

BOLETÍN MEXICANO de Derecho Comparado 170

Nueva Época Vol. 57 Núm. 170 Mayo-Agosto 2024

ISSN versión electrónica: 2448-4873

ISSN versión impresa: 0041-8633

<https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170>

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretaria técnica

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 57, número 170, mayo-agosto de 2024, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 55 5622 7474, correo electrónico: *bmdc.ijj@unam.mx*. Editor responsable: Camilo Saavedra Herrera. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2002-060413380600-102. ISSN versión electrónica: 2448-4873; ISSN versión impresa: 0041-8633. Número de certificado de licitud de título: 2096. Número de certificado de licitud de contenido: 1327.

Diseño de interiores y formación en computadora:
Ricardo Hernández Montes de Oca

Cuidado de la edición:
Celia Carreón Trujillo
Ricardo Hernández Montes de Oca
Alejandro Montiel Velázquez
Enrique Rodríguez Trujano

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Directores

Karina Ansolabehere
Francisco Alberto Ibarra Palafox
Andrea Pozas Loyo
Camilo Emiliano Saavedra Herrera

Coordinación editorial

Ricardo Hernández Montes de Oca

Comité Editorial

Óscar Cruz Barney (México); Susana Dávalos Torres (México); Flavia Freidenberg (México); Nuria González Martín (México); Luis René Guerrero Galván (México); Ma. Carmen Macías Vázquez (México); Raúl Márquez Romero (México); Montserrat Pérez Contreras (México); Alfredo Sánchez Castañeda (México); José María Serna de la Garza (México).

Comité Científico

Francisco Balaguer Callejón (España); Enrique Calvo Nicolau (México); José Ramón Cossío (México); Lawrence Friedman (Estados Unidos); Sergio García Ramírez (México); Juan Luis González Alcántara (México); Roberto Ibañez Mariel (México); Jean-Claude Javillier (Francia); Donald McRae (Canadá); Jorge Madrazo Cuéllar (México); Loretta Ortiz Ahlf (México); Rogelio Pérez Perdomo (Venezuela); Fernando Serrano Migallón (México); Jean Michel Servais (Bélgica); José Luis Soberanes (México); Gerald Torres Cornell (Estados Unidos); Diego Valadés (México); Arturo Zaldívar Lelo de la Rea (México).

Comité Asesor

Jorge Carlos Adame Goddard (México); María Mercedes Albornoz (México); César Astudillo (México); Manuel Becerra Ramírez (México); Ingrid Brena Sesma (México); Leticia Bonifaz Alfonso (México); José Antonio Caballero Juárez (México); Miguel Carbonell (México); Gabriel Cavazos Villanueva (México); Enrique Cáceres Nieto (México); Francisco Contreras Vaca (México); Alexei Julio Estrada (Colombia); Jorge Fernández Ruiz (México); Eduardo Ferrer MacGregor (México); Imer B. Flores (México); Sandy Gaines (Estados Unidos); David Gantz (Estados Unidos); María del Refugio González (México); Leticia García Villaluenga (España); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México); Alfonso Herrera García (México); Carla Huerta Ochoa (México); Patricia Kurczyn Villalobos (México); Sergio López Ayllón (México); José Pedro López Elías (México); Ricardo Méndez-Silva (México); Jonathan Pratter (Estados Unidos); Gabriela Ríos Granados (México); Carlos Reynoso Castillo (México); Andrés

Rodríguez Benot (España); Víctor Manuel Rojas Amandi (México); Javier Saldaña Serrano (México); Miguel Sarre Iguíniz (México); Gustavo Vega Cánovas (México); María Hernany Veytia Palomino (México); Luis Daniel Vázquez Valencia (México); Jorge Witker (México); José Roldán Xopa (México).

Boletín Mexicano de Derecho Comparado por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Primera edición: 22 de octubre de 2024

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN versión electrónica: 2448-4873

El *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* se encuentra registrado en los siguientes índices, directorios y bases de datos nacionales e internacionales:

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE)

Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC)

CONACYT

Dialnet

Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP)

International Political Science Abstracts (IPSA)

Latindex: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes (MIAR)

Scientific Electronic Library Online (SciELO México)

Scielo Citation Index (SCI)

Scopus

Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN)

Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)

Contenido

Artículos

El lenguaje inclusivo y no-sexista. Una mirada general desde el enfoque iusfilosófico y sociojurídico.	3
Johana Barreto Montoya	
Pamela Tinoco Ordoñez	
Derechos, capacidades y desarrollo humano: una lectura desde el constitucionalismo latinoamericano.	39
José de Jesús Becerra Ramírez	
Héctor Alexis Viveros Sánchez	
El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo	65
Jaime Cárdenas Gracia	
Iusfera y circuitos normativos	99
Juan José Franco-Cuervo	
Desaparición de personas en México. Una perspectiva desde las sentencias judiciales	137
Zoraida García-Castillo	
Anahy Rodríguez González	
Karla Ivonne Vázquez Barrera	
Entre la tradición y el modelo por competencias: siete tesis sobre el diseño de los planes de estudio en la carrera de Derecho	175
Roberto Lara Chagoyán	

Una mirada a la transparencia fiscal como soporte óptico de la fiscalidad participativa. Unas notas a la realidad jurídica cubana. .	207
Reynier Limonta Montero	
Reflexiones en torno al cosmopolitismo desde una perspectiva democrática para la defensa de una ciudadanía global.	235
Joaquín Ordóñez	
Mónica Natalia Martínez Mejía	
Interactions between regulatory realms: new administrative law and credit rating agencies in a globalized society	261
Alicia I. Saavedra Bazaga	
Trayectorias e iniciativas legislativas en México: ¿qué propuestas defienden los diputados con antecedentes en grupos de interés? . .	299
Diego Solis Delgadillo	
Josafat Cortez Salinas	

ARTÍCULOS

El lenguaje inclusivo y no-sexista. Una mirada general desde el enfoque iusfilosófico y sociojurídico

The inclusive and non-sexist language. A general overview from a legal-philosophical and socio-legal perspective

Johana Barreto Montoya

 <https://orcid.org/0000-0002-9250-9220>

Universidad Católica de Colombia. Colombia

Correo electrónico: ljbarreto@ucatolica.edu.co

Pamela Tinoco Ordoñez

 <https://orcid.org/0009-0009-5716-7454>

Universidad Católica de Colombia. Colombia

Correo electrónico: ptinoco85@ucatolica.edu.co

Recepción: 16 de mayo de 2024 | **Aceptación:** 23 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19138>

Resumen: En las últimas décadas, el lenguaje inclusivo y no sexista se ha vuelto central en estudios lingüísticos, filosóficos y jurídicos. Su objetivo es adaptar el lenguaje para promover la igualdad de género y reflejar la diversidad social. Reformar el lenguaje legal puede influir en la percepción pública y la aplicación de la ley, favoreciendo una representación equitativa de los géneros. Sin embargo, estas reformas enfrentan desafíos, como la resistencia al cambio y la necesidad de equilibrar la claridad jurídica con la inclusividad. La adaptación lingüística debe responder a la demanda de igualdad, preservar la identidad a través del lenguaje lingüística y ajustarse a las dinámicas sociales contemporáneas.

En virtud de lo expuesto, el propósito central de este estudio radica en la reflexión iusfilosófica y sociojurídica sobre la conciliación entre el reconocimiento de los derechos de los grupos destinatarios del lenguaje inclusivo-no sexista y la responsabilidad compartida entre la sociedad y la institucionalidad, mediante el uso de una metodología de carácter analítico con enfoque dogmático. Por ello, el documento revisará la presunta necesidad y viabilidad de hacer un cambio al ordenamiento jurídico colombiano y sus acepciones normativas, teniendo

en cuenta igualmente, los procesos surtidos en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Asimismo, el presente trabajo pretende poner de resaltar las disparidades generadas por la fragmentación de la población respecto al reconocimiento del lenguaje inclusivo, con el fin último de ofrecer consideraciones que puedan respaldar el proceso de adaptación lingüística. **Palabras clave:** lenguaje inclusivo; lenguaje no sexista; derechos; dignidad humana; transformación lingüística; género; sexo.

Abstract: In recent decades, inclusive and non-sexist language has become central to linguistic, philosophical, and legal studies. Its goal is to adapt language to promote gender equality and reflect social diversity. Reforming legal language can influence public perception and the application of the law, favoring an equitable representation of genders. However, these reforms face challenges, such as resistance to change and the need to balance legal clarity with inclusivity. Linguistic adaptation must respond to the demand for equality, preserve linguistic identity, and align with contemporary social dynamics.

In light of the above, the central purpose of this study lies in the iusphilosophical and socio-legal reflection on the reconciliation between the recognition of the rights of the groups targeted by inclusive and non-sexist language and the shared responsibility between society and institutions. This is achieved through the use of an analytical methodology with a dogmatic approach. Therefore, the document will review the presumed necessity and feasibility of making a change to the Colombian legal system and its normative meanings, also taking into account the processes undergone in other Latin American legal systems. Additionally, this work aims to highlight the disparities generated by the fragmentation of the population regarding the recognition of inclusive language, with the ultimate goal of offering considerations that may support the linguistic adaptation process.

Keywords: inclusive language; nonsexist language; rights; human dignity; linguistic transformation.

Sumario: I. Introducción. II. Formas de lenguaje e identidades de género. III. Lenguaje inclusivo y lenguaje no sexista. IV. Sexo y género gramatical. V. Lenguaje, justicia social y equidad de género. VI. El derecho a la identidad y dignidad humana. VII. Inicio de debate: la idea del lenguaje inclusivo y no sexista en países de lengua castellana. VIII. Efectos secundarios de la transformación lingüística como responsabilidad legislativa. IX. Conclusión. X. Referencias.

I. Introducción

La lengua es un sistema mediante el cual la especie humana obtiene la mayor parte de su conocimiento, y al mismo tiempo, es un constructo social. Las convenciones sociales del lenguaje son las responsables de crear las di-

ferentes ideologías y estereotipos. No obstante, entendemos que el lenguaje está vivo y en constante evolución, pues las lenguas no son inherentes a la especie humana; por el contrario, la lengua es adquirida culturalmente, hablamos por imitación y esto nos indica que en tal sentido la lengua puede ser alterable.

Alfredo Rocha de la Torre, en su artículo titulado *Más allá de las palabras: El lenguaje en la filosofía de Heidegger*, establece que

El lenguaje es uno de los ejes fundamentales de la filosofía heideggeriana posterior a la Kehre. Heidegger lo aborda desde una perspectiva ontológica y fenomenológica que busca acceder a su esencia de una manera directa a partir de la experiencia de su propio acontecer. De esta manera puede ir más allá de las perspectivas que reducen el fenómeno lingüístico a un simple instrumento al servicio del hombre, y plantear el carácter ontológico del mismo, al considerarlo como condición originaria de la apertura y la apropiación de mundo. Estos dos rasgos esenciales del lenguaje encuentran en la poesía (*Dichtung*) el ámbito de su despliegue. (De la Torre, 2005, p. 2)

El androcentrismo, al situar al hombre como el centro y medida de todo, tiene un lugar privilegiado en el lenguaje, influyendo en su estructura y en la realidad social. Este enfoque ha perpetuado la discriminación hacia las mujeres y diversas colectividades a lo largo de la historia. El androcentrismo no sólo se refleja en la estructura social, sino también en la evolución de las lenguas, como el español.

La lengua española es una lengua romance; sin embargo, cuando hablamos de lenguas y dialectos, podríamos concluir que el español se debería entender como un dialecto, pues si nos vamos al significado propio de la palabra dialecto, la RAE lo establece como “la variedad de una lengua en un territorio determinado”. Es decir, el español proviene del latín y, como se conocían, lenguas de género.¹

¹ “Las lenguas romances son idiomas modernos que han evolucionado desde los tiempos de Roma, más específicamente del latín vulgar. El latín fue la lengua de los romanos durante los siglos III al VIII. Conforme los romanos viajaron y se asentaron en toda Europa, surgieron varios dialectos del latín. El término “latín vulgar” hace referencia a estos dialectos, y son éstos mismos los que conforman todas las lenguas romances. Se estima que existen

Las lenguas de género tienen una peculiaridad y es que el masculino no sólo es específico, sino genérico; razón por la cual las mujeres históricamente han estado invisibilizadas y el encargado de direccionarlas ha sido el hombre, pues ha sido el género que ha tenido el poder, y el que tiene el poder, tiene la palabra. Pero también se sabe que el lenguaje es dinámico, que puede ser modificado. Los grandes escritos que han llevado a la sociedad a establecer sus marcos de cultura y educación han sido escritos por hombres,² y como ya dijimos, son los que han tenido el poder en el lenguaje.

Ahora bien, la lengua, como sistema de comunicación simbólico, posee varias formas de lenguaje. No obstante, el lenguaje verbal, oral y escrito es el que constituye un sistema articulado, el cual es base para la creación y materialización del pensamiento, el sentimiento y su traducción en acciones.

La evolución de la lengua castellana es un fenómeno fascinante, seductor y deslumbrante que refleja la mutabilidad peculiar de la comunicación humana. En esta evolución, se observa un proceso de selección natural lingüística, donde ciertas palabras y estructuras gramaticales ceden su lugar en el escenario lingüístico, mientras otras emergen con fuerza renovada.

Entre esta metamorfosis podemos destacar el progresivo desuso de pronombres como vosotros para Latinoamérica, cuya relevancia se ve cada vez más limitada en el discurso contemporáneo. A su vez, la Real Academia Española ha sido testigo y agente de estos cambios, eliminando del repertorio palabras como cuñadez (para referirse a la relación entre cuñados) o desa-

más de 900 millones de hablantes nativos de lenguas romances a nivel global. La mayoría de estos hablantes viven en las Américas, Europa y algunas partes de África. Las lenguas romances más habladas son españolas (489 millones), portugués (250 millones), francés (77 millones), italiano (67 millones) y rumano (24 millones)” (Hartley, 2021).

² No es de extrañar que esta sea la razón por la que muchas voces femeninas a lo largo de la historia, hayan optado por la construcción de un *alter ego* que fuera su perfil literario, nombrándolo con un seudónimo masculino por lo general para alcanzar la posibilidad de publicación o sencillamente optaban por desaparecer de la historia bajo un simple anónimo, esto fue una problemática social que se manifestó por medio de las letras, debido al rol de género que se deseaba mantener en la mujer de la época, algunos ejemplos de esto como nos indica Joan Hoffman son; Jane Austen, ocultando su identidad bajo la etiqueta Por una dama, Maria Edgeworth, Ann Radcliffe, Mary Shelley, con sus primeras publicaciones en anónimo y las magníficas Charlotte, Emily y Anne Bronte publicaron con pseudónimos de Currer, Ellis y Acton Bell (Raven, 2003).

migo (sustituto de “enemigo”), así como términos ochentañal, utilizado para describir a aquellos individuos octogenarios.

Sin embargo, este proceso no sólo implica la pérdida de ciertas expresiones, sino también la incorporación de nuevas palabras que reflejan las realidades procedentes de nuestra colectividad contemporánea. Ejemplos notables de esta adaptación son anglicismos como back up, ok, software o master, ahora integrados en el rico tapiz lingüístico avalado por la RAE.

Este dinamismo lingüístico es un reflejo directo de los cambios en nuestra realidad social y cultural. En este constante flujo de innovación, el lenguaje se convierte en un vivo testimonio de nuestra evolución como sociedad, adaptándose y transformándose para dar voz a nuestras experiencias de cambio.

Ahora bien, el proceso de adaptación del lenguaje, en algunos escenarios, ha generado debates y polarización tanto en el ámbito académico como en la esfera pública (sociedad-Estado). Este es el caso del lenguaje inclusivo y el lenguaje no sexista, donde las críticas y resistencias han surgido desde diversas posiciones, algunas argumentando que los cambios pueden complicar la comunicación o ser percibidos como una imposición ideológica. Por otro lado, la colectividad defensora sostiene que el lenguaje inclusivo y lenguaje no sexista, es una herramienta esencial para la construcción de una sociedad más equitativa y justa. También para disminuir la estigmatización de género a través del lenguaje.

Así las cosas, dentro de lo expuesto, se presenta la siguiente pregunta de investigación: ¿bajo qué criterios se implementa el lenguaje inclusivo y no-sexista como herramienta transformadora y reivindicatoria de derechos? Esta pregunta nos impulsa a pensar los siguientes escenarios a tener en cuenta; en primer lugar, se hace necesario poner en evidencia cómo el lenguaje inclusivo constituye en sí mismo una respuesta al impacto negativo y rebelde que trae consigo el uso discriminatorio del lenguaje, frente a las formas de identificación sexual y de género imperante en varios estamentos de la sociedad posmoderna; y en segundo lugar, nos empuja a ahondar en la respuesta que tendría el entorno social a los cambios lingüísticos, que trae consigo las nuevas identificaciones de género y de sexo, presentes en las sociedades posmodernas, y cómo responden a exigencias institucionales y académicas que les han dado sentido a lo largo de la historia moderna.

Para responder a la anterior pregunta, será necesario revisar, desde el marco conceptual, las diferentes formas de lenguaje e identidades de género, como antecedente del debate objeto de este escrito.

II. Formas de lenguaje e identidades de género

Es preciso abordar las formas de lenguaje e identidades de género, con el fin de entender las necesidades y reclamos en la diversidad de la población. En primer lugar, se conoce que existen dos grandes formas de lenguaje: el oral y el escrito.³

También es imprescindible saber que estos tipos de lenguaje se subdividen, de acuerdo con la diversidad poblacional y las capacidades desarrolladas por la misma. Por ejemplo, la existencia del lenguaje natural o coloquial, que hace referencia al que se usa en el desarrollo natural de la vida; también encontramos el lenguaje artificial, que requiere reglas gramaticales y morfológicas, pero que, a su vez, se divide en otros subtipos, como es el lenguaje literario, lenguaje científico, lenguaje simbólico o braille. Por último, podemos traer a esta clasificación el lenguaje no verbal, como es la lengua de señas, lenguaje kinésico, entre otros.

A pesar de la diversa existencia de formas de lenguaje, pareciera que la comunicación entre los seres humanos no es tan fluida, pues algunos grupos poblacionales, reclaman la visibilidad y reconocimiento de sus identidades⁴ en las formas de lenguaje escrito y oral.

³ “El lenguaje es un sistema de signos que utiliza el ser humano, básicamente, para comunicarse con los demás o para reflexionar consigo mismo. Este sistema de signos puede ser expresado por medio del sonido (signos articulados) o por medios gráficos (escritura). Estas dos posibilidades de los signos lingüísticos corresponden a los dos usos del lenguaje que llamaremos código oral y código escrito” (Del Carmen Ugalde, 1989, p. 17).

⁴ Al respecto la investigadora Teresa de Laurentis señala en una de sus entrevistas de los últimos años: “A mediados de la década de 1980 propuse la idea de una «tecnología del género». Me pregunté: si el género no es una simple derivación del sexo anatómico sino una construcción sociocultural, ¿cómo se logra aquella construcción? Me pareció que el género era una construcción semiótica, una representación o, mejor dicho, un efecto compuesto de representaciones discursivas y visuales que, siguiendo a Michel Foucault y Louis Althusser, yo vi emanar de varias instituciones —la familia, la religión, el sistema educacional, los medios, la medicina, el derecho—, pero también de fuentes menos obvias: la lengua, el arte, la

III. Lenguaje inclusivo y lenguaje no sexista

Teresa Meana, feminista licenciada en filología románica y experta en lenguaje no sexista, hace una reflexión bastante agraciada, pero clara y contundente en la conferencia del Centro de Formación de la Cooperación Española en Montevideo en el año 2016, pues indica que el tal llamado sexto sentido que presuntamente tienen las mujeres, está relacionado con la necesidad de adivinar cuándo las mujeres están o no incluidas en un contexto y conversación.⁵ Un ejemplo de esto es cuando se refieren a ciudadanos, los estudiantes, los trabajadores y las mujeres, normalmente deben preguntarse si están —o no— incluidas en este grupo de personas. A lo anterior, nos referimos a lenguaje sexista y precisamente hace alusión a aquellas expresiones comunicativas, que no son neutras, y por el contrario establece estereotipos⁶ y roles de género que, evidentemente, terminan convirtiéndose en una de las formas de discriminación más recurrentes de la sociedad.

Entonces, hablar de lenguaje inclusivo⁷ se debe referir a la manera más generalizada, respecto del reconocimiento de la diversidad en todos

literatura, el cine, etcétera. Sin embargo, el ser una representación no lo previene de tener efectos reales, concretos, ambos sociales y subjetivos, en la vida material de los individuos. Por el contrario, la realidad del género consiste precisamente en los efectos de su representación: el género se «real-iza», llega a ser real, cuando esa representación se convierte en auto-representación, cuando uno lo asume individualmente como una forma de la propia identidad social y subjetiva. En otras palabras, el género es tanto una atribución como una apropiación: otros me atribuyen un género y yo lo asumo como propio —o no—“ (De Laurentis, 2015).

⁵ Siguiendo esta idea, la investigadora Teresa Meana, complementa los planteamientos antes descritos en su conferencia “Lenguaje Inclusivo y no-sexista”. <https://www.youtube.com/watch?v=S93mWv0FfZE>

⁶ “Los estereotipos son prejuicios, suposiciones, actitudes y creencias que solemos tener frente a grupos de personas, los aplicamos de manera negativa y sesgan la percepción de la realidad” (Instituto Nacional Electoral, 2020).

⁷ “El lenguaje inclusivo tiene como objetivo nombrar para dar visibilidad a las diversas existencias que tiene la humanidad; por ejemplo, las personas con discapacidad, pueblos originarios, mujeres y disidencias. Es decir, el lenguaje inclusivo supone un campo semántico bien amplio y abarca muchas realidades, luchas e identidades. A su vez el lenguaje inclusivo no sexista (LINS) son expresiones comunicativas, contrarias el lenguaje sexista que invisibiliza a las mujeres y diversidades, las subordinan, violentan y estereotipan. Este también recibe otros nombres como lenguaje no sexista, lenguaje inclusivo en cuanto a género. Incluso hay

los conceptos que estén delineados por el enfoque diferencial, mientras que, para llevar a la práctica el lenguaje no sexista, será necesario entender que los estereotipos y roles desarrollados por la sociedad no pueden ser clasificados en atención a la estructura biológica de las personas.

IV. Sexo y género gramatical

Desde una perspectiva iusfilosófica, es esencial distinguir entre sexo y género gramatical para abordar el sexismo lingüístico.⁸ El sexo se refiere a las características biológicas que definen a los seres vivos como masculinos, femeninos o intersexuales basándose en aspectos físicos y genéticos. En cambio, el género gramatical es un constructo lingüístico que clasifica sustantivos como masculinos, femeninos o neutros, sin relación directa con el sexo biológico. Esta distinción es crucial para entender cómo el género gramatical afecta la concordancia de adjetivos sin implicar características sexuales o de género.

Aunado a lo anterior, el reconocimiento de las personas no sólo se basa en un contexto binario, el cual referencia a las personas sujetos de comunicación, exclusivamente como masculinos y femeninos, pues si bien es cierto que la existencia de nuevas formas de autorreconocimiento no responde al es-

quienes desean llamarle lenguaje feminista y en esto no estoy de acuerdo porque si bien nació con el impulso del feminismo hace varias décadas, llamarlo así quedaría encasillado. Si le otorgamos la etiqueta del feminismo estaríamos colocándolo en un lugar de uso específico y no masivo. Lo que digo es que existe lenguaje científico, lenguaje jurídico y estos son lo que en retórica se denomina «específicos», porque poseen circulación en cierto contexto, pero si lo que queremos con el LINS es la inclusión hay que llegar a todos los ámbitos” (Cáceres, 2020).

⁸ “Una de las cuestiones más polémicas relacionadas con el sexismo lingüístico proviene de la confusión que se establece entre sexo y género gramatical. Mientras que el sexo es un rasgo biológico que poseen algunos seres vivos, el género gramatical es un rasgo inherente a determinados tipos de palabras, que sirve para clasificar los sustantivos en masculinos y femeninos y, en el caso de los adjetivos y determinantes, para establecer su concordancia” (UNED, 2012).

tándar biológico, sino también a la identidad de género,⁹ expresión de género¹⁰ y orientación sexual.¹¹

Cabe resaltar que las anteriores categorías se subdividen, reflejando el dinamismo identitario de las personas y permitiendo concluir que la humanidad se diferencia de las demás especies, por su capacidad de razonar, en tal entendido, ésta es una de las muestras y respuestas a tal consideración.

V. Lenguaje, justicia social y equidad de género

La Real Academia Española, ampliamente criticada por el sexismo persistente en algunas de las entradas y acepciones del DLE (Diccionario de la lengua española), no ha permanecido ajena al debate, y es constantemente buscada por los y las hablantes como fuente de autoridad para clausurar la polémica (Niklison, 2020).

Cabe señalar que, aunque la RAE es una autoridad reconocida frente al uso del lenguaje, existen otras instituciones igualmente importantes y con gran respaldo académico que, contrario a la RAE, reconocen el uso del lenguaje inclusivo “no sexista”. Este es el caso de la Fundación del Español Urgente (FUNDEU), quienes han insistido en que “los dueños de la lengua

⁹ Desde la identidad de género, se entiende cómo se concibe cada persona, es decir, como mujer, hombre o queer. Quizás el concepto de queer aun cuenta con diversas respuestas respecto a su caracterización, pero por el mismo motivo cuando entendemos la palabra queer durante décadas se ha remontado a algo inusual o que esta fuera del común denominador, es decir diferente. La guía de conceptos de un lenguaje inclusivo de Fundeu establece: “Queer: persona que no es heterosexual o cisgénero. Rechaza ser clasificada por sus prácticas sexuales o su género para no limitar su experiencia como persona” (Bugarín y Domingo, 2019).

¹⁰ En el marco de la expresión de género, también se encuentran aquellas demostraciones basadas en los roles, formas de vestir y comportamiento. Para esto, su clasificación será adecuada entre fémica, andrógino y masculino; siendo la segunda, según Fundeu “rasgos externos que no se corresponden definitivamente con los de su propio sexo” (Bugarín y Domingo, 2019).

¹¹ Para entender la referencia de la orientación sexual, no será más que necesario establecer la atracción sexual, física o emocional del sexo contrario, ambos sexos o el mismo sexo, las cuales han dado lugar a términos como bisexual heterosexual u homosexual para su reconocimiento.

son los habitantes y no la academia. La academia solo regula sus usos” (Sautié, 2016).

Tampoco es un secreto que existe una inmensa apatía, por parte de la población hablante de la lengua española, hacia el lenguaje inclusivo y lenguaje no sexista, pues aunque por un lado tenemos las personas que apelan al uso debido del lenguaje inclusivo y no sexista, como población objeto del mismo (comunidad LGTBIQ, mujeres, población con discapacidad entre otros), también se encuentran las personas que, si bien no son excluidas desde el lenguaje, hacen parte de la población dispuesta a usar los lenguajes propuestos para la inclusión.

