista, fotógrafo, u otros ¿Qué tiene este en ventaja de los otros? Las preguntas caben

⁵ Véase ORDAZ HERNÁNDEZ, D. y FIGUEROA CASTELLANO, J. “Hacia una criminología contemporánea”, en: *Vox Juris*, 33(1), 2017, pp. 113-122. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6058758.pdf>.

⁶ Véase BURGOS, Á. “La criminalística y su importancia en el campo forense”, en: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 2, 2010, 239-270. <http://www.redalyc.org/pdf/4419/441942914005.pdf>

⁷ Véase SILVA GARCÍA, G.; VIZCAÍNO SOLANO, A.; y RUIZ-RICO RUIZ, G. “El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas”, en: *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, 1, 2018, pp. 11-31. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/279/27957769014/html/index.html>

⁸ Véase SEBASTIANY, A.P.; CAMARA PIZZATO, M.; DIEHL, I.F.; y MISKINIS SALGADO, T.D. “Aprendiendo a investigar por medio de la ciencia forense e investigación criminal” en: *Revista Eureka sobre Enseñanza y Divulgación de las Ciencias*, 10(3), 2013. <https://www.redalyc.org/pdf/920/92028240013.pdf>.

⁹ Véase GIMÉNEZ-SALINAS, E. *Libro Blanco Sobre El Título De Grado En Criminología*, 2009, <https://criminologiacys.files.wordpress.com/2017/08/libro-blanco-sobre-el-tc3adtulo-de-grado-en-criminologc3ada.pdf>

¹⁰ Véase ESCOBAR MARULANDA, G. “La enseñanza en criminología. Algunas consideraciones”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8, 2006, pp. 1-8. <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r2.pdf>

ser planteadas en un contexto en el que si aquellos demás profesionales pueden hacer lo mismo si se agregan algunos estudios cortos especializantes en las áreas criminales y forenses, entonces ¿Qué autoridad o autonomía tendría el criminólogo y criminalista? Estos no hacen química forense, ni psicología forense, ni medicina forense, tampoco, sociología criminal, ni trabajo social penitenciario, trabajo social victimal, ni diagnósticos clínicos, aunque si lo sepan, puesto que en su plan de estudios así se forma.

En este sentido, se torna necesario establecer una identidad profesional, así como jurisdicción para el criminólogo y criminalista, en México,¹¹ hay escuelas donde en el plan de estudios están ambas áreas, mientras que en otras, se han separado, teniendo una licenciatura en criminología y otra licenciatura en criminalística, tal vez ello genera confusión; es decir, qué es uno u otro, para quienes están envueltos en ello, lo saben, pero no posiblemente para la sociedad, y es esta misma sociedad la que construye una imagen, el criminólogo y criminalista, primordialmente sirven a las necesidades de la sociedad en el aspecto de analizar las expresiones criminales y proponer su solución. Al ser un profesional reconstruido de otros más, las limitaciones en el ejercicio pueden provenir de sí mismo, tanto como de la sociedad en la cual ejerce.¹²

Son varios los tópicos sobre los que se centra este artículo, vistos como dilemas en el desarrollo profesional de los criminólogos y criminalistas de primera carrera o licenciatura. Se han observado aspectos esenciales en comparación con otras profesiones como la de los abogados, médicos, sociólogos, entre otros, para tomar en analogía lo que se desarrolla en las siguientes líneas. Para comprender el planteamiento del problema de la falta de identidad, se esbozan siete preguntas para la autorreflexión y dar propias respuestas a estas, para dar paso a establecer el objetivo del presente que es el analizar algunos dilemas en la pertinencia de una identidad profesional, con la hipótesis de que si hay claridad sobre esta, se puede estar en condición de establecer una jurisdicción profesional y ampliar los campos de acción.

Se presenta una discusión respecto qué es y qué hace un criminólogo y criminalista y si está preparado para enfrentar los problemas sociales para los cuales fue creado, que lo estará en la medida de su formación, generación de conocimientos y salidas profesionales. Posteriormente se abordan los elementos de una profesión y profesional, así como su distinción (identidad), se reflexiona brevemente en temas de desorientación profesional como falta de ética, para luego establecer el campo de ejercicio. Finalmente, la propuesta consiste en generar doctrina que sirva de respaldo para señalar qué podría hacer un criminólogo y criminalista en otros campos además de en los cuales se ha encasillado, siendo una invitación al involucramiento de estudiantes y egresados a contribuir

¹¹ Véase HIKAL, W.; PÉREZ TOLENTINO, J.A. y ROMERO MUÑOZ, R. “Censo de Escuelas de Criminología, Criminalística, Victimología y afines en Materia Criminal en México”, 2019. <https://somecrimnl.es.tl/>

¹² Véase ÁVALOS DAVIDSON, B. “Docencia profesional y su ejercicio. La profesión de la docencia”, en: Revista Calidad en la Educación. 15, 2001, pp. 1-18. <https://www.calidadenlaeducacion.cl/index.php/rce/article/view/441/439>

en la construcción de una identidad profesional para el criminólogo y criminalista en México.

II. PREGUNTAS PARA EJERCICIO DE REFLEXIÓN

Se comenzará postulando algunas preguntas dirigidas en específico a estudiantes o egresados de primer carrera de criminología y criminalística (pero también pueden ser especuladas por otros profesionales) a modo de permitir la reflexión de inicio, un autoanálisis para el lector, que se responda a sí mismo, pero también sobre estas cuestiones se desarrollarán los temas. Cuando el lector se responda a sí, podrá imaginar el panorama de su profesión, también le permitirá cotejarse con otras profesiones y profesionales para descubrir su identidad, si es que la hubiese. Con el desarrollo del artículo, se irán respondiendo estas, pues es a lo que se quiere llegar, abarcando una propuesta para acciones al presente y futuro que involucren a los criminólogos y criminalistas de primera carrera.

1. ¿Tiene el criminólogo y criminalista de primera carrera (licenciatura) una identidad propia?
2. ¿Percibe diferente a otros profesionales (de otra carrera) que además han estudiado criminología y criminalística?
3. Otro profesional con estudios de criminología y criminalística en segunda carrera, ¿Puede realizar lo mismo que el de primera carrera?
4. ¿Para qué resolución de problemas está habilitado el profesional de la criminología y criminalística?
5. En el sector laboral ¿Es clara la identidad de este profesional o se le confunde con otras profesiones?
6. ¿De qué modo entiende la ética profesional?
7. Si hubiese mayor plataforma teórica y jurídica sobre el ejercicio del criminólogo y criminalista ¿Habría más salidas profesionales?

III. OBJETIVO. MARCO DE REFERENCIA PARA LA CONSTRUCCIÓN

El objetivo del presente es abordar algunos temas sobre la identidad profesional del criminólogo y criminalista en México. Los tópicos presentados como dilemas, pueden referirse a áreas que pueden tener consecuencias negativas, pero también podrían ser positivos o neutrales.¹³ Durante el desarrollo se muestran algunos aspectos que son de atención a manera de posibles debilidades en la construcción de una identidad profesional, pero que a su vez son las áreas de oportunidad, lo que permitirá potencializar el ejercicio laboral del criminólogo y criminalista en beneficio de la ciencia, en la formación universitaria, en las salidas profesionales y la responsabilidad social.¹⁴

¹³ WESTON, A. Las claves de la argumentación (3ª ed.), 2006, Avatar Books of Cambridge, pp. 88 y 89.

¹⁴ Véase CANTÚ MENDOZA, R. "Nuevos retos a la gestión de la educación superior en México", en Cantú Mendoza, R. (coord). La Responsabilidad Social de las Universidades Contemporáneas, Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Itaca, 2015 (pp. 13-38).

IV. HIPÓTESIS. IMPORTANCIA DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA IDENTIDAD

Saber cuál es la función de un profesional, y para qué aspectos está preparado, permiten visualizar su campo de ejercicio profesional basado en el cuerpo de conocimientos y demandas sociales para las cuales esté capacitado. Definir cuáles son las características de un profesional da cabida a su identidad, esto se logra sistematizando las habilidades para las cuales fue formado, así como a través de la generación de más conocimientos, que permitirán demostrar sus alcances, y destreza para estar corriente en los cambios sociales y dar respuesta. A su vez, permite establecer la circunferencia de su intervención, de tal modo, se procurará argüir mediante reflexiones y analogías la importancia de trabajar sobre una identidad propia.

V. DISCUSIÓN. ¿TIENE IDENTIDAD PROPIA EL CRIMINÓLOGO Y CRIMINALISTA?

Existen muchas convergencias y divergencias del criminólogo y criminalista con otros profesionales, por ello, es importante aclarar y trabajar sobre la identidad profesional de un criminólogo y criminalista, pues estos son vistos a uno por el otro, o sin distinción, como policía o detective.¹⁵ Por otro lado, parece que no existe una identidad clara sobre el criminólogo o criminalista de formación licenciatura, puesto que los posgrados en las mismas materias, vienen generando: Ingenieros-criminalistas, juristas-criminalistas, psicólogos-criminólogos, médicos-criminalistas, policías-criminalistas, sociólogos-criminólogos, arquitectos-criminalistas, entre otros. En este caso, pareciera una dualidad profesional, donde la misma función que ejerce el criminólogo, la puede ejercer el psicólogo con conocimientos clínicos y patológicos, así como el abogado enfocado a lo penal.

Reynoso Dávila apunta que: “Muchos criminólogos han llegado a ser estudiosos de la Criminología después de un “*currículum*” científico que tiene poca relación con dicha disciplina y por tanto le imprimen mayor relación con el campo de su procedencia y pretenden reducirla a un mero capítulo de su original especialización científica”.¹⁶ Por ejemplo: El médico, psicólogo o jurista que la vinculan totalmente a su área, por ellos que existan libros de criminología jurídica o criminología médica-fisiológica. Schmalleger, apunta qué es y qué hace un criminólogo: “A typical dictionary definition of a criminologist is ‘one who studies crime, criminals, and criminal behavior.’ Occasionally, the term *criminologist* is used broadly to describe almost anyone who works in the criminal justice field, regardless of formal training”.¹⁷

¹⁵ Véase ESCOBAR MARULANDA, G. “La enseñanza en criminología. Algunas consideraciones”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, pp. 1-8. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r2.pdf>

¹⁶ REYNOSO DAVILA, R. Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, 2004, p. 11.

¹⁷ SCHMALLEGER, F. Criminology Today. An Integrative Introduction. Pearson Prentice Hall, 2006, p. 16.

Posiblemente en parte, este profesional es ligado a un policía, tal vez porque los primeros investigadores empíricos que recurrieron a estos estudios eran de esa formación, o al revés, quiénes estudiaban criminología y criminalística, luego ejercían como policías (actualmente es una salida profesional). Sobre este tópico y el anterior en la dualidad o yuxtaposición de profesiones, no ocurrió el reparo a través de trabajar la identidad profesional con una marcada jurisdicción laboral o de área de estudios, parecería que no se dio lugar a la evolución de estos saberes desde el ámbito del profesional; es decir, como persona o como licenciado. Esto lleva a un siguiente dilema, si la criminología permaneció estática o estancada ¿Por qué? Hubo urgencia de preparar profesionales operativos-técnicos en los saberes multipanorámicos de la criminalidad, pero no la misma urgencia para desarrollar nuevos conocimientos. Posiblemente el criminólogo y criminalista de licenciatura de antaño se sintió cómodo de ver que de otras profesiones producían el conocimiento, por ejemplo, del derecho, sociología, antropología, lo mismo de los profesionales de estas áreas.

Y pudo ocurrir una herencia a las nuevas generaciones, en el nivel de licenciatura no se analiza el cuestionar si el código penal señala que si el aborto es delito o no, se instruye y punto, no se cuestiona si tal o cual conducta es antisocial o no, sino que se memoriza, pero en maestría y doctorado, debe replantearse lo que de cierto modo se impuso, el problema abunda en que de por sí una gran mayoría de egresados no aspiran al posgrado,¹⁸ menos al doctorado, su pensar se queda en lo aprendido, tal vez si cuestionan, pero si tener la habilidad de desconstruir y proponer otras alternativas, careciendo de bases para postular alternativas.¹⁹

De tal modo, el egresado se quedó con ciertos conocimientos, que posiblemente después se cuestionó, pero no pudo argumentar ni proponer. Los autores clásicos inundaron la tendencia de estudio al no existir contrapartes ni otras propuestas, así, al ocurrir de los años, en criminología y criminalística permanecen los mismos autores, conferencistas, emergiendo nuevos, bajo bases laxas de argumentación, sin experiencias laborales que respalden su exposición, y al no existir estudios serios o medios idóneos para alcanzar la información correcta, se tendió a la vulgarización del conocimiento, donde cualquiera es docto, opina y expone sobre temas. Al no haber doctores en criminología en México, no existe un escudo que combata la intrusión de charlatanes, expertos de gabinete, así como el conocimiento es obsoleto, no responde a las necesidades, no se conocen las fuentes de investigaciones actuales, no hay una respuesta adecuada a las demandas sociales, y las salidas profesionales, se restringen a las cotidianas.

¹⁸ ASOCIACIÓN NACIONAL DE UNIVERSIDADES E INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR, Anuario Estadístico de Educación Superior, 2019. <http://www.anuies.mx/iinformacion-y-servicios/informacion-estadistica-de-educacion-superior/anuario-estadistico-de-educacion-superior>

¹⁹ Véase BONILLA MARÍN, M. (coord.). Diagnóstico del Posgrado en México: Nacional, 2015, Consejo Mexicano de Estudios de Posgrado. https://www.posgrado.unam.mx/sitios_interes/documentos/comepo_regiones.pdf

VI. LA IDENTIDAD PROFESIONAL

Una identidad profesional implica algunos elementos que se abordarán en estas líneas, comúnmente está ligado al socialmente llamado “licenciado”, se atribuye la designación de un profesional en algún campo, más antiguamente, se le llamaba licenciado al abogado o contador, así como doctor, al médico, mientras que para ser doctor “implica que el candidato a doctor completa generalmente una maestría y cursa, además, un conjunto de materias requeridas en el programa de doctorado, elabora y defiende públicamente una tesis de doctorado, proceso que implica una contribución original a la disciplina que corresponde al campo de especialización elegido”.²⁰

De manera general, el grado que habilita a alguien para el ejercicio de una profesión es el que se obtiene en centros de estudios autorizados para ello, conferida la autoridad por el gobierno, en el caso de México, ya seas para escuelas privadas o públicas, a ello se refiere con licenciarse; es decir, se otorga una licenciatura que permite la conducción sobre determinados temas. En México, existen más de 450 escuelas que imparten estos estudios,²¹ en nivel técnico superior, licenciatura, especialidad, maestría y doctorado.

El técnico superior universitario, se refiere a: “Estudios de nivel superior cuyo antecedente obligatorio es el bachillerato o equivalente, su duración mínima es de dos años y la máxima es de tres años; no alcanza el grado de licenciatura y forma parte de la educación superior”.²² Mientras que la licenciatura se refiere al: “Primer grado académico de la educación superior, cuyo antecedente obligatorio es el bachillerato o equivalente, y capacita para el ejercicio de una profesión”.²³

Los posgrados comprenden diversos grados según el país, de modo general: “Es la última fase de la educación formal; tiene como antecedente obligatorio la licenciatura o un equivalente de ésta. Comprende los estudios de especialización, la maestría, el doctorado y los estudios de actualización que se imparten en él”.²⁴ La especialidad comprende: “Estudios de posgrado que, no obstante ser anteriores a la maestría, no constituyen un antecedente necesario de ésta. La ofrecen las instituciones de educación superior por medio de cursos concentrados en torno a un tema y cuya duración es, por regla general, de un año o un semestre”.²⁵

La maestría son: “Estudios que exigen como requisito previo la licenciatura, y en los cuales el alumno se capacita para el ejercicio de actividades profesionales de alto nivel, de la docencia y la investigación; su duración mínima es de un

²⁰ DAPENA, J.P. “Acerca del Doctor “en serio” y del Doctor “protocolar””, en: Revista UCEMA, 16, 2011, pp. 22-24. <https://ucema.edu.ar/6/posgrado/doctorado-en-finanzas/doctor-en-serio>, p. 1.

²¹ HIKAL, W.; PÉREZ TOLENTINO, J.A. y ROMERO MUÑOZ, R, *op. cit.*

²² SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA. Glosario. Términos utilizados en la Dirección General de Planeación y Programación. Ciudad de México: Dirección General de Planeación y Programación. Secretaría de Educación Pública, 2008. <http://cumplimientopef.sep.gob.mx/content/pdf/Glosario%202008%2024-jun-08.pdf>, p. 186.

²³ *Ibid.*, p. 124.

²⁴ *Ibid.*, p. 152.

²⁵ *Ibid.*, p. 97.

año”.²⁶ El doctorado: “Son estudios que están en el más alto nivel de preparación profesional del Sistema Educativo Nacional”.²⁷ Finalmente, posterior a la conclusión de los estudios y demás requisitos, se está titulado, lo cual se define como: “Persona que ha cubierto el plan de estudios y cumplido con los requisitos establecidos por una institución educativa, para obtener el título correspondiente, y lo ha obtenido”.²⁸

El término “profesión” indica el profesar una creencia, con el tiempo, se le atribuyó a aquel que lleva un oficio, empleo o facultad, realizada de forma pública ligada a una actividad laboral por la cual se obtiene un salario o paga, así “profesión puede definirse como una actividad permanente que sirve de medio de vida y que determina el ingreso a un grupo profesional determinado”.²⁹ También se atribuye a conferir un monopolio sobre ciertas actividades; por ejemplo, el monopolio del ejercicio de la medicina, lo tiene quien se licencia en ella, no el huesero, no el curandero, no el que da tratamientos a base de hierbas, jugos, u otros remedios. Así, el profesional es aquel que tiene una profesión.

Algunos elementos de la/el profesión-profesional, pueden ser: Una formación superior o universitaria, formación delimitada a un campo del conocimiento, conocimiento de términos, conceptos, técnicas y metodologías, la comprobación de estos aprendizajes a través de pruebas, su aprobación, proceso de titulación, que implica el trabajo final para que la escuela permita obtener una licencia legal para ejercer esa serie de conocimientos, obtener una cédula legal y un título que certifica que la persona ha concluido una carrera, por ello que se le llame así, es una carrera que sigue un camino, con la meta de alcanzar los objetivos planteados. Así, se obtiene un perfil de egreso como “conjunto de conocimientos, habilidades y otros atributos que en principio debe adquirir quien se gradúe o titule en dicho programa”,³⁰ este puede determinar la identidad profesional.

Los profesionales pasan a formar parte de un gremio, de manera voluntaria con la búsqueda de agrupaciones, o involuntaria al saberse que cierta persona ha estudiado tal carrera, por lo que se atribuye a un grupo, comúnmente, su vida estará marcada por su profesión, tenderá a relacionarse con otros iguales, su tema de conversación será de ello, dedicará sus pensamientos a tal, y su forma de reconocimiento y de vida, puede que mayormente se deba a esa profesión. “El contexto de la globalización y regionalización de los servicios profesionales está condicionando un nuevo modelo de profesiones para el siglo XXI, las cuales tendrán que asumir elementos que respondan a una nueva sociedad que día a día cambia”.³¹

²⁶ *Ibid.*, p. 127.

²⁷ *Ibid.*, p. 85.

²⁸ *Ibid.*, p. 188.

²⁹ FERNÁNDEZ PÉREZ, J.A. (2001). “Elementos que consolidan el concepto profesión. Notas para su reflexión”, en: REDIE. Revista Electrónica de Investigación Educativa, 3(2), 2001, pp. 23-39. <https://www.redalyc.org/pdf/155/15503202.pdf>, p. 24.

³⁰ Véase Consejo para la Acreditación de la Educación Superior. Glosario de términos, 2019. <https://www.copaes.org/glosario.php>

³¹ FERNÁNDEZ PÉREZ, J. A., *op. cit.*, p. 35.

Luego de lo anterior, cabe establecer qué es un profesional de la criminología y criminalística, esta definición está ligada a sus conocimientos y perfil de egreso, cada escuela aporta su construcción sobre estos perfiles de acuerdo a la cultura regional, expectativa social, responsabilidad, y a los problemas que ha de atender, por lo que homologar una definición sería limitativo, pero en ocasiones, los perfiles lucen como composiciones poéticas, atribuyendo una serie de cualidades que dejan duda si en verdad lo son o lo alcanzarán a ser y hacer, ejemplo de ello es el siguiente perfil de egreso de un Licenciado en Criminología según la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, comprende que es:

Un profesional analítico y altamente reflexivo, que le permita investigar e intervenir, empleando las técnicas criminológicas y criminalísticas, en los procesos del comportamiento antisocial, la delincuencia y sus efectos a nivel local, nacional e internacional, tanto en el sector público como el privado, a través del desarrollo de programas para la seguridad; asumiendo proactivamente y de manera trans e interdisciplinaria, el desafío de responder ética y competitivamente a las necesidades de la sociedad, respetando su cultura e identidad; colaborando en la procuración de justicia y promoviendo estrategias de prevención eficaces para la reinserción social y la reducción de la criminalidad, logrando una sociedad pacífica, justa y segura.³²

Para evitar transcribir lo que las escuelas definen de sus egresados en criminología y criminalística, se apunta un concepto de “criminólogo” elaborado por Ríos Patio:

El criminólogo es un profesional que estudia las causas, factores, condiciones y motivos que generan criminalidad. Su labor es de suyo trascendental porque la cuestión criminal confronta el nivel de seguridad integral del Estado, el cual está íntimamente vinculado al bienestar general, ya que son conceptos interdependientes y complementarios, que apuntan a la aspiración de la organización social toda hacia el bien común.

Además, conociendo las causas generadoras de conductas lesivas y evitándolas, se interviene en las relaciones intersubjetivas de intereses, zona de donde emergen los conflictos, de manera previa y positiva, no extemporánea ni negativa, esto es, reaccionando y castigando).³³

En el caso de los egresados como licenciado en criminología y criminalística (ya sea que su título solo haga referencia a la criminología, pero las materias son mixtas), el Colegio Libre de Estudios Universitarios (esta es la primera institución que estableció el título de Licenciado en Criminología, Criminalística y Técnicas Periciales), lo define exageradamente como:

³² DIRECCIÓN DEL SISTEMA DE ESTUDIOS DE LICENCIATURA. Licenciado en Criminología. San Nicolás de los Garza: Universidad Autónoma de Nuevo León. <https://www.uanl.mx/oferta/licenciado-en-criminologia/>

³³ RÍOS PATIO, G. “‘El criminólogo en la empresa’. A propósito del nuevo modelo de prevención criminal introducido por la Ley N° 30424 modificada por el Decreto Legislativo N° 1352”. Instituto de Investigación Jurídica, 2017, pp. 1-21. http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/handle/usmp/2675/rios_pg16;jsessionid=4FF0D8F0923D203A05420BCD5D88B620?sequence=1, pp. 16 y 17.

El perito criminólogo-criminalista es un director de proyectos que coadyuva a esclarecer un hecho o fenómeno delictivo, a través de metodologías, métodos y técnicas de carácter científico. Debe contar con múltiples conocimientos en su disciplina y en diversas áreas y debe ser conocedor del uso de las tecnologías relacionadas, además de contar con técnicas de argumentación forense e imagen corporal.³⁴

En general, cual sea la definición y formación, consiste en crear profesionales con visión de prisma que permita visualizar la desorganización social, los problemas que ocurren en esta, la dinámica e interacción de todos los actores sociales, conocer sus componentes. Los profesionales de la criminología y criminalística deben ser conscientes de la gravedad de problemas con los que tratarán, por lo que les requiere una alta capacitación en valores, ética, respeto, empatía, compromiso. “Ante un escenario de tamaños cambios, negarse al cambio sería morir”.³⁵

VII. DESORIENTACIÓN DE LA IDENTIDAD

Navarro Fallas expresa: “Toda persona con un título universitario válido tiene derecho al ejercicio profesional. Empero, en aras de proteger los derechos de los usuarios de los servicios que ofrecen esos profesionales, el ordenamiento jurídico establece una serie de límites y obligaciones técnicas, jurídicas y éticas que el profesional debe observar y cumplir”.³⁶ Y continua con una reflexión aplicable para los profesionales de las ciencias de la salud, que se toma aquí por ser la criminología y criminalística, áreas que implican el manejo con cuerpos, deshechos, desprendimientos, extractos, vida, muerte, así como salud mental, emocional, paz social. Señala este autor que cuando se llegan a vulnerar los derechos de las personas, estos y la autoridad, pueden intervenir para preservar su integridad física y moral, se refiere a la responsabilidad profesional y ética.

Estas áreas del conocimiento, sirven para prevenir, tratar las condiciones que provocan la violencia, por una parte, por otra, investigar para procurar justicia.³⁷ Lamentablemente se ha venido tergiversando la labor ética y de compromiso social,³⁸ con una mezcolanza de morbo, presunción de poder, autoridad, abuso, sangre, muerte, entre otros, y que no es la referencia adecuada para expresarse de una profesión, ni socialmente, sobre una situación donde están involucrados víctimas de violencia. Estamos en una época donde se viene masacrando a estas

³⁴ COLECTIVO ARCIÓN, “La participación del criminólogo-criminalista en los juicios orales”, en: *Visión Criminológica-Criminalística*, 2013, pp. 24-37. http://revista.cleu.edu.mx/new/descargas/1303/articulos/02_La_participacion_del_criminologo-criminalista_en_los_juicios_orales.pdf, p. 24.

³⁵ ABBOT MATUS, F., *op. cit.*, p. 17.

³⁶ NAVARRO FALLAS, R.A. “El ejercicio profesional y la responsabilidad penal, civil, administrativa y ético disciplinaria derivada de su ejercicio”, en: *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 14(1), 2006, pp. 11 y 12. <https://www.scielo.sa.cr/pdf/rcafss/v14n1/3774.pdf>, p. 1.

³⁷ Véase ZAFFARONI, E.R. “La enseñanza universitaria de la criminología en América Latina”, en: *Eguzki-lore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 3, 1990, pp. 59-71. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2164896/08+-+La+ensenanza+universitaria+de+la+criminologia.pdf>

³⁸ Véase LÓPEZ ZAVALA, R. “Ética profesional en la formación universitaria”, en: *Perfiles Educativos*. 35(142), 2013, pp. 15-24. <https://www.iisue.unam.mx/perfiles/articulo/2013-142-%C3%89tica-profesional-en-la-educacion-superior.pdf>

áreas, se ha intrincado la diferencia entre artista (cantante, actor, conductor, atleta, *estandopero*, influenciador) con la labor asistencialista y para el desarrollo social para la cual, el criminólogo y criminalista debería estar enfocado.³⁹

El estatus de la criminología en México, constituye una aparición de charlatanes emergentes de la miseria, de la pereza de otros profesionales por construir un conocimiento sólido, metódico, científico, en comparación con otros países donde los investigadores y publicaciones son en mayor abundancia.⁴⁰ Nos encontramos en un momento histórico, en el que se viene marginando a las ciencias forenses, criminales, penales, mediante el uso de las redes digitales, con histriones que lucran con la tragedia y logran fama efímera, sin mayores resultados positivos ante la sociedad sino para el engrosamiento de sus currículos.

El criminólogo y criminalista ha sostenido un reclamo a gobierno de ser reconocido y situado en puestos claves para la intervención correcta sobre los fenómenos que a su área corresponde, reclamo, en parte válido si observamos como encargado de la seguridad pública a un profesional no capacitado para tal, a un director de prevención sin los conocimientos para ello, surgen tantas propuestas para exclamar lo que “se debería” hacer, y la presunción es que los criminólogos y criminalistas son la solución a ello.

Pero cómo ser la solución a ello, cuando estos no generan investigaciones científicas sobre los problemas de la criminalidad, no encontramos la participación activa de ellos dando opinión mediática en medios formales e institucionales (no redes digitales creadas por estos mismos para alardear), no se les ve en las publicaciones de estadísticas, ni en su análisis, tampoco como legisladores, menos en participaciones de ámbito político, tampoco involucrados en lo internacional.⁴¹ Los puestos que se ha autoatribuido el criminólogo y criminalista son ocupados por otros profesionales con mayor seriedad, compromiso ético y formación.

Los congresos en materia criminal, escasamente se ven acompañados de ponentes de estas áreas de primera carrera, sino por otros profesionales, las publicaciones en libros, artículos, capítulos, igual, las direcciones de centros escolares, ocurre similar, y qué decir, de los directivos en áreas de gobierno, este profesional parece un fantasma que recorre los pasillos de las oportunidades sin materializarse en alguna de contendencia, se ha autorelegado, son pocos, y muy contados, los que si tienen alguna minúscula presencia o participación digna y significativa. Por ejemplo, en el rubro científico, en México, de más de casi 40,000 investigadores nacionales avalados por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, únicamente 41 son dedicados al área criminal, de los cuales, solo 7 son de primera carrera.⁴²

³⁹ Véase MARRA E ROSA, G.A.; RODRIGUES DOS SANTOS, B.; STEGEL M. y FREITAS, M.H. “Estetización del self en redes sociales: contradicciones humanas y producción subjetiva contemporánea”, en: Revista de Psicología, 34(2), 2016, pp. 313-336. <https://www.redalyc.org/pdf/3378/337846349005.pdf>

⁴⁰ SANTIAGO GÓMEZ, T. “Criminología: limitaciones y rutas a futuro”. En ORDAZ HERNÁNDEZ, D. y CUNJAMA LÓPEZ, E. D. (coords.). Criminología Reflexiva. Discusiones Acerca de la Criminalidad, 2011, pp. 21-44, Ubijus.

⁴¹ ESCOBAR MARULANDA, G. “La enseñanza en criminología. Algunas consideraciones”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, pp. 1-8. <http://criminol.ugr.es/recpc/08/recpc08-r2.pdf>, p. 3.

⁴² CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA. Resultados SNI, 2019. <https://www.conacyt.gob.mx/index.php/el-conacyt/convocatorias-y-resultados-conacyt/convocatorias-sistema-nacional-de-investigadores-sni/>

Donde sí se ven muy activos es en redes digitales con delirio de grandiosidad⁴³ donde el criminólogo y criminalista se expresan como líderes de opinión, expertos en moda, influenciadores, subiendo imágenes de víctimas de crímenes violentos, filmándose dando apariencia de modelos, cultos, concedores, frases, estrellas, intelectuales, en graves casos, burlándose de los hechos criminales mediante memes, videos, *stickers* u otras herramientas de expresión.⁴⁴ Aquel reclamo laboral, de respeto e identidad por parte de estos profesionales, no se ve venir con expresiones de tal modo, no generan un vínculo de confiabilidad.

Se realizó un estudio exploratorio de las redes digitales más utilizadas por los jóvenes: Facebook, Twitter, YouTube e Instagram, donde al buscar los términos: Criminología, Criminalística y Forense, el top de búsquedas y seguidores es en páginas creadas como *fan page*, encontrando algunos perfiles que lastiman la atención: Vodka's Forensic, El Forense Agrio, El Joven Criminalista, Un Criminólogo Enamorado, Forense Tóxica, Perito Regiomontano, Soy Criminalista-Criminólogo, La Loca Poeta Forense, Morrta forense, Meme Forense, El Perito Infiel. Explican Fernández Villanueva, Revilla Castro y Dávila De León (2018):⁴⁵ “La creciente violencia que muestran los medios informativos es objeto de preocupación e interés social. Con frecuencia se acusa a los medios de provocar el “morbo” por el único motivo de incrementar los índices de audiencia”, y es esto lo que

resultados-sni-1 Consejo para la Acreditación de la Educación Superior. Glosario de términos, 2019. <https://www.copaes.org/glosario.php>

⁴³ Véase SERRI, M. “Redes sociales y salud”, en: Revista Chilena de Infectología, 35(6), 2018, pp. 629-630. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rci/v35n6/0716-1018-rci-35-06-0629.pdf>

⁴⁴ Véase PÉREZ SALAZAR, G.; AGUILAR EDWARDS, A.; y GUILLERMO ARCHILLA, M.E. “El meme en internet. Usos sociales, reinterpretación y significados, a partir de Harlem Shake”, en: Argumentos, 27(75), 2014, pp. 79-100. <https://www.redalyc.org/service/r2020/downloadPdf/595/59533233004/6>

⁴⁵ Véase COSAS DE CRIMINOLOGO & CRIMINALISTAS. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/cosasdecriminologosycriminalistasOficial/?ref=py_c; EL FORENSE AGRIO. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/ElForenseAgrio/?_tn_=%2Cd%2CP-R&eid=ARDsXSgQQe7iljrEggIXFQ1uLbsNCQclV3SrchEFOcoI8TU0uZ59vN63QWk0iPxB39C16fYKBWt3nv;ELJOVENCRIMINALISTA. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/criminalisticadecampo/>; EL PERITO INFIEL. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/CriminalistaInfiel/?_tn_=%2Cd%2CP-R&eid=ARByNQRg41jTjKoYJ4t3-Z9LiptVDDE2sfh0Iul6B7I-alz-brmxSbltU28GRYQYjQanRU1-nanYoAy6k;FANSCLUBFORENSETOXICA. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/clubdefansf/>; FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA Y CRIMINALÍSTICA. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/CriminologiaCriminalistica/?ref=py_c; FORENSE TÓXICA. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/DATOSDECRIMINOLISTICAYCRIMINOLOGIA/?_tn_=%2Cd%2CP-R&eid=ARB7FnDqklmqpa0KCcKT8IMtAkj2TQ4jBeNNSVHssJBtEoaf7mFQ5bUZTwpkK_bFlk663uMB4ujzXPY4;LALOCAPOETAFORENSE. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/LocaForense/>; MEME FORENSE. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/Memeforense/?ref=py_c; MORRITA FORENSE. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/andylamorritaforense/>; PERITO JOSEPH. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/peritojoseph/>; PERITO REGIOMONTANO. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/peritoregiomontano/>; SOY CRIMINALÍSTA-CRIMINÓLOGO. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/soycrimi/>; SRITA. CRIMINOLOGA. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/Srta.Criminologa2h/?ref=py_c; UN CRIMINOLOGO ENAMORADO. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/Un-Criminologo-Enamorado-719307071552542/?ref=py_c; VODKA'S FORENSIC. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/1vodkasforensics/?ref=py_c

transcurre en estas páginas, existe un inmenso placer por subir imágenes de muertos, formas de muerte (dinámica de crímenes violentos), sin respetar si son menores de edad o de cualquier género o forma, acompañado de concursos, vanidad, egolatría, fanfarronería, fomento a la violencia, sin estándares de protección de identidades,⁴⁶ datos u otros ni marco jurídico para la exposición de las imágenes.⁴⁷

“El mal gusto, los excesos y la violación de la intimidad, son lugares comunes”.⁴⁸ Se han conducido estas páginas como sitios paralelos a medios de comunicación, donde la expresión es como noticiario sensacionalista, la modernización de la tecnología y la apertura para disposición de todos, ha llevado a Internet⁴⁹ a ser el medio que dispare a la fama a muchas personas sin verdaderamente un potencial para lograrlo, a través del escándalo y ridículo, el desnudo, morbo, logran cantidades de seguidores de una manera impresionante, y de tal modo ha sido el crecimiento de estos sitios y sus creadores.



Figura 1. Meme Forense. <https://www.facebook.com/Memeforense/photos/p.265300570743403/265300570743403/?type=1&theater>

Además de la creación de memes⁵⁰ como mecanismo de interpretación de los hechos criminales de manera amigable y cómica, para su reproducción y dis-

⁴⁶ Véase GARCÍA GONZÁLEZ, A. “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(20), 2007. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/articulo/view/3933/4972#N**

⁴⁷ Véase MENDOZA ENRÍQUEZ, O. A. “Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento”, en: *Revista IUS*, 12(41), 2018, pp. 267-291. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v12n41/1870-2147-rius-12-41-267.pdf>

⁴⁸ SAAD SAAD, A. “El sensacionalismo o la ‘insurrección’ de las masas”, en: *Razón y Palabra*, 78, 2011, pp. 1-17. <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524192026.pdf>, p. 2.

⁴⁹ Véase GARCÍA AVILÉS, J. A. “La comunicación ante la convergencia digital: algunas fortalezas y debilidades”, en: *Signo y Pensamiento*, 54, 2009, pp. 102-113. <https://www.redalyc.org/pdf/860/86011409007.pdf>

⁵⁰ PÉREZ SALAZAR, G.; AGUILAR EDWARDS, A. y GUILLERMO ARCHILLA, M. E., *op. cit.*

tribución “Los emisores se plantean la conveniencia de mostrar gráficamente escenas con cadáveres y/o cuerpos destrozados. Los espectadores se sienten impulsados a mirar, interesados por una realidad crecientemente negativa”.⁵¹ El estudiante de criminología y criminalística busca conocer sobre lo inherente a su profesión, pero si no cuenta con profesores adecuados que le orienten en la búsqueda de fuentes de información serios, el primer recurso son las redes digitales, también la falta de fomento a la lectura en bibliotecas, lleva al alumno a pasar más horas ante los dispositivos móviles,⁵² pero no precisamente siguiendo o compartiendo información institucional, sino lo transformado en morbo y memes.

No se concluye que estos sitios definen la identidad profesional de quienes estudian o egresan, pero cabe considerar con la frialdad con la que se desarrollan los estudiantes al mirar estas imágenes de un modo tan convertidas en lo humorístico, cotidiano, casual, proponiendo que los hechos violentos deben estar abiertos a todo el público, sin respetar la privacidad, o más aún, el dolor ajeno. Volviendo a aquel reclamo profesional hacia gobierno, ante un panorama de burla y frialdad en redes digitales, mediante la subida y compartición de imágenes, videos, frases y memes ¿Se puede esperar que las empresas o gobiernos, incluso, lo más importante, la sociedad, nos mire con profesionalismo, éticos y comprometidos? Los profesionales de la criminología y criminalística deben ser conscientes de la gravedad de problemas con los que tratarán, por lo que les requiere una alta capacitación en valores, ética, respeto, empatía, compromiso.⁵³

VIII. JURISDICCIÓN PROFESIONAL

La educación superior en criminología y criminalística en México⁵⁴ ha crecido notablemente en escuelas de nivel pregrado y posgrado, únicamente 10 son públicas, el resto privadas, solo existen 7 doctorados en las áreas, cientos de maestrías y de licenciaturas. Pero “esta evolución no ha significado en muchos casos que haya ido de la mano de la calidad en la enseñanza, del conocimiento actual de los fenómenos sociales vinculados a la criminalidad, ni de los desarrollos tecnológicos aplicados en las nuevas formas de cometer los delitos”.⁵⁵

Los criminólogos y criminalistas deben ser la fuente cualificada para hacer declaraciones acerca de los fenómenos de la criminalidad, así como el jurista al

⁵¹ FERNÁNDEZ VILLANUEVA, C.; REVILLA CASTRO, J. C. y DÁVILA DE LEÓN, M. C. “Morbo: discursos sobre contemplación y emisión de violencia en informativos”, en: *Athenae Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, 18(2), 2018. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53755753006>, pp. 13 y 14.

⁵² Véase SANZ, N. y TEJADA, C. La lectura en la era móvil. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2015. <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Mexico/lecturamovil.pdf>

⁵³ Véase HIRSCH ADLER, A. “Elementos teóricos y empíricos acerca de la identidad profesional en el ámbito universitario”, en: *Perfiles Educativos*. 35(140), 2013, pp. 63-81. <https://www.iisue.unam.mx/perfiles/download.php?clave=2013-140-63-81&tipo=pdf>

⁵⁴ Véase HIKAL, W.; PÉREZ TOLENTINO, J. A. y ROMERO MUÑOZ, R. *op. cit.*

⁵⁵ NAVASQUILLO LORDA, E. “Criminología pedagógica. Los nuevos retos de la educación superior en criminología”, en: *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 14, 2020. <https://drive.google.com/file/d/1tc3MJZqz7V9xi781yt3WjX5A5uVwe1bZ/view>, p. 133.

derecho, el médico a la medicina, el biólogo a la vida.⁵⁶ Se supone que estos profesionales tienen la formación e información apropiada para emitir opiniones sobre su área de conocimiento, empero, existen muchos fenómenos que quedan sin explicar dado su falta de generación de conocimiento propio, el criminólogo visto desde fuera (e incluso desde su interior), sería aquel profesional que reúne lo suficiente necesario para dar tales explicaciones, pero quedan pendientes las comprensiones al terrorismo, crimen organizado nacional y transnacional, violación sexual infantil, tráfico de personas, tráfico de órganos, maltrato animal, corrupción millonaria, guerras, regímenes gubernamentales represores, entre otros complejos problemas. “El problema es que la Criminología se está impartiendo como una ciencia social alejada de la realidad práctica de sus contenidos”.⁵⁷

Lo anterior, se complementa con la integración de otras aportaciones de otras áreas del saber, pero no está en el criminólogo, la base para dar entendimiento a los problemas mencionados con anterioridad, por lo que cabe cuestionar: ¿Para qué está preparado entonces un criminólogo? Si este no sabe explicar los problemas más graves de la ciudadanía global. Se esperaría que así como el médico es la máxima autoridad para tratar la medicina, el criminólogo sea aquella autoridad en términos de la criminalidad. Si bien, no se descarta la colaboración de otros campos del conocimiento en el ejercicio de otras profesiones, hay unas que poseen las bases, mientras que buscan cooperación para temas que tienen relación su área de inicio (por ejemplo, el derecho), pero requieren una valoración de otro profesional (por ejemplo, una evaluación psicológica familiar), pero el criminólogo luce deshabilitado en sus capacidades para entender los fenómenos, por lo que recurre a otras fuentes, quedándose este sin autoridad ante otros saberes.

“El artesano y el comerciante, el capitán y el médico, el jefe militar y el hombre de estado todos deben poseer el conocimiento adecuado para sus especialidades, a fin de poder actuar de acuerdo con las exigencias de la respectiva situación”.⁵⁸ Si se cuestionará a los directivos de las escuelas de criminología y criminalística, posiblemente atenderán a afirmar que sus estudiantes están formados integralmente y aptos para resolver los problemas sociales, pero tal vez no ocurre lo mismo, si un evaluador externo incursiona en el estudio de la infraestructura y desarrollo de los programas de estudio, tal vez tampoco si se pide opinión de un empleador. Aquel directivo atenderá a respuestas apegadas a modelos institucionales, más no del todo al de responsabilidad social universitaria.⁵⁹ Puntualiza Zaffaroni: “Entiendo que corresponde a la criminología una importantísima función en el futuro inmediato de América Latina, porque reúne el conocimiento —o debe reunirlo o procurarlo— que es indispensable para hacer descender los niveles de violencia del control social en la región”.⁶⁰

⁵⁶ WESTON, A. Las claves de la argumentación (3ª ed.), 2006, Avatar Books of Cambridge, p. 58.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 136.

⁵⁸ MARCUSE, H. Cultura y Sociedad. Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura, 1967, Buenos Aires: Biblioteca Libre. <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/acerca.del.caracter.afirmativo.de.la.cultura.pdf>, p. 3.

⁵⁹ CANTÚ MENDOZA, R., *op. cit.*

⁶⁰ ZAFFARONI, E.R., *op. cit.*, p. 70.

IX. REDEFINIR LA PLATAFORMA TEÓRICA PARA AMPLIAR LA PRAXIS E IDENTIDAD PROFESIONAL

La base de este tema es “redefinir la plataforma teórica para ampliar la praxis”, esta frase fue expresada por el director de investigaciones criminológicas del Colegio Libre de Estudios Universitarios, Juan Manuel Pérez Ángeles en el año 2015, postulando que la ampliación de las oportunidades laborales de un criminólogo-criminalista versan en la doctrina que exista en referencia al campo profesional, él proponía un ejercicio de vincular las facultades de las dependencias de gobierno de cualquier nivel (federal, estatal o local) donde tuviera cabida algo vinculatorio con este profesional, considerando los fenómenos de la violencia, delito, criminalidad, sociopatía, psicopatía, estadística criminal, seguridad pública, campos forenses, etcétera, e incluso con el desarrollo social como vía para la prevención social del delito.

Luego de este breve postulado, señalaba que se hiciera una analogía con el abogado a manera de comenzar el ejercicio propuesta; por ejemplo, tal vez es innegable que un abogado es requerido casi para todo tipo de actividad humana, por lo tanto, el derecho a permeado de tal grado las esferas de la vida, que su involucramiento es indispensable, ello ha generado un desarrollo transdisciplinar en el derecho, generando más campos de conocimiento especializado según las necesidades sociales, algunos derechos no cotidianos, para establecer dichas especialidades son: Derecho canónico, derecho aeronáutico, derecho marítimo, derecho espacial, derecho militar, derecho diplomático, entre otros. Y cabe cuestionar: ¿qué doctrina establece las bases en el ejercicio de un abogado? La misma ley es la que da fundamentación a su actuar profesional.

Lo anterior queda ejemplificado del siguiente modo: Las leyes orgánicas de determinadas instituciones, o los reglamentos internos, leyes institucionales, o perfiles laborales, indican que “debe” ser un licenciado en derecho el que se encargue de asuntos que impliquen el cuerpo de conocimientos aprendidos en su formación de primera carrera; verbigracia, el fiscal, procurador, delegado de ciertas áreas, juez, agente del ministerio público, entre otros puestos. Los documentos son explícitos al requerir un abogado para cierto puesto y funciones, no se encuentran excepciones a los anteriores, como: Antropólogo de licenciatura con maestría en derecho familiar, o criminólogo de licenciatura con maestría en derecho penal para ejercer el cargo de fiscal, es exclusivamente un licenciado en derecho de primera carrera. Otros ejemplos serían, los comisionados y visitantes de las comisiones de derechos humanos, “deben” ser según la ley: Licenciados en derecho, sin permitir variables.

¿Cómo se logró esto? Con doctrina, con el desarrollo de las funciones específicas de un abogado, ocupando el cargo especificado, se realiza un tejido de las capacidades del profesional con el perfil laboral. En el área de la psicología, para implementar pruebas, interpretarlas, dar terapia, técnicas psicológicas, entre otros quéhaceres profesionales, se establece que es el licenciado en psicología el idóneo para ello, pero no solo el perfil adecuado, sino el legalizado para hacerlo, aunque

no ha sido librada de charlatanes emergentes que a través de dar consejos se pretende asumir la capacidad de un psicólogo de profesión, o mediante técnicas alternativas que simulan hacerse pasar por psicólogos.