Por último, tenemos aquella parte de la población disidente, opositora y divergente respecto el uso del lenguaje inclusivo y lenguaje no sexista; aquellos y aquellas que no aceptan el cambio del paradigma, manteniéndose en una posición más indolente. Este último grupo al parecer demora el cambio de paradigma afectando a la comunidad receptora del lenguaje inclusivo y no sexista, razón por la cual, algunas personas insisten en que el no uso de este tipo de lenguajes, es una falta a los derechos.¹²

Por otra parte, la oposición de la RAE para el uso del lenguaje inclusivo “no sexista”, ha puesto en tela de juicio el posicionamiento de la misma institución como autoridad lingüística, pues al parecer, el argumento utilizado en cada una de sus intervenciones es ajeno a la realidad social y se ha direccionado al descontento de una parte de la población que, como ya indicamos, son sujetos directos del lenguaje inclusivo o aquellos y aquellas que apoyan dicha militancia. Existen diferentes razones para explicar la posición tan resistente al cambio por parte de la RAE, pero la más evidente es que la composición del personal que toma la decisión de transformación del lenguaje es una su mayoría históricamente, masculino. Situación que, de antemano, invisibiliza y excluye la participación de las mujeres. Esto quiere decir que la RAE presuntamente es una institución que responde al patriarcado, el reconocimiento y visibilización de otras colectividades, amenaza el androcentrismo en el cual se desarrolla toda su actividad.

¹² El reclamo de respeto de los derechos humanos consiste en tratar, en lo posible, de lograr una mayor equidad, en lugar de una inalcanzable igualdad, a la hora de exigir la debida consideración a las exigencias de ciertos grupos o personas (Picarella y Guadarrama, 2022, p. 161).

Como se expresó anteriormente, para algunas autoridades lingüísticas, las formas de uso de las lenguas son propias del pueblo, de sus habitantes y sólo estos serán capaces de producir efectos de cambio real en la comunicación.

Quienes sostienen la necesidad de modificar nuestra lengua para que sea más inclusiva o para que no sea sexista, basan su argumentación en la idea de que las formas gramaticales y lexicales cifran significados de los discursos sociales presentes en la cultura que las crea. Consideran que una lengua utilizada por una sociedad patriarcal deberá contener, cifrados en sus significantes, significados patriarcales y la persistencia en su utilización contribuye a la reproducción de la ideología patriarcal y a la invisibilización de la mujer y las lesbianas y personas travestis, trans y no binarias. (Niklison, 2020, p. 16)

Ahora bien, la propuesta de alterar el lenguaje para hacerlo más inclusivo y menos sexista se enfrenta a críticas que son necesariamente evaluadas. Si bien se reconoce la importancia de promover la igualdad de género y la inclusión de todas las identidades de la especie humana en sociedad, gran parte de la población discute que la transformación del lenguaje no es la solución más efectiva ni trascendente para abordar estas cuestiones, pues existe la necesidad de revisar otras herramientas que deben ser desarrolladas con el fin de hacer una transformación en el marco de equidad, como son las políticas públicas y la garantía real y efectiva de los derechos a toda la población.

Lo anterior no se considera alejado de la verdad en cierto sentido, pues la justicia social y la equidad deben estar inmersas en las políticas públicas y en el desarrollo efectivo de toda la población; además, desde una perspectiva sociojurídica, el lenguaje inclusivo y no sexista es visto como una respuesta a la histórica subrepresentación y marginalización de ciertos grupos. Implementarlo es un paso hacia la justicia social, corrigiendo desigualdades estructurales y simbólicas que perpetúan la subordinación. Esto no sólo responde a la persistente necesidad de las poblaciones diversas solamente, sino también a los compromisos internacionales respecto al tema, que se han forjado los gobiernos en sus ordenamientos jurídicos.

En efecto, podría decirse que la justicia social y la equidad es uno de los principales criterios que fundamentan el lenguaje inclusivo, pues sólo se habla

de lo que existe y se conoce, luego, si existen políticas públicas y directrices inclusivas, no sexistas, el lenguaje estará fundamentado en el marco de justicia social y equidad.

Por otro lado, desde la teoría crítica del derecho, el lenguaje básicamente es un instrumento de poder que tiene la capacidad tanto de oprimir como liberar, pues el control discursivo que tenemos la especie humana nos estructura como pensar y percibir las relaciones de sexo y género para el caso que nos ocupa. Por tal motivo, otro criterio que fundamenta el lenguaje inclusivo y no sexista, se asienta en el poder y el control discursivo.

Silvia Federici, aunque es más conocida por su trabajo en feminismo y economía, también ha abordado temas relacionados con el lenguaje en el contexto de la crítica al patriarcado. En su libro *El patriarcado del salario*,¹³ entre otros, argumenta que el lenguaje es una herramienta fundamental en la construcción de identidades y estructuras de poder. En su visión, el lenguaje inclusivo es crucial para dismantelar las estructuras patriarcales y promover una mayor equidad de género. El uso del lenguaje inclusivo y no sexista, puede ser visto como un primer paso hacia una transformación más amplia en las relaciones de poder y en la percepción social del género (Federici, 2018).

VI. El derecho a la identidad y dignidad humana

Otro de los fundamentos del lenguaje inclusivo se enmarca en la autodeterminación y autonomía, pues el derecho a la identidad incluye el respeto a la forma en que las personas eligen ser nombradas y reconocidas. El lenguaje inclusivo aborda esta demanda social, al permitir que las personas se identifiquen de acuerdo a como se conciben, aquello responde a la dignidad humana como valor central de los derechos humanos. El lenguaje no-sexista refuerza esta dignidad al evitar formas de expresión que refuercen estereotipos de género o minimicen la existencia de ciertos grupos.

¹³ Para consultar más información respecto a las ideas de Federici en materia de género, consultar su libro *Patriarcado del salario*. https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/TDS_map49_federici_web_0.pdf

Por último, pero no menos importante, se debe resaltar la importancia de la normatividad y el cambio social en la implementación del lenguaje inclusivo y no sexista mediante dos formas. En primer lugar, las normativas y políticas públicas que obligan su uso en las instituciones y documentos oficiales, fomentando un cambio cultural y social más amplio. En segundo lugar, además de la normatividad es clave educar y sensibilizar a la sociedad sobre la importancia del lenguaje inclusivo como una herramienta para erradicar la discriminación y promover la igualdad de género.

Es claro que ya existe una experiencia o realidad social que esta tatuada en nuestra cultura y que el cambio de esta no debería ser a través de una imposición normativa; en otras palabras, debería ser un proceso de empatía y no de deber, pero lastimosamente, el lenguaje discriminatorio, tiene un impacto profundo y negativo en la vida de las personas. No sólo perpetúa estereotipos de género, sino que también legitima y normaliza la exclusión de aquellas identidades que no encajan en las formas heteronormativas y patriarcales predominantes. Este impacto, se traduce en la erosión de la identidad y dignidad de las personas, afectando su capacidad para ser reconocidas y respetadas en la esfera pública y privada.

La propuesta de modificar nuestro lenguaje hacia una forma más inclusiva y menos sexista, encuentra sus raíces en un profundo análisis de la relación entre lenguaje y cultura. Aquellos que defienden esta transformación, sostienen que las formas gramaticales y léxicas no son simplemente herramientas de comunicación neutra, sino que están vinculadas naturalmente a los discursos sociales y culturales de la comunidad que las usa. El lenguaje es una herramienta de la comunicación y la comunicación busca informar lo que se piensa, luego si no se piensa, no existe, es invisible.

En el contexto de una cultura patriarcal, demuestra que este tipo de lenguaje refleja y perpetúa dinámicas de poder y desigualdad. Las palabras y estructuras gramaticales, al estar saturadas de significados y connotaciones arraigadas en una estructura sexista, pueden contribuir a la invisibilización y la marginalización de las mujeres y la comunidad LGBTQ.

Así las cosas, la modificación del lenguaje hacia formas más inclusivas no se limita a una cuestión superficial de corrección política, sino que representa un paso significativo hacia la construcción de una sociedad más equitativa, respetuosa y con alto reconocimiento de todas las identidades

y experiencias. Eliminar o reformular términos y estructuras, mitigan la supremacía de un género sobre otro, promueve la visibilización de las colectividades que en el paso histórico han sido víctimas de la discriminación y que actualmente buscan la reivindicación de sus derechos. Es decir, la transformación del lenguaje, no es sólo un acto propiamente filológico, sino un acto de justicia social y de empoderamiento. Por tal motivo, desafiar los patrones lingüísticos patriarcales, efectivamente, abre el camino hacia una sociedad más inclusiva, equitativa y consciente de la diversidad humana.

VII. Inicio del debate: la idea del lenguaje inclusivo y no sexista en países de lengua castellana

Al pensar en el lenguaje inclusivo, las primeras palabras que vienen a la mente son todes, chiques y amigos, las cuales han causado controversia en los últimos años debido a la modificación que representan en la interacción social y el impacto dentro del lenguaje construido. Sin embargo, las emociones encontradas y los debates fervientes, no proceden únicamente de la transgresión lingüística que el llamado lenguaje inclusivo y no sexista pueda proporcionar, este es sólo uno de los muchos cambios que se han venido fomentando desde la perspectiva de salvaguardar y reconocer la diversidad en materia de género e identidad; lo cual, por supuesto, deja ver un trasfondo mucho más amplio en relación a lo que pretende visibilizar el lenguaje inclusivo y no sexista, como una herramienta de comunicación que en modo general, busca evitar la discriminación a las poblaciones, que se pueden identificar mediante el enfoque diferencial.

La forma en la que pretende ser implementado desde su aplicación social, es la de integrar términos neutros en el lenguaje que no refuercen estereotipos establecidos, ni excluyan a ninguna persona. De allí la idea de implicar el uso de palabras o el cambio de letras que no señalen un género en particular, sino que este sea neutro. Un ejemplo de ello es el uso de todos y todas, al implementar la letra “e” para dejar un espacio a las personas que tienen una orientación o identificación de género diferente al tradicional femenino y masculino (Sayago, 2019). Al igual que el uso de términos genéricos como personas en lugar de hombres o mujeres únicamente. Junto con ello, no se

puede dejar de lado las lenguas de otras poblaciones que hacen parte de este enfoque diferencial: el braille o el lenguaje de señas, los cuales también deben ser vistos como parte del lenguaje inclusivo y no solo la distinción más popular que se presenta desde el enfoque de género o lenguaje no sexista.

Aún con esta intención clara, el lenguaje inclusivo y no sexista se ha encontrado con un panorama complejo de abordar en cada territorio que comparte la lengua castellana. Todos con dos posturas marcadas en diferentes tonalidades, dependiendo de la nación, el ordenamiento jurídico, la posición social frente al tema y el territorio. La primera de ellas es favorable, de alivio e incluso entusiasmo en el futuro del desarrollo social y la conciencia ciudadana en materia de inclusión, se fundamenta en que el uso de un lenguaje que integre a todas las personas es esencial para crear sociedades más justas y equitativas.

Por otro lado, existe la postura crítica y resistente ante el avance del lenguaje inclusivo, la cual cuestiona su utilidad desde el plano lingüístico y gramatical, al señalar que los cambios en las letras y en la forma de expresión establecida, altera la estructura y la normativa del idioma español, introduciendo letras o expresiones consideradas incorrectas o innecesarias. Adicionalmente, algunos grupos han catalogado al lenguaje inclusivo como una imposición lingüística, que busca patrocinar una política o ideológica que va en contra de los buenos valores o costumbres, que altera el desarrollo y que no puede ser visto del todo, como un buen cambio. Esta postura suele estar presente en sectores conservadores y tradicionalistas, en los cuales se defiende el uso del español según las normas establecidas y rechaza el intento de cambio o innovación. Lo que deja de lado la premisa “los dueños de la lengua son los habitantes y no la academia, la academia solo regula sus usos”. Tal visión de las cosas, no sólo es perjudicial en el desarrollo del lenguaje y la idea de incorporar un símbolo de cambio de forma progresiva, sino que limita la posibilidad de avance social hacia una realidad cotidiana como es la comunicación. Por lo tanto, es necesario examinar con un criterio detallado, ambas posturas, sin ir a extremos peligros de las dos narrativas, la flexibilidad es esencial en el desarrollo de un tema como éste.

Aún con los movimientos radicales que se oponen de forma rotunda a la aplicación del lenguaje inclusivo, no se puede desconocer que, gran parte de este avance, ha sido producto de la promoción de los grupos feministas,

LGBTIQ y de derechos humanos, que han impulsado el uso de este lenguaje como una forma de resistencia y empoderamiento; lo que a su vez ha sido complementado por las políticas públicas o la presión de organismos internacionales, que han sido promotores de los avances en pro de la igualdad y la no discriminación (Castillo, 2019).

Asimismo, esta presión desencadenó que las naciones tomen, como un tema de conversación importante, el lenguaje inclusivo, al ser uno de los avances que ha tenido el derecho constitucional, abordando el enfoque diferencial. Lo que ha permitido la construcción de un precedente jurídico dentro de cada uno de los países hispanohablantes o, por lo menos, abrió el debate respecto al uso del lenguaje androcéntrico en la promulgación de las leyes y la relevancia de que la inclusión no sólo se manifieste en la expresión lingüística verbal, sino también en las decisiones de las instituciones de cada Estado.

Carmen Argibay, una destacada abogada y feminista argentina, abordó cuestiones de género y derecho en su trabajo. Aunque no se centró exclusivamente en el lenguaje inclusivo, su enfoque en la igualdad de género y los derechos humanos es relevante para este tema. Argibay argumentó que el lenguaje jurídico y político tradicional ha sido históricamente patriarcal y excluyente.¹⁴ Desde su perspectiva, el lenguaje inclusivo puede ser una herramienta para promover una mayor igualdad en la legislación y en la política, reflejando una verdadera inclusión de todas las identidades de género en los discursos y normativas.

Es precisamente esta idea expuesta por Argibay, la razón por la cual es necesario estudiar las naciones en las que se ha desarrollado la lengua castellana a lo largo de la historia, en asuntos como su idiosincrasia, cultura, política y la expresión de estas dentro del área jurídica; puesto que se puede

¹⁴ Al respecto de la importancia del rol de la mujer en la sociedad, señaló: “Es importante que haya mujeres con perspectiva de género. Cuando a mí me dicen que tendría que haber más mujeres en la justicia, les digo «momentito» (risas). Tendría que haber más mujeres con perspectiva de género, muchas más. No se olviden que casi todas nosotras hemos sido educadas en una universidad que está formada por hombres y a partir de las experiencias de los hombres —y la inclusión de las mujeres es muy reciente en la historia de la universidad—. Esto quiere decir que tenemos una formación masculina” (Argibay, 2011).

ilustrar un diagnóstico de la realidad social, mediante la forma de expresión escrita, tal y como se ha señalado en el documento.

Al ser este estudio de la normatividad de diferentes países, un preámbulo para luego evaluar la realidad colombiana, se empleó el análisis de naciones latinoamericanas y centroamericanas que han tenido momentos históricos similares a los colombianos, ya que fueron estos mismos los que dieron paso a la creación de la estructura jurídica con la que cuentan actualmente, especialmente de su carta constitucional.

La primera nación que se abordará es Guatemala, un país con una estructura social profundamente marcada por desigualdades de género, étnicas y socioeconómicas. Históricamente, el lenguaje ha reflejado y perpetuado estas desigualdades, con un uso predominante de formas lingüísticas que invisibilizan o subordinan a las mujeres y a otras identidades de género.

Su Constitución narra de forma semántica la desigualdad cultural que aún vive la mujer respecto al hombre en los diferentes roles que desarrolla en la sociedad, señala de forma explícita en su carta magna, que no se abala la discriminación y se tiene como principio la igualdad formal, dentro del artículo 4o. de la Constitución Guatemalteca de 1985 (Orellana, 2022).

Sin embargo, conforme se desarrolla el texto, la redacción se centra en un lenguaje androcentrista para referirse a los puestos de más alto poder, empleando términos como hombre, los gobernados, guatemaltecos y otros; enfocándose en una visión masculina. Un ejemplo de ello es el artículo 162 de la Constitución, el cual señala que, “para ser electo diputado, se requiere ser guatemalteco de origen y estar en ejercicio de los derechos ciudadanos” (Constitución Política de Guatemala, 1985)

En este caso, las ideas plasmadas en la Constitución aún siguen representando la forma en la que la sociedad se movía entorno a la participación masculina como la predilecta, dentro de los cargos de poder o de relevancia de las instituciones del Estado. Es necesario que se implemente el cambio de expresión lingüística, ya que esto puede ayudar al debate social y por ende al progreso de la idea de equidad de género, al interior de esta clase de cuestiones.

Un segundo caso es el de la nación de Nicaragua, la cual, mediante su carta constitucional de 1987, específicamente en el preámbulo reconoce a sus habitantes de forma general, los enuncia empleando la neutralidad de todos, pero al especificar también hace alusión a los hombres y mujeres,

lo cual desde la perspectiva del enfoque de género, resulta acertado, considerando la época de la redacción del documento, aunque no se mencione la población LGBTQ, que para el momento no tendría la repercusión que hoy sostiene:

En Nombre del pueblo nicaragüense; de todos los partidos y organizaciones democráticas, patrióticas y revolucionarias de Nicaragua; de sus hombres y mujeres; de sus obreros y campesinos; de su gloriosa juventud; de sus heroicas madres; de los cristianos que desde su fe en DIOS se han comprometido e insertado en la lucha por la liberación de los oprimidos; de sus intelectuales patrióticos; y de todos los que con su trabajo productivo contribuyen a la defensa de la Patria (Constitución Política de Nicaragua, 1987).

Sin embargo, este preámbulo nos permite ver otra de las perspectivas eufemísticas que puede moldear el lenguaje; ya que, si bien emplea lo que hoy categorizamos como lenguaje inclusivo, esto no significa que la realidad este del todo transformada o que el resto del texto no presente palabras androcentristas. Se podría decir que este preámbulo en un primer momento es un avance pequeño —pero importante— para resaltar la inclusión de todas las personas en un territorio.

Igualmente, este preámbulo realiza diferentes saltos semánticos, que, aunque hace referencia a las mujeres, presuntamente en este territorio solo existen hombres oprimidos e intelectuales patrióticos. Situación que, a primera vista, demuestra que es un pueblo que se encuentra en la misma lucha de modificación del lenguaje y por supuesto de la realidad social.

El tercer caso es el de la nación de México, la cual, mediante la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, ha demostrado un esfuerzo considerable con mantener un lenguaje neutro e inclusivo en su carta. Al indicar desde su primer artículo:

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

hibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917)

Posteriormente, a lo largo de los demás artículos de la carta, se reconoce a la población indígena, sus garantías e independencia. La igualdad de género dentro de las condiciones de igualdad de oportunidades y derechos. Todo esto, bajo un panorama social preocupante, ya que no es posible dejar de lado la realidad de la nación mexicana en términos de delitos cometidos en contra de la mujer, ya que, como indica la Organización de las Naciones Unidas, América Latina y el Caribe, en este territorio el 25 % de los asesinatos a mujeres y niñas fueron investigados como feminicidios, los cuales van en aumento en los últimos años. Lo cual, sin duda, es una disonancia entre lo que está escrito en la norma y la cruda vida diaria de las mujeres mexicanas (ONU, 2024). Esto sin mencionar las cifras de violencia hacia la población LGBTIQ, las cuales son aún más desalentadoras.

Sin embargo, en términos de lenguaje, las Constituciones políticas se encuentran escritas de tal forma que abarcan desde la inclusión a los grupos poblacionales o emplea términos neutros. Lo cual nos deja en evidencia otro de los fenómenos que puede suceder al emplear el lenguaje inclusivo desde la norma; pero sin hacer un cambio social generalizado. Si bien es un gran aporte la identificación de la integralidad de los grupos de una nación, la transformación debe ser constante y no podemos responsabilizar del entorno o realidad social al lenguaje inclusivo; debe ser un esfuerzo desde diferentes flancos en contra de la violencia y los problemas sociales. Todo esto, debido a que corremos el riesgo de permitir la creación de documentos impecables, pero con realidades lamentables.

El cuarto caso es el país de Costa Rica, un ejemplo de avance progresivo, su constitución lleva promulgada desde el año 1949, la Asamblea Constituyente a cargo de la creación del documento estaba organizada por hombres en su totalidad. Por lo tanto, el documento inicialmente se fundamentaba desde la idea de que la sociedad estaba regida por completo por una

visión androcentrista, incluso señala a la mujer como un sujeto de derechos que dependía del hombre. Los dos términos que predominaban eran “todo hombre”, “todo costarricense”, a lo largo de cada uno de los artículos que otorgaban las garantías constitucionales mínimas a los ciudadanos (Orellana, 2022).

Una cuestión que se ha transformado, con el paso del tiempo, las reformas y la flexibilidad de la sociedad en avance. Algunas de las leyes que propiciaron este cambio fueron la Ley 7879 de 1999, que cambió los términos mencionados a “Toda persona”, en artículos que señalaban derechos humanos, como el artículo 20 y 33, respecto a la libertad e igualdad respectivamente, hacia la neutralidad lingüística.

Aún con esto, solo fue 20 años después que se dio la Ley 9697 en la que se produjo una reforma constitucional, con el objetivo de eliminar todo el lenguaje discriminatorio de la primera redacción de la carta constitucional. Un ejemplo clave de esta modificación fue el artículo 51, que incluyó —por fin— palabras como “la madre, el niño, la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad” cambiando términos peyorativos como “el anciano y el enfermo desvalido”.

El último de los casos es Argentina, de la cual no miraremos su carta constitucional, sino su realidad social. El gobierno de turno de Javier Milei ha sido controversial desde su posicionamiento, debido a sus ideas radicales de administración en el Estado, siendo un ejemplo claro del significado de la versión crítica y tradicionalista que encuentra en constante evaluación, términos como el lenguaje inclusivo. El 28 de febrero del 2024, Milei ordenó de forma taxativa desde la Casa Rosada la prohibición del uso de este tipo de lenguaje a toda la administración pública nacional, que crea un revuelo enorme debido al retroceso que podría significar en materia de derechos humanos, señalado así:

No se va a poder usar la letra ‘e’, la arroba, la ‘x’ y se deberá evitar la innecesaria inclusión del femenino en todos los documentos de la administración pública. El lenguaje que contempla todos los sectores es el que utilizamos, es la lengua castellana, es el español (Ámbito Jurídico, 2024).

Junto con su declaración, el Ministerio de Defensa prohibió a las fuerzas armadas el uso de términos como sargenta o soldades con el fin de evitar errores de interpretación militar. En adición (como si todo lo anterior fuera poco), anuncio el cierre del Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo (INADI), al no considerarlo un organismo que contribuya al país.

De esta realidad, aunque la Constitución argentina pueda indicar una apertura en derechos humanos, la equidad e igualdad y no discriminación, acudo a su juicio ¿Creen sinceramente que una norma, aunque suprema podría desenvolverse bien ante una realidad que apunta ser devastadora en términos de inclusión?

Debemos recordar que, “mediante las palabras, los seres humanos construimos el mundo, el lenguaje resulta ser un elemento crucial para la generación de cambios culturales y sociales. Entre ellos, sin duda el de una vida inclusiva donde quepan hombres y mujeres en relaciones de equidad” (Camacho, 2013, p. 8). Por lo tanto, es crucial que se desarrolle un lenguaje que sea integral, permita el acceso de todos los miembros de la sociedad, a las posiciones y derechos que expresan las normas que son promulgadas por las instituciones; de allí la importancia de que este sea aceptado de forma progresiva al avance de la sociedad. El derecho siempre debe ser una herramienta que favorezca la evolución, que ejerza la potestad de regulación, conforme se desarrolla una transformación social acorde a las necesidades de cada generación, el lenguaje inclusivo y no sexista debe ser tomado como uno de estos avances y no como un enemigo represor.

Al llegar a permitir que el lenguaje inclusivo sea empleado en la creación de documentos de sectores que, tradicionalmente, han sido dominados por una esfera masculina, puede propiciarse la idea del debate social, político y económico que busque integrar a todos los habitantes, y así se pueda aprovechar de mejor forma los talentos, habilidades y aptitudes de cada uno en la funcionalidad del Estado, dejando de lado un extremo perjudicial para el progreso de los derechos humanos.

Por otra parte, no se puede forzar el desarrollo del lenguaje en la sociedad, debido a que la conciencia colectiva es generacional. Cada época se caracteriza por el progreso en sectores donde era prioridad un avance hacia la satisfacción de las necesidades de la población, y los factores como la crian-

za, la cultura e idiosincrasia son únicos en cada generación, lo que propicia que la capacidad de adaptación a ciertos cambios sea más fácil o compleja. El imponer el lenguaje a todas las generaciones de forma tajante, puede llegar a crear un efecto contraproducente y con el que se debe ser precavidos, la empatía de las nuevas generaciones a sus predecesores es necesaria para una mejora constante, al igual que la tolerancia es crucial en estos últimos (Pesce y Etchezahar, 2019).

Como se demostró, el panorama internacional se halla ampliamente dividido y con todo tipo de matices. En el caso colombiano se encuentra una tendencia de aceptación lingüística de todas las personas del territorio.

1. La Constitución Política Colombiana y el lenguaje inclusivo.

Es necesario hacer una revisión de algunos apartes del estamento constitucional, y para ello recordemos que, la Constitución Colombiana de 1991, utiliza en repetidas ocasiones un lenguaje general no sexista, refiriéndose a “las personas”, como es el caso del artículo 1o., que valida que la carta aplica sin excepción.

Artículo 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia, 1991).

En el anterior aparte constitucional, el lenguaje inclusivo (de las personas que la integran) se presenta como una herramienta fundamental para materializar los principios constitucionales de igualdad, dignidad y participación ciudadana. Al adoptar un lenguaje que reconozca y visibilice a todas las personas, independientemente de su género, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra característica, se promueve la igualdad de oportunidades y se desafía la discriminación y la exclusión. Además, refuerza el carácter pluralista de la sociedad colombiana, al reconocer y respetar la diversidad de identidades. Esto contribuye a fortalecer el tejido social.

Asimismo, el artículo 1o. constitucional, refleja el compromiso del Estado colombiano con la promoción de los derechos humanos y la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

Entonces, como se observa la actividad preliminar, que impone el primer artículo constitucional, parece que subsana cualquier otra interpretación sobre las personas objeto de la protección de los derechos a través de la más alta jerarquía normativa en Colombia. Es decir, que el querer del legislador, no era precisamente dividir la población entre los más y menos privilegiados, sino por el contrario, lo que busca a partir del escrito constitucional, es que la población pueda ser protegida sin distinción alguna. Ahora bien, en adelante la carta magna desarrolla su actividad jurídica en cada artículo constitucional, olvidando un lenguaje mucho más generalizado, convirtiendo algunos preceptos normativos en un lenguaje dirigido para “todos” sin hacer ninguna diferenciación. Para esto, revisemos el subsiguiente artículo constitucional, el cual hace referencia:

Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación [...]. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Es claro que el uso de la gramática todos y el no uso de todos y todas o todes, no ha coartado la actividad estatal, no ha dejado de reconocer la obligación que tiene el Estado sobre sus gobernados y gobernadas. Inclusive, desde un plano material el desarrollo y ejecución de esta función de Estado se despliega en los últimos años de manera diferenciadora sobre los grupos de especial protección, entre ellos las mujeres y la comunidad LGBTIQ.