Lo mismo en el caso del médico, no ejerce la diagnosticación, medicación, terapia, exploración, aplicación de técnicas, interpretación otro profesional que no esté apto en formación y legalizado para ello, que de igual modo, existen charlatanes que simulan prácticas médicas. En los tres casos de las profesiones mencionadas (abogado, psicólogo y médico), antecede un desarrollo del cuerpo de conocimientos que le forma y respalda, lo que faculta con autoridad para esas funciones, así mismo, existen documentos legales que otorgan autoridad sobre asuntos muy específicos.

Por otro lado, hay profesiones que se cruzan entre sí, por ejemplo, la psicología con la sociología, o esta con la antropología, esta con el derecho, este con la medicina, o todas las anteriores con la criminología, pero en el imaginario social, se tiene ya una construcción de qué es y qué hace cada uno (hasta antes de la profesión de la criminología y criminalística), para este último caso, puede que se le confunda con médico durante el ejercicio forense, tal vez. Pero retomando lo indicado en el primer renglón de este párrafo, ocurre que el psicólogo de primera carrera puede estudiar criminología o criminalística de segunda carrera, y ejercer ambas profesiones, o igual con el abogado, sociólogo, u otros, pero no ocurre lo mismo al revés; es decir, el criminólogo o criminalística de primera carrera, que ulteriormente estudie alguna de aquellas otras áreas, podrá ejercer ambas ¿Por qué? Tampoco vemos al criminólogo dando cátedra de derecho penal, esto sería impensable para un abogado, o a un criminalista realizando autopsias, tampoco, escribiendo libros o artículos en materia de psicología criminal, o de arquitectura forense.

Existe la tradición en las ciencias y profesiones, así como cuerpos de profesionales que blindan a las carreras de las cuales vienen de origen, esto no ha ocurrido en la criminología y criminalística de primera carrera, se ha abierto tanto el ingreso a cualquier otro profesional, que no hay una identidad propia o autónoma, no se confunde al psicólogo con criminólogo, o al contador con el criminalista (aunque haya ocasiones en las que se crucen y den lugar a la contabilidad forense), no se confunde tampoco al veterinario con un criminalista (aunque sea mismo ejemplo que con el contador). Así pues, no hay dicha identidad y jurisdicción, entonces ¿Cómo atender esto? No se trata de emprender una guerra de los criminólogos y criminalistas vs. Los antropólogos, contadores, sociólogos, veterinarios, sino de construir una identidad basada en ética y generación de conocimientos de calidad.

X. PROPUESTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA IDENTIDAD Y JURISDICCIÓN PROFESIONAL

La propuesta consiste en que si un estudiante universitario o egresado desea contribuir en la construcción de una identidad y jurisdicción profesional para el

criminólogo y criminalista, puede aportar sus construcciones ¿De qué forma? Retomando aquel ejercicio propuesto por Pérez Ángeles en 2015, la idea central era generar salidas profesionales argüidas en redefinir la plataforma teórica del ejercicio profesional; es decir, si se revisan las funciones de un comisionado en derechos humanos, de un fiscal, de un agente del ministerio público, como se dijo anteriormente, está estrechada su formación académica con el campo laboral, del mismo modo, recordando, si se observan las dependencias de gobierno (solo sobre estas recaía el ejercicio, excluyendo las empresas), en su origen y funciones, están la serie de trabajos que a cada una se le asigna, de modo muy general, en sus nombres, engloba el completo actuar.

Pero no solamente concentrar los esfuerzos en vincular funciones con la formación universitaria, si por cada tesis desarrollada, emergiera por lo menos un-1 artículo que se proyectará a postularlo en alguna revista, lograríamos avanzar, teniendo el conocimiento a disposición del público, investigadores, nuevas generaciones de alumnos de cualquier nivel superior, y estos a su vez, generarán otros artículos, el conocimiento crecería, aquella propuesta trabajada en la tesis, o la revisión teórica, tendría creces si se divulga, de tal modo se generarían nuevas propuestas, intervenciones, técnicas, sistematizaciones. “Los criminólogos somos algo parecidos a los médicos del Siglo 18. Tenemos algunas ideas, estamos haciendo progresos, pero todavía tenemos que alcanzar el estatus de una ciencia madura basada en la evidencia”.⁶¹ Eskridge se expresa comparando a aquellos médicos con los criminólogos, señala que aquel tiempo, hicieron lo mejor con lo que tenían, en el caso actual, se puede hacer más con tantos recursos digitales que existen.⁶²

Navasquillo Lorda señala: “los campos de actuación de la criminología se han encasillado históricamente, haciendo referencia principalmente a áreas vinculadas con la victimología, la violencia del menor, la prevención del delito, etc., buscando su lugar poco a poco otras como la criminalidad vial, la elaboración de perfiles criminales o la investigación criminológica”.⁶³ Esa es la visión que este autor brinda desde España, no muy diferente a la de México. Entonces, si se analizan las facultades de cada dependencia, teniendo la visión más amplia a limitarlo a asuntos de seguridad pública, si se amplía a seguridad nacional, bienestar y desarrollo social, protección de las mujeres, niños, niñas, jóvenes, adultos mayores, mediación de conflictos, salud, desarrollo científico, ámbito internacional, derechos humanos, administración de justicia, etcétera, se pueden encontrar puntos de contacto estrechos con la criminología y criminalística.

De tal manera, si en las tesis de grado, o en la elaboración de artículos, se postula la vinculación del criminólogo y criminalista de primera carrera con determinadas funciones en el servicio público, se irá generando una doctrina que

⁶¹ ESKRIDGE, C. “Reflexiones sobre el estado actual de la Criminología: Una breve referencia”, en: Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, 10, 2018, pp. 102-108. <https://drive.google.com/file/d/1V4lcZvrjNrXqpxDdWrdwmcwePiKboZdw/view?usp=sharing>, p. 105.

⁶² Véase GARDUÑO VERA, R. (2009). “Contenido educativo en el aprendizaje virtual”, en: Investigación Bibliotecológica, 23(47), pp. 15-44. <http://www.scielo.org.mx/pdf/ib/v23n47/v23n47a2.pdf>

⁶³ NAVASQUILLO LORDA, E. *op. cit.*, p. 138.

permita construir las bases del actuar profesional, dar claridad qué más puede realizar este profesional, sacarlo de las áreas conservadoras y en las que se ha autoestancado por no explorar en otras, o donde no se le ha permitido involucrarse por aquella falta de identidad, que cierra las oportunidades. No es un ejercicio basado en argumentos de autoridad o falacias de afirmar por imposición o deducción atribuyendo que por haber criminalidad en todos lados y de manera creciente, entonces el criminólogo y criminalista es indispensable en todos lados, puesto que tal argumento no es suficiente ni específica qué puede hacer este profesional, sino argüir con un cuerpo de conocimientos y sobretodo acciones. Weston señala que “los estudiantes tienen la tarea de aprender a pensar por sí mismos, a formar sus propias opiniones de manera responsable”.⁶⁴ El generar conocimientos también permitirá blindar a la profesión, evitando ver casos donde un secretario de seguridad es un arquitecto, o un ingeniero, o donde el director de la escuela de criminología o criminalística es un contador, o el director de los servicios periciales sea un abogado con maestría en derecho penal, o con materia optativa de medicina forense en su licenciatura.

XI. CONCLUSIONES

Se presentaron reflexiones sobre los dilemas en la construcción de una identidad profesional del criminólogo y criminalista, mismas que pueden ser objetables según la óptica del lector. El objetivo principal ha sido autocuestionarse y reflexionar si hay una identidad y jurisdicción profesional clara, incluso si es posible construirla o reconstruirla en base a los principios éticos, por una parte, mientras que otra, es la propuesta a través de la generación de conocimiento por parte del mismo profesional de estas carreras, para contribuir al engrosamiento de sus conocimientos y alimentación a sus habilidades, para tener más salidas profesionales argumentadas en saberes útiles y aplicables, lo que contribuye a una mejor repercusión del impacto social de su ejercicio, que a la vez, prestigia más su identidad y autoridad profesional. Esta profesión en México, a nivel licenciatura tiene apenas 45 años de creación, si se compara con otras carreras como la medicina o el derecho que son milenarias, es claro que hay mucho por trabajar en el desarrollo de la criminología y criminalística, otra parte importante es su ramificación sistemática, que permita abordar más problemas sociales. La medicina se especializó, el derecho también, la psicología, la sociología, entre otras, lo que ha permitido crear profesionales de estas áreas con solidez, argumento, experiencia, capaces de argüir ante las situaciones que les requieren, este mismo último punto, demuestra la madurez e identidad, se sabe para qué y cuándo se requiere de un determinado profesional.

XII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOT MATUS, F. “En torno a la enseñanza de la criminología y las ciencias jurídicas en España: Una coyuntura y un desafío en el fondo y en la forma”. 9(5).

⁶⁴ WESTON, *op. cit.*, p. 14.

- 2007, en: Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho, pp. 13-54. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/09/en-torno-a-la-ensenanza-de-la-criminologia-y-las-ciencias-juridicas-en-espana.pdf.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE UNIVERSIDADES E INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR, Anuario Estadístico de Educación Superior, 2019. <http://www.anuies.mx/iinformacion-y-servicios/informacion-estadistica-de-educacion-superior/anuario-estadistico-de-educacion-superior>.
- ÁVALOS DAVIDSON, B. “Docencia profesional y su ejercicio. La profesión de la docencia”, en: Revista Calidad en la Educación. 15, 2001, pp. 1-18. <https://www.calidadenlaeducacion.cl/index.php/rce/article/view/441/439>.
- BARFFUSÓN, R. (2015). “La responsabilidad social de las universidades contemporáneas”, en Cantú Mendoza, R. (coord). La Responsabilidad Social de las Universidades Contemporáneas, Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Itaca, 2015 (pp. 115-142).
- BONILLA MARÍN, M. (coord.). Diagnóstico del Posgrado en México: Nacional, 2015, Consejo Mexicano de Estudios de Posgrado. https://www.posgrado.unam.mx/sitios_interes/documentos/comepo_regiones.pdf.
- BURGOS, Á. “La criminalística y su importancia en el campo forense”, en: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 2, 2010, 239-270. <http://www.redalyc.org/pdf/4419/441942914005.pdf>.
- CANTÚ MENDOZA, R. “Nuevos retos a la gestión de la educación superior en México”, en Cantú Mendoza, R. (coord). La Responsabilidad Social de las Universidades Contemporáneas, Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Itaca, 2015 (pp. 13-38).
- CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA. Resultados SNI, 2019. <https://www.conacyt.gob.mx/index.php/el-conacyt/convocatorias-y-resultados-conacyt/convocatorias-sistema-nacional-de-investigadores-sni/resultados-sni-1>.
- CONSEJO PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR. Glosario de términos, 2019. <https://www.copaes.org/glosario.php>.
- COLECTIVO ARCIÓN, “La participación del criminólogo-criminalista en los juicios orales”, en: Visión Criminológica-Criminalística, 2013, pp. 24-37. http://revista.cleu.edu.mx/new/descargas/1303/articulos/02_La_participacion_del_criminologo-criminalista_en_los_juicios_orales.pdf.
- COSAS DE CRIMINOLOGO & CRIMINALISTAS. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/cosasdecriminologosycriminalistasOficial/?ref=py_c.
- DAPENA, J.P. “Acerca del Doctor “en serio” y del Doctor “protocolar””, en: Revista UCEMA, 16, 2011, pp. 22-24. <https://ucema.edu.ar/6/posgrado/doctorado-en-finanzas/doctor-en-serio>.
- DIRECCIÓN DEL SISTEMA DE ESTUDIOS DE LICENCIATURA. Licenciado en Criminología. San Nicolás de los Garza: Universidad Autónoma de Nuevo León. <https://www.uanl.mx/oferta/licenciado-en-criminologia/>.

- EL FORENSE AGRIO. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/ElForenseAgrio/?__tn__=%2Cd%2CP-R&eid=ARDsXSgQQe7iljrEggIXFQ1uLbsNCQcIV3SrchEFOcol8TU0uZ59vvN63QWk0iPxB-39Ci6fYKBWt3nv.
- EL JOVEN CRIMINALISTA. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/criminalisticadecampo/>.
- EL PERITO INFIEL. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/CriminalistaInfiel/?__tn__=%2Cd%2CP-R&eid=ARByNQrg41jTjKoYJ4t3-Z9LiptVDDE2sfh0Iul6B7I-alzbrnxSbItU28GRYQYjQanRU1-nanYoAy6k.
- ESCOBAR MARULANDA, G. “La enseñanza en criminología. Algunas consideraciones”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, pp. 1-8. <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r2.pdf>.
- ESKRIDGE, C. “Reflexiones sobre el estado actual de la Criminología: Una breve referencia”, en: Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, 10, 2018, pp. 102-108. <https://drive.google.com/file/d/1V4IcZvrjNrXqpxDdWrDwmcwePiKbOZdw/view?usp=sharing>.
- FANS CLUB FORENSE TÓXICA. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/clubdefansft/>.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGÍA Y CRIMINALÍSTICA. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/CriminologiaCriminalistica/?ref=py_c.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, J.A. (2001). “Elementos que consolidan el concepto profesión. Notas para su reflexión”, en: REDIE. Revista Electrónica de Investigación Educativa, 3(2), 2001, pp. 23-39. <https://www.redalyc.org/pdf/155/15503202.pdf>.
- FERNÁNDEZ VILLANUEVA, C.; REVILLA CASTRO, J.C.; y DÁVILA DE LEÓN, M.C. “Morbo: discursos sobre contemplación y emisión de violencia en informativos”, en: Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social, 18(2), 2018, pp. 1-23. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=53755753006>.
- FORENSE TÓXICA. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/DATOSDECriminalisticayCriminologia/?__tn__=%2Cd%2CP-R&eid=ARB7FnDqklmqpa0KCeKT8IMtAkj2TQ4j-BeNNSVHssJBtEoaf7mFQ5bUZTwpkK_bFlk663uMB4ujzXPY4.
- GARDUÑO VERA, R. (2009). “Contenido educativo en el aprendizaje virtual”, en: Investigación Bibliotecológica, 23(47), pp. 15-44. <http://www.scielo.org.mx/pdf/ib/v23n47/v23n47a2.pdf>.
- GARCÍA AVILÉS, J.A. “La comunicación ante la convergencia digital: algunas fortalezas y debilidades”, en: Signo y Pensamiento, 54, 2009, pp. 102-113. <https://www.redalyc.org/pdf/860/86011409007.pdf>.
- GARCÍA GONZÁLEZ, A. “La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado”, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1(20), 2007. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3933/4972#N**

- GIMÉNEZ-SALINAS, E. Libro Blanco Sobre El Título De Grado En Criminología, 2009. <https://criminologiacys.files.wordpress.com/2017/08/libro-blanco-sobre-el-titulo-de-grado-en-criminologica.pdf>.
- HIKAL, W.; PÉREZ TOLENTINO, J.A. y ROMERO MUÑOZ, R. “Censo de Escuelas de Criminología, Criminalística, Victimología y afines en Materia Criminal en México”, 2019. <https://somecrimnl.es.tl/>.
- HIRSCH ADLER, A. “Elementos teóricos y empíricos acerca de la identidad profesional en el ámbito universitario”, en: Perfiles Educativos. 35(140), 2013, pp. 63-81. <https://www.iisue.unam.mx/perfiles/download.php?clave=2013-140-63-81&tipo=pdf>.
- LA LOCA POETA FORENSE. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/LocaForense/>.
- LEIJA, M.A. El Colegio de Criminología. UANL Relación Histórica y Vivencias. Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, 1999. <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020128633/1020128633.PDF>.
- LÓPEZ ZAVALA, R. “Ética profesional en la formación universitaria”, en: Perfiles Educativos. 35(142), 2013, pp. 15-24. <https://www.iisue.unam.mx/perfiles/articulo/2013-142-%C3%89tica-profesional-en-la-educacion-superior.pdf>.
- MARCUSE, H. Cultura y Sociedad. Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura, 1967, Buenos Aires: Biblioteca Libre. <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/acerca.del.caracter.afirmativo.de.la.cultura.pdf>.
- MARRA E ROSA, G.A.; RODRIGUES DOS SANTOS, B.; STEGEL M. y FREITAS, M.H. “Estetización del self en redes sociales: contradicciones humanas y producción subjetiva contemporánea”, en: Revista de Psicología, 34(2), 2016, pp. 313-336. <https://www.redalyc.org/pdf/3378/337846349005.pdf>.
- MEME FORENSE. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/Memeforense/?ref=py_c.
- MENDOZA ENRÍQUEZ, O.A. “Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento”, en: Revista IUS, 12(41), 2018, pp. 267-291. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v12n41/1870-2147-rius-12-41-267.pdf>.
- MOLINA ARRUBLA, C.M. “Evolución histórica de la criminología: Ensayo de criminología académica. Primera Parte”, en: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 80, 1988, pp. 123-165. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5509509>.
- MORRITA FORENSE. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/andylamorritaforense/>.
- NAVARRO FALLAS, R.A. “El ejercicio profesional y la responsabilidad penal, civil, administrativa y ético disciplinaria derivada de su ejercicio”, en: Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social, 14(1), 2006, pp. 11-12. <https://www.scielo.sa.cr/pdf/rcafss/v14n1/3774.pdf>.

- NAVASQUILLO LORDA, E. “Criminología pedagógica. Los nuevos retos de la educación superior en criminología”, en: Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, 14, 2020, pp. 133-144. <https://drive.google.com/file/d/1tc3MJZqz7V9xi781yt3WjX5A5uVwe1bZ/view>.
- ORDAZ HERNÁNDEZ, D. y FIGUEROA CASTELLANO, J. “Hacia una criminología contemporánea”, en: Vox Juris, 33(1), 2017, pp. 113-122. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6058758.pdf>.
- PÉREZ SALAZAR, G.; AGUILAR EDWARDS, A.; y GUILLERMO ARCHILLA, M.E. “El meme en internet. Usos sociales, reinterpretación y significados, a partir de Harlem Shake”, en: Argumentos, 27(75), 2014, pp. 79-100. <https://www.redalyc.org/service/r2020/downloadPdf/595/59533233004/6>.
- PERITO JOSEPH. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/peritoseph/>.
- PERITO REGIOMONTANO. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/peritoregiomontano/>.
- REYNOSO DÁVILA, R. Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor, 2004.
- RÍOS PATIO, G. “‘El criminólogo en la empresa’. A propósito del nuevo modelo de prevención criminal introducido por la Ley N° 30424 modificada por el Decreto Legislativo N° 1352”. Instituto de Investigación Jurídica, 2017, pp. 1-21. http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/handle/usmp/2675/rios_pg16;jsessionid=4FF0D8F0923D203A05420BCD5D88B620?sequence=1.
- SAAD SAAD, A. “El sensacionalismo o la ‘insurrección’ de las masas”, en: Razón y Palabra, 78, 2011, pp. 1-17. <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524192026.pdf>.
- SANTIAGO GÓMEZ, T. “Criminología: limitaciones y rutas a futuro”. En ORDAZ HERNÁNDEZ, D. y CUNJAMA LÓPEZ, E.D. (coords.). Criminología Reflexiva. Discusiones Acerca de la Criminalidad, 2011, pp. 21-44, Ubijus.
- SANZ, N. y TEJADA, C. La lectura en la era móvil. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2015. <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Mexico/lecturamovil.pdf>.
- SEBASTIANY, A.P.; CAMARA PIZZATO, M.; DIEHL, I.F.; y MISKINIS SALGADO, T.D. “Aprendiendo a investigar por medio de la ciencia forense e investigación criminal” en: Revista Eureka sobre Enseñanza y Divulgación de las Ciencias, 10(3), 2013. <https://www.redalyc.org/pdf/920/92028240013.pdf>.
- SCHMALLEGER, F. Criminology Today. An Integrative Introduction. Pearson Prentice Hall, 2006.
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA. Glosario. Términos utilizados en la Dirección General de Planeación y Programación. Ciudad de México: Dirección General de Planeación y Programación. Secretaría de Educación Pública, 2008. <http://cumplimiento.pef.sep.gob.mx/content/pdf/Glosario%202008%2024-jun-08.pdf>.

- SERRI, M. “Redes sociales y salud”, en: *Revista Chilena de Infectología*, 35(6), 2018, pp. 629-630. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rci/v35n6/0716-1018-rci-35-06-0629.pdf>.
- SILVA GARCÍA, G.; VIZCAÍNO SOLANO, A.; y RUÍZ-RICO RUÍZ, G. “El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas”, en: *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*, 1, 2018, pp. 11-31. <https://www.redalyc.org/jats-Repo/279/27957769014/html/index.html>.
- SOY CRIMINALÍSTA-CRIMINÓLOGO. Home [página de Facebook]. Facebook. <https://www.facebook.com/soycrimi/>.
- SRITA. CRIMINÓLOGA. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/Srta.Criminologa2h/?ref=py_c.
- UN CRIMINÓLOGO ENAMORADO. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/Un-Criminologo-Enamorado-719307071552542/?ref=py_c.
- VODKA'S FORENSIC. Home [página de Facebook]. Facebook. https://www.facebook.com/1vodkasforensics/?ref=py_c.
- WESTON, A. *Las claves de la argumentación* (3ª ed.), 2006, Avatar Books of Cambridge.
- ZAFFARONI, E.R. “La enseñanza universitaria de la criminología en América Latina”, en: *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 3, 1990, pp. 59-71. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2164896/08+-+La+ensenanza+universitaria+de+la+criminologia.pdf>.

**LA COMPETITIVIDAD EN AMÉRICA LATINA: UN
ANÁLISIS DESDE EL CICLO DE POLÍTICA PÚBLICA**
***COMPETITIVENESS IN LATIN AMERICA: AN ANALYSIS
FROM THE PUBLIC POLICY CYCLE***

MARÍA FERNANDA HIGUERA COTA
Universidad Autónoma de Baja California, México
higuera.maria@uabc.edu.mx

CHRISTIAN JESÚS AYALA RESÉNDIZ
Universidad Autónoma de Baja California, México
ayala.christian@uabc.edu.mx

RESUMEN:

Para la presente investigación se hizo un análisis de la competitividad de los cinco países mejor ubicados de acuerdo con el Índice Global de Innovación (IGI) e Índice de Competitividad Global (ICG), en materia de los ciclos de políticas públicas de dichas entidades. Para cumplir con lo anterior, el objetivo de esta investigación es hacer un análisis de la situación de América Latina, ante el reto de promover vía políticas y nuevos arreglos institucionales, con base en el ciclo de políticas públicas propuesto por Franco. A partir de los resultados encontrados en el análisis, se determinó que el éxito se halla en algunos niveles del Gobierno y sirven como guía para que los demás países en el territorio latinoamericano deben hacer para promover y garantizar el desarrollo sostenible.

Palabras clave:

América Latina, políticas públicas, crecimiento económico, plan nacional de desarrollo, competitividad, innovación.

ABSTRACT:

For the present investigation, an analysis of the competitiveness of the five best located countries was carried out in accordance with the Global Innovation Index (IGI) and the Global Competitiveness Index (ICG), with respect to the public policy cycles of these entities. To comply with the above, the objective of this research is to analyze the situation in Latin America, given the challenge of promoting through policies and new institutional arrangements, based on the public

policy cycle proposed by Franco. Based on the results found in the analysis, it was determined that success is at some levels of the Government and serves as a guide for other Latin American countries to do so to promote and guarantee sustainable development.

Keywords:

Latin America, public policies, economic growth, national development plan, competitiveness, innovation.