Seguidamente se puede analizar el artículo 42 de la Constitución política, el cual hace referencia a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, establece igualmente que “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”, establece claramente en su escrito, una generalización masculina. Sin embargo, hace caso a la composición del núcleo familiar en el cual la mujer igualmente cumple un rol activo con unas garantías y protección especial,

que ha sido ampliamente desarrollado por otras consideraciones normativas. Ahora bien, es tan proteccionista la carta constitucional, como todas aquellas aclaraciones, recomendaciones y ampliaciones (e inclusive a través de la jurisprudencia, como fuente del derecho), que ha generado el llamado a la protección del pluralismo que se encuentra inmerso en la realidad social. Tal es el caso de la sentencia C-776/10, en la cual identifica y aclara que la familia puede ser estructurada de diferentes maneras, eliminando, como requisito *sine qua non*, la existencia exclusiva de un hombre y una mujer, y reconociendo al mismo tiempo la identidad de la comunidad LGTBIQ.

Por otro lado, el artículo 48 constitucional que hace referencia al derecho de seguridad social, establece que “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Nuevamente, hay que poner en el tintero la actividad desarrollada por el legislador y la obligación de cumplimiento del ejecutivo, respecto a la prestación del servicio, inclusive con un enfoque diferencial más rígido de acuerdo con las necesidades propias de cada población objeto de protección. Inclusive desde el contexto territorial, se han creado lineamientos para la atención a mujeres y comunidad LGTBIQ.¹⁵

También podríamos revisar los artículos constitucionales: artículo 49, referente a el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; artículo 51, referente a la vivienda digna; artículo 70, referente al acceso a la cultura, y artículo 95, el cual refiere a deber y obligación sobre “La calidad de colombiano que enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla”. Estos

¹⁵ “El documento Lineamientos de atención que considera el enfoque diferencial, de género y no discriminación para personas LGBTI en los servicios de salud tiene como objetivo orientar al personal del sector salud en los procesos de atención a las personas LGBTI para avanzar en la garantía y realización de su derecho a la salud. Los lineamientos se enmarcan en declaraciones, pactos y acuerdos firmados por el Estado colombiano como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC/1966), que plantea la integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos y que en particular en salud establece en la Observación General 14, del artículo 12 que: «La realización efectiva que tienen los sujetos al disfrute pleno de sus vidas en condiciones adecuadas en los contextos específicos en que se desenvuelven, lo que implica el reconocimiento de la dignidad humana. Para el logro de ésta se requiere la interrelación e interdependencia del derecho a la salud con otros derechos como la educación, la alimentación, el vestido, el trabajo, la vivienda y la participación»” (Fondo de Población de las Naciones Unidas-UNFPA, 2024).

sólo son unos apartes constitucionales que no contienen un lenguaje inclusivo, por cuanto las mujeres y la comunidad LGBTIQ, no son mencionados de manera directa en el texto.

Igualmente sucede con aquellos apartes constitucionales que definen requisitos para ocupar ciertos cargos públicos como presidente, senador, representante a la Cámara entre otros, y ninguno de ellos establece gramaticalmente una participación bajo el marco del lenguaje inclusivo. Sin embargo, en el ejercicio del mismo, existen personas como Angélica Lozano y Mauricio Toro que abiertamente hacen parte de la comunidad LGBTIQ. Igualmente en la ciudad de Bogotá, la ex alcaldesa de Bogotá con el ex director de la DIAN, hacen parte de dicha comunidad. Las anteriores personas, han hecho parte de la lucha por la inclusión, han generado cambios en la participación activa no solo de las mujeres en general, sino del reconocimiento activo de derechos para la población LGBTIQ.

Dentro del marco del lenguaje inclusivo y las demandas sociales hechas por las diferentes colectividades anteriormente referenciadas, como ya dijimos, parece que no cuentan con el componente de inclusión lingüística. Sin embargo, al revisar el artículo 13 de la misma carta magna, encontramos la respuesta de tales cuestionamientos así:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Podemos observar con claridad, que, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, existe una protección general sin ninguna distinción que aplica a cualquier habitante del territorio nacional, en tal entendido, ningún operador u operadora jurídica o usuarios legítimos de la norma ha objetado las normas anteriormente señaladas en atención a una discriminación material por razones de sexo biológico o haya sido objeto de discriminación en la aplicación de la misma.

Situación similar sucede con la actividad administrativa, por cuanto las normas ordinarias o actos administrativos, hasta el momento no han cuantificado por razones de sexo, la protección general de los derechos funda-

mentales y deja por fuera aquellas que si lo hacen de una manera positiva, es decir, en favor de reforzar dicha protección como es el caso del feminicidio.

Sin embargo, al cumplir estos objetivos se pretendió demostrar que los intentos por combatir la violencia de género han sido infructuosos, ya que, las medidas se han centrado en el populismo punitivo, mediante la creación de nuevos tipos penales, el aumento de las penas y la reducción o supresión de garantías y beneficios (Silva, 2023). Se podría afirmar que dichas medidas han sido una demagogia penal, ruidosa, pero bastante ineficaz. Además, el texto buscó probar que la problemática de la violencia en las relaciones de género es cultural, por lo que las políticas públicas para combatirla deben concentrarse en ese núcleo. Por ende, medidas racionales de política penal, si bien son necesarias de un modo complementario, aquí son secundarias frente a las políticas sociales.

Tampoco podemos afirmar que en Colombia se vive un idilio respecto a la garantía de derechos humanos, pues aún existen prácticas que requieren una intervención activa, sensata y urgente como es el caso de la adopción de menores por parejas del mismo sexo o el reconocimiento de derechos para la población indígena transgénero. Situación que debe ser estudiada en concordancia con los derechos de dicha población y los derechos y garantías de la infancia.

Situación similar ocurre frente al régimen penitenciario para la población LGBTIQ, donde lastimosamente la ejecución de garantías de derechos se ha incluido en el mismo costal de atención a mujeres sin que exista un trato diferenciado para dicha comunidad.

Si bien se realiza un reconocimiento a los esfuerzos realizados, lastimosamente, a pasos poco agigantados por parte de la administración pública, pues cada vez es más controlado y sancionado el actuar administrativo que desproteja de manera general la participación y adecuación normativa-administrativa para la población objeto de inclusión por razones de sexo; en caso tal que así lo fuese, los mismos mecanismos de protección constitucional, como son la tutela, la acción popular y la acción de inconstitucionalidad, tienen la potestad de revisar y deslegitimar dicho actuar administrativo. Un ejemplo al respecto subyace en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-197 de 2023, en la cual insta al poder legislativo y ejecutivo a “que adopte un régimen de causación del derecho a la pensión

de vejez en el que se considere integralmente el enfoque de género y, especialmente, la condición de las mujeres cabeza de familia” (Corte Constitucional, C-197 de 2023).

Ya son más de 30 años de la carta constitucional de 1991, la cual sirvió como instrumento para finiquitar algunos comportamientos sociales e institucionales que se encontraban direccionados a revictimizar a la población objeto de enfoque diferencial. Antes de esta, la exclusión y la discriminación se encontraban excusadas en teorías netamente asistencialistas que eliminaban el goce efectivo de los derechos. Actualmente, la legislación a través de la Constitución ha cumplido un rol fundamental, pues la dignidad humana es uno de los requisitos de procedibilidad para engendrar normas de cualquier tipo en Colombia. Sin embargo, la línea androcéntrica se mantiene y trata de posicionarse, pero con resultados nefastos, pues la resistencia, apunta por distintos frentes con el fin de mitigar el impacto de la discriminación.

Lastimosamente, la Corte Constitucional, ha empañado el arduo trabajo realizado durante todos estos años pues ha considerado que se acoge a lo establecido por la RAE y en tal sentido establece en la sentencia T-344/2020, que el “uso de los sustantivos masculinos genéricos se entiende que incluye en su referencia, en condiciones de plena igualdad y equidad, a hombres y mujeres sin distinción de sexo”. Por esta razón, siguiendo las recomendaciones de la Real Academia Española en materia de uso del lenguaje inclusivo, en el texto de esta sentencia se prescindirá de la doble mención del género por considerarse innecesaria.

Sin embargo, reconoce que

La violencia de género posee tres características propias que la diferencian de otras formas de violencia, a saber: a) El sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres. b) La causa de esta violencia: se basa en la desigualdad histórica y universal, que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres. c) La generalidad de los ámbitos en que se ejerce: todos los ámbitos de la vida, ya que la desigualdad se cristaliza en la pareja, familia, trabajo, economía, cultura política, religión, etc. (Corte Constitucional, T-344/20)

Entonces, será más que necesario revisar las dimensiones señaladas por la Corte y establecer medidas acordes a las necesidades que se distancian de entender que el lenguaje inclusivo y no sexista es una de ellas. Por tanto, deben ser de exclusiva responsabilidad del Estado.

VIII. Efectos secundarios de la transformación lingüística como responsabilidad legislativa

Para el año 2020, la RAE mediante un informe titulado “Lenguaje inclusivo y cuestiones conexas”, ha determinado que

Se repite con frecuencia que los hablantes son los dueños de la lengua y que no debe atribuirse ese papel a las instituciones, sean políticas o culturales. Precisamente porque ello es así, debe confiarse en la conciencia lingüística de los hispanohablantes para averiguar si en nuestra lengua son o no inclusivos los sustantivos masculinos de persona que aparecen en expresiones como Ella y yo somos amigos, los deberes de los funcionarios públicos, la casa de mis padres, los derechos del defendido o Los españoles son iguales ante la ley (art. 14 de nuestra Constitución). Resultaría escasamente democrático sostener que los hablantes nativos desconocen si esos sustantivos son o no inclusivos —o, lo que sería aún peor, negarles la capacidad de determinarlo, y entender que han de ser los poderes públicos quienes lo decidan, en virtud de su compromiso con la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos de la sociedad. (RAE, 2020)

Respecto a la posición de la RAE, consideramos que la misma es incorrecta parcialmente, pues, aunque los pueblos son los dueños de la lengua, la coercitividad de los Estados a través de los ordenamientos jurídicos y la comunicación de la administración pública es funcional como la autoridad avaladora de lo correcto e incorrecto en el uso del lenguaje inclusivo y no-sexista.

Lo mismo sucede para la academia, pues como autoridad del conocimiento, tiene una enorme responsabilidad al momento de visibilizar los cambios que emergen en la realidad social.

Para el derecho, la coerción básicamente es aquella presión o influencia que se ejerce sobre una u otras personas para desarrollar o no, una acción

o simplemente para moldear la conducta de la persona en la que recae. Ahora bien, existen diferentes autores que enfatizan sobre el poder de la coerción, pero entre los más representativos, existen aquellos como Austin que en definitiva manifiestan que la coerción es un elemento esencial del derecho. Otro importante representante como Hohfeld, en su escrito titulado *Conceptos jurídicos fundamentales*, en el que establece:

La coerción es una característica del derecho en virtud de la cual este se impone in invitum, o sea, incluso en contra de la voluntad de los obligados, y se materializa a través de sanciones, es decir, en males que castigan la transgresión de un deber —el incumplimiento de un mandato— y cuya especie más conocida, por su efecto simbólico y la entidad del daño sufrido, es la pena, aunque esta última se restringe al ámbito criminal. (Hohfeld, 2018, p. 26)

Así las cosas, retomando la reflexión realizada en el primer segmento, el lenguaje inclusivo y sexista no debe ser responsabilidad exclusiva del legislador o, en sí mismo, del Estado y la academia, pero sí existe una responsabilidad lógica del actuar de estas instituciones, para que de manera simultánea con la sociedad y el desarrollo de la realidad social ejecuten los cambios necesarios para implementar un lenguaje que reconozca y visibilice a todas las personas.

Desde el marco del convencionalismo jurídico, se entiende que las normas se crean a partir de convenciones y necesidades colectivas, entonces la facultad que tiene el Estado mediante el ordenamiento jurídico para imponer una norma o limitar una conducta a través de la coerción es un mecanismo idóneo para reconocer y visibilizar las problemáticas sociales de la comunidad objeto del lenguaje inclusivo. Luego, desde una perspectiva jurídica y filosófica, se podría argumentar que, a pesar de que el rol del legislador se centra en emisión o creación de normas que regulan la convivencia de la sociedad y la garantía de los derechos fundamentales de la población en general, el lenguaje como un sistema de comunicación, evoluciona de acuerdo a la realidad social y cultural, pero se requiere una autoridad, que legitime esos cambios sociales.

En segundo lugar, generar el uso de un lenguaje inclusivo desde una perspectiva normativa, podría finiquitar la resistencia de la población indolente que no está dispuesta a acatar una realidad social.

La evolución del lenguaje, de la comunicación y como se percibe, observa y comprende, no puede ser resumida en un precepto jurídico, pero si debe ser una de las herramientas que se utilicen de manera simultánea con la educación y el normal cambio cultural.

IX. Conclusión

Han finalizado los juegos olímpicos en Francia 2024,¹⁶ dejando una clara reflexión en cuanto a que la población está completamente desinformada respecto a las nuevas formas estructurales de la sociedad. Se denota la apatía y la búsqueda de razones suficientes para eliminar el arduo trabajo desarrollado en el marco de la equidad de género. Lo anterior, se evidenció en la competencia donde la boxeadora argelina Imane Khelif ganó la contienda de manera contundente. Inmediatamente, los medios de comunicación y gran parte de la población, inclusive presidentes,¹⁷ de manera despectiva, se unieron rápidamente a establecer que la competidora era una persona transgénero y que esto era consecuencia del nuevo enfoque y reconocimiento de derechos a este tipo de personas. Sin embargo, el Comité Olímpico desmintió dicha aseveración, dejando un sin sabor que demuestra el odio infundado de una parte de la población. Este es uno de los claros ejemplos que sostienen que la desinformación de la población, puede ser una de las razones de la indiferencia para entender los cambios de la misma sociedad.

¹⁶ Para consultar acerca de la competencia en cuestión, véase Juegos Olímpicos (2024).

¹⁷ Incluso el presidente de Argentina, Javier Milei, compartió este trino que también afirma que Khelif es un hombre y que “ya lo habían descalificado el año pasado luego de comprobar que tenía cromosomas XY con un test de ADN”.

Otros políticos de Italia también se pronunciaron. La jefe de gobierno de Italia, Giorgia Meloni, dijo que no era una pelea en igualdad de condiciones y que “con los niveles de testosterona en la sangre de la atleta argelina, la carrera en la salida no parece justa” (Amaya, 2024).

La responsabilidad que tiene el Estado, por supuesto la institucionalidad de promover y garantizar los derechos fundamentales de toda la población, más aún de aquellas colectividades históricamente vulneradas y que actualmente son objeto del enfoque diferencial, instan a que se implementen las herramientas fundamentales de la comunicación inclusiva y no sexista. Sin embargo, esto no es un trabajo exclusivo de dichos entes; pues la academia, como autoridad formadora de la sociedad y base científica del reconocimiento de derechos, también está obligada a informar, educar y sobre todo, reconocer el dinamismo lingüístico.

Existe una gran preocupación por los posibles efectos secundarios de la transformación del lenguaje, pero el desconocimiento de los cambios lingüísticos, mediante prescripciones normativas o políticas lingüísticas, que crean mayor resistencia y rechazo por parte de la población, escudándose en la libertad expresiva individual. El desconocimiento de un lenguaje políticamente correcto puede incluso generar un efecto contrario al deseado, pues alinea a ciertos sectores de la sociedad y dificulta el diálogo y la comunicación efectiva.

Por lo anterior, la responsabilidad de adoptar el uso del lenguaje inclusivo y no sexista es del Estado, la academia y la misma sociedad. Esto permitiría un cambio cultural más genuino y sostenible en línea con los principios de libertad, autonomía y respeto a la diversidad que subyacen en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Finalmente, se argumenta que la modificación del lenguaje necesariamente conduce a un cambio real en las actitudes y estructuras sociales dado que, puede tener un impacto simbólico importante; pero es necesario complementar estas acciones con medidas concretas para promover la igualdad de género, como políticas públicas, educación inclusiva y acciones afirmativas.

“Destruyete para conocerte, constrúyete para sorprenderte,
lo importante no es ser, sino transformarse”.

Franz Kafka.

X. Referencias

- Ámbito Jurídico (2024). Argentina prohíbe usar lenguaje inclusivo en la administración pública. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/internacional/constitucional-y-derechos-humanos/argentina-prohibe-usar-lenguaje-inclusivo>
- Amaya, S. (2024). Detector: la boxeadora olímpica argelina Imane Khelif no es trans. *La silla vacía*. <https://www.lasillavacia.com/detector-de-mentiras/falso/detector-la-boxeadora-olimpica-argelina-imane-khelif-no-es-trans/>
- Argibay, C. (2011). Entrevista a Carmen Argibay. *Lecciones y Ensayos*, (89), 517-539. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/argibay-carmen-entrevista.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. <https://ndlsearch.ndl.go.jp/books/R100000136-I1130282271180958208>
- Bugarín, J., y Domingo, A. (2019). Diccionario LGTB+: Guía de conceptos de un lenguaje inclusivo. <https://www.fundeu.es/noticia/diccionario-lgtb-guia-de-conceptos-de-un-lenguaje-inclusivo/>
- Cáceres, L. (2020). Lenguaje inclusivo e inclusivo no sexista ¿Es lo mismo? <https://amecopress.net/Lenguaje-inclusivo-e-inclusivo-no-sexista-Es-lo-mismo>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1917). Constitución Política de los Estados Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Camacho, K. (2013). Análisis de la integración de la perspectiva de género en las agendas y políticas digitales de Latinoamérica y el Caribe. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/81468c9b-75c3-4e44-aa96-c7e4db3dc5d1/content>
- Castillo, S., y Mayo, S. (2019). El lenguaje inclusivo como "norma" de empatía e identidad: reflexiones entre docentes y futuros profesores. *Literatura y lingüística*, (40), 377-391. <https://www.scielo.cl/pdf/lyl/n40/0716-5811-lyl-40-377.pdf>
- Congreso de la República de Colombia (1991). Constitución Política de Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-344. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 21 de agosto de 2020. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-344-20.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-197. M.P. Juan Carlos Cortés González. 1 de junio de 2023. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/C-197-23.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-776. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 29 de septiembre de 2010. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-776-10.htm>
- Federici, S. (2018). *El patriarcado del salario: Críticas feministas al marxismo*. Traficantes de sueños. https://traficantes.net/sites/default/files/pdfs/TDS_map49_federici_web_0.pdf
- Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA. (2024). Asegurando derechos y opciones para todas las personas. <https://colombia.unfpa.org/es/unfpa-en-colombia>
- Hartley, J. (2021). ¿Qué son las lenguas romances? Un top 5 y lista completa. <https://www.berlitz.com/es-us/blog/que-son-lenguas-romances>
- Hohfeld, W. N. (2018). *Conceptos jurídicos fundamentales* (G. R. Carrió, Trad.; 3a. ed.). Fontamara. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/860e9917-a270-49d4-8bb8-232d0a-1fa688/content#:~:text=En%20otras%20palabras%20la%20coerci%C3%B3n,un%20mandato%E2%80%93%20y%20cuya%20especie>
- Juegos Olímpicos (2024). Juegos Olímpicos de Verano París. <https://olympics.com/es/olympic-games>
- Lauretis, T. de (2015). Género y teoría queer, *Mora*, 21(2). http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1853-001X2015000200004&script=sci_arttext
- Ley 7879 de 1999 (1999, mayo 27). Reforma Constitucional inciso 5, artículo 14. <https://www.rodolfosaborio.com/leyes/7879.27-May-1999.htm>
- Ley 9697 de 2019. Reforma artículo 51 de la Constitución Política para garantizar la protección especial del Estado a las personas con discapacidad. https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=89354

- Instituto Nacional Electoral (INE). (2020). Guía y recomendaciones sobre lenguaje incluyente en la comunicación institucional. <https://igualdad.ine.mx/lenguaje-incluyente/>
- Meana, T. (2017). Lenguaje Inclusivo y no-sexista. <https://www.youtube.com/watch?v=S93mWv0FfZE>
- Niklison, L. M. (2020). Lo que la RAE no nombra no existe: Una mirada globo política sobre las respuestas de la RAE al lenguaje inclusivo/no sexista. *Cuadernos de la ALFAL*, 12(1), 13-32. https://www.mundoalfal.org/sites/default/files/revista/12_1_cuaderno_003.pdf
- Orellana, L. M. M. (2022). La perspectiva de género y el lenguaje inclusivo en las constituciones de Latinoamérica. *Opus Magna Constitucional*, (19), 101-120. <https://www.opusmagna.cc.gob.gt/index.php/revista/article/view/81/93>
- Organización de las Naciones Unidas (1949). Constitución Política de la República de Costa Rica. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/cos127451.pdf>
- Organización de Estados Americanos (1987). Constitución Política de la República de Nicaragua. https://www.oas.org/ext/Portals/33/Files/MLA/Nica_extrad_leg_esp_2.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. América Latina y el Caribe (2024). Las huellas de los feminicidios en CDMX. <https://lac.unwomen.org/es/stories/noticia/2024/03/las-huellas-de-los-femicidios-en-cdmx#:~:text=En%20otras%20palabras%2C%20e1%2025,pa%C3%ADs%20fueron%20investigados%20como%20femicidio.>
- Picarella, L., y Guadarrama González, P. (2022). “Igualdad de Género” O “Equidad de Género” como Derecho Humano: Un Análisis del Camino de Colombia frente a los retos de la Agenda 2030. *Novum jus*, 16(2), 155-186. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4675/4483#toc>
- Pesce, A., y Etchezahar, E. D. (2019). Actitudes y uso del lenguaje inclusivo según el género y la edad. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/110111/CONICET_Digital_Nro.942226a3-33df-4e1a-9588-9ccf5590d7f4_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Real Academia Española (RAE) (2020). Informe de la Real Academia Española sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución Española. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

- Rocha de la Torre, A. (2005). Más allá de las palabras: El lenguaje en la filosofía de Heidegger. *Revista de Filosofía*, 23(49), 5-27. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-11712005000100001&lng=es&tng=es
- Raven, J. (2003). The anonymous novel in Britain and Ireland, 1750–1830. The faces of anonymity: anonymous and pseudonymous publication from the sixteenth to the twentieth century, 141-166. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-137-11109-8_7
- Sautié, M. (2016). Villanueva: “Los auténticos dueños del idioma son los que lo hablan”. Fundación del Español Urgente. <https://www.fundeu.es/noticia/villanueva-los-autenticos-duenos-del-idioma-son-los-que-lo-hablan/#:~:text=Villanueva%03A%20%C2%ABLos%20aut%03%A9nticos%20due%03%BIos%20del,los%20que%20lo%20hablan%C2%BB%20%7C%20Fund%03%A9uRAE>
- Sayago, S. (2019). Apuntes sociolingüísticos sobre el lenguaje inclusivo. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/156043/CO-NICET_Digital_Nro.da024a0a-984b-4924-9efe-2388c1be6796_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Silva, G., y Tinoco, P. (2023). Delitos Sexuales, Derecho penal especial Tomo II. Bogotá, Ibáñez.
- Ugalde, M. C. (1989). El lenguaje caracterización de sus formas fundamentales, *Letras*, (20-21), 15-34. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5476029.pdf>
- Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (2012). Guía de Lenguaje no sexista. https://www.udc.es/export/sites/udc/oficinai-gualdade/_galeria_down/documentos/GUIA_LENGUAJE.PDF

Cómo citar

IJJ-UNAM

Barreto Montoya, Johana y Tinoco Ordoñez, Pamela, “El lenguaje inclusivo y no-sexista. Una mirada general desde el enfoque iusfilosófico y sociojurídico, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 3-37. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19138>

APA

Barreto Montoya, J. y Tinoco Ordoñez, P. (2024). El lenguaje inclusivo y no-sexista. Una mirada general desde el enfoque iusfilosófico y sociojurídico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 3-37. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19138>

Derechos, capacidades y desarrollo humano: una lectura desde el constitucionalismo latinoamericano

*Rights, capabilities, and human development:
a perspective from latin american constitutionalism*

José de Jesús **Becerra Ramírez**

 <https://orcid.org/0000-0002-6419-185X>

Universidad de Guadalajara. México

Correo electrónico: jdejesus.becerra@academicos.udg.mx

Héctor Alexis **Viveros Sánchez**

 <https://orcid.org/0009-0003-2110-4220>

Universidad de Guadalajara. México

Correo electrónico: alexis.viveros@academicos.udg.mx

Recepción: 8 de mayo de 2024 | **Aceptación:** 24 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19121>

Resumen: Este trabajo académico profundiza en la reflexión sobre el constitucionalismo latinoamericano y su interrelación con la teoría del desarrollo humano, enfocada en las capacidades. Se abordan diversos aspectos, desde la conceptualización de la democracia hacia una visión más sustantiva, con el fin de garantizar los derechos fundamentales y mejorar la calidad de vida de las personas. Asimismo, se explora la posibilidad de un constitucionalismo orientado al desarrollo humano, en el que los derechos no sólo sean mecanismos formales, sino motores efectivos para el fortalecimiento de las capacidades humanas y la reducción de las desigualdades sociales.

Palabras clave: constitucionalismo para el desarrollo humano; desarrollo humano en América Latina; derechos fundamentales.

Abstract: This academic work delves into the reflection on Latin American constitutionalism and its interrelation with human development theory, focusing on capabilities. Various aspects are addressed, from the conceptualization of democracy towards a more substantive vision, aimed at guaranteeing fundamental rights and improving people's quality of life. Furthermore,

it explores the possibility of a constitutionalism oriented towards human development, where rights are not only formal mechanisms but also effective drivers for strengthening human capabilities and reducing social inequalities.

Keywords: constitutionalism for human development; human development in Latin America; fundamental rights.

Sumario: I. Punto de partida. II. La democracia de contenidos. III. El constitucionalismo para el desarrollo humano. IV. Los retos frente al constitucionalismo para el desarrollo humano. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Punto de partida

Este trabajo se fundamenta en la teoría del desarrollo humano y las capacidades, formulada por Amartya Sen (2000) y ampliada por Martha Nussbaum (2002 y 2012). El objeto de estudio es la democracia constitucional en Latinoamérica, un ámbito de permanente interés por las desigualdades estructurales en diversos países de la región; este panorama se ha intensificado con el crecimiento de la desigualdad, la crisis de legitimidad institucional y política, la violación sistémica de los derechos fundamentales y las demandas de justicia social, lo que denota la relevancia de replantear los principios constitucionales.¹

Las tensiones provocadas por el reconocimiento de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales y su correlativa materialización advierten las disputas y críticas en las democracias constitucionales en América Latina. Actualmente, los gobiernos de la región enfrentan los dilemas generados por el resurgimiento del autoritarismo, la concentración del poder político y la crisis originada por la pandemia. En resumen, como sugieren Filgueira y otros (2020), la percepción generalizada es de desencanto y frustración.²

¹ Gargarella (2015, p. 363) analiza la evolución del constitucionalismo en América Latina, llegando a la conclusión de que el gran desafío continúa siendo las desigualdades, ante las cuales “pocos enemigos resultan imperiosos como la falta de democratización política y económica”, por lo que plantea la necesidad de impulsar un constitucionalismo igualitario.