SUMARIO: *I. Nota introductoria. II. La competitividad en América Latina. III. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación consiste en el desglose e interpretación de cada uno de los componentes del ciclo de política pública, con información recopilada acerca de los bajos niveles de competitividad que presentan los países latinoamericanos. Para este análisis se hizo uso de la información de cinco países —Chile, Colombia, Costa Rica, México y Panamá (Tabla 1)— que conforman parte del territorio latinoamericano, durante los últimos periodos de gobierno.

Son estos cinco países los mejores posicionados dentro de los rankings de Índice Global de Innovación (IGI) e Índice de Competitividad Global (ICG), sirviendo como referente para el resto de los países de la región (anexo 1 y 2). El análisis permite comparar condiciones similares entre los Estados, por ello la elección de estos cinco países, lo que servirá como guía para los demás países del territorio latinoamericano, de lo que deben hacer para promover y garantizar el desarrollo sostenible.

Tabla 1. Gobiernos de los cinco países de Latinoamérica posicionados entre los primeros lugares en el IGI (2017) y el ICG (2016-2017)

País	Duración de gobierno	Tipo de Plan	Presidente actual	Período (s) de análisis	Presidente durante el periodo (s) de análisis
Chile	4 años	Programa de Gobierno	Sebastián Piñera Echevique (2018-2022)	2010-2014 y 2014-2018	Sebastián Piñera Echevique y Verónica Michelle Bachelet Jeria
Colombia	4 años	Plan Nacional de Desarrollo	Iván Duque Márquez (2018-2022)	2010-2014 y 2014-2018	Juan Manuel Santos Calderón (x2)
Costa Rica	4 años	Plan Nacional de Desarrollo	Carlos Alvarado Quesada (2018-2022)	2010-2014 y 2014-2018	Laura Chinchilla Miranda y Luis Guillermo Solís Rivera
México	6 años	Plan Nacional de Desarrollo	Andrés Manuel López Obrador (2018-2024)	2013-2018	Enrique Peña Nieto
Panamá	5 años	Plan Estratégico	Juan Carlos Varela (2014-2019)	2009-2014 y 2015-2019	Ricardo Martinelli y Juan Carlos Varela

Fuente: Elaboración propia con información del PDG, PND y PE.

Enseguida, una breve descripción de la situación de Latinoamérica a través del tiempo en cuanto a los modelos de desarrollo y la participación de esta en el comercio internacional, con la finalidad de entender cuál ha sido la dinámica en cuanto a competitividad en los últimos años.

II. LA COMPETITIVIDAD EN LATINOAMÉRICA

Durante las últimas décadas, los países latinoamericanos han implementado reformas estructurales¹ con el fin de mejorar la productividad, impulsar el crecimiento económico y crear empleo. Para cumplir con lo anterior, el modelo económico implica un profundo cambio que les permita a los países interesarse en la economía mundial. De ahí que surja el siguiente cuestionamiento, ¿Cuál es el rol del Estado en este marco?

A mediados del siglo XIX, Latinoamérica manejaba la lógica del bienestar, pero tras la gran depresión en 1929 el Estado tomó medidas que lo llevaron a involucrarse en los procesos económicos siguiendo las propuestas de Keynes, a través de instrumentos de política económica que promovían la inclusión de las clases obreras en la formulación de políticas estatales, lo que se tradujo en un crecimiento económico durante la época.

Sin embargo, a mediados de los sesenta el modelo de desarrollo en América Latina fue incapaz de mantenerse estable, y más aún con el estallido de la deuda externa de los ochenta (Stiglitz, 2003). En relación con el comercio internacional América Latina a finales de los ochenta experimentó una crisis económica sin precedentes. Pues de un crecimiento promedio de 5.6% en el PIB, y de 3% en el producto per cápita durante los años setenta, pasa en la década de los ochenta a tasas promedio de 1.4% y de -1.1% respectivamente según señala Estay en 1990.

Es justamente ahí, donde las ideas neoliberales comenzaron a tomar relevancia, materializándose a través de un decálogo impuesto a los países de la región latinoamericana por el Fondo Monetario Internacional (FMI) u el Banco Mundial, dicho decálogo pretendía subsanar los problemas financieros que había en esa época. No obstante, la instrumentación del modelo provocó un desgaste macroeconómico y social, lo que llevó a los gobiernos a ceder su parte del control a las empresas privadas para operar sin tantas restricciones. “La participación en las crecientes y cada vez más integradas corrientes internacionales de bienes y servicios, tecnología y capitales, aparece, así como un requisito para aprovechar las ventajas generadas por la eliminación de restricciones a la operación de los agentes económicos” (Mortimore y Pérez, 2001).

En cuanto al incremento del comercio internacional, la necesidad de adaptación a los retos actuales provocó la deslocalización de los procesos productivos —transnacionalización— ambas situaciones, efectos del proceso de globalización,

¹ Reformas estructurales en América Latina en cuanto a la apertura comercial y cambiaria entre mediados de los ochenta y comienzo de los noventa los países iniciaron programas de liberalización de sus regímenes comerciales, asimismo, entre 1990 y 2000 las reformas financieras en estos países tuvieron como principales objetivos otorgar mayor libertad de funcionamiento a los intermediarios financieros y reforzar los mecanismos de regulación prudencial y supervisión entre otras reformas.

que desde la postura de los apologistas repercute en el progreso de los países desarrollados. Mientras que, la postura de los globalifóbicos sostiene que dicho proceso repercute negativamente a los países en vías de desarrollo, debido a su crítica explícita frente al neoliberalismo.

La globalización² es resultado de la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en distintas dimensiones, pero hablando específicamente de la economía, las TIC's ven reflejadas en los cambios suscitados en procesos productivos, además de la reducción de costos de transporte. Esta situación generó un incremento en la comercialización y captó el interés en la Investigación y Desarrollo (I+D) de nuevos productos y servicios, esto con la finalidad de competir a escala mundial, lo que dio como resultado un aumento de las grandes firmas.

De modo que los gobiernos deben impulsar a las empresas locales y fortalecer a las grandes empresas nacionales para seguir en esa dinámica económica internacional, a través del fortalecimiento y alcance de mejores niveles de competitividad. “Pero ¿Qué es la competitividad?, en palabras sencillas la competitividad es el posicionamiento que logra un individuo, una empresa o un país frente a sus competidores. Aunque, es mucho más compleja que eso, pues para hablar de competitividad en la actualidad hay que comprender las múltiples implicaciones de la globalización, efectos que tiene no solo en el posicionamiento, sino en todas las dimensiones en las que este proceso está presente. Así pues, la competitividad es de acuerdo con Rojas y Sepúlveda (1999) “el objetivo global de la dimensión económica, cuya interacción con las dimensiones social, ambiental y político-institucional, conforman el proceso de desarrollo sostenible”.

Por ello la necesidad de analizar las políticas públicas encaminadas a fortalecer la competitividad, entendiendo como análisis de política pública al “conjunto de técnicas, conceptos y estrategias que provienen de distintas disciplinas, que intentan mejorar la calidad de esos procesos de transformación de recursos en impactos” (Tamayo, 1997). Pero ¿Qué busca el Gobierno con la transformación de recursos en impactos? Para comprender lo anterior es necesario conocer la razón de ser de las políticas públicas, que es resolver un problema colectivo. A su vez, Tamayo señala que para analizar una política pública es necesario abordar todo el proceso de esta.

El estudio de los impactos sirve para evaluar la hipótesis de intervención,³ donde las modificaciones de la conducta de los grupos-objetivo,⁴ interpretan las modificaciones como una acción necesaria —pero no suficiente— para alcanzar el objetivo de la política pública.

Para el análisis de una política pública es necesario regresar al origen, ¿Cuál es el problema colectivo en cuestión?, ¿Qué alternativas existen para resolver

² Entendida como el proceso de interconexión de los países que surge a través de la eliminación de las fronteras y con una tendencia hacia un mercado mundial único.

³ Hipótesis de intervención: establece como puede mitigarse o erradicarse el problema.

⁴ “Son las personas físicas o morales cuyo comportamiento es considerado la causa indirecta del problema colectivo” (KNOEPFEL, P. *et al.*, 2007).

dicho problema colectivo?, ¿Qué alternativas utiliza el Gobierno para mitigar o erradicar el problema? Y definir cuales indicadores permitirían evaluar los resultados obtenidos de la política pública.

A continuación, las consideraciones teóricas para el análisis de una política pública desde el ciclo de política pública.

1) Consideraciones teóricas

El objetivo de este capítulo es hacer un análisis de la situación de América Latina, ante el reto de promover vía políticas y nuevos arreglos institucionales, y alianzas con el sector privado “transformaciones productivas que introduzcan a la economía a alcanzar niveles más competitivos” (Rojas y Sepúlveda, 1999), con base en el ciclo de políticas públicas (tabla 4) propuesto por Franco (2013).

Tabla 4. Ciclo de vida de las Políticas Públicas

1. Gestión	2. Diseño	3. Implementación	4. Evaluación de impacto
• Surgimiento e identificación de problemas públicos	• Análisis del problema	• Decisión	• Evaluación de los efectos de la política pública
• Inclusión en la agenda del Gobierno	• Análisis de las soluciones	• Presupuestación	
	• Análisis de la factibilidad	• Legislación	
	• Recomendación de política pública	• Ejecución en agencias gubernamentales	
	• Plan de acción de política pública		
Posibilidad de evaluación en las etapas 2, 3 y 4	Evaluación ex ante	Evaluación concomitante	Evaluación expost

Fuente: Elaboración propia con información de Franco (2003).

En lo que respecta a las etapas del ciclo de política pública, la primera de acuerdo con Becker (1995), debe mostrar carencias objetivas en la sociedad para ser reconocida como tal, y para ello los actores con poder⁵ deben calificar dicha situación como problema público. Mientras que el diseño tiene que ver con la formulación de propuestas, donde los analistas acuden a marcos conceptuales que explican las causas del problema, así como las conexiones con otros fenómenos tal como lo señala Olavarría (2007). Por otro lado, la implementación es la materialización de los objetivos meta, “trascender el papel en acciones” (Mejía, 2008) *outcomes*, son entendidos como los efectos de las acciones llevadas a cabo mediante la actividad estatal.

⁵ Los encargados de posicionar los temas en la agenda.

Las políticas públicas representan para la sociedad los anhelos que estas persiguen. En ellas expresan objetivos que provienen de construcciones sociales, mismas que permiten un mayor entendimiento de hacia dónde dirigirse con el único objetivo de alcanzar el desarrollo y aclarar cómo lograrlo. A continuación, un análisis de la política pública llevada a cabo por Chile, Colombia, Costa Rica, México y Panamá en representación de Latinoamérica en materia de competitividad, con base en la propuesta de Franco (2013).

A) **Etapa 1. Gestión o identificación y definición del problema**, para abordar esta etapa Franco propone analizar el surgimiento e identificación del problema, así como la inclusión en la agenda de Gobierno.

• **Chile**

La competitividad es un elemento decisivo para el desarrollo económico del país, así lo dejan ver ambos presidentes —Sebastián Piñera y Michelle Bachelet— en los dos Programas de Gobierno analizados, el del 2010-2014 y el de 2014-2018 respectivamente.

En el Programa de Gobierno de Sebastián Piñera, la competitividad representa fortalezas en el sector financiero, en la generación de innovación y emprendimiento, en la modernización de la infraestructura en los distintos tipos de medios de transporte, también en el aprovechamiento de energía, así como en las políticas orientadas a la agricultura, pesca y sector forestal. La preocupación nace de un análisis de un informe mundial en materia de emprendimiento realizado por el *Doing Business* 2010, en el cual señala que Chile no ha hecho reformas que feliciten la competitividad de sus empresas.

En relación con el Programa de Gobierno 2014-2018 a cargo de Bachelet aborda directamente el fenómeno de la competitividad y diversidad productiva, poniendo especial interés en el diagnóstico de la reforma tributaria, “Chile tiene una carga tributaria, por debajo del promedio de los países integrados a la OECD” (Bachelet, 2014).

• **Colombia**

En el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014, Juan Manuel Santos Calderón, pone de manifiesto la existencia de tres ejes fundamentales para garantizar el crecimiento potencial del país, de los cuales el segundo —“la política de competitividad y mejoramiento de la productividad”— aborda explícitamente la competitividad definiéndola de la siguiente manera: “Un país competitivo es un país con empresas productivas y pujantes que generan riqueza y empleo de calidad. Es un país con condiciones económicas y sociales favorables al crecimiento sistemático y sostenido de la productividad de los sectores económicos. Es decir, un país con un entorno propicio para ingresar en una senda de crecimiento económico alto por un periodo de tiempo prolongado”. La indiscutible preocupación por aumentar los niveles de competitividad plasmada en el PDN 2010-2014, nace del

rezago en términos de productividad en el que se encuentra el país en varios sectores económicos.

A diferencia del PND 2000-2014 el PND 2010-2015 posee cinco estrategias transversales que aportan a los tres pilares de la paz, la equidad y la educación, de las cuales la primera es la que concierne a esta investigación. La competitividad e infraestructura son consideradas necesarias para el fomento y crecimiento económico, así como para el desarrollo humano, “entendida no solo como un concepto asociado con el comercio de bienes y servicios, sino también con avances sociales y económicos” (Santos, 2014). Es por ello por lo que la competitividad es considerada como un eje fundamental para la construcción de una Colombia más equitativa, en paz y mejor educada.

• *Costa Rica*

La agenda de trabajo de María Teresa Obregón Zamora enmarca cuatro grandes ejes: bienestar social, seguridad ciudadana y paz social, ambiente y ordenamiento territorial y competitividad e innovación, de las cuales el cuarto es analizado para efectos de esta investigación. En el capítulo 7 Competitividad e Infraestructura, en el apartado 7.1 llamado “el punto de partida de los desafíos”, Obregón muestra un breve análisis de la situación de Costa Rica en cuanto a competitividad e innovación, partiendo de la idea de que el país en los últimos 50 años no ha podido estabilizar sus tasas de crecimiento con ayuda de la información proveniente del Índice de Competitividad Global del Foro Económico Mundial, donde Costa Rica se ubica por debajo del promedio de los 133 países analizados para ese año.

El PND 2015-2018 de Alberto Cañas Escalante, busca impactar en la competitividad, impulsando el crecimiento económico, los encadenamientos productivos, el fortalecimiento de un mercado laboral de calidad, la diversificación de las fuerzas de riqueza a nivel nacional y territorial. El apartado de “El estado de situación y las condiciones para el bienestar de las personas”, contiene información acerca de los ingresos y gastos, destacando que regiones muestran las mayores brechas en el gasto —Brunca, Huetar Norte y Huetar Caribe—, así como datos acerca de las condiciones de pobreza, donde el 22.4% de la población total del país presenta dicha situación.

• *México*

Enrique Peña Nieto en su PND 2013-2018, destaca la importancia del crecimiento económico para construir a México Próspero. También ubica el desarrollo de la infraestructura como pieza clave para incrementar la competitividad de la nación entera. En cuanto al diagnóstico en el PND, está basado en datos procedentes de la OMC, el ICG del WEF, entre otros. “A falta de capital humano más desarrollado, históricamente nuestra competitividad ha estado basada en proveer una mano de obra de costo accesible” (Peña, 203).

En cuanto al ICG del Foro Económico Mundial, el PND describe diversos retos que deben ser superados para mejorar la productividad, especialmente en materia de competencia. Entre esos retos destacan, la baja efectividad de la política

antimonopolios, rubro en el que México se ubica en la posición 115 del ranking de 144 economías analizadas. En este sentido, como parte de la Reforma de Telecomunicaciones, la Comisión Federal de Competencia posee mayor autonomía para que pueda funcionar con mayor eficacia.

• *Panamá*

Para Ricardo Martinelli, la competitividad es una parte medular para el desarrollo del país, lo anterior está plasmado dentro del tercer objetivo, garantizar una distribución sencilla y justa de la carga fiscal, y al mismo tiempo mantener una competitividad sectorial. Es necesario destacar que el plan es desarrollado de forma sectorial, haciendo énfasis en la gestión inmediata de las crisis financieras, debido a la creciente importancia que han tomado éstas en las últimas décadas.

Para un mayor entendimiento de lo que representa la competitividad sectorial en Panamá, es necesario definirla desde la perspectiva del PND, “se enfocan en sectores transables globalmente y con dinámicas más rápidas, en los que la dinámica mundial del sector y la competencia a nivel de empresas son los factores claves que impulsan el desempeño en general” (PND, 2010-2015). Conviene subrayar que el PND exhorta a adoptar un planteamiento sectorial que permita a los responsables diseñar y centrarse en las palancas de la competitividad al responder cuestionamientos como: 1) ¿Qué factores explican las diferencias de competitividad entre los sectores? 2) ¿Cómo difieren los sectores en los factores claves que afectan la competitividad relativa entre países? Y 3) ¿Qué instrumentos de política están disponibles y qué inversiones pueden efectuar los gobiernos para mejorar la competitividad de los diferentes sectores?

Al igual que durante el Gobierno de Martinelli, la competitividad en el PND de Varela es significativa, desde el momento en que describe la situación del país durante la transición de un mandato a otro, contextualizando el crecimiento, equidad, inclusión, sostenibilidad ambiental y las fortalezas y debilidades en materia de competitividad en el país.

La información que manejan para evaluar al país es actualizada y de carácter internacional, trata datos rescatados del Índice Global de Competitividad aplicado a 144 países a nivel mundial (en el informe corresponde a 2014-15). De todos los PND el de Panamá es el único que cuenta con un análisis FODA,⁶ como resultado de dicho análisis nace la estrategia económica y social 2015-2019, donde propone concretar esta visión en resultados tangibles mediante el impulso de acciones orientadas a mejorar la competitividad y favorecer la inclusión social, en el marco de un modelo de desarrollo sostenible.

- B) Etapa 2. Diseño o formulación y adopción de las alternativas**, en esta etapa Franco toma en cuenta aspectos como el análisis del problema, soluciones y factibilidad, a su vez que tipo de recomendación de política pública se propusieron y por último cual es el plan de acción de política pública que el gobierno llevara a cabo.

⁶ Herramienta que permite conocer los contextos internos y externos del país.

• *Chile*

En cuanto al diseño e implementación de alternativas de política pública en materia de competitividad el Programa de Gobierno 2010-2014 de Chile propone crear 100 mil nuevos emprendimientos y aumentar la tasa neta de creación de empresas mayor al 3% anual al final del próximo período de gobierno, así como la creación de una Oficina Nacional de innovación y Emprendimiento. Asimismo, propone reducir de 27 al 12 el número de días y de 9 a 3 los trámites necesarios para crear una empresa. Por otro lado, a raíz del diagnóstico realizado en cuanto a la infraestructura, donde muestra que Chile cuenta con un déficit de pavimentación urbana que alcanza 4.600 Km, surge la política de concesiones portuarias, que busca impulsar el transporte marítimo. También propuso la modernización del INDAD para ofrecer un nuevo trato a las PyMES, y la creación del Fondo Sanitario de Contingencia.

Por otro lado, Michelle Bechelet enfoca el Programa de Gobierno en una reforma tributaria, que consiste en la capitalización de CODELCO, y el lanzamiento de una Ley sobre Responsabilidad Fiscal, así como la creación de una Comisión Asesora Presidencial y la creación de Consejos Regionales de Innovación y Competitividad.

• *Colombia*

En Colombia las metas esperadas para el PND (2010-2014) en materia de competitividad son las siguientes:

- 1) Nuevos beneficios de formación doctoral, PyMES beneficiadas por el incentivo tributario a la inversión en ciencia, tecnología e innovación y planes de mediano y largo plazo de las áreas estratégicas.
- 2) Nuevas redes de ángeles inversionistas conformadas y nuevas empresas motivadas por oportunidad creadas por el Fondo Emprender.
- 3) Contratos de acceso a recursos genéticos. Grupos de investigación reconocidos por Colciencias con patentes, modelos de utilidad u obtenciones vegetales otorgadas y porcentaje del PIB de regalías y tarifas de licencia recibidos (balanza de pagos).

Para el logro de las estrategias dirigidas al mejoramiento de la competitividad e infraestructura estratégica, el PND (2014-2018) planea los siguientes cinco objetivos:

- 1) Incrementar la productividad de las empresas colombianas a partir de la sofisticación y diversificación del aparato productivo.
- 2) Contribuir al desarrollo productivo y la solución de los desafíos sociales del país a través de la ciencia, tecnología e innovación.
- 3) Promover las TIC'S como plataforma para la equidad, la educación y la competitividad.
- 4) Proveer la infraestructura y servicios de logística y transporte para la integración territorial.
- 5) Consolidar el desarrollo minero-energético para la equidad regional.

• *Costa Rica*

El Programa Nacional de Desarrollo (2016-2018) de Alberto Cañas Escalante, está estructurado en tres pilares, el primero busca impulsar el crecimiento económico y generar empleo de calidad, el segundo combatir la pobreza y reducir las desigualdades y el tercero trata de consolidar un gobierno abierto, transparente y eficiente ante una lucha contra la corrupción. La siguiente meta nacional está enfocada en alcanzar mayores niveles de competitividad, de ella nacen una serie de objetivos enfocados a la misma iniciativa.

- Generar mayor crecimiento económico caracterizado por más y mejores empleos.

• *México*

En México, en el objetivo 4.4 “Impulsar y orientar un crecimiento verde incluyente y facilitador que preserve nuestro patrimonio natural al mismo tiempo que genere riqueza, competitividad y empleo”, es uno de los espacios donde el PND describe explícitamente como pretende alcanzar mejores niveles de competitividad a nivel nacional.

El otro espacio donde el PND retoma la competitividad es en la estrategia 4.8.2 que es promover niveles de inversión y desarrollo y competitividad en el sector minero. A su vez, dentro de la estrategia 4.11.2 que es impulsar la innovación de la oferta y elevar la competitividad turística toca puntos clave para mejorar la competitividad nacional en México, por último, en la estrategia 5.1.1 que consiste en consolidar la relación con EE.UU. y Canadá a partir de una inversión integral y de largo plazo que promueva la competitividad y la convergencia en la región, sobre la base de las complementariedades existentes, también hace énfasis en la importancia de la competitividad para el desarrollo del país.

• *Panamá*

Por último, en el Plan Estratégico de Gobierno de Panamá, para los periodos de 2011-2014 y de 2015-2019 abordan las necesidades en cuanto a competitividad de formas muy distintas, pues durante éste primer periodo Martinolli no especifica qué tipo de planes o programas implementara, sin embargo, en el PEG, a través de los diagnósticos da a conocer las necesidades explícitamente. Por otro lado, en el PEG de Varela, en el punto 5.5 se da a conocer la falta de infraestructura y servicios para la competitividad y desarrollo social, a su vez en el punto 5.5.2, persigue el desarrollo de sistemas infraestructurales y servicios altamente eficientes que permitan mejorar la competitividad del país y la productividad de los sectores claves.

- C) **Etapa 3. Implementación de las alternativas**, al igual que en el apartado de consideraciones teóricas la implementación es la posibilidad de trascender el papel en acciones, abordando lo anterior con base en una revisión de la rendición de cuentas de cada presidente en cada uno de los periodos de gobierno para los países señalados.