² El desencanto y la frustración no son un tema nuevo, dado que desde principios de este siglo, Ernesto Garzón (2001, p. 33) ya lo señalaba.

En este contexto, la labor de aplicación e interpretación de los principios constitucionales que promueven la calidad de vida y el bienestar emerge como respuesta a las demandas populares y polarización política. Al respecto, la capacidad de gestión de los poderes públicos de la región para adaptarse al cambio y ponerse en movimiento es el principal desafío para consolidar la democracia y la garantía de los derechos.

Este estudio, utilizando una metodología deductiva y un enfoque pospositivista, examina cómo el fortalecimiento de las capacidades humanas puede lograrse dentro de un marco constitucional que impulse una democracia participativa e inclusiva.³ El constitucionalismo latinoamericano, eje central de este análisis, refleja un proceso en curso de consolidación democrática, aunque enfrenta serias limitaciones; por ejemplo, la contradicción generada por la ampliación del reconocimiento de derechos fundamentales en los países de la región, y al mismo tiempo, la permanencia de las viejas estructuras del poder político, manteniendo el escenario de desigualdad que viven amplios grupos poblacionales (Gargarella, 2018).

En el amplio territorio de la región se han presentado movilizaciones sociales que pretenden obtener la reivindicación histórica de sus demandas, y al mismo tiempo, han permitido el acceso al poder de posturas ideológicas complejas en tanto populistas y autoritarias. Por ello, los Estados nacionales deben impulsar políticas públicas que promuevan la efectividad de los derechos y la adecuación de las estructuras institucionales.

El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” juega un papel vital en el resurgimiento de las democracias constitucionales de la región. Debido a que ha dado un especial protagonismo a la participación popular, por ejemplo, a través de referendo o consultas ciudadanas, el reconocimiento de formas comunitarias de organización, presupuestos participativos, observatorios ciudadanos, entre otros, que ahora se enfrentan a la crítica del estado de las cosas (Alterio, 2021). Esta serie de herramientas constitucionales de participación popular constituye una poderosa fuente de legitimidad al representar

³ El enfoque del constitucionalismo pospositivista se inscribe en una perspectiva que trasciende de la concepción normativista clásica. En lugar de limitarse a un análisis meramente jurídico, este enfoque se construye como una práctica social orientada hacia la consecución de fines y valores fundamentales, entre los cuales se destacan el desarrollo humano y la lucha por la igualdad (Atienza, 2019, p. 104).

el vínculo directo entre la sociedad y el poder político, y con ello, alcanzar una transformación profunda de la estructura democrática.

II. La democracia de contenidos

Los términos *derechos humanos*, *democracia* y *Constitución* tienen una relación estrecha, manifestándose como conceptos interdependientes. Como muestra, los regímenes constitucionales democráticos se fundamentan en el límite al poder absoluto originado, principalmente, por la división de poderes y los derechos fundamentales como garantía de las minorías. Este ideal se consagra en documentos históricos como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Becerra, 2019).

Tras la Segunda Guerra Mundial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reforzó esta visión, al promover una concepción de derechos universales. En América Latina, el garantismo social, desde la década de 1980, ha puesto énfasis en la necesidad de adoptar políticas gubernamentales tendientes a la materialización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales; lo que ha evidenciado la necesidad de una organización estatal proactiva en la implementación de acciones que propicien el bienestar de la sociedad, la justicia y el desarrollo humano como núcleo de la calidad de vida (Ferrajoli, 2008).

Sin embargo, la participación de la ciudadanía se ha acotado al ámbito político-electoral, reduciéndose al ejercicio del voto, lo que ha disminuido el entendimiento de la democracia a la mera selección de representantes. Este enfoque, que podemos denominar como formal, es ampliamente aceptado en la región a pesar de limitar su alcance a excluir aspectos relevantes como el debate público y la cohesión social, componentes básicos de cualquier sistema democrático (Gutmann, 2004, p. 269).

En efecto, la concepción procedimental de la democracia, como sostiene Ferrajoli (2023), se enfoca en la forma de acceso al poder, dejando atrás a las condiciones relacionadas con su ejercicio; entonces, la preocupación central es responder quién y cómo toma las decisiones, evitando analizar cuestiones como el qué de las decisiones, su contenido, y sucesivamente, su función. En América Latina, esta versión acotada ha impulsado la idea de legitimidad

política a partir de la celebración de elecciones periódicas, olvidándose de las prácticas de promoción, materialización y garantía de los derechos fundamentales. Como ejemplos históricos, en la región se han vivido los regímenes autoritarios en Nicaragua y Argentina durante el siglo pasado, lo que muestra los riesgos de restringir la noción de democracia.

La ausencia de mecanismos efectivos de control y rendición de cuentas, como elementos básicos de la participación ciudadana, constituyen omisiones que incrementan el peligro de la tentación autoritaria en gobiernos electos por la vía democrática. Por consiguiente, una débil cultura democrática propicia el clientelismo y margina el debate público, limitando la participación ciudadana de decisiones diferentes al acto de votar en el proceso electoral. En este contexto, la concentración del poder político en manos de unos cuantos actores compromete el funcionamiento y la independencia de los órganos del Estado.

La democracia constitucional, en la perspectiva de Santiago Nino (2003, pp. 16-47), debe abarcar ámbitos más amplios a la simple participación electoral que sean capaces de consolidar la materialización de derechos fundamentales. Ese enfoque teórico impulsa la creación de mecanismos que aseguren el ejercicio del poder orientado al bienestar de la población y el acceso a una justicia social real y tangible; de modo tal, que la democracia debe dotarse de contenidos, no sólo mediante el reconocimiento de derechos fundamentales, sino que garantice su ejercicio mediante acciones gubernamentales.

Por consiguiente, el mero acto de votar no garantiza una sociedad más equitativa, como señala Amartya Sen (2004). El voto debe ir acompañado de derechos fundamentales como la educación, manifestación de ideas, asociación y acceso a la información pública, entre otros, que permitan a los ciudadanos participar activamente en la vida política y exigir responsabilidad a sus representantes, es decir, una ciudadanía capaz de cuestionar, criticar y proponer. Sin estos derechos, la democracia se convierte en una fachada que silencia y oculta a quienes viven las desigualdades sociales.

La tarea de los gobiernos democráticos en América Latina es promover la materialización real de los derechos fundamentales, no sólo a través de elecciones, sino mediante la implementación de políticas públicas que atiendan las necesidades básicas de la población, y en esa medida, garantizar el máximo desarrollo de las comunidades. Esto es esencial para enfrentar las des-

igualdades históricas y estructurales que persisten en la región y avanzar hacia una democracia más sustantiva.

De este modo, las políticas públicas funcionan como instrumentos clave para impulsar el cambio en una nación, dado que es responsabilidad del Estado asegurar que la sociedad alcance el bienestar a través de la implementación efectiva de los derechos. Esto se debe a que “el respeto de los derechos humanos debe ser una de las prioridades más inmediatas de un gobierno, si no es que la más importante”, y es precisamente, mediante la acción política que la función gubernamental se encamina a la realización de tales fines (Fundar et al., 2005, p. 9).

En ese tenor, desde la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (2010, pp. 13-36), se ha insistido en que los Estados deben realizar acciones orientadas hacia el bienestar colectivo. Dado que estas se ejecutan con recursos estatales, tanto los objetivos como los métodos empleados deben optimizarse para ser más eficientes. Las políticas públicas se conciben como esquemas integrales orientados a abordar globalmente las problemáticas imperantes de las sociedades latinoamericanas; en su conjunto, deben sustentarse en principios como la eficiencia, eficacia y equidad para responder de manera efectiva a las problemáticas sociales y poner en el centro de la gestión pública a la ciudadanía.

En consecuencia, la democracia debe entenderse como un sistema complejo más allá de la selección de los poderes políticos. Las circunstancias actuales de la región vuelven imprescindibles que los gobiernos nacionales asuman la responsabilidad histórica de volver realidad la anhelada conquista de los derechos fundamentales y conviertan, como sugiere Santiago Nino (2023), a la democracia en una forma de vida accesible y materializable para todas y todos, sin excepción, para alcanzar una sociedad más justa.

El constitucionalismo latinoamericano debe comprometerse con superar la visión procedimental o formalista de la democracia asociada al acto electoral para avanzar hacia un modelo integrador y equilibrado en el funcionamiento de los poderes políticos. Precisamente, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial desempeñan un papel principal en la promoción del bienestar colectivo y la materialización de los derechos fundamentales a través de la acción estatal; este es el camino hacia una democracia sustantiva, don-

de estos elementos se erijan como los ejes centrales del sistema político. De lo contrario, la democracia en la región continuará siendo incapaz de resolver los dilemas que enfrentan sus sociedades (Torre, 2005, p. 685).

En este marco, los gobiernos latinoamericanos deben asumir los mandatos constitucionales como auténticos deberes, y con base en ello, fundar regímenes democráticos verdaderamente justos. Solamente desde esta perspectiva la democracia constitucional podrá cumplir con su función: ser un instrumento efectivo de justicia social y desarrollo humano, capaz de responder de manera integral a las necesidades y aspiraciones de toda la población.

III. El constitucionalismo para el desarrollo humano

El constitucionalismo latinoamericano se ha centrado en la justicia social y la garantía de los derechos fundamentales, probablemente influenciado por la historia de dominación y opresión de los pueblos conquistados. En los últimos años, esa perspectiva ha sido influenciada por el impulso de una visión más integral de la Constitución, los derechos y la democracia, que pretende el logro del desarrollo humano entendido como un proceso permanente de ampliación de las libertades y capacidades humanas. Este cambio refleja una transformación importante en la manera en que los derechos son interpretados y promovidos en la región (Torre, 2005, pp. 695-701).

En el ámbito disciplinar de la economía para el desarrollo, impulsada por Amartya Sen (2000, p. 19), se ha cuestionado el estado de las cosas en cuanto al logro de bienestar y calidad de vida que los gobiernos nacionales ofrecen a sus poblaciones. Sen (2000) critica el clásico modelo del desarrollo basado en métricas como el crecimiento económico, dejando ausente las condiciones relevantes para las personas tales como el acceso a derechos fundamentales como educación, vivienda y salud. Esta postura teórica enfatiza la necesidad de que los gobiernos materialicen los derechos incorporados, especialmente, en cartas fundamentales y, en igualdad de circunstancias, estén disponibles para todos los grupos sociales.

La teoría del desarrollo como una concepción integral se ha insertado en diversos textos constitucionales en Latinoamérica, por ejemplo, en las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Estas normas constitu-

cionales reflejan un cambio paradigmático al concebir los derechos no sólo como normas jurídicas, sino como herramientas para la expansión de las capacidades y libertades humanas. Estos enfoques constituyen un avance hacia una visión más integral y humana del desarrollo. Este proceso incluso se ha denominado *constitucionalismo transformador*, el cual está construido a partir de una epistemología propia de América Latina, que se aparta del pensamiento constitucional occidental clásico para dar paso a una nueva visión del sur. En esta visión, se rescatan elementos propios de su origen plurinacional, atendiendo las demandas de los sectores históricamente excluidos y marginados, con el fin de incorporarlos a la reconfiguración del campo político, lo que permite potenciar su desarrollo (Boaventura, 2010, p. 85).

Esta tendencia constitucional, que se presenta especialmente en América del Sur, es señalada por Gerardo Pisarello (2014, pp. 121-122), quien afirma que se trata de un constitucionalismo social de nuevo tipo, precisamente por emanar de la influencia indígena, campesina y de algunos movimientos ambientalistas urbanos. Estos llevan a un nuevo paradigma que él denomina *biocéntrico*, fundado en la idea del buen vivir o del vivir bien, el cual no se realiza a costa de afectar a una parte de la población o de devastar los ecosistemas, sino de garantizar un bienestar generalizable y sostenible. Es decir, nos encontramos con la idea de construir una visión diferente a la tradicional liberal capitalista, en la cual se pretende colocar en el centro la protección de la naturaleza, atender lo colectivo y hacer énfasis en los derechos sociales, sin desconocer las libertades.

La expansión de las libertades y derechos requiere un entorno en el que las personas tengan acceso a los recursos necesarios para elegir entre diversas opciones de vida, lo que solamente ocurre a través de la materialización de derechos. El concepto de capacidades, desarrollado por Martha Nussbaum (2012), es fundamental en este escenario; ella sostiene que las capacidades humanas son las condiciones que permiten a los individuos realizar sus potencialidades. Esta noción destaca la importancia de construir las condiciones económicas, sociales, materiales y tecnológicas propicias para el desarrollo pleno de las personas, sin limitarse al mero reconocimiento de los derechos en las normas jurídicas.

En el marco del constitucionalismo latinoamericano, se observa una evolución que integra de manera más amplia los derechos políticos, económicos,

sociales y culturales como elementos fundamentales para el desarrollo humano. La incorporación de derechos como la propiedad, la educación, la participación política, el acceso a la salud, la educación y una vivienda digna, no sólo amplía los derechos desde la óptica formal, sino que también busca potenciar las capacidades de las personas para llevar una vida que valoren y escojan libremente (2011, pp. 154-157). Esta construcción integral no se limita a la eliminación de restricciones formales a los derechos fundamentales, además trae aparejado la distribución de recursos y generación de oportunidades, como un requisito para el ejercicio pleno de las capacidades.

El reto contextual del constitucionalismo para el desarrollo humano estriba en su implementación en ambientes de desigualdad estructural, característicos de la región latinoamericana. A pesar del amplio reconocimiento de los derechos fundamentales en las Constituciones a lo largo del continente, la falta de políticas públicas integrales y la permanencia de la corrupción institucional han limitado el desarrollo pleno de la sociedad. El Informe Regional de Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2021) destaca que América Latina sigue siendo una de las regiones más desiguales del mundo, con niveles que superan a los de otras zonas con un desarrollo económico similar. Esto evidencia la brecha existente entre los derechos formalmente reconocidos y su materialización en la cotidianidad.

El constitucionalismo latinoamericano ha dado pasos hacia adelante en la superación del insuficiente paradigma de la democracia procedimental. En efecto, las Constituciones recientes impulsan la idea de una democracia sustantiva o de contenidos, en donde los Estados asumen la obligación constitucional de propiciar las condiciones necesarias para el desarrollo de las capacidades de sus poblaciones. El proceso del desarrollo humano, en consecuencia, está impregnado de la idea de igualdad en acceso a derechos y oportunidades, lo que inevitablemente revitaliza la noción de democracia a lo largo de la región.

En la Constitución Política de México se advierte un ejemplo ilustrativo de la impregnación del ordenamiento con la perspectiva del desarrollo. El artículo 26 constitucional señala la obligatoriedad de la planeación democrática como mecanismo para el logro del proyecto nacional de desarrollo inserto en los objetivos definidos dentro de la Constitución. Lo anterior permite advertir el compromiso de las Constituciones latinoamericanas con una

democracia más sustantiva que permita el bienestar y desarrollo integral de la población.

La perspectiva del desarrollo humano reconocida en las Constituciones latinoamericanas permite impulsar nuevas formas de aplicar e interpretar los derechos humanos, entendiéndolos no sólo como límites clásicos al poder del Estado, sino herramientas verdaderas para promover el bienestar social y la calidad de vida. Los derechos y el desarrollo, entonces, se encuentran íntimamente relacionados, pues la materialización de los derechos fundamentales es la garantía de acceso a entornos con mayor igualdad y oportunidades.

Otro ejemplo significativo de la visión del desarrollo humano en la región es el concepto de “buen vivir” o *sumak kawsay*, incorporado en la Constitución de Ecuador. Esta construcción constitucional representa un enfoque del desarrollo holístico, no sólo centrado en el crecimiento económico, sino incluso del bienestar social, cultural y ambiental. El referido texto constitucional, establece en el preámbulo, la intención de “construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. Posteriormente, en el artículo 3.5 establece la obligación estatal de planificar el desarrollo con el objetivo de garantizar el buen vivir. También, incorpora los “derechos del buen vivir” que configura la doctrina del *sumak kawsay*. Este enfoque desarrollista se origina de la cosmovisión indígena, impulsa la perspectiva de equilibrio en la relación entre los seres humanos y la naturaleza, constituyendo una alternativa propia y plausible para América Latina.

En consecuencia, las desigualdades sociales deben ser atendidas por los gobiernos nacionales y no dejar su resolución al mercado o al logro del crecimiento económico.⁴ El Estado debe involucrarse activamente en la redistribución de los recursos y la creación de condiciones óptimas para que las personas puedan alcanzar el desarrollo máximo de sus capacidades. Esto sugiere la necesidad de impulsar desde los espacios públicos la materialización de los derechos fundamentales y equilibrar las restricciones financieras y fiscales.

⁴ En ese sentido, Ferrajoli (2019, p. 78) sostiene que el aumento de las desigualdades sustanciales es consecuencia directa de la renuncia de la política en favor de los mercados.

La experiencia de América Latina demuestra que el desarrollo humano y el constitucionalismo deben ir de la mano. Aunque la mera existencia de derechos fundamentales no garantiza la expansión de capacidades, estos derechos son una condición necesaria para lograrla. El constitucionalismo para el desarrollo humano en la región también debe enfrentar las tensiones entre los derechos individuales y colectivos. Los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la autodeterminación, al uso de sus tierras y a un entorno cultural y ambiental sano, plantean desafíos sobre cómo equilibrar el desarrollo individual y colectivo dentro del marco constitucional (Vázquez, 2016, pp. 167-171).

Otro aspecto relevante es la protección del medio ambiente. Como se ha mencionado, las Constituciones de Ecuador y de Bolivia, reconocen los derechos de la naturaleza, reflejando una visión más holística del desarrollo que incluye la sostenibilidad ambiental como parte integral del buen vivir. Esta protección es más amplia que en otros ordenamientos constitucionales, como el de México, aunque por la vía jurisprudencial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en sentencias el valor en sí mismos de los ecosistemas, como en el caso denominado “Laguna del Carpintero” (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 307/2016).

La protección de los derechos ambientales está vinculada a la expansión de capacidades, ya que un entorno saludable es esencial para una vida plena. Por tanto, el constitucionalismo para el desarrollo humano debe equilibrar las necesidades humanas y ambientales.

Por otro lado, el constitucionalismo para el desarrollo humano también debe ser democrático. La expansión de las capacidades de las personas requiere la existencia y funcionamiento de mecanismos de participación ciudadana que permitan a la sociedad tomar partido de las decisiones fundamentales. Por ello, la participación es un mecanismo esencial en la escucha de las necesidades sociales, la rendición de cuentas y la garantía de los derechos; de manera que, el Estado debe asumir la responsabilidad histórica de construir espacios inclusivos y representativos para incitar el debate público (Torre, 2005, p. 700).

El desarrollo humano, además, está relacionado con los derechos económicos y sociales, cuya materialización permite acceder a trabajos decentes,

seguridad social y medios de subsistencia. Este núcleo mínimo debe garantizarse por el constitucionalismo como una vía indispensable para lograr el desarrollo humano. Adicionalmente, debe volverse la mirada a las desigualdades modernas ocasionadas por el desarrollo tecnológico y la globalización, lo que implica la garantía de acceso a las tecnologías de la comunicación e información, como elementos clave de las capacidades (Iglesias, 2007, p. 227).

En la región, las reformas constitucionales recientes han intentado abatir los desafíos descritos mediante la ampliación de los catálogos de derechos fundamentales y la consolidación de mecanismos para su protección, incluido desde luego, el juicio de amparo. Sin embargo, la distancia entre el deber ser, incorporado en el texto constitucional y lo que es vivido cotidianamente por la población, constituye una dificultad significativa. El desarrollo humano, entendido como la expansión de libertades y capacidades, requiere un esfuerzo concertado por tres grupos: Estado, sociedad civil y la comunidad internacional. Por ello, el constitucionalismo latinoamericano debe ser flexible y adaptable para responder a las cambiantes necesidades de su población.⁵

Pese a los esfuerzos y acciones emprendidas por los gobiernos de la región, el constitucionalismo para el desarrollo humano latinoamericano enfrenta retos históricos como la pobreza, la desigualdad y la exclusión social. La resolución integral de tales problemáticas no puede abordar exclusivamente el derecho, pero sí el marco constitucional puede ser un medio significativamente influyente para impulsar el cambio institucional. Este enfoque debe ser multidisciplinario reconociendo la interacción compleja de las desigualdades y requiriendo respuestas diferenciadas en los textos constitucionales a lo largo de América Latina.

En última instancia, el éxito del constitucionalismo para el desarrollo humano en América Latina dependerá de la voluntad política para implementar los derechos reconocidos en las Constituciones. Sin un compromiso serio y genuino por parte de los gobiernos y las élites políticas, estos derechos corren el riesgo de convertirse en derechos de papel.⁶

⁵ Tomando la idea de flexibilidad y adaptabilidad del derecho impulsada por Zagrebelsky (2018), quien hace alusión a lo dúctil y maleable que debe ser el ordenamiento jurídico.

⁶ Asumir los derechos en serio fue una expresión acuñada por Dworkin (2012), en su obra *Los derechos en serio*.

IV. Los retos frente al constitucionalismo para el desarrollo humano

El constitucionalismo, entendido como un régimen normativo caracterizado por el reconocimiento de derechos fundamentales, enfrenta dilemas significativos en el contexto latinoamericano. En oposición a los sistemas clásicos centrados en la concepción decimonónica de los derechos, la noción del constitucionalismo basado en el desarrollo humano se centra en la expansión de las libertades y capacidades humanas que fomentan la calidad de vida. Lo anterior ofrece una doble dimensión: primero, el reconocimiento de los derechos fundamentales, y segundo, la creación de las condiciones positivas para que las personas puedan ejercer sus derechos en forma efectiva.

La implementación de un constitucionalismo basado en el desarrollo humano en América Latina implica la adopción de políticas públicas que impulsen la justicia social, la participación de los sectores y la equidad. Esta cuestión presenta desafíos específicos que se muestran como ejes: 1) pedagógicos, 2) implementación de políticas públicas inclusivas, 3) papel del poder judicial en la región, y 4) ética constitucional.

1. Retos pedagógicos: una educación transformadora y para la libertad

En América Latina, el primer desafío que enfrenta la construcción de un constitucionalismo orientado en el desarrollo humano es de corte pedagógico. Los sistemas educativos nacionales deben transformarse para formar más allá de los saberes jurídicos y de derechos, orientando a los educandos sobre la influencia de la materialización de los derechos en su vida cotidiana y el efecto benéfico del desarrollo de capacidades críticas y autónomas. En un contexto de desigualdades educativas significativas, la educación, además de garantizar el acceso a saberes, debe incitar en el estudiantado la posibilidad de transformar el entorno y sus realidades. La educación, en tanto derecho fundamental debe entenderse como un vehículo que permite la adquisición de herramientas para la vida y el desarrollo, con la intención de lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y la consciencia de sus derechos y responsabilidades en el marco de una democracia sustantiva.

Tal ha sido la preocupación señalada que, desde la Organización de las Naciones Unidas (2006, p. 13), estableció una serie de lineamientos en el Programa Mundial para la Educación en Derechos, con la idea de construir una cultura universal en el ámbito de los derechos, cuyos objetivos se clarificaron de la siguiente manera: *a)* fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; *b)* desarrollar plenamente la personalidad humana y el sentido de la dignidad del ser humano; *c)* promover la comprensión, la tolerancia, la igualdad entre los sexos y la amistad entre todas las naciones, los pueblos indígenas y los grupos raciales, nacionales, étnicos, religiosos y lingüísticos; *d)* facilitar la participación efectiva de todas las personas en una sociedad libre y democrática en la que impere el Estado de derecho; *e)* fomentar y mantener la paz, y *f)* promover un desarrollo sostenible centrado en las personas y la justicia social.

En consonancia con lo anterior, los lineamientos pretenden fomentar la construcción de una sociedad más democrática y justa, capaz de incentivar una serie de principios virtuosos en el texto constitucional y llevarlos a la práctica cotidiana. Al mismo tiempo, estos mandatos constituyen deberes destinados a los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas, así como a sus instituciones internas. Por lo que, el objetivo de este Programa es compatible con las inquietudes asentadas en este apartado, como lo es la afirmación de la cultura democrática, la justicia social, la paz y el desarrollo humano (Enríquez et al., 2014, p. 259).

Paulo Freire (2005), en su perspectiva teórica, concibe a la educación como instrumento de liberación para el ser humano, una premisa que adquiere relevancia en América Latina. Freire sostiene que la educación debe tener un enfoque emancipador, lo que trae consigo el diálogo permanente entre educador y educando, donde ambos se asumen como constructores del conocimiento. Esta vocación resalta los valores de la participación y pensamiento crítico como elementos fundamentales del proceso de ruptura de estructuras opresoras que propician la injusticia y las desigualdades de la sociedad. Como resultado de lo anterior, el constitucionalismo para el desarrollo humano debe fomentar en las normas constitucionales, el deber de las instituciones educativas de propiciar la crítica al estado de las cosas, el debate y la participación colectiva como mecanismos de transformación social.

En particular, los programas en materia de derechos humanos y Constitución deben integrarse como elemento transversal en los diversos niveles educativos, debido a que las normas constitucionales no solamente operan como reglas y principios jurídicos sino verdaderos programas de desarrollo humano. La educación en estas materias debe superar la visión formalista de las normas como reglas abstractas de conducta para resignificar su sentido de condiciones de optimización que resultan poderosas en la transformación social y desarrollo humano. Además, en las aulas deben construirse escenarios de deliberación democrática, donde el estudiantado pueda experimentar y participar del debate público, desarrollando las habilidades necesarias para convertirse en ciudadanos comprometidos con su comunidad y con el ejercicio de una ciudadanía activa.

En nuestra región, el desarrollo educativo conlleva una inversión significativa en programas formativos que involucren a todos los sectores sociales, especialmente, a los jóvenes de comunidades marginadas, lo que les permitiría involucrarse a la cultura cívica y democrática.

Los efectos del desafío pedagógico no se limitan al ámbito educativo formal, se extienden a la esfera del servicio público, abogados, jueces y funcionarios judiciales, que deben ser influenciados por una noción del derecho más integral, humanista y protectora de los derechos humanos. En este sentido, Peces-Barba (2007, p. 100) enfatiza que la educación para la ciudadanía y los derechos humanos es el camino hacia la felicidad; y que los medios esenciales para alcanzar la libertad individual y colectiva son el conocimiento, el dominio de la naturaleza y la comprensión profunda del mundo.