• *Chile*

En 2011 el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo anunció la creación de la Oficina de Competitividad, así como el aumento de los recursos para el Fondo Nacional de Desarrollo Regional que aumentaron el presupuesto hasta 867 mil millones de pesos. En julio de 2011 el Gobierno puso en marcha el Fondo de Inversión y Reconversión Regional, lo anterior de acuerdo con el Informe de avance de la Agenda de Modernización del Estado de 2012.

Para el año 2013, Chile publicó un informe de avance de los siete ejes prioritarios del gobierno de la reconstrucción, impulsando un paquete de reformas que busca promover las trabas burocráticas y regulatorias para incentivar el emprendimiento, la innovación, la libre competencia e impulsar la productividad de la economía. Entre los avances obtenidos durante el periodo 2014-2018 destacan: la formulación de un Modelo de Gestión de innovación, el diseño e instalación de un Comité de Seguridad de la Información (CSI), una plataforma colaborativa de networking denominada “Programa de Trabajo”.

• *Colombia*

Durante 2011 el Gobierno colombiano ha venido impulsando el desarrollo de capacidades de acuerdo con lo descrito en el Informe al Congreso de Juan Manuel Santos para el año 2012, otorgando más de 5,029 becas a través del Colciencias, de éstas 1,277 son becas doctorales para estudios en Colombia y en el exterior, 1,801 son becas-créditos para maestrías en el exterior en conjunto con Colfuturo, y 1,951 son becas-pasantías para jóvenes investigadores e innovadores que se vinculen a proyectos de universidades, centros de investigación y empresas. Así mismo, el Gobierno Nacional destinó 1,07 billones de pesos que fueron destinados a microempresas y \$2,12 billones a PyMES.

En el mismo año, respecto al fomento de fuentes alternativas de financiación para las nuevas empresas, el Gobierno creó seis vehículos de financiación en etapa temprana en cinco regiones del país (Atlántica, Bogotá, Caldas, Santander, Tolima), uno de los cuales es un Fondo de Capital Privado y cinco son Redes de Ángeles Inversionistas. A su vez, por medio del Fondo Emprender a febrero de 2012 han sido creadas 1,658 empresas de oportunidad.

Para el año 2013 el Informe al Congreso, dio a conocer la modernización de 7,497 PyMES, especialmente en operaciones a mediano y largo plazo. En comparación con el año anterior, pasaron de tener cinco Redes de Ángeles Inversionistas a tener 11 nuevos vehículos de financiamiento para etapas tempranas. La inversión extranjera directa, durante este periodo alcanzó un monto de \$3,706 millones de dólares, dirigiéndose principalmente al sector minero-energético⁷. Finalmente, los programas de fomento a la innovación de Colciencias han apoyado, cerca de 700 proyectos con una inversión superior a los \$124,000 millones en los sectores de electrónica y telecomunicaciones, emprendimientos de base tecnológica, desarrollo industrial y calidad, gestión de la innovación, agropecuario, y energía y minería.

⁷ Incluye los secos de petróleo, minas y canteras y electricidad, gas y agua.

En el año 2014 el Informe al Congreso siguió dando resultados alentadores en materia de competitividad, pues promovió la formación doctoral en el exterior para los docentes de educación superior mediante créditos condonables, pasando de 13.5% en 2010 a 16.8%. Por otro lado, este lado no fue la excepción en cuanto a la modernización de las PyMES, destinando alrededor de \$40,000 mil millones para instrumentos de apoyo financiero a empresas con potencial de crecimiento rápido, rentable y sostenido. Además, es importante resaltar que a través del Fondo Emprender, el SENA ha creado 1,352 empresas provenientes de aprendices y estudiantes universitarios, de las 2,681 empresas establecidas como meta para el cuatrienio. También es importante mencionar que Colciencias para este año invirtió \$20,000 millones en proyectos específicos de I+D.

Para el periodo 2015-2018 las prioridades cambiaron ligeramente, y los objetivos y metas fueron menos específicos, tal como señala el Informe al Congreso para el año 2015 en materia de sofisticación y diversificación empresarial el Gobierno apoyó 995 proyectos de investigación, adicionalmente financiaron nuevos modelos de negocios basados en conocimiento científico o tecnología, y benefició a 1,416 empresas con instrumentos de innovación. Además, creó la Unidad de Desarrollo e Innovación, así como el Fondo de Modernización e Innovación para las MiPyME.

En cuanto a TIC's, las conexiones de banda ancha alcanzaron 10,1 millones de marzo de 2015 quedando en espera 27 millones a diciembre de 2018, durante el periodo 2014-2018 instalarán 1,000 zonas Wi-Fi públicas. Santos espera llegar a 7,621 Kioskos Vive Digital. En cuanto a infraestructura de transporte, se destaca el incremento de los recursos destinados para tal fin pasando de \$3,8 billones en 2010 a \$7,4 billones en 2014. Además de una inversión de \$24 billones en infraestructura vial y \$4,77 billones en infraestructura férrea, portuaria y aeroportuaria. En relación con el sector minero-energético, destaca el aumento en la producción diaria de petróleo crudo, que, al cierre de 2014, fue de más de un millón de barriles, mientras que la producción de gas natural fue superior a 1,000 millones de pies cúbicos al finalizar el mismo año.

Para el año 2016, el Informe al Congreso de Juan Manuel Santos mostró datos positivos en cuanto a los objetivos y metas dispuestas en la segunda etapa del ciclo de política pública, del objetivo de sofisticación y diversificación del aparato productivo, el 4% del PIB en 2015 fue impulsado por la industria, en este mismo año alrededor de 304 empresas implementaron un programa de escalamiento de la productividad, logrando un aumento del más de 15% de esta. En cuanto al desarrollo productivo, 1,251 empresas fueron apoyadas en procesos de innovación a través de Alianzas Regionales por la Innovación y la Estrategia de Fortalecimiento de la Industria de Tecnologías de Información.

Durante este año el país aumentó el número de conexiones a internet de banda ancha de 3,5 millones, llegando a un acumulado de 13,2 millones. En este mismo año Santos aprobó 26 proyectos en infraestructura, donde intervendrán 4,797 kilómetros de vías en todo el país. Ante la necesidad de lograr una infraestructura competitiva han invertido más de \$3 billones en 1,036, logrando ejecutar en 2016 la construcción de 312 kilómetros de placa de huella.

Para el 2017 el Informe al Congreso en Colombia representa los esfuerzos realizados durante los últimos ocho años, para este año 480 empresas implantaron el programa de escalamiento que aumenta su productividad un 15%, adicionalmente, Santos publicó el Documento CONPES 3866, en el que estableció la Política de Desarrollo Productivo, lo que llevo a una inversión de \$5,8 billones en Actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación, que corresponde al 0,7% del PIB. A su vez, el Gobierno entregó 415 espacios culturales nuevos, renovados y fortalecidos, el porcentaje de hogares conectados a internet pasó de 28% en 2010 a 46% en 2017.

• *Costa Rica*

En Costa Rica en la formación de capital humano, el Gobierno capitalizó la formación de 4,932 mujeres al 2013, del cual 2,078 mujeres participaron en procesos de atención y formación humana en 2013, lo anterior de acuerdo con el Informe Anua de Cumplimiento de Metas 2013.

Para el año 2015 Cañas publicó el Informe Anual de Seguimiento y Cumplimiento de Metas, donde pone de manifiesto las metas alcanzadas, en cuanto al mayor crecimiento económico del PIB real en 2015, de un 4,0% propuesto alcanzó un 2,8%, en la generación de más y mejores empleos de calidad de un total de 52,195 alcanzó un 20,978.

• *México*

En México el Gobierno Federal al impulsar el crecimiento y la competitividad de nuestro país atrae inversiones productivas y generadores de empleo en beneficio de los sectores más pobres, durante los primeros meses de administración, se fortalecieron procedimientos encaminados a lograr una mejor planeación de infraestructura, en materia de inversión, sustentabilidad y desarrollo de capacidades destinando 3,755 millones de pesos.

En 2014 en el Informe de Gobierno, plantea la realización en coordinación con la Organización Internacional del Trabajo, la empresa Empleos Verdes y la Secretaría del Trabajo y Previsión social, el taller de “Estrategias para el desarrollo sostenible y creación de empleos verdes y decentes en México”. Durante 2014 se otorgaron subsidios en el marco de este programa 2,847 millones de pesos se beneficiaron 383 personas.

En cuanto a la promoción de mayores niveles de inversión y competitividad en el sector minero México para el periodo 2013-2014, registró una inversión en el sector mino-metalúrgico de 6,175.5 millones de dólares, de la inversión total el 38.7% fue para el desarrollo de nuevos proyectos. Durante 2014-2015 se puso en marcha el Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018 de acuerdo con el Informe de Gobierno de ese periodo, ese programa establece medidas de corto y mediano plazo necesarias para controlar los gases de efecto invernadero y los contaminantes climáticos de vida corta. Así mismo, se concretó el Programa Especial para el Aprovechamiento de Energías Renovables.

Para el 4° Informe de Gobierno, el Gobierno de la República avanzó en la alineación y coordinación de programas federales, así como en la inducción a los

estatales y municipales para facilitar un crecimiento verde incluyente con un enfoque transversal. El Gobierno gestionó 54 proyectos, que suman una inversión superior a 600 millones de pesos, del Programa de Fortalecimiento Ambiental de las Entidades Federativas. En relación con el 5° Informe de Gobierno, en cuanto al objetivo 4.4 Impulsar y orientar un crecimiento verde incluyente y facilitador que preserve nuestro patrimonio natural al mismo tiempo que genere riqueza, competitividad y empleo, México impulsó a la actividad económica sustentable con los recursos naturales, fortaleció la legislación y los mecanismos de seguimiento en el cumplimiento de la normatividad ambiental.

En el 6° Informe de Gobierno de Peña Nieto, siguiendo con el objetivo 4.4 mencionado anteriormente, el Gobierno capacitó a 625 personas, entre ellos 400 funcionarios de las Delegaciones Federales de las secretarías de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación. Durante el 2017 el número de empleos verdes fue de 874,372 personas ocupadas.

• **Panamá**

En Panamá para el año 2012 en el Informe Anual, no existen resultados en cuanto a competitividad, como era de esperarse puesto a que desde la identificación y diseño de alternativas esta no es considerada como un elemento clave para el desarrollo del país, en todo el documento tan solo se menciona la competitividad una sola vez y como un valor corporativo, para el Informe Anual 2013 la competitividad toma un papel importante en el desarrollo del país, y es tomada nuevamente como un valor corporativo, partiendo de los flujos de comercio y en particular las exportaciones para la consolidación del crecimiento, sin embargo, la relevancia aún no es suficiente como para establecer objetivos.

En 2014 para el Gobierno de Panamá la competitividad sigue siendo parte de los valores corporativos, pero a su vez destina un capítulo a ésta como una apuesta al futuro, donde destaca un volumen de 21 millones de metros cúbicos excavados, así como la construcción de 2.3 kilómetros de longitud y tres metros de profundidad al muro de pantalla de concreto que corre por debajo y a lo largo de la línea central de la presa. Para mejorar el suministro de agua Panamá aumentó el nivel máximo operativo del lago Gatún en 45 centímetros.

Durante el año 2015 y 2016 el Informe no posee ningún plan o programa específico para competitividad, pero hace mención de ésta como uno de los valores corporativos, lo que se traduce como un elemento clave en cada uno de los planes y programas que forman parte del Plan Estratégico, sin embargo en el Plan de 2016, en cuanto a mercado y competitividad, el Canal de Panamá registró un tonelaje de 330.4 millones de toneladas netas CP/SUAB, mientras que el segmento de portacontenedores reportó un total de 2,977 tránsitos y B/.948 millones en ingresos por peajes.

D) Etapa 4. Evaluación de los resultados o efectos de la política pública, está formada por *outcomes*, como ya se señaló anteriormente de acuerdo con Subirats (2008), son los efectos de las acciones llevadas a

cabo mediante la actividad estatal. Para el análisis de los *outcomes* se utilizaron las tablas 4, 5, 6, 7 y 8 encontradas en los anexos 3, 4, 5, 6 y 7, cada una corresponde a un país analizado a lo largo de esta investigación, encontrando un seguimiento de los programas y planes propuestos por país, así como los logros obtenidos y el presupuesto gastado en cada uno de ellos.

Encontrando que todos los países integran un análisis previo para definir las necesidades en materia de competitividad, además de que definen de una u otra manera el concepto de competitividad. De los cinco análisis el más completo es el de Panamá al incorporar un FODA y basarse en el ICG, seguido del diagnóstico y definición utilizados por Colombia. En cuanto a las propuestas o alternativas, Chile y Colombia están a la cabeza con alrededor de 8 alternativas de solución, seguidos por México con cinco alternativas, lo apremiante aquí no es cuántas alternativas propusieron al comenzar el periodo de análisis, sino cuántas implementaron y qué tan exitosa fue dicha implementación.

Chile basa su Programa de Gobierno en los lineamientos dispuestos por la OECD para Latinoamérica en cuanto a competitividad además de apoyarse en el Doing Business para un breve análisis de la situación actual en ese momento, en cuanto a los Balances de Gestión es interesante observar que plantean alrededor de ocho alternativas para mejorar la competitividad del país, sin embargo a la hora de dar los resultados solo uno es explícitamente mencionado en los Balances, la “Creación de la oficina de Competitividad”, del resto de alternativas no hay presupuestos ni evidencias de haber avanzado en ellos, lo que entorpece la transparencia y la evaluación de la política. Colombia en este rubro representa un modelo a seguir para el resto de los países, a pesar de que no se alcanzaron todas las metas dispuestas, hay vestigios de que se llevaron a cabo proyectos para alcanzarlas y siguen en marcha, además en sus Informes al Congreso muestra el presupuesto utilizado, traducido como mayor transparencia.

En cuanto a la implementación de las alternativas, México puso en marcha tres cinco propuestas para cumplir el objetivo de Impulsar y orientar un crecimiento verde, además de otros dos proyectos relevantes en materia de competitividad no mencionados con anterioridad, de los tres programas aplicados solo se conoce el presupuesto utilizado en dos de ellos, lo que pone de manifiesto una falta de transparencia en ese rubro. Panamá planteó tres alternativas, poniendo en marcha todas ellas, sin embargo, se desconoce la cantidad destinada a dichos proyectos, así como el avance en éstos.

CONCLUSIONES

El análisis del ciclo de política pública dio un giro inesperado, pues con base en los resultados provenientes de ICG para el año 2017, era de esperarse que Chile y Panamá al estar mejor posicionados que el resto de los países contaran con una mejor estructura a lo largo del análisis. Sin embargo, en la Identificación

y Diseño de política pública, los PND de Colombia y México fueron los que mostraron objetivamente las carencias de la sociedad en materia de competitividad, cumpliendo así con lo propuesto por Becker (1995) pues integran distintas fuentes para el diagnóstico y definen qué se requiere para avanzar en competitividad, y qué entiende el Gobierno por competitividad.

En cuanto a la implementación que es “trascender el papel en acciones” (Mejía, 2012), Colombia, México y Panamá implementaron el mayor número de propuestas mencionadas con anterioridad en los PND (Anexo 4, Anexo 6 y Anexo 7). Por último, en cuanto a la evaluación los cinco países presentan avances en cuanto a los objetivos dispuestos, pero, lo interesante aquí es que no todos manejan datos duros para cotejar el alcance de la política implementada, nuevamente Colombia y México presentan una mayor estructura a la hora de dar a conocer los efectos de las acciones llevadas a cabo mediante la actividad estatal, cumpliendo así con lo propuesto por Subirats (2008) al definir *outcomes*.

Para concluir, los países latinoamericanos presentan bajos niveles de competitividad en relación con el resto del mundo. A partir de los resultados encontrados en el análisis del ciclo de política pública, se infiere que el éxito en materia de competitividad de Chile y Panamá no viene precisamente de las gestiones realizadas a nivel Estatal, sino qué habría que analizar en las diferentes niveles de Gobierno para conocer en dónde radica el éxito de estos dos países, pues sirven como guía para los demás países en el territorio latinoamericano, de lo que deben hacer para promover y garantizar el desarrollo sostenible.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHELET, Michelle, 2014, Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018.
- BECKER, Gary, 1995, “*Human Capital and Poverty Alleviation*,” HRO Working Papers N° 52. Washington DC: The World Bank.
- CAÑAS, Alberto, 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018.
- CONAVI, 2016, Informe de Evaluación Anual de metas Institucionales año 2016.
- CORNELL UNIVERSITY, INSEAD, and WIPO, 2017, *The Global Innovation Index 2017: Innovation Feeding the World*, Ithaca, Fontainebleau, and Geneva.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2017, Informe al Congreso 2017, Juan Manuel Santos.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN-DNP- Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas –DSEPP-, 2016, Informe al Congreso 2016, Juan Manuel Santos.
- _____, Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas —DSEPP—, 2015, Informe al Congreso 2015, Juan Manuel Santos.
- _____, Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas —DSEPP—, 2014, Informe al Congreso 2014, Juan Manuel Santos.
- _____, Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas —DSEPP—, 2013, Informe al Congreso 2013, Juan Manuel Santos.

- _____, Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas —DSEPP—, 2012, Informe al Congreso 2012, Juan Manuel Santos.
- DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, 2014, Balance de Gestión Integral 2014.
- _____, 2015, Balance de Gestión Integral 2015.
- _____, 2016, Balance de Gestión Integral 2016.
- _____, 2017, Balance de Gestión Integral 2017.
- ESTAY, Jaime, 1990, La economía mundial y América Latina: tendencias problemas y desafíos. 14(3). 11-32.
- FRANCO, Julio, 2013, *Diseño de Políticas Públicas*. México. IEXE editorial.
- KNOEPFEL, Peter, *et al*, 2007, Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo: Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones. *Ciencia Política* (3), 6-29.
- MEJÍA, Jiménez, 2012, Modelos de implementación de las políticas públicas en Colombia y su impacto en el bienestar social. *Analecta polit.* 2 (3) 141-64.
- MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, (2012), Informe de avance de la Agenda de Modernización del Estado del gobierno del presidente Sebastián Piñera.
- _____, (2013), Rindiendo cuenta: Balance de tres años de Gobierno del presidente Sebastián Piñera: Informe de avance de los siete ejes prioritarios del gobierno de la reconstrucción.
- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA ECONÓMICA, 2013, . Informe Anual de Cumplimiento de Metas PND 2013.
- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA ECONÓMICA (2015). Informe Anual de Cumplimiento de Metas 2015 PND 2015-2018.
- MORTIMORE, Michael y PERES, Wilson, 2001, *La competitividad internacional de América Latina y el Caribe: las dimensiones empresarial y sectorial, seminario Camino a la competitividad: el nivel meso y microeconómico*, CEPAL y BID.
- OBREGÓN, María, 2014, Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014.
- OLAVARRÍA, Mauricio, 2007, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*. INAP (11) 10-15.
- PEÑA, Enrique, 2013, 1° Informe de Gobierno 2013-2013.
- _____, 2013, Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.
- _____, 2014, 3° Informe de Gobierno 2014-2015.
- _____, 2015, 4° Informe de Gobierno 2015-2016.
- _____, 2016, 5° Informe de Gobierno 2016-2017.
- _____, 2017, 6° Informe de Gobierno 2017-2018.
- PIÑERA, Sebastián, 2010, Programa de gobierno para el cambio, el futuro y la esperanza Chile 2010-2014.
- ROJAS, Patricia y SEPÚLVEDA, Sergio, 1999, ¿Qué es la competitividad?: competitividad de la agricultura: cadenas agroalimentarias y el impacto del factor localización espacial. 2(9).
- ROY, Roberto, 2012, Informe Anual 2012-Canal de Panamá.

- _____, 2013, Informe Anual 2013-Canal de Panamá.
- _____, 2014, Informe Anual 2014-Canal de Panamá.
- _____, 2015, Informe Anual 2015-Canal de Panamá.
- _____, 2016, Informe Anual 2016-Canal de Panamá.
- _____, 2017, Informe Anual 2017-Canal de Panamá.
- SANTOS, Juan, 2010, Bases del plan nacional de desarrollo 2010-2014: prosperidad para todos, Departamento Nacional de Planeación.
- _____, 2014, Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país, paz equidad educación.
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, 2014, 2° Informe de Ejecución 2014.
- STIGLITZ, Joseph, 2003, “El rumbo de las reformas. Hacia una nueva agenda para América Latina”. *Revista de la CEPAL*. (80).
- SUBIRATS, Joan, 2008, *Análisis y gestión de las políticas públicas: capítulo 10. La evaluación de las políticas públicas y de sus efectos*. 208-33.
- TAMAYO, Manuel, 1997, “*El análisis de las políticas públicas*”. En BAÑÓN, Rafael y CARILLO, Ernesto (Comp.), *La Nueva administración pública*. Alianza Universidad Textos. Madrid, España.
- VARELA, Juan, 2015, Plan Estratégico de Gobierno: Un solo país 2015-2019.
- WEF (2017): *The Global Competitiveness Report 2016-2017: Committed to improving the state*.

ANEXO 1

Tabla 2. Resultados de Innovación en América Latina y el Caribe

	País	GI (0/100)	Rank (0/127)	Knowledge & technology outputs (0/100)	Rank (0/127)	Creative outputs (0/100)	Rank (0/127)
1	Chile	38.7	46	26	49	32.1	59
2	Costa Rica	37.1	53	22.1	59	38.3	40
3	México	35.8	58	21.5	64	32.6	58
4	Panamá	35	63	21.7	60	35.6	50
5	Colombia	34.8	65	19.1	81	28.6	73
6	Uruguay	34.5	67	20.3	76	30.9	63
7	Brasil	31.1	69	18.9	85	26.6	83
8	Perú	32.9	70	15.8	97	27.4	82
9	Argentina	32	76	17.6	89	27.6	80
10	República Dominicana	31.2	79	17.2	91	31.9	60
11	Jamaica	30.4	84	14.4	108	29.7	67

	País	GII (0/100)	Rank (0/127)	Knowledge & technology outputs (0/100)	Rank (0/127)	Creative outputs (0/100)	Rank (0/127)
12	Paraguay	30.3	85	9.5	120	36.4	46
13	Trinidad y Tobago	29.7	91	22.5	56	20	101
14	Ecuador	29.1	92	14.3	109	30.1	66
15	El Salvador	26.7	103	9.3	121	25.3	89
16	Honduras	26.4	104	12.4	117	23.5	93
17	Bolivia	25.6	106	15.6	99	21.7	96
18	Guatemala	27.5	107	13.9	111	26	84

Fuente: Elaboración propia con información de Cornell University, INSEAD y WIPO (2017).

ANEXO 2

Tabla 3. Resultados de Competitividad Global en América Latina y el Caribe

ICG		
País	Rank (0/138)	Score (0/7)
Chile	33	4.6
Panamá	42	4.5
México	51	4.4
Costa Rica	54	4.4
Colombia	61	4.3
Perú	67	4.2
Uruguay	73	4.2
Jamaica	75	4.1
Guatemala	78	4.1
Brasil	81	4.1
Honduras	88	4
Ecuador	91	4
República Dominicana	92	3.9
Trinidad y Tobago	94	3.9
Argentina	104	3.8

ICG		
País	Rank (0/138)	Score (0/7)
El Salvador	105	3.8
Paraguay	117	3.7
Bolivia	121	3.5

Fuente: Elaboración propia con información de Cornell University, INSEAD y WIPO (2017).

ANEXO 3

Tabla 5. Efectos de la política pública de Competitividad-Chile

Evaluación de resultados o efecto de la política		
Diagnóstico y definición de competitividad		
Presente en ambos Programas de Gobierno.		
Basados en el <i>Doing Business</i> y la OECD para su análisis.		
Alternativas y propuestas	Implementación/ logro	Presupuesto
Creación de 100 mil emprendimientos	Se desconoce	No se sabe
Aumento de la tasa de creación de empresas	Sí/ se desconoce	No se sabe
Disminución de días y trámites para la creación de empresas	Sí	No se sabe
Modernización del INIDAD	Sí	No se sabe
Creación del fondo de Contingencia	No	No se sabe
Reforma Tributaria	Sí/ se desconoce	No se sabe
Ley sobre Responsabilidad Fiscal	Sí	No se sabe
Creación de Consejos Regionales de Innovación y Competitividad.	Creación de la Oficina de Competitividad	No se sabe
Otros proyectos en materia de competitividad no contemplados en la agenda de trabajo		
Fondo de Desarrollo Regional	Sí/ se desconoce	867 mil millones de pesos.
Fondo de Inversión y Reconversión Regional	Sí/ se desconoce	No se sabe
Comité de Seguridad de Información	Sí/Se desconoce	No se sabe

Fuente: Elaboración propia con los Programas de Gobierno y Balances de Gestión Integral de Chile de 2011-2017.

Tabla 6. Efectos de la política pública de Competitividad- Colombia

Diagnóstico y definición de competitividad		
Posee una conceptualización clara de qué es la competitividad y de lo que se necesita para consolidarla en ambos PND.		
Alternativas y propuestas	Implementación/ logro	Presupuesto
Nuevos beneficiarios de formación doctoral	Sí/ 1,277 becas doctorales, en 2011, en 2015 aumento los créditos condonables a 16.8%	Se desconoce
PYMES beneficiadas	Sí	1,07 billones de pesos y 2,12 billones en 2012.
Nuevas redes Ángeles	11 nuevos lazos en 2011	Se desconoce
Incrementar la productividad	Programa de escalamiento	Se desconoce
Contribuir al sector productivo	Sector energético	Se desconoce
Promover las TICS como plataforma de equidad	modernización pymes 7,497 en 2013, aumentó de conexiones a internet de banda ancha	modernización PYMEs (2015) 40,000 mil millones de pesos, 13,2 millones de pesos
Promover la infraestructura y servicios logísticos de transporte para la integración	instalación de 1,000 zonas Wifi públicas (2015) incremento de recursos destinados a infraestructura de transporte	7,4 billones (2015)
Consolidar el desarrollo minero-energético	Sí	\$3,706 millones de dólares
Otros proyectos en materia de competitividad no contemplados en la agenda de trabajo		
Creación de empresas por oportunidad	1,658 empresas en 2013, 2014 creación de 1,352 empresas	Se desconoce
Apoyo de Colciencias a proyectos	700 proyectos	124,000 millones de pesos en 2013
Infraestructura férrea, portuaria y aeroportuaria	Sí	4,77 billones (2015)
Implantación del programa de escalamiento en empresas	480 empresas	Se desconoce
Publicación del CONPES 3866	Establecimiento de Política de Desarrollo Productivo	5,8 billones

Fuente: Elaboración propia con información de los PND e Informes al Congreso de Colombia 2012-2017.

ANEXO 5

Tabla 7. Efectos de la política pública de Competitividad-Costa Rica

Diagnóstico y definición de competitividad		
Destina el cuarto eje a la Competitividad e Infraestructura		
Obregón muestra un breve análisis de la Competitividad con base en el ICG mientras que Cañas la define a partir de los encadenamientos productivos		
Alternativas y propuestas	Implementación/ logro	Presupuesto
Aumentar la producción a través de la inversión en capital humano	Formación de 4,932 mujeres	Se desconoce
Ampliación y diversificación de mercados	Se desconoce	Se desconoce
Generación de empleos mejores pagados	de 52,195 se alcanzaron a generar 20,978 empleos.	En 2015 no se alcanzó la meta pues de un 4,0% propuesto se alcanzó tan solo un 2,8% en la generación de empleos de calidad.

Fuente: Elaboración propia con información de los PND e Informes de cumplimiento de Costa Rica 2011-2017.

ANEXO 6

Tabla 8. Efectos de la política pública de Competitividad-México

Diagnóstico y definición de competitividad		
Ubica el desarrollo de la infraestructura para incrementar la competitividad utiliza datos de la OMC, WEF y del ICG para el establecimiento de un diagnóstico en materia de competitividad.		
Alternativas y propuestas	Implementación/ logro	Presupuesto
Impulsar y orientar un crecimiento verde	En coordinación con la Organización Internacional del Trabajo, la empresa de empleos verdes y la Secretaria del Trabajo y Previsión Social se lanza el taller de Estrategias para el desarrollo sostenible. A su vez, se puso en marcha el Programa Especial de Cambio Climático y el Programa Especial para Aprovechamiento de Energías Renovables.	En 2014 se otorgaron subsidios en el marco de este programa 2,847 millones de pesos.
	En materia de inversión, sustentabilidad y desarrollo de capacidades la Federación aportó	3,755 millones de pesos.
	El gobierno gestionó 54 proyectos en 2016 en materia de inversión	Sumando una inversión mayor a los 600 millones de pesos.
inversión sector minero-metalúrgico	Para el 2013-2014 se registró una inversión en este sector	6,175.5 millones de dólares
Impulsar la innovación	Se desconoce	Se desconoce
Elevar la competitividad turística	Se desconoce	Se desconoce

Consolidar la relación con EEUU	Se desconoce	Se desconoce
Otros proyectos en materia de competitividad no contemplados en la agenda de trabajo		
Capacitación de personas	625 personas capacitadas.	Se desconoce
Empleos verdes	Durante el año 2017 se consolidaron 874,372 empleos verdes	Se desconoce

Fuente: Elaboración propia con información de los PND e Informes de Gobierno 2012-2017.

ANEXO 7

Tabla 9. Efectos de la política pública de Competitividad-Panamá

Diagnóstico y definición de competitividad		
Aborda la competitividad desde una perspectiva sectorial, y más que un análisis parece una investigación para definir qué es la competitividad, y cuál es la situación del país en comparación con otros países latinoamericanos.		
Se basa en datos del ICG, es el único de los cinco países que genera un FODA para conocer los puntos fuertes y débiles del país en materia de competitividad.		
Alternativas y propuestas	Implementación/ logro	Presupuesto
Desarrollo de Infraestructura	Aumento del nivel máximo operativo del Gatún en 45 centímetros.	Se desconoce
Sistemas altamente eficientes	el Canal de Panamá registró un tonelaje de 330.4 toneladas netas	Se desconoce
Mejorar la productividad	los portacontenedores reportaron un total de 2,977 tránsitos	.948 millones en ingresos por peajes.

Fuente: Elaboración propia con información de los Planes Estratégicos de Gobierno e Informes Anuales 2012-2017.

**ANÁLISIS Y PROSPECTIVA DE LA POLÍTICA DE
CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN MÉXICO**
*ANALYSIS AND PROSPECTIVE OF SCIENCE,
TECHNOLOGY AND INNOVATION POLICY IN MEXICO*

JOSÉ LUIS SOLLEIRO-REBOLLEDO
Universidad Nacional Autónoma de México, México
solleiro@unam.mx

ROSAIO CASTAÑÓN-IBARRA
Universidad Nacional Autónoma de México, México
rosario.castanon@icat.unam.mx

LAURA ELENA MARTÍNEZ-SALVADOR
Universidad Nacional Autónoma de México, México
laura.martinez@sociales.unam.mx

RESUMEN:

Las políticas de ciencia, tecnología e innovación (PCTI) implementadas en México durante la última década, han sido insuficientes para mejorar nivel de innovación, y por ende tampoco lo han sido para mejorar los niveles de competitividad. Por lo tanto, el objetivo del presente documento es analizar la evolución de una serie de factores clave que definen la política de ciencia, tecnología e innovación en México, destacando las transformaciones que en este tenor se han presentado en el pasado sexenio y de aquellos producto del reciente cambio del gobierno federal en 2018; lo anterior, con el fin de proponer recomendaciones para fortalecer el sistema de ciencia, tecnología e innovación (SCTI) e impulsar la eficacia de los instrumentos de PCTI.

Palabras clave:

Ciencia y tecnología, políticas públicas, México.

ABSTRACT:

Science, technology and innovation (STI) policies implemented in Mexico during the last decade have been insufficient to improve innovation level and therefore

they have not been enough to improve national competitiveness. Therefore, the objective of this paper is to analyze the evolution of a key factors that define STI policy in Mexico, highlighting the changes that have occurred in past six years and of those that may emerge because of 2018 federal government change; this in order to propose recommendations to strengthen the STI system and boost effectiveness of STI policy instruments.

Keywords:

Science and technology, policy, México.

I. INTRODUCCIÓN

Las políticas de innovación en México, pensadas para conjugar los esfuerzos de la ciencia y la tecnología con miras al aumento de la competitividad nacional por medio del desarrollo, adopción y difusión de bienes y servicios novedosos, han mostrado una serie de cambios en los últimos años cuyos efectos sobre los niveles de innovación y competitividad pueden ser considerados como poco exitosos e insuficientes.

La importancia de la CTI para el desarrollo de las naciones ha sido establecida y aceptada por diversas instituciones locales y globales, por lo que múltiples indicadores han sido generados para identificar el nivel de innovación de poco más de un centenar de países alrededor del mundo, así como el nivel de competitividad de las economías. Algunos de los indicadores que podemos rescatar para analizar el caso mexicano son el Índice Global de Innovación (GII), el Índice Global de Competitividad (IGC) y los valores arrojados por la metodología de análisis del conocimiento (véase cuadro 1).

Cuadro 1. Selección de indicadores internacionales de desempeño económico e innovador, 2017

País	GDP	GII	IGC
Estados Unidos	1	4	1
Japón	3	14	8
Alemania	4	9	3
Corea del Sur	12	11	17
México	15	58	44

Fuente: elaboración propia con base en WIPO, 2017; WEF, 2018.

Como puede verse en el cuadro anterior, el Banco Mundial posicionó a México como la 15va económica mundial por su Producto Interno Bruto (PIB), mientras que el desempeño de otros países de las OCDE mostrados es sumamente superior para todos los índices.

Si bien el resultado en el nivel de innovación y de competitividad de un país son elementos multifactoriales, se puede decir que la competitividad requiere como condiciones necesarias mas no suficientes una mejora en el nivel de innovación en las economías, por lo tanto, es posible inferir que los lineamientos preceptos

que dirigen todo el actuar de la ciencia, la tecnología y la innovación (CTI) juegan un papel fundamental en los niveles competitividad nacional.

Considerando lo anterior, las instituciones gubernamentales en México durante el sexenio pasado (2012-2018) establecieron como objetivo el progreso económico a través del desarrollo científico, tecnológico y de innovación. Desafortunadamente, las políticas de ciencia, tecnología e innovación (PCTI) implementadas en México durante la última década, han sido insuficientes para mejorar nivel de innovación, y por ende tampoco lo han sido para mejorar los niveles de competitividad. Para esto subyace la hipótesis de que esto se ha presentado especialmente producto de la inestabilidad y desequilibrio del marco institucional, las insuficiencias e ineficacias del financiamiento a las actividades de ciencia, tecnología y e innovación, así como las deficiencias del entramado encargado de la conformación del capital humano especializado. Lo anterior puede recrudecerse si la nueva administración federal, entrante a finales de 2018, falla en identificar y atender las deficiencias de las anteriores PCTI.

Por lo tanto, el objetivo del presente documento es analizar la evolución de una serie de factores clave que definen la política de ciencia, tecnología e innovación en México, destacando las transformaciones que en este tenor se han presentado en el pasado sexenio y de aquellos producto del reciente cambio del gobierno federal en 2018; lo anterior, con el fin de proponer recomendaciones para fortalecer el sistema de ciencia, tecnología e innovación (SCTI) e impulsar la eficacia de los instrumentos de PCTI.

II. MARCO TEÓRICO

El cambio tecnológico y la innovación han sido identificados como elementos clave en la competitividad de las economías y en la transformación de ésta en bienestar para las distintas regiones (Dutrénit & Sutz, 2013). Para dar paso a esto, los sistemas de innovación (Lundvall, 2007) deben propiciar la interacción y el aprendizaje de actores e instituciones, la organización interna de las firmas; las relaciones inter firmas; el papel del sector público, los arreglos institucionales, así como las actividades intensas y organizadas de investigación y desarrollo (I+D).

Los Sistemas Nacionales de Innovación (SNI) se entrelazan con las políticas públicas a través de la regulación formal y la coordinación informal, el financiamiento de las actividades de I+D y la generación de un stock de conocimiento para la innovación. Estas políticas públicas, pueden ser vistas como manifestaciones gubernamentales que reflejan las decisiones del estado frente a problemáticas sociales (Cejudo 2014), se han posicionado como elementos indispensables en el impulso de la competitividad.

En materia de ciencia y tecnología, las políticas públicas pueden ser entendidas como la forma en cómo el estado moderno y la sociedad en general definen las relaciones e instrumentaciones entre el cambio científico y el desarrollo económico (Wad, 1996). Mientras que de forma más puntual, las políticas de innovación se perciben como la articulación de elementos de las políticas científica y

tecnológica que promueven el desarrollo, la difusión y el uso de nuevos productos, servicios o procesos tanto en las empresas como en las organizaciones públicas; estas últimas son extensión de las políticas de ciencia y tecnología y se orientan en generar una oferta de conocimiento, difundirla y generar impacto en el desempeño económico (Lundvall y Borrás, 1997 en Solleiro y González, 2012 p. 18; Salomón, *et al.*, 1996).

La política de innovación posee una característica de transversalidad, ya que esta se ve impactada por elementos como el capital humano (que se relaciona con las políticas educativas); el financiamiento a las actividades de CTI (vinculada a la política económica, fiscal y crediticia), e incluso por el impulso de la actividad de innovación a través de la política comercial y las compras públicas (Edler y Fagerberg, 2017).

Dentro de la política de innovación tiene especial atención el financiamiento de las actividades de CTI, lo anterior ya que como menciona Knight (1921), la innovación es un proceso que requiere de constante subsidio ya que viene asociado de riesgo e incertidumbre desde las primeras etapas de investigación hasta la salida al mercado.

En países como México, el financiamiento a la innovación suele provenir de apoyos o subsidios del sector público, los cuales son complementados por aportaciones de las empresas. Esto ya que en estas primeras etapas, los oferentes de financiamiento privado muestran poco interés.

Es importante destacar que los problemas nacionales a ser resueltos por la política de innovación deben ser definidos y especificados en términos de la innovación misma cuyos instrumentos sólo habrán de influenciar el proceso y las intensidades de esta (Borrás y Edquist, 2013). Por ello, las políticas públicas deben reflejar la comprensión de que la innovación es un proceso no aislado que incluye las relaciones humanas, y requiere novedosos esquemas de negociación, coordinación, aprendizaje e intercambio del conocimiento (Cazorla y De los Ríos, 2002). Para ello, las políticas de CTI deben considerar una serie de elementos tales como marcos institucionales, continuos y certeros, suficiente financiamiento a las actividades de CTI y un entramado fortalecido encargado de la conformación del capital humano especializado.

III. METODOLOGÍA

Para cumplir el objetivo planteado en este documento, se realizó un análisis del entorno de la ciencia, la tecnología y la innovación en México a través de factores claves como el marco institucional del sistema nacional de CTI (SNCTI), el financiamiento a la innovación y el capital humano especializado, esto a través de la revisión estadística y documental de indicadores de CTI seleccionados, el análisis planes de desarrollo y programas especiales de CTI.

Asimismo, se realizaron entrevistas a actores clave del SNCTI para conocer, desde diferentes perspectivas, la visión del sector en torno al andamiaje de la CTI en México. Las entrevistas se realizaron en dos momentos: en el primero se

recopiló la perspectiva de trece profesionales y líderes del SNCTI pertenecientes a instituciones como la Secretaría de Economía, CONACYT; universidades como la UNAM, UAM; centros públicos de investigación como CIATEQ, COPOCYT-SLP, CICY-YUC; cámaras y asociaciones como ANAFAN, CANACINTRA, y empresas privadas. En esta primera etapa las entrevistas se realizaron vía presencial y remota durante el mes de marzo y julio de 2018.

Sin embargo, ante los recientes cambios políticos y administrativos del país, fue necesario un segundo momento de entrevistas en donde se incorporaron las voces de otros actores clave del SNCTI como miembros de la comisión de Ciencia, Tecnología e Innovación (Cámara Diputados), la comisión de Ciencia y Tecnología (Cámara Senadores) y centros de investigación como el COQCYT. En esta segunda etapa la recopilación de opiniones se realizó durante los meses de febrero a junio de 2019.

Este estudio se apoyó del marco analítico *STI policy review* en torno al diagnóstico de las PCTI en diferentes países (UNCTAD; 2019) que rescata la importancia de caracterizar un SNI, así como de realizar consulta a actores clave en la construcción de PCTI, lo que favorece el análisis de iniciativas de desarrollo inclusivo de CTI (Salazar M. et al, 2013).

IV. FACTORES CLAVE EN LAS PCTI EN MÉXICO

1. *Marco normativo e institucional de la PCTI en México*

En México, la evolución histórica de las políticas de ciencia y tecnología pueden encontrar su punto de arranque en dos eventos que se presentaron durante la década de los veintes y los treinta. En principio, la concesión de autonomía en 1929 a la Universidad Nacional Autónoma de México y el arribo de grandes grupos de académicos y científico, quienes al instalarse en el territorio nacional, exiliados de España en 1939, generaron grandes cambios en la estructura de la investigación científica nacional. Las posteriores transformaciones industriales en el país trajeron la formación de la Comisión Impulsora y Coordinadora de la Investigación en 1942, la primera Ley de la Propiedad Industrial en el mismo año, y la creación en 1970 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) entre otras (CESOP, 2006).

En materia normativa institucional de la ciencia y la tecnología en los años ochenta, se implantó el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología (1985) y se expidió de la Ley para el Fomento de la Investigación Científica y Tecnológica (1999), normativa que fue sustituida por la Ley de Ciencia y Tecnología en 2002 (CESOP, 2006) la cual, hasta el término de esta investigación, continua vigente pero que está sujeta a cambios en la presente administración.

En esta Ley de ciencia y tecnología (2002) se menciona por primera vez, en su modificación del 2004, que el financiamiento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico no podrá ser menor al 1% del producto interno bruto del país, precepto que sigue las recomendaciones de la Organización para la

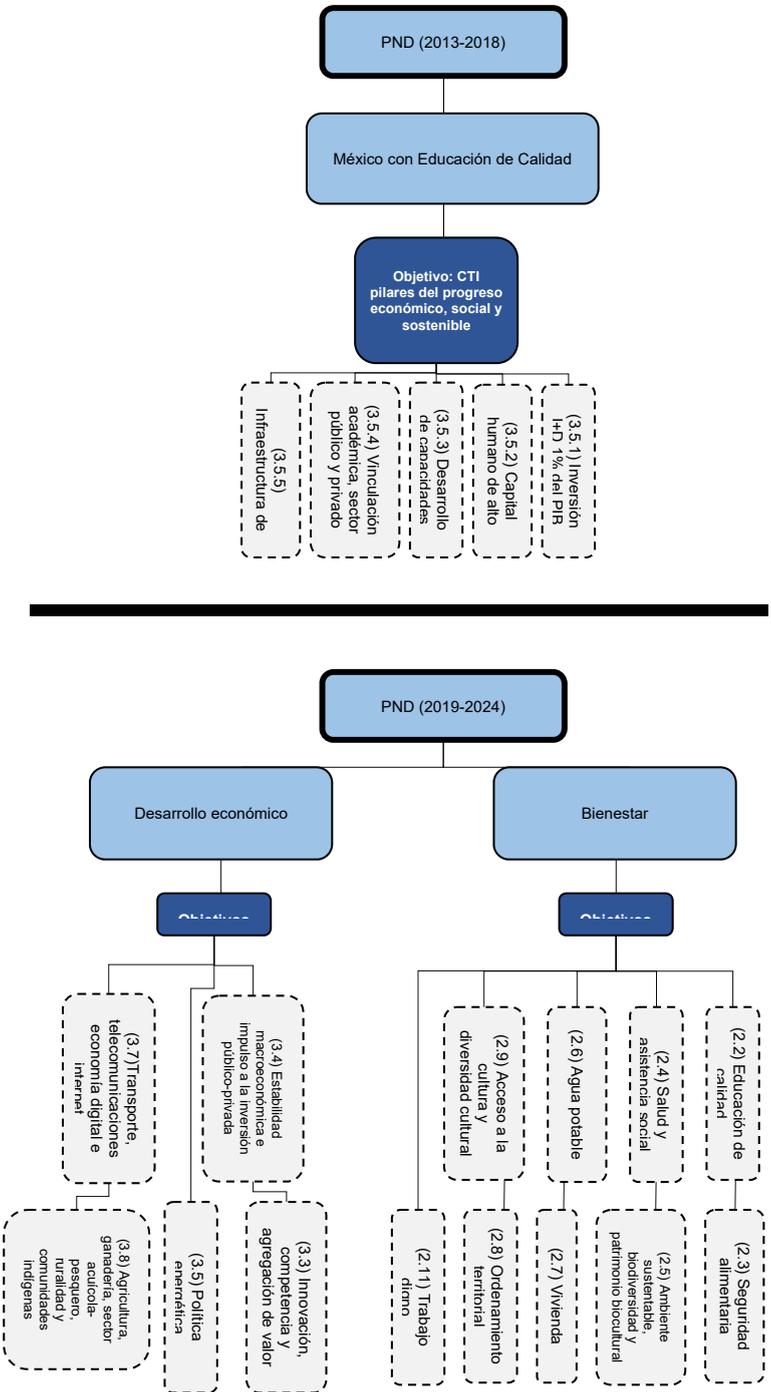
Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y que ha constituido una de las principales deudas de la política mexicana.

El cambio político en México de finales de 2018, trajo consigo una serie de cambios en materia legislativa y parlamentaria nacional en CTI. Una de estas acciones ha sido la reciente propuesta de modificación al artículo 3° constitucional fracción V, en el cual habría de señalarse que “Toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica” (DOF, 2019). Así mismo se incluyó en este mismo artículo constitucional (párrafo-II) que los planes y programas de estudio deberán enfocarse, junto con otras disciplinas, a la enseñanza de las matemáticas y la CTI.

Otra de las transformaciones importantes en materia normativa de CTI se dio con la propuesta de modificación al artículo 79° constitucional fracción 29-F, en donde se busca dotar al Congreso de la Unión para expedir las leyes necesarias para la transferencia de la tecnología en México y para legislar en materia de vinculación para estos fines (Paredes B., Conversatorio C. Senadores, 2019).

Considerando los anteriores fundamentos constitucionales, al cierre de esta investigación se avanza en la construcción del instrumento que articula las políticas públicas del gobierno federal para el desarrollo de la investigación científica, tecnológica y de innovación: la nueva Ley General de Ciencia y Tecnología, así como en la construcción del Programa Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación (PECiTI) que de esta ley se desprende para el periodo de 2020-2024. La propuesta de la nueva administración destaca por la injerencia y participación que el PECiTI (2020-2024) habrá de tener, los cuales abarcan múltiples ejes de acción del PND, dirigiendo acciones hacia el bienestar de la población y el desarrollo económico, como puede observarse en la siguiente figura 2.