2. Implementación de políticas públicas: inclusiva, mínimo vital e innovación

El segundo reto para el constitucionalismo orientado al desarrollo humano en América Latina es la implementación de políticas públicas que promuevan una verdadera justicia social. Las Constituciones latinoamericanas, como se ha dicho, a pesar de ser progresistas en lo relacionado con el reconocimiento de derechos fundamentales, a menudo devienen insuficientes en materializar sus promesas en cambios institucionales debido a las desigualdades que atraviesa la región.

En consecuencia, para el enfoque del desarrollo humano, el reconocimiento de los derechos fundamentales no es suficiente para asegurar la calidad de vida de las personas; en cambio, requiere la creación de condiciones materiales que permitan a la sociedad ejercer esos derechos. En este contexto, las políticas públicas deben enfocarse en la redistribución equitativa de recursos, la ampliación del acceso a servicios esenciales como la educación, la salud y el empleo, y la promoción de la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones que afectan sus vidas.

Una de las principales áreas de oportunidad en el ámbito de las políticas públicas en América Latina es la garantía del mínimo vital para toda la población. Este concepto se refiere al conjunto de condiciones materiales mínimas necesarias para que una persona pueda llevar una vida digna, lo que incluye, entre otros derechos, el acceso a alimentos, vivienda, salud, educación y agua potable.⁷

Lo anterior nos lleva a replantear el constitucionalismo decimonónico, en especial el de corte liberal, el cual se ha construido sobre un esquema predominantemente orientado a los derechos de libertad, que exige comportamientos negativos de los órganos de poder político y excluye la participación de principios igualitarios. En dicha versión jurídica no puede tener cabida el concepto de mínimo vital, ya que, sin un conjunto de acciones positivas por parte del Estado, su materialización es imposible. De ahí surge la necesidad de exigir un constitucionalismo que incorpore los derechos prestacionales y los canalice hacia la generación de condiciones mínimas por parte de los entes estatales, con el objetivo de aspirar a la igualdad y un desarrollo democrático, lo cual permitiría generar las condiciones necesarias para la aparición del mínimo vital (Alexy, 2007, pp. 383-384).

A pesar de los avances en la implementación de programas sociales en países como Brasil o México, por ejemplo, Bolsa Familia y Próspera, respectivamente, la pobreza y la desigualdad estructural siguen afectando a millones de personas en esas naciones. Además, los programas sociales a menudo enfrentan retos de sostenibilidad y eficacia, debido a condiciones

⁷ El Pleno de la Suprema Corte de México se pronunció en torno al mínimo vital en septiembre de 2011 al fallar los amparos en revisión 2237/2009, 24/2010, 121/2010, 204/2010 y 507/2010, que ofrecen una postura jurisdiccional al respecto.

multifactoriales como el manejo discrecional de los recursos, el uso faccioso o político, la estabilidad económica y, desde luego, la voluntad política de los gobiernos en turno. Por lo tanto, es necesario diseñar instrumentos que aseguren la gestión de políticas públicas de largo alcance, permanentes y sostenibles, acordes con los objetivos nacionales, incluso en circunstancias complejas como crisis económicas o transiciones gubernamentales.

Una alternativa de mejora para la gestión y políticas públicas puede encontrarse en la implementación innovadora de instrumentos de participación ciudadana inclusivos, capaces de acercar a la ciudadanía con los tomadores de decisiones y viceversa. En esa misión, las acciones gubernamentales deben construirse a partir de la conversación entre las comunidades destinatarias del actuar estatal y las autoridades, asegurando escuchar sus necesidades reales. Esto implica la construcción de espacios de participación directa, como consultas populares, referéndums y asambleas, donde los ciudadanos expresen sus demandas y colaboren en la formulación de soluciones para sus problemáticas (Gargarella, 2014, p. 121).

Una oportunidad para la incorporación de los sectores históricamente marginados o en condiciones de atraso es la irrupción de la tecnología y las plataformas digitales como instrumentos efectivos para facilitar la participación social y garantizar la escucha de sus necesidades. Sin embargo, debe prestarse atención a considerar en la construcción pública a todas y a todos, lo que solamente se garantiza mediante instrumentos accesibles, así como evitar la simulación democrática a través de ejercicios transparentes.

3. El papel del Poder Judicial: árbol vivo y activismo judicial

En América Latina, el Poder Judicial tiene una responsabilidad principal con los derechos humanos y el desarrollo humano. A pesar de ello, con frecuencia, los sistemas judiciales de la región se han caracterizado por la aplicación restrictiva de la ley, que limita su actuar para promover cambios significativos en beneficio de la sociedad.⁸ Un enfoque más garantista por par-

⁸ Por ejemplo, en el caso de México, la lenta y contradictoria recepción del control de convencionalidad, en especial, tratándose de la inaplicación de preceptos constitucionales en deferencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales son los casos del arraigo y la prisión preventiva oficiosa.

te de las personas juzgadoras es fundamental para que el constitucionalismo basado en el desarrollo humano tenga un impacto real.

La doctrina del árbol vivo o interpretación evolutiva sostiene que las normas constitucionales deben interpretarse de acuerdo con el contexto y complejidades actuales, ofreciendo un marco de entendimiento valioso para impulsar el desarrollo humano desde los órganos jurisdiccionales.⁹ Esta doctrina permite a las personas juzgadoras adaptar las normas constitucionales a las realidades complejas que viven las sociedades modernas, permitiendo la evolución del texto constitucional de conformidad a la transformación de los valores y necesidades de la sociedad (Waluchow, 2009 y 2015).

Por otro lado, el activismo judicial es una actitud clave para promover un constitucionalismo basado en el desarrollo humano.¹⁰ Los jueces al adoptar un papel principal en la garantía de los derechos fundamentales, pueden fomentar cambios significativos en las relaciones y actuación de los poderes públicos, y garantizar, con ello, que las Constituciones no se limiten a instrumentos declarativos, sino que se traduzca en realidades. La Corte Constitucional de Colombia es un ejemplo paradigmático de la adopción de posturas activas en la aplicación de interpretación evolutiva en derechos como a la salud y educación, lo que muestra el potencial del activismo judicial como agente impulsor del desarrollo humano.¹¹

En este sentido, la labor de los intérpretes debe realizarse en clave de justicia social como una medida de reivindicación histórica de las comunidades, buscar que las resoluciones jurisdiccionales se traduzcan en instrumentos

⁹ El origen de la doctrina del árbol vivo se remonta al caso “Edwards vs. Canadá (Attorney General)” de 1929, conocido como “de las personas”, en que se determinó que “El British North America Act plantó en Canadá un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales” (Waluchow, 2015, p. 237).

¹⁰ Para aclarar el uso del término “activismo judicial”, es pertinente referirse a lo que Atienza (2020, p. 85) señala sobre las diferencias en su interpretación en Europa y América Latina. En Europa, calificar a un juez de activista tiene un tono negativo, pues sugiere que actúa de manera contraria a la labor judicial. En contraste, en América Latina, se le considera una cualidad positiva, indicando que el juez se compromete seriamente con la defensa de los derechos fundamentales.

¹¹ García (2016, p. 24) sostiene que la judicialización política en Colombia ha implicado la intervención en asuntos como “aborto, eutanasia, matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como decisiones relacionadas con políticas públicas, por ejemplo, protección de grupos minoritarios o sujetos de especial protección”.

de garantía efectiva de los derechos y, por consiguiente, se impulse la expansión de las capacidades de la población, en particular los más vulnerables. Lo anterior conlleva no sólo la interpretación evolutiva de la Constitución, sino también la actitud desafiante del personal judicial para contribuir a la solución de los problemas fundamentales de América Latina.

Así, el activismo judicial, entendido como un comportamiento progresista y garantista, no como algo pernicioso ni inadecuado, tal como se percibe en ciertos sectores del mundo anglosajón o europeo, en América Latina es visto como una oportunidad para posicionar al Poder Judicial como protagonista en las deliberaciones públicas y, en consecuencia, en la promoción de cambios políticos, sociales y económicos. Esta labor se da principalmente en ámbitos afectados por la pobreza, la desigualdad y la escasa materialización de los derechos, frente a la pasividad y desatención de los demás órganos de gobierno (García, 2016, p. 94).

4. *Ética constitucional o dejar de ser islas*

Un reto a menudo desapercibido en la teoría constitucional se relaciona con los deberes, opacados por la estelaridad de los derechos; los deberes frente a los derechos son el recordatorio de la coexistencia con nuestros semejantes. Nuccio Ordine (2022), en una obra reciente, ha insistido en una idea clásica de la literatura para recordarnos que las personas “no son islas”, en el trasfondo de la expresión subyace el llamamiento a la humanidad para reconocerse como elementos igualmente valiosos, habitantes de la aldea global. Esta noción es útil para virar la mirada a la otra cara de los derechos, la de los deberes; al respecto, Emilia Bea (2023, p. 318) señala que la “sociedad justa y sociedad decente son las dos caras de una misma moneda, como lo son los derechos y los deberes”.

El debate sobre los deberes adquiere vigor en el contexto latinoamericano, caracterizado por condiciones de desigualdad, indiferencia social, actos de barbarie, entre otras patologías sociales. En efecto, si consideramos que los destinatarios de los deberes constitucionales, en primer lugar, son los órganos de poder público, lo que conlleva su obligación de cumplimiento, toda vulneración a los derechos es en sí un desacato a los deberes.

Los deberes, en segundo lugar, tienen una eficacia horizontal derivada de las relaciones de responsabilidad entre las personas o entes privados, lo que implica el respeto recíproco y el cumplimiento efectivo de los deberes fundamentales sin los cuales no pudieran materializarse los derechos, lo que se traduce en acciones positivas entre iguales.

En América Latina, es imperante impulsar el debate de los deberes constitucionales como una construcción ética comunitaria, al menos, por tres razones: *a)* todo derecho trae apareja un deber; *b)* a menudo, el cumplimiento de un deber se traduce en la materialización de un derecho, y *c)* el cumplimiento recíproco de los derechos y deberes construye sociedades justas y decentes. La relación derechos-deberes constituye la base de la solidaridad, del compromiso recíproco en el logro del bienestar propio y ajeno, y en particular, es la idea del desarrollo compartido. Por ello, tal vez en medio de las crisis que habitan la región no sólo nos encontramos en el tiempo de los derechos, sino, en la época de los deberes.¹² Cabe destacar que en nuestra región un antecedente de la discusión en torno a los deberes fundamentales lo encontramos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1848, en la que se destinó el capítulo segundo a este tópico.

5. Particularidades de América Latina

El contexto latinoamericano presenta particularidades que requieren un enfoque contextualizado del constitucionalismo para el desarrollo humano. En la región, la falta de materialización de los derechos fundamentales en la práctica puede explicarse por los altos niveles de desigualdad económica, la corrupción y la fragilidad institucional. El panorama se ha complejizado por la aparición en las últimas décadas de episodios de violencia y narcotráfico, que colateralmente limitan en todos los ámbitos el acceso a los derechos y, por consiguiente, el desarrollo humano.

La región enfrenta como principal desafío el problema de la desigualdad. Tomando en consideración la distribución de la riqueza, América Latina

¹² En una reciente reflexión, Zagrebelsky (2023) abordó la necesidad de retomar el debate sobre los deberes en un momento en que la sociedad no se caracteriza por vivir en una época de los derechos, sino en un tiempo de codicia, de ahí la necesidad de incorporar los deberes en los textos constitucionales.

sigue siendo una de las regiones más desiguales del mundo (Sánchez-Ancochea, 2022, pp. 48-65). Estas desigualdades tienen impacto directo en el acceso a derechos como la salud, educación, vivienda y empleo. La región enfrenta ecosistemas económicos y políticos muchas veces influenciados por élites económicas que perpetúan estructuras de exclusión que impiden que amplios sectores de la población disfruten de las condiciones mínimas para el desarrollo humano.

La corrupción como elemento estructural del sistema disminuye la confianza en las instituciones públicas y obstaculiza la implementación efectiva de las políticas públicas, especialmente, de naturaleza social (Salas, 2021, pp. 1-5). La corrupción como sistema desvía recursos financieros y humanos que destinados a la materialización de derechos fundamentales terminan empleándose en otras labores poco loables, lo que genera en la población malestar, desconfianza y apatía.

En la región es relevante visibilizar las problemáticas de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes como agrupaciones históricamente marginadas, discriminadas y excluidas de los beneficios del desarrollo (Saavedra, 2022, pp. 112-116). Un constitucionalismo orientado al desarrollo humano en América Latina debe reconocer estas desigualdades estructurales y proponer soluciones específicas para atender las necesidades de estos grupos, respetando sus derechos colectivos y su autodeterminación.

La violencia generalizada en algunos países también representa un desafío fundamental. En países como México y Colombia, la violencia relacionada con el narcotráfico y otros conflictos armados afecta gravemente los derechos humanos de los ciudadanos y limita las posibilidades de desarrollo. Un enfoque de desarrollo humano debe incluir estrategias para la paz y la reconciliación, así como medidas para garantizar la seguridad y protección de todas las personas, tal como lo impulsa la denominada justicia transicional (Valderrama y Ortiz, 2018).

En suma, la implementación de un constitucionalismo orientado al desarrollo humano en América Latina requiere superar una serie de desafíos profundos y estructurales. Sin embargo, mediante una educación para la libertad, la promoción de políticas públicas inclusivas y sostenibles, un poder judicial proactivo, la participación ciudadana y el reconocimiento de los deberes constitucionales, es posible avanzar hacia una sociedad más justa,

equitativa y libre, donde todos los individuos puedan desarrollar plenamente sus capacidades.

V. Conclusiones

1. *Transformación del constitucionalismo hacia el desarrollo humano.* El constitucionalismo, tradicionalmente enfocado en la protección de derechos y libertades de manera formal, requiere una transformación significativa para alinearse con el enfoque del desarrollo humano. Esta perspectiva teórica promueve la garantía de los derechos, no solamente desde el sentido técnico-jurídico, también reconoce la necesidad de materializarlos en condiciones de vida que aseguren plenamente su ejercicio. Esta transformación supone en la región, un cambio de paradigma que ponga al centro del constitucionalismo al desarrollo humano y promueva una visión sustantiva de la democracia y los derechos como vehículos para el logro del bienestar y de la calidad.

2. *Retos pedagógicos: educación transformadora.* El reto pedagógico es uno de los principales para lograr la implementación del constitucionalismo basado en el desarrollo humano en América Latina. La educación debe superar la visión limitada de la formación jurídica como reproducción de conocimientos teóricos y derechos, para acercarse a otra que fomente el pensamiento crítico y capacidad argumentativa del estudiantado. La recuperación de construcciones pedagógicas, como la acuñada por Freire (2005), parecen idóneas para promover la conversación sobre los problemas sociales y el debate público desde los centros educativos, permitiendo la participación y la formación de ciudadanía transformadora. Asimismo, un elemento vital en la actualidad corresponde a la formación en materia de derechos humanos, donde éstos sean asimilados como auténticos vehículos para el desarrollo de capacidades y la calidad de vida.

3. *Políticas públicas inclusivas.* El constitucionalismo basado en el desarrollo humano reclama la implementación de políticas públicas que promuevan la justicia social y la reivindicación histórica de las comunidades con mayor marginación. Sin embargo, a pesar de los avances en algunos países de América Latina, las desigualdades económicas, sociales y tecnológicas persisten, lo que se ha traducido en limitaciones de acceso a los derechos. La imple-

mentación de acciones, como la garantía del mínimo vital, que considera derechos como a la alimentación, vivienda, salud, agua potable y educación, deviene esencial en el logro de sociedades más igualitarias. Asimismo, las acciones tendientes a dialogar con las comunidades a través de mecanismos de participación social aseguran la gestión de políticas públicas más democráticas y eficientes.

4. *El papel del Poder Judicial: interpretación evolutiva y activismo judicial.* El Poder Judicial en Latinoamérica debe adoptar el compromiso de asumirse como garante de los derechos fundamentales y el desarrollo humano, empleando como herramienta interpretativa a doctrinas como la del árbol vivo. Esta doctrina de la interpretación evolutiva, en conjunto con el activismo judicial asegura que los derechos se adapten a los cambios contextuales de las comunidades y, a partir de ello, puedan traducirse en insumos tangibles que beneficien a las personas, especialmente, cuando el poder político se muestra indiferente frente a las desigualdades. En efecto, las personas juzgadoras deben interpretar la constitución de manera dinámica, asegurando que se mantenga vigente respecto de las complejas dinámicas sociales que intenta gobernar, promoviendo a través de su actuación la justicia social y el desarrollo humano.

5. *Pensar en América Latina.* Para construir un constitucionalismo latinoamericano, basado en el desarrollo humano, debe pensarse en las particularidades de la región, en lugar de la compleja tentación de adaptar modelos externos a tradiciones ajenas. Pensar en los problemas institucionales, políticos y económicos que redundan en problemas de desigualdad, corrupción, violencia y exclusión social, permite construir una epistemología propia, capaz de impulsar ideas y acciones acordes a la dinámica regional. Con esa finalidad es necesario la gestión de políticas públicas que aborden las problemáticas de cada país, reconociendo y atendiendo las necesidades de los grupos históricamente marginados, como los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. Además, se deben promover políticas que incluyan medidas para la paz y la reconciliación, garantizando la seguridad y protección de todas las personas.

6. *La gestión integral para el desarrollo humano.* En su conjunto enfrentar los retos de la región a través del constitucionalismo basado para el desarrollo humano supone la instrumentación de reformas educativas, políticas públicas

inclusivas, un fortalecimiento del Poder Judicial, la recuperación de la noción de deberes constitucionales y una adaptación del enfoque constitucionalista a las particularidades regionales. Es esencial que estos esfuerzos se coordinen entre tres sujetos activos de las naciones: el Estado, la sociedad civil y la comunidad internacional, con el objetivo de garantizar que los derechos y libertades sean efectivos y accesibles para todos los ciudadanos. Sólo a través de un compromiso coordinado y una visión integral del desarrollo humano será posible avanzar hacia una sociedad más justa y democrática en América Latina.

VI. Referencias

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alterio, M. (2021). *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Tirrant lo Blanch.
- Atienza, M. (2019). *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. Trotta.
- Atienza, M. (2020). *Una apología del derecho y otros ensayos*. Trotta.
- Bea, E. (2023). *Los deberes en la edad de los derechos*. Dykinson.
- Becerra, J. de J. (2019). El nuevo constitucionalismo de los derechos humanos: caso mexicano. *Revue Juridique Themis*, 52(2), 217-240.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Enriquez, J. M. y otros (2014). *Educación plena en derechos humanos*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2023). *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*. Trotta.
- Filgueira, F. y otros (2020). *América Latina ante la crisis del COVID-19: vulnerabilidad socioeconómica y respuesta social*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Freire, P. (2005). *Pedagogía del oprimido*. Siglo XXI Editores.
- Fundar, International Budget Project e International Human Rights Internship Program (2005). *Las cuentas de la dignidad: una guía para utilizar el análisis de*

- presupuestos en la promoción de los derechos humanos*. Fundar; International Budget Project; International Human Rights Internship Program.
- García, L. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Gargarella, R. (2014). *Por una justicia dialógica*. Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2015). *La sala de máquinas de la constitución*. Katz.
- Gargarella, R. (2018). Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109-129.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como conversación entre iguales*. Siglo XXI Editores.
- Garzón Valdés, E. (2001). Derecho y democracia en América Latina. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (14), 33-63.
- Gutmann, A. (2004). Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron. En H. Hongju y Slye Ronald (Eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos* (pp. 269-278). Gedisa.
- Iglesia, M. (2007). Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades. En M. Carbonell y R. Vasquez (Eds.), *La globalización y el orden jurídico: reflexiones contextuales*. Universidad del Externado.
- Lasalle, F. (2013). ¿Qué es una constitución? Tomo.
- Nino, C. (2003). *La constitución en la democracia deliberativa*. Gedisa.
- Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano*. Herder.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*. Paidós.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (2010). *Políticas públicas y presupuestos con perspectivas de derechos humanos. Manual operativo para servidoras y servidores públicos*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México.
- Ordine, N. (2023). *Los hombres no son islas*. Acanalado.
- Organización de las Naciones Unidas (2006). *Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas.
- Peces-Barba, G. (2007). *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*. Espasa.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Trotta.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2021). *Informe Regional de Desarrollo Humano 2021. Atrapados: alta desigualdad y bajo crecimiento en América Latina y el Caribe*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Saavedra, V. (2022). *Pueblos invisibilizados: La subjetividad de derechos colectivos de afrodescendientes e indígenas a través del estudio de caso colombiano*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Salas, A. (2001). Un análisis de la corrupción en América Latina. *Encuentros multidisciplinares*, 23(67), 1-5.
- Sánchez-Ancochea, D. (2022). Desigualdad en América Latina. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, Extra 6, 48-65.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Planeta.
- Sen, A. (2004). El valor universal de la democracia. *Letras libres*, 8-16.
- Sousa, B. de (2010). *Refundación del Estado en América Latina*. Siglo XXI Editores.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). *Amparo en revisión 307/2016*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Torre, C. de la (2005). Justicia social, democracia y derechos humanos en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 673-704.
- Valderrama, F.J., y Ortiz, M. (2018). Justicia transicional: noción de la justicia en la transición colombiana. *Opinión jurídica*, 16(32), 245-266.
- Vázquez, R. (2016). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. UNAM; ITAM.
- Zagrebelsky, G. (2018). *El derecho dúctil*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2023). *Derechos a la fuerza*. Trotta.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Becerra Ramírez, José de Jesús y Viveros Sánchez, Héctor Alexis, “Derechos, discapacidades y desarrollo humano: una lectura desde el constitucionalismo latinoamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 39-64. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19121>

APA

Becerra Ramírez, J. J. y Viveros Sánchez, H. A. (2024). Derechos, discapacidades y desarrollo humano: una lectura desde el constitucionalismo latinoamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 39-64. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19121>

El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo

The Salvadoran regime of exception: an extreme vision of the enemy criminal law

Jaime Cárdenas-Gracia

 <https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: jaicardenas@aol.com

Recepción: 30 de abril de 2024 | **Aceptación:** 7 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19110>

Resumen: En este ensayo hacemos un estudio crítico de los decretos de excepción aprobados en la República de El Salvador desde 2022. Consideramos que estos decretos son una respuesta antijurídica para combatir la criminalidad en una nación; son contrarios a la concepción del Estado constitucional; rompen todos los parámetros de la convencionalidad, y estimamos que pueden ser calificados como derecho penal del enemigo. Uno de los graves problemas del ejemplo salvadoreño consiste en que algunos gobiernos de la región podrían tener la tentación de importarlo a sus naciones, con consecuencias nefastas para la democracia y Estado constitucional.

Palabras clave: estado de excepción; decretos de excepción; derecho penal del enemigo; El Salvador.

Abstract: In this essay we develop a critical study of the emergency decrees approved in the Republic of El Salvador since 2022. We consider that these decrees are an unconstitutional response to combat crime in a nation; they are also contrary to the conception of a constitutional State; they break all the parameters of conventionality, and finally we estimate that they can be classified as enemy criminal law. One of the serious problems of the Salvadoran example is that some governments in the region could be tempted to import it into their nations with disastrous consequences for both democracy and constitutional State.

Keywords: exception status; emergency decrees; enemy criminal law; El Salvador.

Sumario: I. Introducción. II. Marco teórico para la comprensión del régimen de excepción. III. Una panorámica al régimen de excepción en El Salvador. IV. El régimen de excepción en El Salvador, los estándares internacionales de derechos humanos y el derecho penal del enemigo. V. El régimen de excepción de El Salvador como derecho penal del enemigo. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

En diciembre de 2023 Nayib Bukele renunció a la presidencia de El Salvador, seis meses antes de concluir su mandato. Sin embargo, esto fue una estrategia jurídica, una simulación, para superar la prohibición constitucional de la reelección inmediata. En 2021 la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador había determinado que el presidente podía optar por la reelección sucesiva si no ejercía el cargo seis meses antes de concluir su mandato. Bukele, con fundamento en esa decisión, se separó del cargo y participó en los comicios, que ganó el 4 de febrero de 2024 con más del 80% de la votación. Sus políticas de seguridad gozan de un respaldo superior al 90% de los ciudadanos encuestados. La popularidad del gobierno de Bukele se ha basado en la imposición de un régimen de excepción que se renueva desde marzo de 2022, mes con mes, y que ha reducido drásticamente la criminalidad en ese país mediante la detención y procesamiento masivo de personas integrantes de pandillas. En este ensayo damos cuenta de esos hechos y variables, porque consideremos que el “modelo Bukele” puede ser exportado a otras naciones de la región, como es el caso de Ecuador, aunque este sea contrario a los derechos humanos y a los principios democráticos de un derecho penal mínimo.

¿Qué es un régimen de excepción? El régimen de excepción se produce en tiempos distintos a los ordinarios; en esa época los días son aciagos, y todos los ámbitos o esferas de vida, incluyendo la jurídica, se trastocan. Podríamos hablar *grosso modo* de tres tiempos en relación con el derecho: el tiempo de guerra, cuando se declara la guerra a una potencia extranjera; el tiempo de paz, que es la época ordinaria en la que el Estado nación no hace la guerra y puede desplegar sus instituciones y ordenamiento jurídico para atender las situacio-

nes de vida comunes; y la fase denominada estado o régimen de excepción, que en uno de sus extremos puede coincidir con el de la guerra, aunque también puede no dar lugar a ella. El estado de excepción se presenta cuando la sociedad o el Estado, o ambos, viven una profunda crisis, debido a razones de muchos tipos: económicas, medioambientales, sanitarias, de convulsión social o política, de invasión extranjera, de conflicto entre poderes o entre niveles de gobierno (Cárdenas Gracia, 2021).

También podemos afirmar que en cada una de las tres etapas (guerra, paz o estado de excepción) el derecho es diverso y distinto. Debe señalarse que el derecho —constitucional y democrático— sólo es posible a cabalidad en un estado de paz; en los estados de guerra o de excepción, sufre alteraciones muy profundas, hasta poner en duda la existencia de algunos derechos, como ocurrió sobre todo en el mundo previo a la Segunda Guerra Mundial. Si en esos periodos había un auténtico derecho era porque el derecho válido del tiempo ordinario se encontraba suspendido (Schmitt, 2009), o porque los fines del derecho —justicia, libertad, igualdad o paz— se expresaban trastocados o simplemente no se manifestaban. Esto quiere decir que los periodos de excepción o de guerra hacen muy difícil el cumplimiento y la realización del derecho, en contraste con los periodos de paz.

En las teorías jurídicas contemporáneas se ha realizado un importante esfuerzo teórico y normativo para que —tanto en periodos de excepción como de guerra, y en la medida que las circunstancias lo permitan— pueda regir un derecho propio del Estado constitucional y democrático de derecho, aunque sea con algunos cambios o características distintivas. Igualmente, el derecho convencional ha incrementado los estándares que en materia de derechos humanos deben ceñir a los estados de emergencia y de excepción. Así mismo, mediante el derecho comparado encontramos una tendencia a establecer fuertes mecanismos de control de constitucionalidad y de convencionalidad en la materia.

En este ensayo sostenemos que la aplicación del régimen de excepción en El Salvador no se ajusta a los parámetros internacionales de derechos humanos contemporáneos en materia de estados de excepción. Estos parámetros derivan del artículo 4o. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, en el sistema interamericano, del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los parámetros y estándares se en-

cuentran desarrollados, entre otros, por las siguientes decisiones y resoluciones: 1) la Observación General núm. 29 (2001, párrs. 13-16), sobre artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, concerniente a la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción; 2) la Opinión Consultiva OC-8/87 (1987), relativa al *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); y 3) la Opinión Consultiva OC-9/87 (1987), referida a las garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Los parámetros y estándares mínimos señalan fundamentalmente lo siguiente:

- a) Debe existir una proclamación oficial de cualquier estado de excepción;
- b) Los estados de emergencia son excepcionales y un último recurso (principio de excepcionalidad).
- c) Se debe atender a los principios de necesidad y proporcionalidad.
- d) Las autoridades competentes deben justificar la proclamación de cualquier estado de excepción, así como las medidas que se adopten con fundamento en esa declaración.
- e) Las medidas que se adopten durante la excepción no deben entrañar discriminación alguna.
- f) Las medidas de excepción son temporales, nunca definitivas.
- g) Se debe respetar y garantizar el carácter inalienable de ciertos derechos humanos.
- h) Se debe cumplir el principio de notificación internacional.
- i) Ciertos derechos merecen protección especial como el de protección judicial.
- j) No podrán suspenderse los siguientes principios: pro persona, no discriminación, legalidad, irretroactividad de las leyes, y debido proceso, ni el valor de la dignidad humana.
- k) Las medidas de excepción deben basarse en el principio de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
- l) El fin a la suspensión de derechos y garantías, en sus distintas hipótesis debe determinarse pormenorizada y previamente.

- m) Los procedimientos de suspensión de derechos deben estar sometidos a controles jurídicos y políticos democráticos.

Los decretos expedidos por el gobierno de Bukele no responden —como demostraremos en este ensayo— a la excepcionalidad que debe existir en un régimen de esa naturaleza; no se encuentran justificados constitucional ni convencionalmente; no son proporcionales ni necesarios; no son susceptibles de control de constitucionalidad y de convencionalidad; se apoyan en la discriminación y estigmatización de personas; entrañan la suspensión de derechos vinculados al debido proceso, lo que no es dable suspender o restringir, conforme al artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, son decretos que despliegan un derecho penal de autor que, como explicaremos en el ensayo, constituyen un derecho penal del enemigo.

II. Marco teórico para la comprensión del régimen de excepción

1. Algunos antecedentes de la excepcionalidad

Giorgio Agamben ha considerado que uno de los antecedentes del estado de excepción es el *iustitium* de la República romana, el cual describe así:

Cuando se tenía conocimiento de una situación que ponía en peligro la República, el Senado emitía un *senatus consultum ultimum* por el que se pedía a los cónsules y, en algunos casos, también al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cualquier ciudadano, que adoptaran cualquier medida que se consideraba necesaria para la salvación del Estado. Este senadoconsulto se basaba en un decreto que declaraba el *tumultus* y que solía dar lugar a la proclamación de un *iustitium*. (Agamben, 2010, pp. 63-64)

Iustitium significa suspensión o cesación del derecho; con él se producía un vacío jurídico, que autorizaba a un gobernante o a cualquier persona a preparar las defensas frente a las calamidades, al margen del derecho, para resolver el *tumultus*. El *iustitium* era diferente a la dictadura, porque no había

creación de una nueva magistratura y porque el enorme poder del que disfrutaba el magistrado responsable no procedía de la concesión de un *imperium*, sino de la suspensión de las leyes. Agamben (2010, p. 72) parafrasea lo anterior y, filosóficamente, señala que el estado de excepción no se define según el modelo dictatorial de plenos poderes (estado pleromático), sino de la obtención del poder debido al vacío y detención o parálisis del derecho (modelo kenomático).

A partir de esta investigación analógica, Agamben (2010, pp. 75-77) establece cuatro polémicas características: 1) el estado de excepción no es una dictadura —constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana—, sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la que todas las determinaciones jurídicas, sobre todo, la distinción entre lo público y lo privado, se encuentran desactivadas; 2) son parcialmente incorrectas las teorías de la necesidad que ven en ésta la fuente jurídica originaria del estado de excepción, al igual que las teorías que ven en el estado de excepción el ejercicio de un derecho del Estado a la propia defensa o a la recuperación de un originario estado pleromático del derecho de los plenos poderes; 3) el estado de excepción no es un estado de derecho sino un espacio sin derecho, aunque no un estado de naturaleza, y 4) el estado de excepción es un espacio en donde opera la política, en donde el gobernante reviste la *auctoritas* y el *imperium* es fluctuante.

Estas características del estado de excepción son polémicas porque el derecho contemporáneo impide el vacío o la suspensión total del orden jurídico. Por ejemplo, la reforma constitucional mexicana al artículo 29 constitucional, del 10 de junio de 2011, norma constitucional y convencionalmente el estado de suspensión de derechos y garantías. Así, existen derechos y garantías que no pueden ser suspendidos —párrafo segundo del artículo 29 constitucional—. El estado de suspensión se somete a un procedimiento para su aprobación, en donde participan los poderes constituidos. Las decisiones que se adoptan en el estado de excepción son revisadas de oficio en su constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; la suspensión se somete a los principios de constitucionalidad, proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. El Poder Legislativo tiene facultades para decretar el fin del periodo de suspensión y el Ejecutivo no puede vetar ese decreto. Es decir, en el derecho constitucional mexicano

la suspensión está sometida al derecho; no hay un espacio jurídico totalmente vacío, y no se actualizan en su crudeza las notas distintivas que señala Agamben para el estado de excepción.

La idea moderna de una suspensión de la Constitución fue introducida en la Constitución de 22 de febrero del año VIII (24 de diciembre de 1799). La Constitución del año VIII fue consecuencia del golpe de Estado del 18 de Brumario (9 de noviembre de 1799), que acabó con la Revolución francesa y confirió importantes poderes a Napoleón Bonaparte, semejantes a los de un dictador. El artículo 22 de esa Constitución permitía la suspensión de la Constitución en una región o ciudad. La figura de suspensión de la Constitución confluía con el tiempo con la categoría *estado de sitio* (Hauriou, 2003, pp. 130-141).

El estado de sitio fue expresamente mencionado en el Acta Adicional a la Constitución del 22 de abril de 1815, y reservaba su declaración a una ley. Desde entonces, las normas sobre el estado de sitio en Francia se han ido formulando en leyes para atender momentos de crisis constitucional hasta el día de hoy. La principal diferencia jurídica entre el estado de sitio francés y el alemán es que en Francia lo declara el Poder Legislativo, mientras que en la tradición alemana el poder que determina el estado de excepción suele ser el jefe de Estado.

La historia constitucional francesa está llena de ejemplos de la aplicación del estado de excepción, ya sea por gobiernos de derecha o de izquierda. En enero de 1924, cuando estaba en peligro la estabilidad del franco, el gobierno de Poincaré solicitó tener plenos poderes en materia financiera, y después de un fuerte debate, en donde la oposición legislativa sostuvo que el gobierno quería eliminar sus competencias, se aprobó una ley el 22 de marzo de ese año, que limitó a cuatro meses los poderes especiales del gobierno en materia financiera.

En diciembre de 1939, el gobierno francés, con el estallido de la Segunda Guerra Mundial, obtuvo del Poder Legislativo la facultad de aprobar por decreto todas las medidas necesarias para asegurar la defensa de la nación. Durante la segunda guerra, toda la actividad legislativa francesa estuvo en manos del Poder Ejecutivo.

La vigésima Constitución francesa de 1958 regula en su artículo 16 — solicitado en su redacción por Charles de Gaulle — el estado de excepción

de manera peculiar, porque el peso del Poder Legislativo en su aprobación casi se ha desvanecido. La norma dice:

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad del territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata, y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional. Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje. Estas medidas deberán estar inspiradas en la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir con su misión. El Consejo Constitucional será consultado a este respecto. El Parlamento se reunirá automáticamente. La Asamblea Nacional no podrá ser disuelta durante el ejercicio de poderes excepcionales.¹

En abril de 1961, durante la crisis argelina, Gaulle recurrió al artículo 16, aunque el funcionamiento de los poderes públicos no se había interrumpido.

El origen del famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar, de 1919, tiene sus antecedentes en el artículo 68 de la Constitución bismarckiana y en la ley sobre el estado de sitio de 4 de junio de 1861, que autorizaba al emperador prusiano a declarar el estado de guerra (Denninger, 1996, pp. 445-485). El artículo 48 de la Constitución de Weimar decía:

Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden público, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de las fuerzas armadas. A este efecto, puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

¹ Al respecto, el artículo 36 de la Constitución de 1958 indica que el estado de sitio será declarado por el Consejo de Ministros y no por la Asamblea Nacional.

La Constitución de Weimar indicaba que una ley precisaría las facultades del presidente; sin embargo, esta ley nunca llegó a aprobarse. Lo anterior permitió que las facultades del presidente del Reich quedarán indeterminadas. Por ello, la doctrina constitucional de la época habló de una dictadura presidencial.

Entre 1925 y 1929, en Alemania se aplicó en 250 ocasiones el estado de excepción previsto en el artículo 48 de la Constitución de Weimar. Desde julio de 1930 Alemania había dejado de ser una democracia parlamentaria. Antes del ascenso de Hitler al poder, la presidencia de Hindenburg, en estado de excepción, fue justificada constitucionalmente por Carl Schmitt en su polémica con Hans Kelsen, indicando que, al aplicar el artículo 48 de la Constitución, el presidente actuaba como un guardián de la Constitución. Después de la Segunda Guerra Mundial, en 1968, se reintrodujo legalmente el estado de excepción al orden constitucional que establecía la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La ley alemana vigente regula el estado de necesidad interna, que se justifica como una defensa de la Constitución democrática liberal.

2. La comprensión contemporánea de la excepcionalidad

Para Schmitt el único que puede decidir sobre el estado de excepción es el soberano, el cual tiene, con ese instrumento, la garantía última del orden del Estado. Por lo tanto, en la concepción autoritaria de Schmitt, los estados de excepción escapan a la regulación normativa. Más aún, la suspensión del ordenamiento jurídico forma parte de la política del gobernante, quien tiene el poder de decretar el estado de excepción y definir la situación crítica a través de los medios que se estime oportunos (Schmitt, 2009).

En las concepciones democráticas la posición de Schmitt es insostenible. La tendencia en el derecho de nuestro tiempo es que los estados de excepción y de emergencia estén sometidos al ordenamiento jurídico, y que las facultades o poderes del gobernante estén limitados. En nuestro tiempo se busca eliminar cualquier arbitrariedad en el ejercicio del estado de excepción y reducir sensiblemente las posibilidades de discrecionalidad. La excepción y la emergencia deben estar sometidas al derecho, a la consecución de los dere-

chos fundamentales, y, en la medida de lo posible, a la preservación del principio de división de poderes.

Schmitt, por el contrario, rechazó el normativismo kelseniano y cualquier posibilidad de que el estado de excepción y/o emergencia pudiera comprenderse jurídicamente (Schmitt, 1990, pp. 99 y ss.). El entendimiento del estado de excepción, para Schmitt, sólo podía abordarse políticamente, ya sea con poderes extraordinarios o con un vaciamiento del orden jurídico, para que en el vacío actuara la política.

Para Schmitt, el presidente del Reich estaba en libertad de atentar contra todo el sistema de normas legales vigentes y de ponerlo a su servicio. Podía dictar normas generales y crear por sí solo, para su aplicación e incluso ejecución, nuevas instituciones especiales y organismos extraordinarios. El presidente del Reich era una suerte de dictador soberano, que reunía en sus manos la legislación y la aplicación de la ley, y podía ejecutar inmediatamente por sí solo las normas. El presidente del Reich era el defensor del derecho y su fuente suprema, al grado que podía reformar la Constitución sin someterse al procedimiento establecido para ello; interpretaba su contenido con eficacia fulminante y directa, suspendía derechos constitucionales, derogaba leyes, y adoptaba decisiones ejecutivas (Schmitt, 2014, pp. 29 y ss).

En otras palabras, en Schmitt el estado de excepción se caracteriza por la desmesura en la concentración de atribuciones en manos del ejecutivo. La autoridad encargada de aprobar y aplicar la ley —el Ejecutivo— es la misma. No existen para ello, y respecto al poder del presidente del Reich, controles constitucionales o democráticos. El Ejecutivo es una suerte de comisario de la soberanía popular y el guardián de la Constitución (Mehring, 2014, p. 75).

En la teoría más contemporánea del estado de excepción, éste implica el paso del estado de normalidad ordinaria a un estado no regular, en el que deben asumirse dos valoraciones: la comprobación de un estado de peligro para el orden público, la Constitución y el Estado, y la necesidad de reaccionar con medidas excepcionales al peligro y/o riesgo. El asunto es delicado, porque los poderes que comprueban el peligro, y la necesidad de enfrentarlo, son los mismos que están legitimados para ejecutar las medidas extraordinarias (Baldi, 1988, p. 620).

Suelen justificarse los estados de excepción y de emergencia como especies del género estado de necesidad. La emergencia o la excepcionalidad

dad se caracteriza como una situación de necesidad transitoria y accidental que enfrenta el Estado. Los elementos de la necesidad son: *a*) la situación de necesidad o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado; *b*) el acto necesario para enfrentar la situación de necesidad; *c*) el sujeto necesitado, que es la sociedad o el Estado, y *d*) el derecho de necesidad, que deriva del ordenamiento jurídico y establece las condiciones y procedimientos para atender la emergencia o excepcionalidad (Sagüés, 2016, pp. 58-59).

La situación de necesidad impone una solución por parte del Estado, para evitar producir un daño grave en la sociedad. Se dice que la situación de necesidad involucra una hipótesis de peligro o riesgo de carácter militar, económico, financiero, sanitario o político-institucional. La situación de necesidad significa que el peligro o riesgo no se puede enfrentar con soluciones jurídicas ordinarias o corrientes. En situaciones de necesidad, de riesgo extremo, está en juego la existencia misma de la sociedad, la estabilidad o supervivencia del Estado, o el sistema político mismo.

El acto necesario exige para realizarse un incremento en la cuota de poder del sujeto necesitado, y una reducción de los derechos de los particulares. Generalmente, el Poder Ejecutivo adquiere competencias en detrimento del Legislativo; por ejemplo, a través de los decretos de necesidad y urgencia, que en el derecho comparado son leyes expedidas por el Ejecutivo sin intervención del Congreso.

En cuanto al sujeto necesitado, las doctrinas de corte autoritario sostienen que es el Estado; pero en las democráticas, el sujeto necesitado no puede ser otro que el pueblo o la sociedad. En situaciones excepcionales, el sujeto necesitado —el pueblo— puede ejercer el derecho de resistencia contra la opresión.

Durante algún tiempo se discutió si la necesidad sólo comportaba fenómenos fácticos o si también tenía contenidos jurídicos. En las concepciones antidemocráticas y anticonstitucionales la necesidad era sólo una circunstancia fáctica; en las democráticas, la necesidad debe tener fundamentos, regulación y fines jurídicos. Las constituciones contemporáneas regulan con mejor o menor éxito los supuestos, condiciones, procedimientos y consecuencias del estado de necesidad que da lugar a un estado de excepción, emergencia o alarma.

Se puede decir, en síntesis, que son tres las dimensiones del estado de necesidad: *a)* una fáctica, que contempla las situaciones, hechos o casos de necesidad, cuál es el acto necesario impuesto por las circunstancias y quién debe consumarlo; *b)* la normativa, que estudia las reglas y procedimientos de la situación de necesidad, así como al sujeto necesitado, el acto necesario y la constitucionalidad de la actuación de las autoridades que determinan y norman el estado de necesidad; y *c)* la axiológica, que son los valores jurídico-constitucionales que evalúan y legitiman las situaciones de necesidad, el comportamiento del sujeto necesitado, la legitimidad del acto necesario y las normas que lo instrumentaron (Sagüés, 2016, pp. 59-62).

¿Cuál es la justificación del estado de necesidad? Existen dos posturas claramente distinguibles: 1) una mínima o democrática, y 2) otra máxima o antidemocrática. Para la postura mínima, el estado de necesidad es un medio para salvaguardar derechos fundamentales y principios democráticos que, de otra manera, en circunstancias de crisis, no podrían tutelarse. En la postura mínima, el estado de necesidad no es un instrumento al servicio del gobernante sino al servicio de las personas y sus derechos. Por ello el derecho de necesidad debe ejercerse proporcional y razonablemente, para que no degenera en arbitrariedad o injusticia. En esta concepción mínima, el estado de necesidad y sus especies (excepción, emergencia, alarma, etcétera) deben encuadrarse en valores y limitaciones constitucionales.

En la visión autoritaria o máxima, el estado de necesidad (y sus especies) afirma que los fines del Estado —su existencia y sus proyecciones a través de las razones de Estado— se encuentran por encima de los derechos de las personas. El príncipe puede disponer del cuerpo y los bienes de los súbditos en todo momento; y aún más, puede asesinar a sus parientes y/o aliados si con ello conserva o realiza los fines del Estado. La necesidad justifica las guerras de conquista o las guerras preventivas de nuestra época. La necesidad obliga al príncipe a violar acuerdos y alianzas, ya que es mejor que rompa un tratado a que haga perecer a su pueblo. La necesidad, en esta concepción máxima, está exenta de cualquier control ético.

En nuestros días no puede admitirse un estado de excepción opuesto o ajeno a la Constitución. El derecho de excepción (de emergencia, alarma, sitio, etcétera) no puede afectar los principios fundamentales de la Constitución; tampoco puede crear poderes superiores o ajenos a la Constitución,

ni suspender su vigencia. En los Estados constitucionales y democráticos de derecho, los estados de excepción y de emergencia son instituciones reguladas y limitadas por los principios democráticos, la dignidad de las personas y los fines del Estado constitucional (Baldi, 1988, p. 620).

Los estados de excepción y de emergencia, de acuerdo al orden constitucional de cada Estado, pueden justificar afectaciones al principio de división de poderes y limitaciones y/o restricciones transitorias a los derechos fundamentales. Durante los estados de excepción y de emergencia puede existir un trastocamiento constitucionalmente autorizado de las reglas de distribución (horizontal y/o vertical) de competencias.

El derecho a promulgar estados de excepción, emergencia y alarma, aunque no estuviera expresamente reconocido en el orden constitucional, debe entenderse como un derecho constitucional implícito, que se justifica porque sirve para salvaguardar los fines constitucionales últimos. En el derecho a promulgar estados de excepción y de emergencia se produce una subordinación de las reglas del derecho positivo a la ley fundamental de la subsistencia del orden constitucional. Lo importante en todos los casos es tener muy claro que el derecho a la excepción y/o emergencia reclama una interpretación de las normas constitucionales conforme a la lógica de la necesidad y no a una lógica de la normalidad.

III. Una panorámica al régimen de excepción en El Salvador

La Constitución de la República de El Salvador, vigente desde el 23 de diciembre de 1983, regula el régimen de excepción en sus artículos 29, 30, 31 y 131, ordinal 27, en los siguientes términos:

Artículo 29. En casos de guerra, invasión del territorio, rebelión, sedición, catástrofe, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse las garantías establecidas en los artículos 5, 6 inciso primero, 7 inciso primero y 24 de esta Constitución, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, culturales, económicos o deportivos. Tal suspensión podrá afectar la totalidad o parte del territorio de la

República, y se hará por medio de decreto del Órgano Legislativo o del Órgano Ejecutivo, en su caso.

También podrán suspenderse las garantías contenidas en los artículos 12 inciso segundo y 13 inciso segundo de esta Constitución, cuando así lo acuerde el Órgano Legislativo, con el voto favorable de las tres cuartas partes de los diputados electos; no excediendo la detención administrativa de quince días.

Artículo 30. El plazo de suspensión de las garantías constitucionales no excederá de 30 días. Transcurrido este plazo podrá prolongarse la suspensión, por igual periodo y mediante nuevo decreto, si continúan las circunstancias que la motivaron. Si no se emite tal decreto, quedarán establecidas de pleno derecho las garantías suspendidas.

Artículo 31. Cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron la suspensión de las garantías constitucionales, la Asamblea Legislativa, o el Consejo de Ministros, según el caso, deberá restablecer tales garantías.

Artículo 131. Corresponde a la Asamblea Legislativa: Suspender y restablecer las garantías constitucionales de acuerdo con el artículo 29 de esta Constitución en votación nominal y pública, con los dos tercios de los votos, de los Diputados electos (ordinal 27).

Con fundamento en esas normas constitucionales, desde el mes de marzo de 2022 se estableció un régimen de excepción en El Salvador para enfrentar la violencia de las pandillas, el cual se ha venido prorrogando mes con mes hasta la actualidad. El primer decreto legislativo que autorizó el régimen de excepción, el número 333, aprobado el 26 de marzo de 2022 por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, se fundamentó en los artículos constitucionales mencionados, más el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las razones que motivaron el decreto consideraron las graves perturbaciones del orden público que vive El Salvador, debido al incremento de homicidios que afectaban a la población y ponían en riesgo la vida de los habitantes.

El artículo primero de esa resolución señala que: “El presente decreto tiene por objeto facilitar las herramientas y mecanismos jurídicos a las instituciones de Seguridad Pública, Policía Nacional y Fuerza Armada de El Salvador, para restablecer el orden y la seguridad ciudadana y el control territorial”. En el artículo 2o. se declara que el régimen de excepción es válido en todo

el territorio nacional derivado de las graves perturbaciones al orden público por grupos delincuenciales. En el tercer precepto se establece un mecanismo de coordinación entre los Ministerios de Justicia y Seguridad Pública, de la Defensa Nacional, y al Director de la Policía Nacional Civil para dar cumplimiento al decreto. El artículo cuarto determina la suspensión por treinta días a nivel nacional de los derechos y garantías constitucionales regulados en los artículos 7o., 12 inciso segundo, 13 inciso segundo, y 24, en relación con el artículo 131 ordinal 27, y artículo 29, todos de la Constitución de la República. Finalmente, el artículo 5o. establece la vigencia a partir de la publicación del decreto en el *Diario Oficial*, señalando que sus efectos tendrán una vigencia de treinta días (Díaz Trujillo Portilla, 2024).

El decreto legislativo anterior sucesivamente se ha prorrogado mes a mes —hasta el 9 de abril de 2024, fecha de entrega de este ensayo— mediante las siguientes disposiciones legislativas:

- 1) El decreto 358, publicado el 25 de abril de 2022.
- 2) El decreto 396, publicado el 25 de mayo de 2022.
- 3) El decreto 427, de fecha 21 de junio de 2022, en el que se alude a 40,000 capturas de personas realizadas.
- 4) El decreto 454, publicado el 21 de julio de 2022.
- 5) El decreto 476, publicado el 17 de agosto de 2022, que indica la realización de 49,000 capturas a esa fecha y la reducción de homicidios a 1 por 100,000 habitantes.
- 6) El decreto 503, publicado el 14 de septiembre de 2022, indicándose en él 52,000 capturas y señalando que El Salvador presenta las tasas más bajas de criminalidad desde que se cuenta con registros en El Salvador.
- 7) El decreto 530, publicado el 14 de octubre de 2022, que menciona que ascienden a 54,000 las capturas de las personas vinculadas al crimen y que se mantiene una reducción de las tasas de criminalidad.
- 8) El decreto 569, publicado el 15 de noviembre de 2022 que alude a 57 capturas realizadas.
- 9) El decreto 611, publicado el 14 de diciembre de 2022.
- 10) El decreto 644, publicado el 12 de enero de 2023, que prorroga como los demás el régimen de excepción y argumenta a favor de su eficacia en la reducción de la criminalidad.

- 11) El decreto 661, publicado el 15 de febrero de 2023.
- 12) El decreto 687, publicado el 15 de marzo de 2023 que contabiliza 65,000 capturas de personas integrantes de pandillas criminales.
- 13) El decreto 719, publicado el 13 de abril de 2023, que menciona 67,000 capturas.
- 14) El decreto 738, publicado el 16 de mayo de 2023.
- 15) El decreto 765 publicado el 14 de junio de 2023.
- 16) El decreto 797, publicado el 12 de julio de 2023, que alude a 71,000 capturas de personas integrantes de las bandas criminales, y señala que durante el gobierno de Bukele ha habido 401 días sin homicidios.
- 17) El decreto 805, publicado el 10 de agosto de 2023, el que menciona 72,000 personas detenidas y 420 días sin homicidios.
- 18) El decreto número 843, publicado el 13 de septiembre de 2023, menciona 72,600 personas detenidas y 440 días sin homicidios.
- 19) El decreto 865, de fecha 11 de octubre de 2023, señala 73,000 personas capturadas y 460 días sin homicidios.
- 20) El decreto número 888, publicado el 8 de noviembre de 2023, menciona 73,800 individuos detenidos y 477 días sin homicidios, y extiende hasta el 12 de diciembre de 2023 el régimen de excepción.
- 21) El decreto 906, publicado el 7 de diciembre de 2023.
- 22) El decreto 933, publicado el 10 de enero de 2024.
- 23) El decreto 946, de 9 de febrero de 2024.
- 24) El decreto 964, de 8 de marzo de 2024.
- 25) El decreto 993, de 9 de abril de 2024, que tendrá efectos hasta el 10 mayo de 2024, y que estima que se han detenido 78,175 personas.

A nivel interno, en El Salvador se habían promovido acciones de inconstitucionalidad, previamente a los decretos de régimen de excepción citados, para valorar la constitucionalidad de la prolongación de los regímenes de excepción a la luz del artículo 30 de la Constitución salvadoreña. La Sala Constitucional de ese país, al resolver la acción de inconstitucionalidad 21/2020, de fecha 8 de junio de 2020, determinó que

si transcurrido ese plazo de 30 días continúa la circunstancia que motivó el régimen de excepción, es posible prolongar con la debida razonabilidad la suspen-

sión de derechos fundamentales mediante un nuevo decreto de una duración que no exceda esos mismos 30 días. Ahora bien, del texto de esa frase del artículo 30 constitucional no se infiere que la prolongación deba limitarse por una sola vez (como sí lo haría una frase como “por una sola vez”, “por última vez”, etc.). Ella solo sugiere que la prórroga debe respetar el límite temporal máximo de vigencia del decreto de adopción del régimen de excepción, pero en modo alguno debe entenderse que las prórrogas sucesivas están prohibidas. Estas son admisibles siempre que continúen las circunstancias que motivaron la suspensión de derechos.