Figura 2. Ejes y objetivos del PND (2019-2024) a ser impactados por PECITI (2020-2024)



Fuente: elaboración propia con base en Serrato V. (Foro de parlamento en C. Diputados 2019)

El anterior diagrama permite vislumbrar el nuevo papel que la política de CTI busca tener, sin embargo esto puede dar lugar a un alto nivel de dispersión de las actividades en las que el PECiTI espera influir, y que ante los limitados recursos, pueden generar esfuerzos sin impacto real. Mientras que para efectos operativos, algunas de las acciones mencionadas competen a otras entidades con quienes la cabeza de sector de la CTI no ha construido un vínculo de colaboración y cooperación productiva con anterioridad. Estas acciones pueden parecer muy ambiciosas para la naturaleza de los actores que colaboran en el desarticulado SCTI. Con esto en mente, en fechas recientes, el titular del CONACYT dio a conocer que, en alineación con los anteriores ejes mencionados del PND, el proyecto de ciencia y tecnología habrá de estar fundamentando en los siguientes ejes de acción:

1. Desarrollo y fortalecimiento de la comunidad científica en México.
2. Impulso de las capacidades para crear ‘ciencia de frontera’.
3. Desarrollo e implementación de once Programas Nacionales Estratégicos (PRONACES)¹ enfocados en atender problemáticas nacionales de alta relevancia a través de proyectos, nacionales de investigación e incidencia (PRONAI), con pilotaje regional.
4. Proyectos de vinculación para el desarrollo y la transferencia de tecnología articulado a los lineamientos de los PRONACES y a las agendas estatales de innovación.
5. Apropiación social del conocimiento que implica la federalización de la ciencia, del desarrollo tecnológico y la innovación a través de la creación de una nueva ‘ciencia comunitaria’ y el acercamiento de los programas de CONACYT a poblaciones nunca antes apoyadas por la institución.

Es de mencionar, que, hasta el cierre de este documento, los lineamientos, reglas de operación, partidas presupuestales, objetivos, indicadores y metas de las anteriores propuestas no habían sido dados a conocer. Empero, estos atisbos permiten apreciar que estos ejes de acción de la PCTI obvian por completo lo que ya se ha logrado en programas de administraciones pasadas. Ejemplo de esto es lo conseguido por programas como *Redes Temáticas CONACYT*, el cual surgió con el objetivo de impulsar el trabajo de investigación interdisciplinario, teniendo

¹ Los Programas Nacionales Estratégicos están planteados desde las siguientes líneas de acción: (1) Conocimiento y gestión de cuencas del ciclo socio-natural del agua, para el bien común y la justicia socio-ambiental. (2) Soberanía alimentaria, producción de alimentos sanos y agroecología campesina con énfasis en el cuidado del suelo, las semillas criollas y nativas y el sistema milpa. (3) Sistemas socio ambiental y sustentabilidad: Conservación de ecosistemas terrestres, costeros y marinos con manejo y producción sustentable. (4) Desarrollo urbano-industrial, desechos sólidos y toxicidades. (5) Salud: Promoción de la salud, medicina preventiva y atención médica, primordialmente en cáncer, diabetes y obesidad, salud comunitaria, medicina natural, insuficiencia renal crónica, inmunoterapias y enfermedades cardio y cerebrovasculares. (6) Violencias estructurales. (7) Construcción democrática. (8) Movilidad humana. (9) Educación para la inclusión y la autonomía. (10) Memoria histórica y riqueza biocultural de México. (11) Transición energética y cambio climático, con modelos tecnológicos de bajo consumo de energía aplicados a la ciudad y el campo (Gobierno de México, 2019).

como premisa principal la atención de problemas nacionales, articulando actores (nacionales e internacionales) de la cuádruple hélice (academia, gobierno, empresas y sociedad civil) (CONACYT, 2018).

Las redes temáticas de CONACYT, como mecanismo de agrupación de investigadores, académicos, estudiantes, profesionistas, sociedad civil y demás interesados en las temáticas de las redes, habían generado una especie de ecosistema funcional para la creación, difusión y aplicación del conocimiento con base en líneas y áreas de atención prioritaria, las cuales son muy parecidas a las propuestas por los actuales PRONACES. Las temáticas de las redes fueron definidas de la identificación de problemas nacionales y a través de actividades múltiples constituían vínculos entre la investigación, los actores políticos y sociales.

En México, el marco normativo como impulsor de las actividades de CTI presenta grandes deficiencias. Este elemento institucional constituye una de las principales debilidades nacionales, esencialmente debido a la incertidumbre política, los constantes cambios de gobierno, la excesiva regulación, el bajo cumplimiento de la normatividad y la desarticulación del SNCTI. Sin embargo, los anteriores cambios normativos, denotan un aparente interés en consolidar al SNCTI, dotándole de fortaleza institucional; no obstante, estos resguardos jurídicos pueden carecer de validez e impacto si, como se vislumbra, los planes nacionales carecen de metas o indicadores concretos que permitan alcanzar los objetivos de desarrollo.

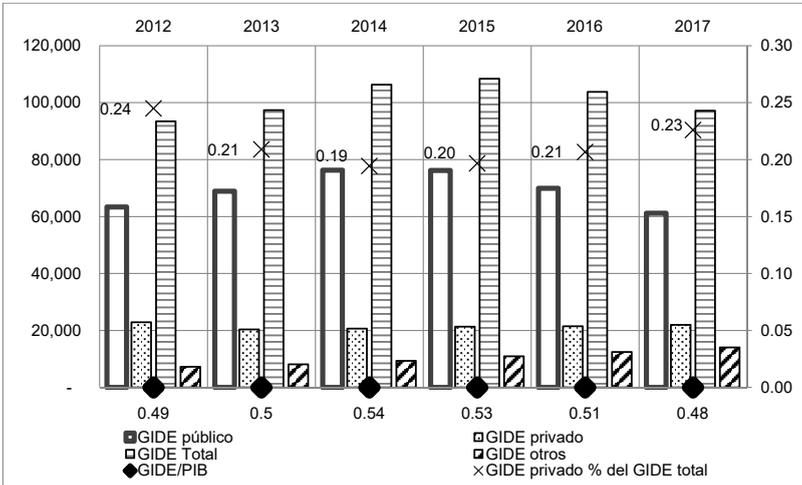
2. Financiamiento de las actividades de CTI

El gasto dedicado a las actividades de CTI constituye un pilar para el desarrollo productivo, económico y social de cualquier región. En todo el mundo, la inversión realizada en este sector tiene gran relevancia dentro de las PCTI.

En el caso de México, la inversión en actividades de CTI como porcentaje del Producto Interno Bruto (PIB) ha sido en promedio, desde 2012 de apenas el 0.5%, por lo que se encuentra en uno de los últimos lugares entre los países de la OCDE.

En México, el gasto en actividades de CTI a nivel nacional se identifica con base en indicadores internacionales tales como el Gasto en Investigación y Desarrollo Experimental (GIDE). El comportamiento del GIDE de los últimos años puede apreciarse en la siguiente gráfica 1.

Gráfica 1. GIDE en México (mdp a precios de 2016)



Fuente: elaboración propia con base en CONACYT, 2017.

Este gráfico nos permite identificar que en México las aportaciones del sector público constituyen la mayor parte de los recursos del *GIDE total*, los cuales han estado enfocados a la generación de nuevo conocimiento y se han materializado en el apoyo a estudiantes de posgrados cuya actividad derivan en investigación y desarrollo experimental, ya que el GIDE mide estos elementos y no así la innovación.²

Sin embargo, para que las políticas de CTI tengan efectos sobre los indicadores macroeconómicos de crecimiento y desarrollo, la cabeza de sector CONACYT, requiere de contar con recursos suficientes para implementar instrumentos de política pública enfocados en los siguientes pilares:

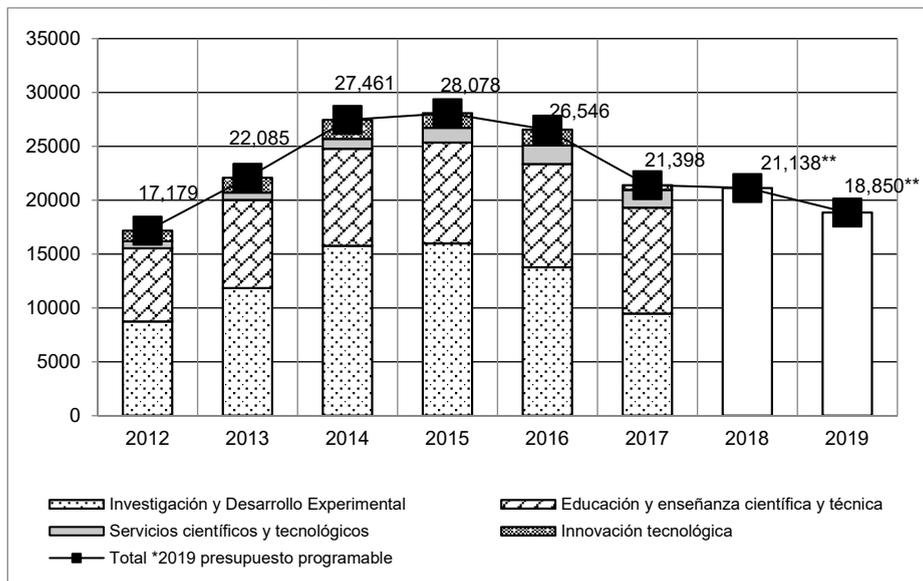
1. Generación, transferencia y aprovechamiento del conocimiento y vinculación: rubro donde se contemplan los recursos otorgados a los centros públicos de investigación (CPI's) y el programa de apoyo para actividades científicas, tecnológicas y de innovación.
2. Desarrollo de vocaciones y capacidades de CTI locales para fortalecer el desarrollo regional: rubro donde se incluyen los programas de fondos mixtos (FOMIX) y los fondos de fomento regional (FORDECYT).
3. Becas de posgrado y apoyos a la educación de calidad: en este segmento se incluyen los programas de becas de posgrados, estímulos a la investigación (SNI) y los extintos programas de *Cátedras CONACYT*.

² En México el Gasto en Innovación (GI) se compone exclusivamente de los montos asignados como aportes del Programa Estímulos a la Innovación (PEI) de CONACYT, exclusivamente en cuanto a la modalidad de Innovación Tecnológica para las Grandes Empresas y bajo el programa conocido como INNOVATEC (CONACYT, 2017).

- Inversión nacional en investigación científica y de desarrollo tecnológico: donde se incluyen los programas de fortalecimiento sectorial (Fondos Sectoriales) y el programa de estímulo a la innovación tecnológica para incrementar la productividad de las empresas (PEI).

Durante la pasada administración, el financiamiento público a estos pilares (Ramo 38) mostró un comportamiento errático y de continuo cambio, teniendo en 2019 una reducción del 8.4 por ciento. En el siguiente gráfico 2 podemos revisar los cambios en el presupuesto (PEF, 2018 y 2019).

Gráfica 2. Presupuestos administrado por el CONACYT por actividad 2012-2019



*No se considera el financiamiento gestionado por los CPI's

**No se define clasificación por actividad.

Fuente: elaboración propia con base en CONACYT (2017) y PEF HACIENDA (2018 [2019]).

A pesar de que previo al cambio de administración ya se percibían reducciones significativa en el ramo 38, son los cambios de la nueva administración en la asignación de recursos los que han generado en el SNCTI un ambiente de incertidumbre institucional, especialmente debido a que no solo hay una marcada reducción al presupuesto, sino que estas modificaciones presupuestales y administrativas significaron la eliminación completa de algunos programas. Lo anterior puede mostrar una miopía en la planeación del sector y una escasa importancia que la CTI tiene en la visión de país que la nueva administración federal construye, toda vez que la inversión pública en I+D está en función de una concientización de los tomadores de decisiones en torno a los beneficios que esto reporta.

3. *Financiamiento a la innovación*

De gran trascendencia es en este tenor el reconocimiento a la importancia que las empresas tienen como agentes promotores de los procesos de innovación, por lo resalta la necesidad de estimular la participación del sector privado a través de incentivos directos e indirectos como parte de la PCTI.

En los últimos años, el CONACYT ha implementado una serie de programas para estimular la innovación, aunque de forma marginal y con cada vez menos recursos. El financiamiento en este sentido se ha direccionado a través de apoyos mediante los siguientes programas:

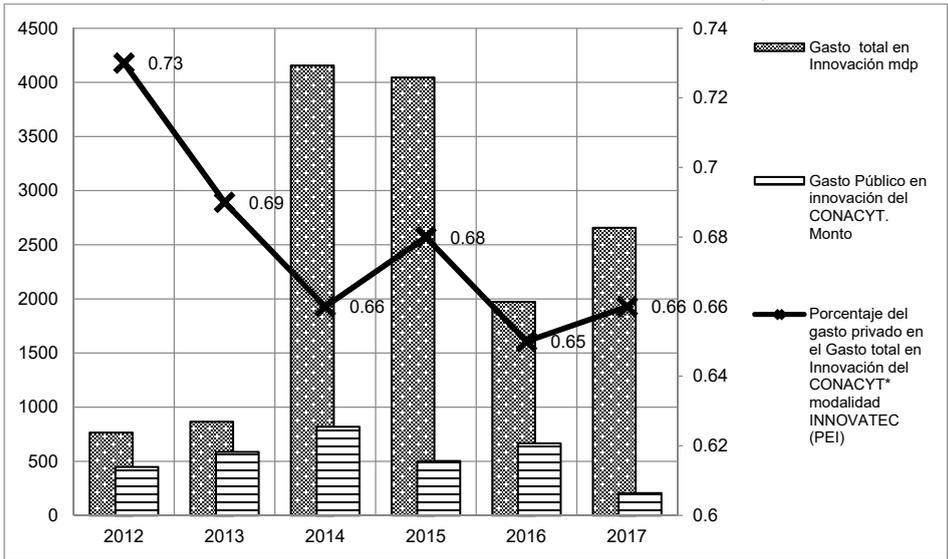
1. Programa de Estímulos Fiscales a la Investigación y Desarrollo de Tecnología, PEFIDT (vigente de 1995 a 2008), suspendido en 2009 y relanzado con cambios en 2017 bajo el nombre de Estímulos Fiscales a la Investigación y Desarrollo de Tecnología (EFIDT). En este esquema de incentivos fiscales se apoya con la deducción fiscal del 30% de la diferencia entre la inversión en actividades de I+D del año actual y el promedio de los tres años anteriores deducible. Este esquema se considera, por expertos y usuarios empresarios, como altamente complejo y poco atractivo, razón por la cual muy pocas empresas lo han solicitado.
2. Programa de Estímulos a la Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación (PEI), lanzado en sustitución del PEFIDT en 2009 y vigente hasta el 2018, cuenta con recursos asignados en 2019 de 257 millones de pesos, no obstante lo anterior estos recursos permanecen en un limbo operativo por lo que se desconocen las acciones que se tomarán al respecto. Lo que parece ser un hecho es que en el presupuesto programable de 2020, el programa PEI no contará con partida presupuestaria.

El PEI fue un instrumento a través del cual el CONACYT destinó recursos económicos a las empresas para fomentar en ellas la inversión en proyectos de innovación tecnológica, que se traducían en oportunidades de negocio. El estímulo, como apoyo complementario directo no reembolsable se implementó bajo tres modalidades de apoyo:

- a) Innovapyme: modalidad que consistía en la aprobación de proyectos para incentivar la inversión en investigación y desarrollo tecnológico desarrollados por micro, pequeñas y medianas empresas (Mipyme) presentados de manera individual o en colaboración con IES o CPI's.
- b) Proinnova. Proyectos presentados por empresas de cualquier tamaño, vinculados con, al menos una IES y/o un CPI. Esta modalidad buscaba el desarrollo e innovación en tecnologías que fomentaban el flujo de conocimiento en el sector y la formación de redes de investigación.
- c) Innovatec. Proyectos de innovación tecnológica de alto valor agregado desarrollados por empresas consolidadas presentados de manera individual o vinculados con IES y/o CI. Este rubro es en México el que compone el Gasto en Innovación (GI) (CONACYT, 2017). En relación con

este último punto, el Gasto de Innovación muestra el comportamiento de la siguiente gráfica 3.

Gráfica 3. Indicadores del Gasto en Innovación en México, 2012-2017



Fuente: elaboración propia con base en CONACYT, 2017.

Como puede observarse en el gráfico 3 anterior el Gasto en Innovación, registrado únicamente como el presupuesto de la modalidad del programa PEI conocido como INNOVATEC, mostró una tendencia errática, mostrando una tasa de crecimiento de poco más del 380% del 2013 al 2014. Este aumento se dio en los primeros dos años por las aportaciones de la Secretaría de Economía a este rubro, y de 2014 a 2017 por las aportaciones del ramo 8 de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural (antes SAGARPA), especialmente de proyectos provenientes de la Dirección General de Productividad y Desarrollo Tecnológico de dicha institución.

El gráfico también permite apreciar que el gasto público en innovación, proveniente de CONACYT, fue significativamente menor en los años de 2015 y 2017 como aportación al total del gasto. Asimismo, el porcentaje del gasto privado, como parte del gasto de innovación de CONACYT correspondió a un 67 por ciento promedio, contra un 33 por ciento promedio otorgado por el sector público.

Esto es evidencia de que, en lo concerniente al rubro de 'Gasto de innovación',³ el gasto público ha sido inferior a la inversión privada para los años mencionados.

³ Es importante destacar que las otras dos modalidades del PEI (Innovapyme y Proinnova) son agrupadas en el presupuesto público considerado en el GIDE, por lo que no son incorporadas en el llamado gasto de innovación.

Las tres modalidades del PEI, promovían la inversión privada en I + D, por lo que cada año el número de solicitudes se incrementó. Lamentablemente los recursos del Estado no solo no se han incrementado en proporción a la demanda, sino que éstos disminuyeron drásticamente en 2017, 2018 y 2019. Por lo que a pesar de contar con una partida presupuestaria reducida en un 85 por ciento para 2019, esta no se ha ejercido, ya que los proyectos recibidos en la convocatoria del programa PEI de 2018 no han sido evaluados, y no se contempla que esto habrá de realizarse.

El PEI ha colaborado no solamente en el fortalecimiento de empresas innovadoras, sino también en la construcción de vinculaciones entre actores del SCTI, ya que el 85 por ciento de los proyectos aprobados en los últimos años fueron desarrollados en vinculación con instituciones de educación superior y centros de públicos de investigación del país, lo cual implica que buena parte de los recursos otorgados por CONACYT fluyó hacia esas instituciones. Estas transacciones permitieron a múltiples universidades realizar la adquisición de equipo, la compra de reactivos utilizados en proyectos de ciencia básica, e incluso pudo apoyarse el empleo de técnicos especialistas y estudiantes de posgrado; por lo que una parte considerable del dinero otorgado a través de este programa se ‘devolvía’ a las mismas instituciones, generando derramas positivas en otros actores del SCTI. La eliminación del PEI, especialmente de aquel enfocado en su mayoría a MIPYMES puede considerarse un desacierto (Zambraño, Conversatorio CTI 2019).

Por otra parte, en un país como México, en donde más de 99% de la estructura productiva está conformada por micro y pequeñas empresas (MiPyMES), la necesidad de innovación sigue siendo indispensable. Empero, la mayor parte de estas estructuras productivas en México desconocen no sólo los efectos de invertir en innovación sino que carecen del conocimiento y las capacidades adecuadas para llevar a cabo una propuesta de proyecto con la viabilidad técnica y financiera suficiente para ser acreedores a un estímulo como los previamente mencionados. Ante esto, hasta finales de 2018, existían otros instrumentos para el fomento a las actividades de I + D dirigido a las empresas en México, especialmente para el cumplimiento de las acciones de innovación, emprendimiento, vinculación y protección del conocimiento. Algunos de estos programas pueden verse en el siguiente cuadro 2. (FCCyT, 2018).

Cuadro 2. Selección de programas para el fomento a la innovación y la vinculación para las empresas vigentes hasta 2018

TIPO DE PROYECTO	NOMBRE	INSTITUCIÓN PROMOTORA	DESCRIPCIÓN
Desarrollo Tecnológico	Capital Emprendedor	NAFIN	Vinculación entre la demanda de herramientas complementarias al financiamiento y la oferta de iniciativa de desarrollo de innovación en empresas y proyectos.
	Fondo de co inversión de Capital Semilla SE-NAFIN	NAFIN- SECRETARÍA DE ECONOMÍA	Fomentar la disponibilidad de capital semilla
	Creación de Empresas Básicas a través del Programa de Incubación en Línea (PIL)	INADEM	Programa para impulsar la creación de empresas básicas
	Fomento a las Iniciativas de Innovación		Impulsar la innovación en MI-PYMES
Innovación	Incubación de Alto Impacto, Aceleración de Empresas y Talleres de Alta Especialización		Apoyar e impulsar proyectos de emprendimiento desde la incubación, escalamiento.
	Asesoría para la formación de consorcios de exportación (REDEX).	PROMEXICO ⁴	Apoyos a la Exportación
	Asesoría técnica en procesos productivos		Impulsar la competitividad internacional de las empresas mexicanas
	Certificaciones internacionales		Contratación de servicios de consultoría para la certificación internacional de exportación.
	Registro de marca internacional (IMPI)		Consultoría para el registro de marca internacional (IMPI)
	Acelera tu startup de SUM Startup México	STARTUP-MEXICO	Apoyo en la identificación oportunidades que les permitan escalar rápidamente.

Fuente: elaboración propia con datos de FCCyT (2018).

El cuadro anterior permite apreciar que algunos de los programas de fomento a la innovación empresarial estaban a cargo de dos instituciones que al cierre de esta investigación están prácticamente extintas. Por un lado, PROMÉXICO, este organismo, que pertenecía a la Secretaría de Economía, desapareció oficialmente en mayo de 2019 a través de decreto. PROMÉXICO estaba a cargo de la

⁴ Este organismo, que pertenecía a la Secretaría de Economía, desapareció oficialmente en mayo de 2019 a través de decreto. Este instituto estaba a cargo de la promoción de bienes y servicios en el extranjero, así como de atraer inversión extranjera directa.

promoción de bienes y servicios en el extranjero, así como de atraer inversión extranjera directa al país. Mientras que por otro lado se encuentra la reciente disolución del Instituto Nacional del Emprendedor (INADEM), institución que financiaba diversos proyectos de desarrollo tecnológico para el refuerzo de la competitividad de empresas pequeñas y medianas.

Ante esto, podemos inferir que ha faltado la visión de entender la importancia que la aplicación del conocimiento en desarrollo tecnológico y la dirección de estos desarrollos hacia el mercado en forma de innovaciones (Funes R. Conversatorio CTI 2019). De igual manera, tampoco se ha transitado a vislumbrar al gasto de innovación como ‘inversión a la innovación’, ya que la empresa no solamente genera productos, sino que al crear innovaciones que se introducen al mercado, se genera retornos a la inversión pública a través del pago de disposiciones fiscales.