Esa decisión, puramente gramatical, ha servido para justificar las prórrogas sucesivas de los regímenes de excepción en El Salvador. Las instancias supranacionales de derechos humanos han mostrado una grave preocupación por ello. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH, 2023), en un comunicado publicado el 6 de abril de 2023, llamó a El Salvador a restablecer la plena vigencia de los derechos y garantías suspendidos durante los últimos 12 meses. La Comisión IDH urge al gobierno de El Salvador a respetar los derechos humanos en la adopción de las medidas para la prevención, control y respuesta a la criminalidad, así como a investigar, procesar y sancionar las actividades delictivas. A la Comisión IDH le preocupa la suspensión del artículo 12, inciso segundo, que se refiere al derecho de la persona detenida a ser informada de manera inmediata y comprensible de sus derechos y las razones de su detención, y a los derechos de no ser obligada a declarar y de contar con asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales. También le inquieta la suspensión del artículo 13, inciso segundo, de la Constitución, que dispone un plazo máximo de 72 horas para la detención administrativa y la consigna de la persona detenida al juez competente dentro de ese plazo, con las diligencias que hubiera practicado. En cuanto a la suspensión del artículo 24 de la Constitución, le provoca desazón que no se garantice la inviolabilidad de la correspondencia y que se puedan realizar intervenciones en las telecomunicaciones.

En esa comunicación la Comisión IDH destaca que el Estado salvadoreño se está enfrentando no al crimen común, sino a una criminalidad especial, que implica la afectación sistemática a toda la población. También resalta

el número de personas detenidas, y el dato en esa fecha —del comunicado— de 188 días sin homicidios. Sin embargo, considera que la aplicación del régimen de excepción de manera indefinida no es el mecanismo adecuado para enfrentar al crimen.

Entre los argumentos de la Comisión IDH para reprochar al Estado Salvadoreño encontramos los siguientes: *a)* la suspensión de derechos y garantías, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una medida excepcional, no permanente; *b)* de acuerdo con el artículo 27.1 de la Convención Americana, debe estudiarse y justificarse exhaustivamente si el caso de El Salvador actualiza los supuestos que posibilitan convencionalmente el régimen de excepción; *c)* en los estados de excepción, los gobernantes no deben gozar de poderes absolutos; *d)* las garantías judiciales previstas en la Convención —artículo 8— y de protección judicial —artículo 25— deben mantenerse aún en estados de excepción; *e)* a la fecha del comunicado, el 90% de las personas detenidas tuvieron prisión preventiva, y sobre esa circunstancia se han expresado múltiples denuncias y abusos sobre las detenciones y las diligencias practicadas, y *f)* la problemática de la criminalidad debe atenderse mediante el fortalecimiento de la participación democrática y en las políticas centradas en la protección de la persona humana.

Igualmente, expertos de la ONU, el 22 de mayo de 2023, expresaron su consternación ante la renovación continua del estado de excepción en El Salvador. Pidieron que el estado de excepción se derogue inmediatamente y que se revisen los amplios poderes de las autoridades salvadoreñas para aplicarlo. En particular, estimaron que los detenidos no reciben un juicio justo; que las detenciones son arbitrarias, por sospecha, y que algunas de ellas constituyen desapariciones forzadas de corta duración. También manifestaron que el concepto de “delito flagrante permanente” es contrario a derechos humanos, porque permite el arresto de personas sospechosas de pertenecer a pandillas sin una orden judicial. Por otra parte, las audiencias iniciales son masivas, y los jueces resuelven sobre la legalidad de los arrestos de hasta 500 personas a la vez. Los juicios también suelen ser masivos. Por ello, los expertos de la ONU aprecian que las audiencias y los juicios masivos, a menudo realizados de manera virtual, socavan el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Finalmente, que el uso excesivo de la prisión preventiva, la prohibición de medios alternos de solución de conflictos, los juicios

en ausencia, y prácticas como la de usar jueces *sin rostro* y testigos de referencia, atenta contra los derechos y garantías del debido proceso (The Office of High Commissioner for Human Rights [OHCDH], s. f.).

El régimen de excepción en El Salvador y sus prórrogas han provocado también inquietudes relacionadas con la corrupción, porque se ha limitado el derecho de acceso a la información pública que se encuentra normado en El Salvador mediante la Ley de Acceso a la Información Pública de 2011. Con motivo del régimen de excepción, la confidencialidad en la gestión pública se ha convertido en la regla y no en la excepción.² Ni la prensa ni la sociedad ha tenido acceso a la información integral sobre las políticas de seguridad, como el Plan de Control Territorial, que es un elemento angular del régimen de excepción. La Policía Nacional Civil también declaró *bajo reserva* la información de homicidios y víctimas del delito de desaparición. En cuanto a las compras gubernamentales, la Asamblea Legislativa ha aprobado durante el régimen de excepción decretos que permiten al gobierno administrar los fondos públicos sin respetar la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Las declaraciones patrimoniales de los altos funcionarios públicos igualmente se encuentran bajo reserva en el estado de excepción. En cuanto a los titulares de las instituciones de control tanto en la Administración —contralorías— como en el Poder Judicial —la Sala Constitucional— son personas cercanas al presidente Bukele. El mayor número de compras gubernamentales se realiza mediante el procedimiento de adquisición directa. Durante el estado de excepción se comenzó a construir un nuevo centro penal, sin que se tenga información sobre sus costos y gestión administrativa. Al mismo tiempo, Bukele ha ordenado la construcción de dos megaproyectos en la opacidad: un nuevo aeropuerto y el tren del Pacífico. Los fondos internos y externos, para financiar las políticas de seguridad y las políticas públicas, son desconocidos en general por la sociedad.

Respecto a la política de seguridad, esta se apoya sistemáticamente en la estigmatización, persecución y represión de las personas. Existe una cultura de abuso del poder. Un derecho penal de autor, basado en la supuesta peli-

² Pronunciamiento de Ana María Méndez-Dardón al registro de la audiencia del Estado de excepción en El Salvador, el 12 de diciembre de 2022, en la Comisión de Derechos Humanos Tom Lantos del Comité de Asuntos Exteriores de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

grosidad de las personas. El uso de la fuerza se encuentra normalizado como método generalizado de control social, el cual es empleado por la Policía Nacional Civil, las fuerzas armadas, y el Poder Judicial. Los mandos de las fuerzas armadas y policíacas exigen a los agentes del orden una cuota de detenciones al día; naturalmente, la población más detenida surge de vagos, ebrios, drogadictos, rockeros, entre otros.

El régimen de excepción, que tiene por fin reducir la violencia y los delitos de las pandillas, se ha ejercido para reprimir a otras personas ajenas a ellas; por ejemplo, disidentes que han cuestionado otros temas, como el uso del bitcoin y el posible fraude financiero del gobierno (Mario Gómez). También se detuvo a Luis Alexander Rivas por publicar en redes sociales fotografías de hermanos del presidente acompañados por guardaespaldas.

La prensa internacional ha destacado que entre los detenidos no todos son pandilleros. Muchas personas privadas de su libertad son en realidad activistas y defensores de los derechos humanos. Existen en esas detenciones motivaciones políticas. El propio gobierno de Bukele ha reconocido oficialmente que aproximadamente 6000 personas han sido detenidas injustamente; aunque no hay certeza en esos datos. También se ha señalado que el régimen de excepción sirve a propósitos ocultos. Uno de ellos, tal vez el más importante, es revertir la prohibición a la actividad minera extractiva que está vigente en El Salvador desde 2017. Activistas como Alfredo Leiva indican, para probar lo anterior, que el gobierno de Bukele creó una Dirección General de Energía, Hidrocarburos y Minas, con facultades para otorgar permisos para la exploración y explotación de la actividad minera. En ese sentido, en mayo de 2021, de una manera inicialmente opaca, el gobierno de El Salvador se unió a un foro internacional con sede en Canadá que promueve la minería. Los activistas salvadoreños continúan su lucha contra empresas mineras extractivas transnacionales como Pacific Rim y Oceana Gold; pero el gobierno de Bukele no está de su lado, y en distintas ocasiones ellos o sus familiares son detenidos bajo el amparo del régimen de excepción (Zedryk, 2023).

Las personas acusadas de pandillerismo han sido en lo general detenidas de manera arbitraria, sin que se respeten sus derechos y garantías judiciales. En las prisiones, las personas privadas de su libertad no gozan de los derechos a una alimentación adecuada, de acceso al agua potable, a la salud, al trabajo, a la capacitación, al deporte, ni se protegen en general sus derechos hu-

manos. Hay datos que exponen muertes por tortura y negligencia médica. Las posibilidades de reinserción social son totalmente nulas e impensables.

El discurso dominante en El Salvador defiende al régimen de excepción y a sus prórrogas, así como a la represión, el incremento de delitos y penas, y a la cultura carcelaria como único instrumento para resolver la criminalidad. A la par, se favorecen los mecanismos que restringen el control y la transparencia en la administración pública para estimular la corrupción. En El Salvador la teoría y práctica de los derechos humanos son un sueño, una utopía. Prevalece un estado policíaco-militar que fortalece la concentración de poder en las manos del presidente Bukele y su equipo de gobierno inmediato, lo que es contrario al principio de división de poderes y a los principios democráticos. No obstante la gravedad de todo lo anterior, Bukele tiene, según las encuestas una aprobación del 93 % de la población, y la mayoría de ésta se muestra muy satisfecha con su gobierno. ¿Será el régimen de excepción la respuesta a los problemas de inseguridad en otras partes del mundo, principalmente en América Latina?

IV. El régimen de excepción de El Salvador, los estándares internacionales de derechos humanos y el derecho penal del enemigo

Para estar en posibilidad de comprender este apartado debemos acudir en primer término al derecho internacional de los derechos humanos: en el ámbito universal, al artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y en el sistema interamericano, al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de este derecho supranacional se debe entender que la interpretación de las normas, una vez aprobadas, deberá ser restrictiva para afectar en menor grado los derechos fundamentales de las personas en un estado de excepción; además de cumplir con los siguientes estándares mínimos:

- 1) Proclamación oficial de cualquier estado de excepción.
- 2) Principio de excepcionalidad.
- 3) Atender a los principios de necesidad y proporcionalidad.

- 4) Que las autoridades competentes justifiquen la proclamación de cualquier estado de excepción y las medidas que se adopten con fundamento en esa declaración.
- 5) Que las medidas que se adopten no entrañen discriminación alguna.
- 6) La temporalidad precisa de las medidas adoptadas.
- 7) Carácter inalienable de ciertos derechos humanos.
- 8) Otros criterios sustantivos para proteger en especial algunos derechos como el de protección judicial.
- 9) Cumplir con la notificación internacional (Opinión Consultiva, OC-8/87, 1987; Opinión Consultiva, OC-9/87, 1987).

La legislación secundaria del artículo 29 de la Constitución de El Salvador, que aún no existe, se debería encargar de precisar los supuestos que pueden dar lugar al régimen de excepción. La ley podría detallar los procedimientos para cuando sea apruebe este régimen, ya sea por un tiempo limitado, mediante prevenciones generales, y sin que la suspensión o restricción se contraiga a determinada persona, precisando si se aplicará en todo el territorio nacional o sólo en alguna parte de él.

Existen derechos y garantías que —según el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no pueden suspenderse durante los regímenes de excepción, como son los siguientes: 1) la no discriminación; 2) el reconocimiento de la personalidad jurídica; 3) la vida; 4) la integridad personal; 5) la protección de la familia; 6) el nombre; 7) la nacionalidad; 8) los derechos de la niñez; 9) los derechos políticos; 10) las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; 11) el principio de legalidad y retroactividad; 12) la prohibición de la pena de muerte; 13) la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y 14) la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.³

La teoría jurídica en la materia nos señala que tampoco podrán suspenderse los siguientes principios: pro persona, no discriminación, legalidad, irre-

³ El artículo 29 de la Constitución mexicana añade al artículo 27 de la Convención como derechos “insuspendibles”, el derecho a la no discriminación, la prohibición de la desaparición forzada y la tortura.

troactividad de las leyes y debido proceso; ni el valor de la dignidad humana (Cruz Villalón, 1980).

Las medidas que se dicten con motivo de la suspensión de garantías deben tomar en cuenta la gravedad y la naturaleza del caso. Por eso, las medidas se deben basar en el principio de proporcionalidad, legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

El fin a la suspensión de derechos y garantías, en sus distintas hipótesis, debe determinarse de manera previa y pormenorizada en la ley —lo que en El Salvador no ha acontecido—, para que todas las medidas legales y administrativas dictadas durante la excepción queden sin efecto de manera inmediata una vez concluidas las situaciones extraordinarias que le dieron origen. Sería importante que la ley, que en su momento se dictara en El Salvador, señalara que el titular del Ejecutivo no posee veto para oponerse al eventual decreto del Congreso que ponga fin a la suspensión de derechos y garantías.

Para garantizar la constitucionalidad y convencionalidad de las medidas de excepción sería fundamental que la Sala de lo Constitucional de El Salvador acompañara los procesos de excepción. Para ello se deben establecer plazos y procedimientos en la ley para que esa Sala, de oficio e inmediatamente, revise la constitucionalidad y la validez jurídica de los decretos que se emitan con motivo del régimen de excepción.⁴

La cuestión más importante en los regímenes y estados de excepción consiste en someter a derecho y a controles jurídicos y políticos democráticos la suspensión de derechos y garantías (Salazar Ugarte, 2013, pp. 229-260). El garante de la Constitución, aún durante los estados de excepción, debe ser exclusivamente la Sala de lo Constitucional, y no el Ejecutivo o algún otro poder o instancia.

Se puede afirmar que durante la guerra o en el régimen de excepción, el derecho es diverso y distinto al de los periodos de paz. Por lo tanto, estimamos que el derecho —constitucional y democrático— sólo es posible plena y totalmente en el estado de paz, pues en los estados de guerra o de excepción el derecho sufre alteraciones muy profundas.

⁴ En el derecho constitucional comparado, uno de los temas en los que se insiste con mayor ahínco, es en el control de constitucionalidad y convencionalidad a los estados de emergencia y de excepción. Véase, entre otros, Zovatto (1987); García Belaúnde (1984); Gallón (1979); García Villegas y Uprimny (2000).

Sin embargo, en las teorías del Estado constitucional y democrático del derecho contemporáneas, aún en estados de excepción o de guerra, el derecho debe intervenir y normar esas situaciones atípicas, para que se preserven y garanticen los derechos humanos y los principios democráticos. Hoy en día no son admisibles teorías como la de Schmitt, que aludían a la suspensión total del derecho, o de los principios democráticos, durante los periodos de excepción (Valim, 2018, pp. 438-461).⁵

Los estados de excepción revisten gradualidades. Por eso, en el derecho comparado es habitual que se distingan diversas etapas: de guerra, de sitio, de emergencia, de alarma, etcétera. En el derecho mexicano, por ejemplo, también existen gradaciones: la suspensión de derechos y garantías del artículo 29 constitucional; el estado de emergencia sanitaria que reconoce el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución; y los diversos mecanismos de intervención federal, entre ellos, el previsto en el primer párrafo del artículo 119 constitucional, además de la declaración de guerra reconocida en el artículo 73, fracción XII, y 89, fracción VIII, de la Constitución.

Cada una de las etapas o categorías de la excepción exige una regulación diversa, que debe atender a las necesidades provocadas por la gravedad de los hechos y a los riesgos y amenazas que corre la sociedad, el Estado constitucional y la democracia.

Los estados de crisis deben tener una comprensión jurídica adecuada. Al no tenerla, la actuación del titular del Ejecutivo y de otras autoridades, se presta a excesos de poder que violan los principios de división de poderes, los fundamentos democráticos y los derechos humanos.

Es necesario contar con un derecho democrático, y compatible con los derechos humanos, para contemplar la promulgación de los diversos estados de excepción y sus variantes. El derecho de El Salvador, hoy en día, no tiene respuestas integrales para enfrentar la excepcionalidad.

En El Salvador el régimen de excepción, en su decreto inicial y sus prórrogas, no cumple los parámetros internacionales de derechos humanos y constituye derecho penal del enemigo por las siguientes razones:

⁵ Se debe tener también mucho cuidado con las derivas neoliberales de los estados de excepción y de emergencia, para evitar que el poder o las riquezas se concentren en unos cuantos y se genera una mayor desigualdad socioeconómica.

- 1) Los decretos que determinan el régimen de excepción no derivan de una ley secundaria de la Constitución salvadoreña, que permita precisar y justificar los supuestos puntuales del régimen de excepción a favor de los ciudadanos.
- 2) Las prórrogas mensuales del régimen de excepción contradicen el principio de excepcionalidad de la medida.
- 3) Ninguno de los decretos que autoriza el régimen de excepción argumenta en torno a los principios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de las medidas, en su relación con los derechos fundamentales.
- 4) La argumentación jurídica desarrollada en los decretos para justificar las medidas de excepción es muy débil.
- 5) Los decretos del régimen de excepción tienden a discriminar a las personas —“los pandilleros”— por sus cualidades, lo que constituye un derecho penal de autor. En efecto, se detiene a esas personas no por sus conductas sino porque son pandilleros; se les estigmatiza.
- 6) Se desconoce a la fecha cuál será la temporalidad del régimen de excepción. No existe una temporalidad precisa y exacta, parece una medida indefinida.
- 7) Por la información que reportan la Comisión IDH y los medios de comunicación, ciertos derechos fundamentales —vinculados a las garantías judiciales, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la defensa, entre otros— se encuentran suspendidos, lo que es contrario al artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 8) Se desconoce si el Estado de El Salvador ha notificado formalmente de los regímenes de excepción a la comunidad internacional, en particular a la ONU, la OEA, la Comisión IDH y la Corte IDH.
- 9) Son alarmantes los hechos conocidos relacionados con desapariciones forzadas y la torturas.
- 10) El valor de la dignidad humana es totalmente desconocido, principalmente respecto de las personas privadas de su libertad, que no tienen acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a otros derechos fundamentales. La reinserción social es una quimera.
- 11) Son muy débiles y secundarios los mecanismos de control de constitucionalidad y convencionalidad respecto a la aprobación de los decretos de excepción y su respectiva aplicación.

- 12) El régimen de excepción en El Salvador no está sometido plenamente a derecho y a controles jurídicos —constitucionalidad y convencionalidad— y políticos democráticos.
- 13) El régimen de excepción en El Salvador ha servido para fortalecer y concentrar el poder en el presidente de la República y vulnerar el principio de división de poderes.
- 14) Las detenciones indiscriminadas y los juicios colectivos que se desahogan sin respetar el debido proceso favorecen las aprehensiones y los procesamientos de personas inocentes, principalmente de activistas y defensores de derechos humanos.
- 15) El régimen de excepción en El Salvador tiene aristas oscuras que favorecen la corrupción gubernamental, las restricciones a la transparencia y el favorecimiento de políticas neoliberales destinadas a explotar los recursos naturales de ese país, fundamentalmente en el ámbito de la minería.

V. El régimen de excepción de El Salvador como derecho penal del enemigo

La lógica del “derecho penal del enemigo” no puede aceptarse en un Estado constitucional y democrático de derecho. Eugenio Raúl Zaffaroni dice que

La admisión jurídica del concepto del enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido, lógica e históricamente el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho... La peligrosidad y su ente portador —peligroso— o enemigo ópticamente reconocible proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaliana... El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración[...] el concepto jurídico de enemigo sólo es admisible en un estado absoluto. (Zaffaroni, 2006)

Según Günther Jakobs (2003, p. 47), el derecho penal del enemigo se caracteriza por: 1) un amplio adelantamiento de la punibilidad (la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva); 2) las penas previstas son des-

proporcionadamente altas, y 3) determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

El derecho penal del enemigo se significa porque:

- 1) Constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos —las pandillas en El Salvador—.
- 2) Con este instrumento el Estado no habla o se comunica con sus ciudadanos sino amenaza a sus enemigos —así se considera a ciertos ciudadanos—.
- 3) Campos importantes del derecho penal del enemigo: se crea un derecho penal para unos, esto es, un derecho penal distinto al del resto de las personas.
- 4) No se dirigen con prudencia ni se comunican con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados —las pandillas—.
- 5) Se trata más de “enemigos” en un sentido seudoreligioso que en la acepción tradicional (militar) del término.
- 6) El derecho penal del enemigo es una combinación de:
 - a) Punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad).
 - b) Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social; por el que se estigmatiza a las pandillas).
- 7) En la base de la tipificación penal, no sólo está un determinado “hecho”, sino también otros elementos que sirven a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos.
- 8) El derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos infractores.
- 9) El derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor.
- 10) El derecho penal mínimo no es considerado en esta teoría.
- 11) La peligrosidad del delincuente es ponderada como consecuencia de la abolición del principio de proporcionalidad.
- 12) Las atribuciones o facultades a la policía son excesivas.

- 13) Las pruebas de descargo por parte de los agentes encubiertos rebasan los límites de los derechos del reo.
- 14) El esquema bélico del derecho penal de enemigo contradice radicalmente la idea misma del derecho penal en todos sus elementos y momentos, primeramente, en el modo de concebir el tipo penal, y, luego, en la concepción del juicio.
- 15) Las penas privativas de libertad se ponderan como mecanismos adecuados para cubrir las necesidades de protección jurídica y la neutralidad de los delincuentes peligrosos.

El derecho penal del enemigo propone en síntesis: un Estado policíaco y no un Estado de derecho; no constituye un derecho garantista o mínimo, sino máximo; no incluye a los ciudadanos infractores para rehabilitarlos sino que los excluye del tejido social; no forma parte del derecho penal ordinario sino que es un derecho de excepción; no busca corregir o rehabilitar sino eliminar; no es consecuente con la dignidad de las personas sino que destruye la dignidad; no maximiza derechos humanos sino que los minimiza; es propio de regímenes antidemocráticos y, por tanto, no es compatible con el Estado constitucional. El derecho penal del enemigo es un derecho para la venganza, donde el Estado es esencialmente el enemigo de ciertos ciudadanos (Carrancá y Rivas, 2010, pp. 73 y ss.).

La situación vigente en El Salvador responde en todos sus extremos al derecho penal del enemigo. Ya hemos mencionado algunos, aquí puntualizo los más importantes: 1) no hay excepcionalidad en los decretos, y las prórrogas indefinidas nos muestran que el régimen de excepción no es un instrumento transitorio; 2) los decretos de excepción carecen de justificación, no se fundamentan en los principios de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad; 3) los decretos están dirigidos a un grupo de la sociedad salvadoreña, “los pandilleros”, lo que da base a un derecho penal de autor y no de acto; 4) existe un menoscabo inadmisibles de derechos fundamentales en contra del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (debido proceso, presunción de inocencia, defensa justa, etcétera); 5) en las prisiones se niega a las personas privadas de la libertad de derechos fundamentales necesarios para la subsistencia (agua, alimentación y salud, entre otros); 6) la información de organizaciones no gubernamentales y medios de comu-

nicación internacionales muestran un número significativo de desapariciones forzadas y torturas; 7) los decretos de excepción han servido de pretexto para perseguir, detener y procesar a disidentes políticos y sociales; 8) los regímenes de excepción en El Salvador están asociados a hechos de corrupción; 9) la consecuencia política de la excepcionalidad ha sido la concentración de poder en el presidente de la República y la vulneración del principio de división de poderes, y 10) no hay mecanismos adecuados de control de constitucionalidad y convencionalidad respecto a los decretos de excepción y sus actos de aplicación.

VI. Conclusiones

En El Salvador está en construcción un Estado policíaco-militar de excepción, totalmente opuesto al Estado constitucional y democrático de derecho (Cárdenas Gracia, 2017). El Estado policial se caracteriza por: 1) ser un Estado que mantiene un estricto control social, en donde se pueden suprimir algunas libertades civiles, además de legitimar a las fuerzas policíacas y militares que coadyuvan con los fines del control; 2) para que sea legítimo el control social, el Estado crea enemigos, como “el terrorismo”, “las drogas”, “el crimen organizado” o —en el caso de El Salvador— “los pandilleros”; 3) a diferencia de los Estados democráticos, en el Estado policial la seguridad no tiene fundamento en los derechos humanos ni en la voluntad democrática de las sociedades, sino en la noción de control social que es impuesta desde el gobierno; 4) el Estado policial puede conservar algunos elementos del Estado democrático, pero adopta algunos otros elementos de los Estados fascistas: leyes arbitrarias, excesivo control social y subordinación de los medios de comunicación, para que estos respalden la conveniencia del control; 5) el Estado policial es una expresión de la globalización neoliberal contemporánea, porque las empresas transnacionales necesitan que los Estados, mediante la represión policíaca, protejan sus inversiones y sus intereses —como en el caso de la minería extractivista en El Salvador—; 6) es por ello que hay una incesante demanda por parte de los intereses transnacionales de incrementar el poder de fuerza y de represión por parte de las policías y del ejército; 7) la profesionalización y capacitación de policías y militares no se realiza

desde una perspectiva de derechos humanos para proteger a las sociedades, sino que se entiende que el uso de la fuerza es para reprimir a las sociedades si estas demandan vías alternativas de convivencia; 8) en el Estado policíaco se criminaliza a la disidencia; entre otras cosas, se asimila la protesta social o política con la delincuencia, y 9) se busca que la policía y los militares tengan un régimen jurídico de excepción para garantizarles altos niveles de impunidad por las conductas que los involucran (Centro de Estudios “Miguel Enríquez” [CEME], 2005).

El régimen de excepción en El Salvador no tiene un fin preciso. Se trata de una situación que jurídicamente rompe y vulnera a los derechos humanos. Los decretos y las medidas implementadas constituyen derecho penal del enemigo que se encuentra “cubierto” por un Estado policíaco militar en construcción. Nosotros pensamos que el modelo salvadoreño servirá de ejemplo para aplicarse en otros Estados de la región, porque —desde el complejo industrial militar que rige los destinos de muchos países del mundo— se considera que la única vía para enfrentar una situación de criminalidad extrema, que es además compatible con el desarrollo del capitalismo contemporáneo, es a través del modelo excepción y sus instrumentos.

Señalamos finalmente, como lo hemos hecho a lo largo del ensayo, que los decretos de excepción de El Salvador no cumplen los parámetros ni estándares internacionales, entre ellos, los siguientes: los decretos de excepción no acreditan el principio de excepcionalidad o *ultima ratio*; los decretos no han atendido los principios de necesidad y proporcionalidad; las autoridades competentes no han justificado los decretos de excepción; las medidas que han adoptado las autoridades salvadoreñas han implicado actos de discriminación en contra de sectores marginados y excluidos de su población; no se ha cumplido con el principio de temporalidad; no se ha respetado el carácter inalienable de los derechos humanos previstos en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los mecanismos e instrumentos de control constitucional, jurídico y político sobre los decretos de excepción han sido inexistentes.