En cuanto al financiamiento de CTI en la idea de racionalidad, la nueva administración ha hecho grandes cambios en la asignación del presupuesto dedicado a la CTI, realizando una concentración de los recursos del CONACYT en bolsas presupuestarias más grandes en lugar de múltiples convocatorias con bolsas más pequeñas. Estas acciones responden a la búsqueda de re-direccionar la política científica y tecnológica en los ejes mencionados y atender a una solicitud del ejecutivo federal de fiscalizar el financiamiento destinado con mayor eficacia, disminuyendo los costos de operación y las cuotas a instituciones financieras quienes cobran una comisión por cada fondo gestionado.

4. *Capital humano especializado*

En el caso de México, el llamado acervo de recursos humanos en ciencia y tecnología ascendió a poco más de 16.3 millones de personas en 2017, de las cuales el 88% contaba con estudios de licenciatura, el 2.9% poseía carreras técnicas, y solamente el 8% contaba con algún posgrado (CONACYT, 2017). Para 2016, en México se registraron 244 investigadores por cada millón de habitantes, situación muy por debajo de algunos países de la OCDE seleccionados como lo: Estados Unidos que contó con 4,313, Japón 5,210, Alemania 4,893 y Corea del Sur 7,113 (World Bank, 2017, datos de Estados Unidos al 2015); estas cifras demuestran una carencia de recurso humano especializado por habitante en México.

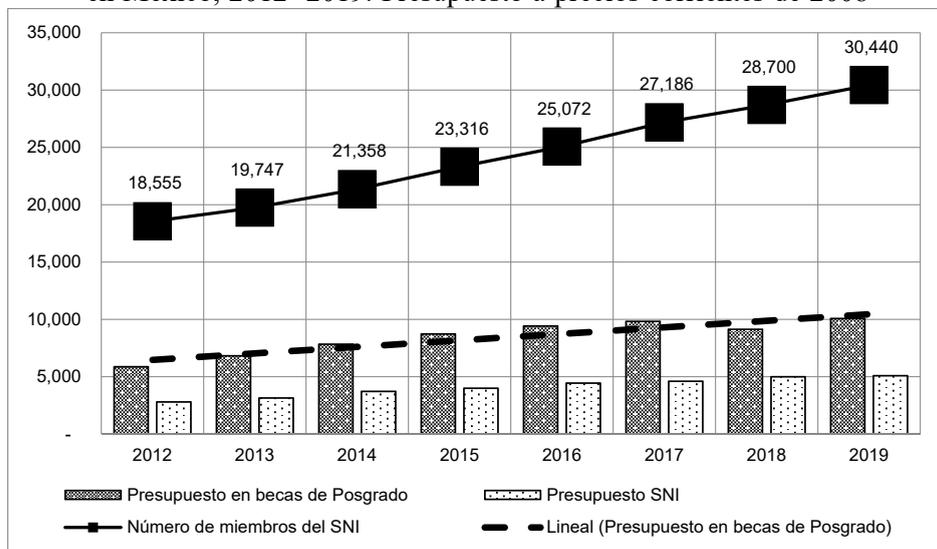
En México existe el Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) en el cual, por medio de una colaboración entre CONACYT y la Secretaría de Educación Pública (SEP), se crea un padrón de instituciones que ofrecen posgrados de calidad y cuyos alumnos inscritos a estos para especializaciones, maestrías y doctorados cuentan con un apoyo de beca mensual. Para el caso del programa de Becas de posgrado es de destacar que en la actualidad hay poco más de 65,000 alumnos de posgrado que cuentan con este apoyo institucional.

Otro bastión del desarrollo del capital humano lo compone el Sistema Nacional de Investigadores, el cual a la fecha está conformado por 30,500 investigadores a nivel nacional. Es importante mencionar que si bien la pertenencia al

SNI, y la recepción del estímulo mensual a las percepciones de los investigadores nacionales, se creó en los ochentas como un mecanismo de reconocimiento a la investigación, en la actualidad este recurso constituye una parte importante del ingreso total de esta masa de talento. Lo anterior debido a las disminuidas percepciones salariales que tienen decenas de miles de académicos con niveles de educación doctoral, y postdoctoral en muchos casos, a nivel nacional.

El comportamiento de estos indicadores en los últimos años puede observarse en la siguiente gráfica 8.

Gráfico 8. Indicadores seleccionados del talento humano en CTI en México, 2012- 2019. Presupuesto a precios corrientes de 2008



Fuente: elaboración propia con datos de CONACYT (2017) y PEF (2019).

Este gráfico muestra que en los últimos años se ha presentado un incremento en los recursos federales destinados al desarrollo de capital humano especializado; estos recursos han sido dirigidos en su mayoría al programa nacional de Becas de Posgrado y al programa de estímulos a la investigación del SNI, instrumentos a los que se destinó en 2017 cerca del 65 por ciento del presupuesto total del CONACYT.

No obstante la mejora en la inversión pública en capital humano, en México se cuenta con un sistema educativo deficiente y de baja calidad que aumenta los costos del crecimiento y el desarrollo; lo anterior ya que una porción de los alumnos de las IES (públicas o privadas) poseen bajo nivel de conocimientos básicos, y no es difícil encontrar alumnos de educación superior con bajos conocimientos matemáticos e incluso deficiencias discursivas.

Para la masa de capital humano especializado egresado de estudios de posgrados, las condiciones institucionales abonan a la desarticulación y a la fragilidad

del SNCTI, ya que los recientes cambios en la administración del CONACYT, se han materializado en la suspensión temporal de programas diseñados para vincular la academia con el sector productivo o para incorporar a los jóvenes investigadores a las IES, Centros de Investigación y demás entidades de generación de conocimiento. La suspensión de estos programas agudiza el ambiente de incertidumbre en torno al futuro del capital humano especializado, el cual integra científicos, técnicos y personal capacitado quienes al no encontrar espacios de integración a plazas formales, deambulan entre convocatorias temporales, lo que puede ocasionar un incremento en el fenómeno denominado ‘fuga de cerebros’, debilitando el sistema y sin permitir que se genere un adecuado retorno a la inversión.

Otro punto de análisis en torno al estado del SNCTI en México lo constituye la productividad del conocimiento científico y tecnológico. El comportamiento de este rubro, particularmente en cuanto a patentes otorgadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) puede ser apreciado en el siguiente cuadro 3.

Cuadro 3. Indicadores seleccionados del patentamiento en México, 2012-2018

Indicador	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Patentes otorgadas a titulares nacionales en México	2.3%	2.9%	3.1%	4.4%	4.9%	4.8%	5.1%
Patentes otorgadas a titulares extranjeros en México	97.7%	97.1%	96.9%	95.6%	95.1%	95.2%	94.9%
Total	12,330	10,343	9,819	9,338	8,657	8,510	8,921

Fuente: elaboración propia con base en IMPI (2019).

A juzgar por el nivel de patentamiento en México, visto en el gráfico anterior, hay muy pocas empresas mexicanas que están innovando y demandando conocimiento generado por las IES y los centros de investigación nacional, por lo que el círculo virtuoso de la CTI no puede darse. En esta espiral, puede decirse que en México se ha apostado más por la inversión de recursos para la creación de conocimiento, que por la formulación de estrategias para el aprovechamiento del mismo y la búsqueda del retorno a la inversión. No debemos obviar que la vocación de la ciencia y la tecnología no es mutuamente excluyente del proceso de creación de ganancia, incluso de ganancia social.

Sin embargo, en el ecosistema de CTI en México, se justifica aún más la intervención del aparato estatal a través de estímulos a la innovación debido a que existen fallas de mercado que derivan en problemas de apropiación imperfecta; esto debido a que las empresas, al crear conocimiento ya sea en sus instalaciones, centros de investigación o universidades, muchas veces no conocen cómo capitalizar el valor completo de la inversión, lo que puede desincentivar la inversión privada.

V. CONSIDERACIONES DE LOS INSTRUMENTOS DE PCTI EN MÉXICO

Considerando lo previo, es posible realizar un balance de los principales instrumentos de PCTI (cuadro 4) destacando sus debilidades y fortalezas, permitiéndonos así puntualizar una serie de recomendaciones en esta materia.

Cuadro 4. Balance de los principales instrumentos de política CTI en México, 2019

Instrumento	Fortalezas	Debilidades	Recomendaciones
Oferta de conocimiento en CTI	<ul style="list-style-type: none"> – IES de calidad y de prestigio a nivel internacional – Centros de investigación consolidados y con capacidades fortalecidas – Masa crítica de investigadores en crecimiento – Financiamiento a becas de posgrado 	<ul style="list-style-type: none"> – Poca vinculación entre las demandas de los sectores y la oferta de conocimiento – Dificultades en la transferencia de conocimiento entre universidad-empresa – Poco interés en políticas que impulsen el interés de la CTI desde las etapas básicas de formación escolar. – Bajo desempeño en asignaturas como matemáticas y ciencias en los niveles de educación básica, media y superior – Deficiencias en la asimilación de la masa crítica de investigadores a nivel nacional – Ausencia de programas de formación dual 	<ul style="list-style-type: none"> – Incentivos para la transferencia de conocimiento – Impulsar el financiamiento a actividades de I+D
Demanda de conocimiento en CTI	<ul style="list-style-type: none"> – Programas de estímulo, directos e indirectos a la I+D+i en el sector productivo con experiencias exitosas documentadas. 	<ul style="list-style-type: none"> – 95% de la estructura productiva son micro empresas (4% pequeñas y medianas) con baja o nula percepción de la oferta de CTI y de la importancia de invertir en CTI. – Bajos niveles de inversión en I+D 	<ul style="list-style-type: none"> - Desarrollo de políticas para el fomento industrial y de la innovación – Restauración de esquemas de incentivos directos a la inversión privada en CTI vinculados con IES y CPI's
Propiedad intelectual (PI)	<ul style="list-style-type: none"> – Se cuenta con capacidades científicas y tecnológicas para crear conocimiento patentable 	<ul style="list-style-type: none"> – Bajo nivel de patentamiento – Ausencia de programas de fomento a la invención, innovación y protección. – Amplia generación de productos académicos tradicionales (que son mejor evaluados) – Deficiente gestión de la propiedad intelectual que se traduce en bajo retorno a la inversión 	<ul style="list-style-type: none"> – Incentivos fiscales a la actividad de innovación y protección industrial – Acceso preferencial a empresas mexicanas que innoven en licitaciones de gobierno – Optimización en los procesos de patentamiento del IMPI

Instrumento	Fortalezas	Debilidades	Recomendaciones
Compras públicas	– Lanzamiento en 2017 del primer proyecto piloto de Compras Públicas de Innovación (SE-CII)	– Ausencia de un programa integral de compras públicas de innovación – Porcentaje de gasto del PIB de compras públicas inferior al promedio de la OCDE (5.2% México contra 12.1% de la OCDE) (FCCyT, 2017)	– Creación de un programa de compras públicas de innovación
Políticas de fomento a la innovación	– Programas de deducciones fiscales vigentes – Alternativas de financiamiento desde otros actores	– Programas de estímulos fiscales complejos de entender y asequibles en su mayoría para empresas de cierto tamaño quienes si realizan actividades de I+D – Eliminación de programas de estímulos directos a la innovación dirigidos a MiPyMES y empresas grandes – Ausencia de mecanismo de evaluación de impactos	Diseño de metodologías de evaluación de impactos cualitativo y cuantitativo incorporando el concepto de ‘adicionalidad’
Políticas sectoriales de CTI	– 32 Fondos compartidos para CTI con 23 dependencias federales e instituciones (Fondos Sectoriales)	– Suspensión temporal e incertidumbre en torno a las convocatorias de Fondos Sectoriales – Disminución del presupuesto otorgado para fondos sectoriales – Ausencia de mecanismo de evaluación de impactos	– Restitución de los fondos sectoriales
Políticas de fomento a las capacidades regionales de CTI	Fondos compartidos con entidades estatales (FOMIX, FORDECYT)	– Suspensión de las convocatorias de fomento a las capacidades regionales de CTI – Desarticulación entre los niveles de gobierno federal, estatal y municipal la creación de proyectos que atiendan las demandas específicas. – Bajo nivel de aportación por parte de los gobiernos regionales – Ausencia de mecanismo de evaluación de impactos	– Creación de fondos de aportaciones para la CTI en las entidades federativas

Fuente: elaboración propia

VI. REFLEXIONES FINALES

Los anteriores apartados han permitido construir una visión del SNCTI en México en el último sexenio y han permitido vislumbrar los cambios que en materia de CTI se han estado presentando con la nueva administración federal. Ante

esto, es posible establecer una serie de reflexiones para países con tamaños territoriales, sociales y culturales como México, los cuales requieren políticas de estado que trasciendan los ciclos gubernamentales.

En este nuevo esquema es preocupante percibir la falta de entendimiento que los tomadores de decisiones tienen en torno a la necesidad de generar desarrollo científico y tecnológico para mejorar las condiciones de la población en México. Esta discrepancia de enfoques ha dado paso a una confrontación directa por los recursos federales entre instituciones públicas.

Sin embargo, también debemos reflexionar en torno a si la comunidad científica en México ha sabido o no comunicar la importancia que las acciones, individuales o colectivas en el marco de la CTI, tienen en el crecimiento local y nacional. Por lo que puede ser necesario que, con argumentos claros y un análisis más autocrítico, se exprese la necesidad de un aumento considerable en el gasto público en esta materia pero en función de los beneficios a ser generados.

Sin embargo, las dificultades de comunicación entre actores del SNCTI no es nueva, en México desde hace años ha existido una barrera institucional y una ausencia de mecanismo de participación para impulsar la comunicación entre actores. Por lo que es una demanda común, de un lado del SNCTI, una mayor participación en la construcción de las PCTI; mientras que desde el lado de los policy makers la falta de acercamiento que academia y empresas han tenido para colaborar en la construcción de marcos normativos. Esta situación está intentando ser revertida con las acciones de la actual administración para crear espacios de consulta, en donde los mecanismos de gobernanza son mayúsculos para recopilar las voces de los actores de la cuádruple hélice.

Estos ejercicios se han plasmado en conversatorios, talleres y foros diversos llevados a cabo desde el periodo de transición del gobierno actual. Sin embargo, la eficacia y funcionalidad de estos ejercicios aun no puede ser evaluada.

En cuanto al marco institucional es importante puntualizar que al interior de las mismas instituciones se presentan discrepancias que complejizan el fortalecimiento del SNCTI ya que la CTI se desenvuelve en una doble dirección, siendo que por un lado el CONACYT exige colaboraciones interinstitucionales, convenios de infraestructura compartida y la atención de necesidades desde la multi y transdisciplinariedad; mientras que por otro lado, esta misma institución posee reglas de operación para los estímulos a la investigación que premia el individualismo, lo que se contrapone con lo anterior. Esto genera inestabilidad y desconcierto en el SNCTI.

Por otra parte, Se rescata la importancia de políticas de largo aliento, señalando que la continuidad constituye una de las mayores debilidades del SNCTI. En las políticas de impulso a las capacidades científicas y tecnológicas, el horizonte temporal es fundamental; análisis prospectivos a una década son más que pertinentes, esto si consideramos que incluso en la formación de capital humano de alto nivel este es el tiempo necesario de formación (siendo el tiempo promedio de un estudiante en cursar licenciatura o ingeniería y posgrados). Lo anterior se fortalece con la premisa de que el quehacer científico y de innovación tiene

una naturaleza multianual, ya que los proyectos de esta índole pueden tomar más de una década en formalizarse, ponerse en operación y, aún más tiempo, en generar beneficios.

Con base en lo anterior, es de destacar que los cambios sexenales (a nivel federal) y trienales (a nivel municipal) obstaculizan la continuidad de proyectos necesarios para la transformación científica y tecnológica. De igual forma es necesario reconocer la importancia que los tres niveles de gobierno tienen en el ejercicio de las políticas públicas, ya que los espacios municipales constituyen el primer punto de control entre los ciudadanos y los demás órganos de gobierno.

En cuanto al manejo del financiamiento público en CTI debemos reflexionar en torno a ¿Qué tan eficiente se aplican los recursos públicos en el país?, ¿Cuáles el valor social obtenido a partir de dicha inversión? y ¿De qué forma esta dirección de recursos contribuyen a la solución de los problemas nacionales? Para responder a estos cuestionamientos es fundamental retomar el tema de la evaluación de impacto de las PCTI así como contar con instrumentos de evaluación que permita mejorar la gestión de los apoyos públicos. Esta evaluación de los programas de financiamiento de la I+D es un asunto pendiente y un reto para las políticas públicas, especialmente porque las evaluaciones a los programas requieren superar los enfoques de manejo limitado de estadísticas en torno a los montos otorgados, el número de proyectos o el número de vinculaciones. Ante esto, es importante la inclusión de conceptos más integrales como el de ‘adicionalidad⁵’ en la evaluación de impacto de las PCTI.

Una adecuada estrategia de evaluación de impacto permitiría identificar posibles focos de desvío de recursos. Sin embargo, ante la ausencia de mecanismos de control y evaluación de los fondos dirigidos en concurrencia a la iniciativa privada, se ha decidido eliminar programas completos de impulso a la innovación, realizando ‘cortes a machete’ en lugar de a bisturí’ como sería necesario.

Esta nueva administración se ha empeñado en diferenciarse y distanciarse de la gestión hecha por la pasada administración federal; sin embargo, los nuevos tomadores de decisiones pueden cometer desaciertos al buscar una renovación absolutista, sin considerar lo bien hecho en el país. México merece otra forma de tomar decisiones.

REFERENCIAS

BORRÁS, S. & EDQUIST, C. (2013) The Choice of Innovation Policy Instruments en *Technological Forecasting and Social Change*, 80 (2013) 1513-1522.

⁵ Este enfoque de adicionalidad define los beneficios obtenidos como resultado de la intervención pública, mismos que no existirían de no ser por dicha intervención. Este enfoque puede aportar mayor información para aumentar la eficiencia en la asignación de recursos de CTI, asimismo, un análisis de adicionalidad del financiamiento al desarrollo tecnológico y la innovación llevaría a entender sus efectos y, seguramente, a diseñar una política más activa, con mayores recursos, y no a tomar decisiones precipitadas y sin sustento en la evidencia.

- CEJUDO, Guillermo M. y MICHEL, Cynthia L. 2014. *Coherencia y políticas públicas. Metas, instrumentos y poblaciones objetivo*. DTAP 284. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- CAZORLA, A., y DE LOS RÍOS, I. (2002) “Sensibilidad social y desarrollo rural: la innovación como proceso de aprendizaje social” en De los Ríos, I (Coord.) *Innovación para el desarrollo rural: la iniciativa leader como proceso de aprendizaje*, Madrid Consejería de Economía e Innovación Tecnológica. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, “Antecedentes”, en *Ciencia y Tecnología*. Disponible en <www.diputados.gob.mx/cesop/>
- Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT (2018) *Redes temáticas*. Disponible en <<https://www.conacyt.gob.mx/index.php/el-conacyt/desarrollo-cientifico/redes-tematicas-conacyt>>
- _____, (2017) “Informe general del estado de la Ciencia, la Tecnología la Innovación 2017”. Versión electrónica. CONACYT, México.
- Diario Oficial de la Federación, DOF (2019). Disponible en <https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5560457&fecha=15%2F05%2F2019&print=true>
- DUTRENÍT, Gabriela, y SUTZ, Judith (2013) “Sistemas de innovación para un desarrollo inclusive. La experiencia latinoamericana”, Foro Consultivo, Científico y Tecnológico- LALICS, México. p. 381.
- Edler and Fagerberg (2017), *Innovation policy: what, why, and how*, Oxford Review of Economic Policy, 33, 1, January 2017, 2–23
- Foro Consultivo, Científico y Tecnológico, FCCyT (2018) “Catálogo de programas para el fomento a la innovación y la vinculación en las empresas”. Disponible en línea <<https://www.foroconsultivo.org.mx/FCCyT/proyectos/cat%C3%A1logo-de-programas-para-el-fomento-la-innovaci%C3%B3n-y-la-vinculaci%C3%B3n-en-las-empresas>>
- _____, (2017) “Compras públicas de innovación” INCyTU. Disponible en <https://www.foroconsultivo.org.mx/INCyTU/documentos/Completa/INCyTU_17-004.pdf>
- Gobierno de México (2019) “Programas Nacional Estratégicos”. Disponible en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/448752/Programas_Nacionales_Estrat_gicos.pdf>
- Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, IMPI (2019) “IMPI en cifras”. Disponible en <<https://www.gob.mx/impi/documentos/instituto-mexicano-de-la-propiedad-industrial-en-cifras-impi-en-cifras>>
- KNIGHT, F.H. (1921). *Risk, Uncertainty, and Profit*. Boston, MA: Houghton Mifflin.
- LUNDEVALL, B. A. (2007), ‘National Innovation Systems—Analytical Concept and Development Tool’, *Industry & Innovation*, 14, 95–119.
- _____, BORRAS, S., (1997) *The globalizing learning economy: implications for innovation policy*. Bruselas: European Commission.
- Presupuesto de Egresos de la Federación, PEF (2019). Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2019_281218.pdf>

- _____, (2018) Disponible en «https://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/work/models/PTP/Presupuesto/DecretosPEF/Decreto_PEF_2018.pdf»
- SALAZAR, Mónica, LOZANTO-BORDA, Marcela y LUCIO-ARIAS, Diana (2013) “Ciencia, tecnología e innovación para un desarrollo inclusivo en Colombia: Programas piloto desarrollados por Colciencias” en Dutrenít, Gabriela y Sutz, Judith. “Sistemas de innovación para un desarrollo inclusivo. La experiencia latinoamericana”, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, AC. LALICS. p. 383.
- SALOMÓN, J.-J., SAGASTI, F. y SACHS, C., (1996) “Una búsqueda incierta. Ciencia, tecnología y desarrollo”, México: Fondo de Cultura Económica.
- SOLLEIRO, José Luis y GONZÁLEZ, Albertina [coord.] (2012) “Políticas de innovación: concepto y experiencias internacionales”, COMECYT, México. p. 177.
- United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD (2019) A framework for Science, technology and innovation policy reviews. United Nations. Switzerland. Págs. 22.
- World Bank (2017) Investigadores dedicados a investigación y desarrollo (por cada millón de personas). Disponible en «<https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.SCIE.RD.P6?end=2017&start=1996&view=chart>»
- World Economic Forum, WEF (2018) “The Global Competitiveness Report 2018” Disponible en «<https://es.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2018>»
- World Intellectual Property Organization, WIPO (2017) “Global Innovation Index 2018”. Disponible en “Global Innovation Index 2018”. « <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4330>»
26. Wad, A. (1996) “Las políticas científicas y tecnológicas”. En J. Salomón, F. Sagasti, F. y C. Sachs, *Una búsqueda incierta. Ciencia, tecnología y desarrollo*, México: Fondo de Cultura Económica.

Actores del SNCTI referenciados

- FUNES, R. (2019) Comunicación dada a público en general y asistentes en el marco del Foro de parlamento abierto para el análisis y discusión del PND 2019-2024 en C. Diputados (junio, 2019).
- PAREDES, Beatriz (2019) Comunicación dada a público en general y asistentes en el marco de la mesa redonda “Ciencia en México: ¿para qué?” COLMEX (mayo, 2019)
- SERRATO VELASCO, Juan José (2019) Comunicación dada a público en general y asistentes en el marco del Foro de parlamento abierto para el análisis y discusión del PND 2019-2024 en C. Diputados. (junio, 2019)
- ZAMBRANO ROBLEDO, Patricia UANL, Comunicación dada a público en general y asistentes en el marco del Conversatorio para el análisis del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en C. Diputados (marzo, 2019).