VII. Referencias

- Agamben, G. (2010). *Estado de excepción. Homo sacer II, 1* (A. Gimeno Cuspineira, Trad.). Pre-Textos.
- Baldi, C. (1988). Estado de sitio. En N. Bobbio y N. Matteucci (Dirs.), *Diccionario de política* (t. I). Siglo XXI.
- Cárdenas Gracia, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas Gracia, J. (2021). El estado de excepción y el COVID-19 en México. *Cuestiones Constitucionales*, (45), 77-105. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16658>
- Carrancá y Rivas, R. (2011). *Reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública; variaciones críticas*. Porrúa.
- Centro de Estudios “Miguel Enríquez” [CEME]. (2005). Estado policial. Una aproximación al concepto. *Archivo Chile; Taller Rodríguez*. http://www.archivochile.com/Izquierda_chilena/fpmr/de/ICHfpmrde0030.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Comisión IDH]. (2023, abril 6). CIDH llama a El Salvador a restablecer los derechos y garantías suspendidos hace un año por el régimen de excepción. *Comunicado de prensa*, (58). <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/058.asp>
- Cruz Villalón, P. (1980). *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Denninger, E. (1996). Democracia militante y defensa de la Constitución. En E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse y W. Heyde (Dirs.), *Manual de derecho constitucional* (A. López Pina, Trad.; pp. 445-486). Marcial Pons.
- Díaz Trujillo Portilla, A. (2024). ¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador. *Cuestiones Constitucionales*, 25(51), e19094. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19094>
- Gallón Giraldo, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. América Latina.
- García Belaúnde, D. (1984). Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas. En *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno* (pp. 4-111). Comisión Andina de Juristas.

- García Pelayo, M. (1991). *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2000). El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia. En A. Camacho Guizado y F. Leal (Eds.), *Armar la paz es desarmar la guerra* (pp. 33-72). DNP; Fescol; IEPRI; Universidad Nacional de Colombia; Misión Social; Presidencia de la República; Alto Comisionado para la Paz.
- Hauriou, M. (2003). *Principios de derecho público y constitucional* (C. Ruiz del Castillo, Trad.). Comares.
- Jakobs, G. (2003). *El derecho penal del enemigo*, de (M. Cancio Meliá, Trad.). Civitas.
- Mehring, R. (2014). *Carl Schmitt. A Biography*. Polity Press.
- Observación General núm. 29. Comité de Derechos Humanos [Comité IDH]. 2001. “Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4 PIDCP)”.
- Opinión Consultiva OC-8/87. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. Del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A. Núm. 8.
- Opinión Consultiva OC-9/87. Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. Del 6 de octubre de 1987. Las garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A. Núm. 9.
- Preciado Coronado, J. A. y Florido Alejo, Á. L. (2014). La militarización de las relaciones México-Estados Unidos; espacios ingobernables y ¿Estado fallido?. En G. Prevost, H. E. Vanden, C. Oliva Campos y L. F. Ayerbe (Eds.), *US National Security Concerns in Latin America and the Caribbean* (pp. 61-79). Palgrave MacMillan.
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Salazar Ugarte, P. (2013). Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, J. L. Caballero Ochoa, y C. Steiner (Coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (vol. I; pp. 229-257). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Konrad Adenauer; Universidad Nacional Autónoma de México.

- Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo* (T. Nelsson y R. Grueso, Trads.). Tecnos.
- Schmitt, C. (2009). *Teología política* (F. J. Conde y J. Navarro Pérez, Trads.). Trotta.
- Schmitt, C. (2014). *El valor del Estado y el significado del individuo* (C. Pardo, Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- The Office of High Commissioner for Human Rights [OHCHR]. (s. f.). *Stand up for human rights*. <http://www.standup4humanrights.org>
- Valim, R. (2018). Estado de excepción. La forma jurídica del neoliberalismo. *Derechos en Acción*, 3(7), 438-461. <https://doi.org/10.24215/25251678e167>
- Zaffaroni, R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Adiar.
- Zagrebel'sky, G. (2000). Epílogo. En C. Mortati, *La Constitución en sentido material* (A. Bergareche Gros, Trad.). Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Zedryk, R. (2023, octubre 10). El régimen de excepción de Bukele como instrumento para aplastar las disidencias. *El País*. https://elpais.com/internacional/2023-10-10/el-regimen-de-excepcion-de-bukele-como-instrumento-para-aplastar-las-disidencias.html#?prm=copy_link
- Zovatto, D. (1987). La regulación jurídica internacional de los estados de emergencia en América Latina. En *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en situaciones de excepción*. Comité Internacional de la Cruz Roja; Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cómo citar

IJ-UNAM

Cárdenas Gracia, Jaime, “El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 65-97. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19110>

APA

Cárdenas Gracia, J. (2024). El régimen de excepción salvadoreño: una visión extrema del derecho penal del enemigo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 65-97. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19110>

Iusfera y circuitos normativos

Iusphere and normative circuits

Juan José Franco-Cuervo

 <https://orcid.org/0000-0002-5532-127X>

Investigador independiente. México

Correo electrónico: iusferas@gmail.com

Recepción: 2 de julio de 2024 | **Aceptación:** 25 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19314>

Resumen: Este artículo analiza los modelos jurídicos de pirámide y de red, para presentar como alternativa un modelo comunicacional basado en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Como resultado, se propone el uso de los conceptos originales de *iusfera* y *circuitos normativos*, los cuales se consideran una continuación de la obra de Luhmann, que esclarecen el sentido de la comunicación en el derecho, su contingencia, autopoiesis y acoplamientos estructurales. Estos conceptos contribuyen al análisis de la reducción de la complejidad jurídica. **Palabras clave:** circuito normativo; complejidad; teoría de sistemas; iusfera; Luhmann; modelo jurídico piramidal; modelo jurídico de red.

Abstract: This article analyzes the pyramidal and network legal models, to present as an alternative a communicational model based on Niklas Luhmann's systems theory. As a result, the use of the original concepts of *iusphere* and *normative circuits* is proposed, which are considered a continuation of Luhmann's work, which clarify the meaning of communication in law, its contingency, autopoiesis and structural couplings. These concepts contribute to the analysis of the reduction of legal complexity.

Keywords: normative circuits; complexity; systems theory; iusphere; Luhmann; pyramidal legal model; network legal model.

Sumario: I. Introducción. II. El modelo de pirámide. III. El modelo de red. IV. Derecho, Teoría de Sistemas y complejidad. V. El modelo de circuito normativo. VI. Iusfera. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

I. Introducción

El objetivo de este artículo es la presentación abreviada de un modelo jurídico comunicacional, con el cual se puede analizar el Derecho desde la epistemología de sistemas.

Como metodología, en primer lugar, se presenta el *modelo de pirámide* contenido en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen; enseguida, se explica el *modelo de red*, extraído de la obra *Derecho, legislación y libertad* de Friedrich Hayek. Finalmente, se realiza una reseña del derecho ante la teoría general de sistemas y la complejidad, lo cual deriva en la propuesta del modelo de circuitos normativos, desarrollada por el autor del presente artículo a partir del desarrollo ulterior de las teorías de Niklas Luhmann.

La reseña de los modelos proporciona al lector un esquema teórico básico para el estudio del derecho; y pretende acercar al jurista a la teoría de sistemas, debido a que dicha teoría ha sido poco explorada por la ciencia jurídica, a pesar de que contempla herramientas conceptuales indispensables para las ciencias sociales contemporáneas y para los estudios de la complejidad.

II. El modelo de pirámide

Durante la mayor parte del siglo XX predominó en la teoría del derecho un modelo jurídico vertical que tradicionalmente ha sido explicado con la alegoría de una pirámide estratificada. La concepción de este modelo se gestó a inicios del siglo XX en la Escuela de Viena, agrupación de varias generaciones de juristas, entre los que destacaron Franz Weyr (como precursor), seguido de Alfred Verdross, Adolf Merkl y Hans Kelsen. Este último, a su vez, impartió clases a juristas de diversos orígenes, que coadyuvaban a difundir sus ideas, como por ejemplo, Luis Recaséns Siches y Alf Ross, entre otros (Métall, 1974, pp. 3-9; Bayer, 2005, pp. 222-223).

En la segunda edición de la obra *Teoría pura del derecho* en 1960 —la primera edición data de 1934—, Hans Kelsen afirmó que “es la obra común de un conjunto de teóricos que mantienen la misma dirección y que forman un círculo de personas que continuamente se está ampliando” (Kucsko-Stadmayer,

2005, p. 244), con lo cual admitió que la *teoría pura* era una creación colectiva, más que una propuesta individual. Además, Kelsen añadió que

el mérito de haber reconocido y representado el orden jurídico como un sistema genético de normas jurídicas que avanzan de forma concreta y por escalones desde la Constitución, a través de la ley, la disposición y otros escalones intermedios, hasta llegar al acto jurídico individual de ejecución, le corresponde a Adolf Merkl. (Mayer, 2005, p. 259)

En efecto, “no se desconoce que Merkl fue el más destacado discípulo de Kelsen, así como el verdadero artífice de la construcción de la teoría de la jerarquía normativa” (Fuentes, 1998, p. 419). Merkl propuso la estructura escalonada del ordenamiento jurídico como explicación del modelo existente, un desarrollo que a la postre se convertiría probablemente en la tesis más influyente de la teoría pura del derecho. Por consiguiente, Kelsen la incorporó como parte medular en su obra, y en adelante fue popularizada como la *pirámide de Kelsen*, aun cuando debió conocerse como la *pirámide de Merkl*.

La meta de Merkl es describir la estructura del ordenamiento jurídico, para lo cual parte de la base la comprensión del sistema de las fuentes del Derecho positivo y su relación recíproca. Esta relación es entendida por Merkl como una relación de supraordinación y subordinación para lo cual se utiliza la imagen de una *estructura escalonada*. (Kucsko-Stadmayer, 2005, p. 247)

Merkl explicó que había una conexión jerárquica entre todas las normas de un mismo sistema legal. Esa conexión era lineal y descendente, a partir de una norma primaria de donde emanaba el resto del ordenamiento que, en consecuencia, estaría subordinado. Para él, toda la producción jurídica inicia con una Constitución política, continúa con las leyes, le siguen los reglamentos y posteriormente, las sentencias judiciales, actos administrativos y negocios jurídicos particulares formalizados en contratos. Según esta concepción, todas las normas encuentran sustento en la norma precedente, pues

la tarea de la ordenación debe ser justificar la serie que la precede. Para anticipar el resultado de esta tarea de ordenación sobre la serie de formas jurídicas, habría

que señalar que ese resultado ya aparece en el título del estudio, el cual muestra a esta serie como una jerarquía o una estructura escalonada de formas jurídicas determinadas o determinantes (por esas relaciones lógicas), supraordenadas o subordinadas. [...] Por otro lado, esa serie, a diferencia del cuadro jurídico, en cierta medida unidimensional, al que estábamos acostumbrados, se presenta, de nuevo hablando de forma metafórica, como un edificio ordenado en muchas plantas —ya tenga más o menos—. (Merkl, 2004, p. 241)

En este punto, se destaca que, aunque Merkl nunca se refirió explícitamente a una “pirámide”, sino a una estructura escalonada, la figura de la pirámide se incorporó a la explicación académica por resultar muy ilustrativa.

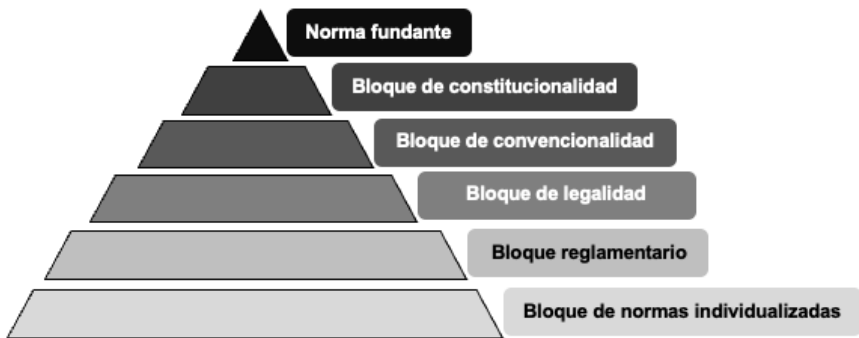
Con tales bases, Kelsen ideó la existencia de una norma inicial, la *Grundnorm* o *norma fundante*, de la cual emanaría el resto de los ordenamientos jurídicos de un sistema legal. Esa norma regularía la producción de otra, por lo cual, la norma producida resultaría de nivel inferior y por ende subordinada. Posteriormente, la norma subordinada tendría los elementos para subordinar otras normas que, a su vez, subordinarían a otras más, estableciendo esa cadena jurídica lineal, vertical y descendente. De esta manera, la norma fundante tendría una relación de supraordinación con las demás que le sean derivadas, con lo que se aseguraba la unidad del sistema. Hans Kelsen afirmó que

La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y la subordinación. [...] El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción. (Kelsen, 2024, p. 232)

Dicho modelo jurídico estratificado ha servido de base para la comprensión de numerosos sistemas jurídicos nacionales a través del tiempo, así como para explicar el dictado de normas jurídicas y su jerarquía, su aplicación e interpretación.

Actualmente, el modelo es aceptado cuando se explica por medio de bloques que contienen diversa información jurídica cada uno, misma que se agrupa conforme a su aplicación jerárquica, como se ilustra en el siguiente esquema (figura 1):

Figura 1. Pirámide de Kelsen.



FUENTE: elaboración propia.

La pretensión del modelo piramidal fue entablar un orden y describir objetivamente *cómo es* el derecho, alejándose de la pregunta *cómo debe ser* el derecho. Esto es así, porque la descripción y registro del fenómeno jurídico corresponde a la ciencia del derecho; en tanto que *el deber ser* corresponde a la política (Kelsen, 2024, p. 15). “Por eso, en el modelo kelseniano la ciencia jurídica es una ciencia normativa, pero no en el sentido de que prescriba normas, si no en el de que las describe (Atienza, 2017, p. 208).

A su vez, Kelsen planteó que “el orden jurídico es un sistema de normas” (2010, p. 129), lo que se puede interpretar como un anhelo del jurista para intentar explicar dicho sistema, a pesar de que su teoría se enfocó sólo a explicar el orden y la jerarquía con las herramientas conceptuales de su época.

Este modelo ha predominado en el pensamiento jurídico del sistema romano germánico como un paradigma durante casi todo el siglo XX, al grado de convertirse en una especie de ideología del Estado de derecho. Sin embargo, a lo largo de este tiempo dicha *pirámide* ha sido sometida a diversas *trepidaciones*, como afirman Ost y Van Der Kerchove (2018), que han puesto bajo un severo escrutinio la solidez del modelo.

Dentro de los cuestionamientos más recurrentes se encuentra aquel de la *Constitución como norma fundante*. A grandes rasgos, este argumento explica que todos los Estados cuentan con una soberanía y potestad para modificar su Constitución; sin embargo, si se modifica la Constitución, se modifica la norma fundante de ese sistema, por lo cual se incurre en la paradoja de que la Constitución nunca fue una norma fundante. Más bien, aquí lo fundante sería la *voluntad legislativa*, que no es una norma jurídica.

Otro cuestionamiento al modelo estriba en la *supremacía constitucional*. Puesto que las normas constitucionales se suelen aplicar en la realidad mediante la interpretación de un juez en un caso concreto, se sigue que su validez suprema no reside en la norma misma, sino en su interpretación. La situación debilita la supremacía normativa, pues ésta se encontraría en manos del intérprete en turno; es decir, que la generalidad y abstracción de una disposición legal es derrotada por la apreciación subjetiva.

Un aspecto más a considerar es el sitio que debe ocupar el bloque de convencionalidad, pues prácticamente todas las soberanías estatales han celebrado tratados con los cuales se obligan a determinados aspectos que inciden en su ámbito interior. Sin embargo, los tratados internacionales ocupan un lugar que no siempre está definido claramente en el modelo de pirámide.

Algunos Estados otorgan la misma jerarquía a los tratados internacionales que a su Constitución, mientras que otros Estados colocan a sus tratados como norma subordinada. Incluso, hay Estados que elevan la jerarquía de los tratados internacionales hasta resultar fundantes cuando versan sobre derechos humanos, pero los subordinan cuando versan sobre temas considerados menos relevantes. De allí que el bloque de convencionalidad parece tener una jerarquía casuística e indefinida.

Otra crítica al modelo piramidal se ha desarrollado en las últimas décadas, a partir de que diversos Estados han reconocido su pluralismo jurídico mediante la admisión de diversos regímenes legales interiores, que incumben

a diferentes culturas con sus usos y costumbres. Para contrastar el monismo legal contra el pluralismo, Medici explica que

estas nociones del monismo, la estatalidad, la sistematicidad y el cierre del derecho moderno, parecen cada vez menos adecuadas para explicar su funcionamiento en sociedades atravesadas por diversas formas de derecho en un contexto de globalización económico-financiera, de creciente solapamiento y movilidad de las fronteras culturales, de movilidad de flujos de población, y de emergencia de espacios supranacionales políticos y económicos integrados. Menos aún para sociedades poscoloniales, como las de nuestra región, donde la complejidad de las formaciones sociales muestra la coexistencia de distintas formas de vida, cosmovisiones acerca de la relación entre persona-sociedad-naturaleza, y derechos consuetudinarios coexistiendo junto a la organización y el derecho estatales. Las formas de constitucionalismo adoptadas en nuestra región desde el siglo XIX importaron y superpusieron a esa abigarrada complejidad y pluralismo sociocultural unos esquemas simples basados en la idea de constitución, racionalidad [...], normativismo positivo. (2010, pp. 96-97)

Cabe esclarecer que históricamente el pluralismo jurídico ha existido en Estados colonizados por grandes imperios como el romano o los califatos ibéricos. Asimismo, durante la Edad Media y la Edad Moderna se manifestó en regímenes que aplicaban el derecho canónico de forma paralela a las leyes del Estado. Sin embargo, el pluralismo contemporáneo al que nos referimos atañe más a los actuales Estados plurinacionales. En las últimas décadas

el pluralismo jurídico ha sido entendido como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna del derecho, en la cual se da la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la inter-legalidad de dichos sistemas normativos. (Boaventura, citado por Ianello, 2015, p. 767)

En todo caso, la pluralidad de regímenes que se aplican de forma simultánea en un mismo Estado puede cuestionar la verticalidad de la pirámide, ya que la pluralidad de leyes, conforme a dicho modelo, debería encontrar origen en una misma norma suprema. Sin embargo, en la realidad dicha

pluralidad emerge por impulso de las exigencias sociales. Aquí encontramos un derecho positivo forzado, superpuesto artificialmente a la realidad e identidad cultural de una población heterogénea.

Por otro lado, recordemos que en el derecho inciden poderes fácticos y económicos que impulsan la creación de normas más allá de las formalidades legislativas; por lo cual, los ajustes legislativos no surgen de la norma supraordenada, sino de las exigencias de otros poderes o de la misma sociedad.

Así, las autoridades judiciales o administrativas emiten disposiciones de aplicación general, en suplencia de la omisión legislativa, así como las organizaciones civiles y las empresas se vuelven creadoras de normas individuales —con actos jurídicos civiles y mercantiles— que son tan prolíficas que se normalizan como regla general.

De ese modo, nuevas fuentes de obligaciones legales se integran a la producción y aplicación del derecho sin que aparentemente emanen subordinadamente de una norma fundante, sino que más bien, se alinean posteriormente a su creación. Sobre toda esta problemática, Huerta Ochoa expone que

la norma fundamental tiene para Kelsen en la última fase de su obra, una validez ficticia, ya que no representa una realidad; no es una norma de derecho positivo. [...] La norma fundamental es, por lo tanto, una norma que fundamenta la validez de todas las normas menos la propia. (2003, p. 127)

En efecto, en su obra póstuma, Kelsen (2018) explicó que la norma fundante no es una norma de derecho positivo y no representa una realidad, pues se trata de una ficción creada para explicar aquel modelo y justificar la irradiante punta de la pirámide. Aunado a ello, las normas pueden presentar múltiples funciones que no se ven reflejadas ni en el esquema, ni consideradas en la ficción de la norma fundante. Así,

la representación usual de la teoría de la construcción escalonada tiene que ser criticada, porque no ilustra esta pluralidad de funciones que una norma jurídica desempeña, al igual que no indica que esta pluralidad de funciones refleje el tipo de relaciones que las normas pueden tener entre sí. (Pelegriño da Silva, 2023, p. 145)

Sin embargo, bajo nuestra perspectiva, el hecho de que la norma fundante sea una teoría no quiere decir que sea por completo inexistente, e incluso, en esta investigación se le identifica con el *imperativo* de Immanuel Kant (2012), quien explicó que

todos los imperativos constituyen fórmulas para determinar la acción que es necesaria según el principio de una voluntad buena de uno u otro modo. Si la acción fuese simplemente buena como *medio para otra cosa*, entonces el imperativo es *hipotético*; si se representa como *buena en sí*, o sea, como necesaria en una voluntad conforme de suyo con la razón, entonces es *categorico*. (pp. 114-115)

El *imperativo categorico*, también denominado *imperativo apodictico*, es un mandato necesario de carácter universal, que ordena una acción incondicionalmente cierta, válida y buena, por lo que está estrechamente relacionada con la moralidad (Rivera Castro, 2004). Extrapolando, más adelante se considerará que un imperativo categorico o uno hipotético serán el punto de partida del modelo comunicacional que se propone, por lo cual, ambos conceptos se retoman.

Es importante no perder de vista que la *Teoría pura del derecho* buscó la objetividad y exactitud científica, por lo cual se centra únicamente en el análisis del derecho positivo, es decir, en las normas jurídicas abstractas (Kiener, 2023, pp. 27-29); “y como un proyecto que es puro, separado no sólo de las ciencias empíricas, sino también de la moral” (Kiener, 2023, p. 53), es natural que este modelo se distancie de análisis económicos, sociales, políticos o de otra índole.

Lo destacable hasta este punto es que claramente la actividad jurídica de algunas autoridades, junto con los prolíficos actos administrativos de gobierno, los negocios jurídicos particulares y las exigencias de la sociedad civil, hoy en día son mucho más técnicos y complejos en conjunto, situación que no sugirió el modelo piramidal de Merkl, pues tal modelo explicaba una sociedad menos compleja.

Pero aún así, los cuestionamientos formulados no han logrado derribar el modelo piramidal, aunque al menos han llevado a reconsiderar diferentes aspectos que se oponen a la simple jerarquización de los ordenamientos y han abierto la discusión para crear nuevos modelos que permitan a la cien-

cia del derecho describir de forma más precisa los fenómenos jurídicos, sobre todo en las últimas décadas, con el incremento de la complejidad social y el consecuente aumento de la complejidad jurídica.

III. El modelo de red

La complejidad jurídica se ha incrementado principalmente desde el fin de la Guerra Fría, a raíz de la globalización de los mercados financieros, la creciente interdependencia de economías y culturas —mundialización—, el desarrollo de tecnologías digitales, el advenimiento de la sociedad de la información, la construcción de bloques regionales integrados por múltiples soberanías y la sobrepoblación global.

Esto se debe al debilitamiento de los Estados, la aparición de poderes privados (empresariales y organizaciones no gubernamentales), la expansión de los derechos humanos, el reconocimiento del multiculturalismo al interior de los Estados nación, la multiplicación de iniciativas individuales, la crisis climática y ambiental, la amenaza de pandemias por nuevas enfermedades, entre otros factores.

Ante este escenario, François Ost (2002, pp. 454-455) considera que el tradicional Estado nación, producto de un contrato social, está fuertemente sacudido, y que la actual dinámica económica impone las leyes del mercado sobre las leyes nacionales. Además, la gobernanza global y las regulaciones comerciales internacionales sustituyen a las soberanías y sus legislaciones, lo que lleva a los países a un nuevo estado de naturaleza, un ecosistema donde se lucha por la supervivencia conforme a la ley de la economía más fuerte, o bien, a la adaptación de economías pequeñas a la nueva cadena alimenticia, que es la cadena de producción, distribución y consumo mundial. El autor añade que

el discurso de la globalización reposa sobre el punto de vista de la economía liberal clásica, según la cual el mercado representa el estado natural de organización de la sociedad. Una sociedad entendida como un conglomerado de individuos que persiguen libremente sus propios intereses (Ost, 2002, p. 457).

Ese entramado de intereses individuales es lo que conforma el modelo jurídico de red, pues el libre juego de intereses integra un orden jurídico colectivo y espontáneo que se autorregula de acuerdo a deseos subjetivos.

El concepto ya había sido adelantado en 1973 por Friedrich Hayek, quien lo definió como *catalaxia*, término derivado del griego *katallattein* —o *katallassein*— que denota “intercambiar”, “admitir en la comunidad” y “convertirse de enemigos en amigos” (2006, p. 310). Hayek sostiene que “una catalaxia es, pues, un tipo especial de orden espontáneo producido por el mercado a través de individuos que actúan según las normas del derecho de propiedad, el contrato y exclusión del fraude” (2006, p. 311).

Así, Ost describió una *catalaxia jurídica*, en la cual el Estado se ajusta a través de los múltiples actos jurídicos individuales que no cuentan con un interés común ni una planificación y se presenta como un orden espontáneo. Igualmente sostuvo que “tal derecho no deriva de normas objetivas resultantes de los poderes públicos, sino más bien de la red formada por los derechos subjetivos que los particulares se intercambian como utilidades en función de sus conveniencias mutuas” (Ost, 2002, p. 459).

El paso a este nuevo orden no se produciría desde las instituciones gubernamentales, con el poder del Estado, sino que se habría gestado paulatinamente desde niveles individuales,

a iniciativa de los operadores privados que muy pronto iban a imponer una mundialización económica, obligando a los Estados a redefinir la naturaleza de sus relaciones y la agenda de sus prioridades. Le seguiría pronto una mundialización jurídica, sobre el terreno esencialmente económico. (Ost, 2002, p. 471)

Es decir, que los negocios jurídicos, los contratos y, en general, la denominada *lex mercatoria* cobraron tal relevancia que se impuso como criterio jurídico generalizado, por lo que cada país comenzó a sustituir su derecho por las regulaciones comerciales a las que estaban sujetos.

En la misma línea, la aspiración del modelo de Hayek era propiciar el *Estado mínimo*, donde los regímenes jurídicos fueran simples, reducidos, ciudadanos, despojados de formulismos; producto de una autoorganización que propiciara la libertad de empresa, exaltara la propiedad privada y la celebración de contratos cuyas cláusulas —con condiciones y sanciones

por incumplimiento— aseguraran determinado orden social. Hayek concebía al derecho como un producto de la interacción social y afirmaba que las leyes sólo compilan la forma natural en que se organiza una sociedad, pues las leyes no son sino el reflejo del orden social, una descripción de lo cotidiano.

Bajo esa percepción, la sociedad siempre se ha organizado espontáneamente para fines mercantiles y ese orden es el que permitió la estructuración social con reglas adicionales consensuadas. Las autoridades en esos regímenes se limitaban a gobernar siguiendo las reglas preestablecidas por el grupo social y, cuando fue necesario, retomaron dichas reglas para integrar las leyes. Por ello,

sigue siendo incuestionable que el sistema de reglas en su conjunto no debe su propia estructura a un plan intencionado de los jueces o de los legisladores. Es el resultado de un proceso de evolución a lo largo del cual el desarrollo espontáneo de las costumbres y la aportación deliberada de los particulares dentro de un sistema ya existente han ejercido una constante interacción. [...] Ningún sistema jurídico ha sido jamás proyectado en su integridad, e incluso los diversos intentos de codificación no pueden hacer sino sistematizar un cuerpo de normas ya existente y, a lo sumo, aportar integraciones o eliminar contradicciones. (Hayek, 2006, p. 130)

El consenso generalizado que describe Hayek para mantener un orden social mediante la celebración de pactos comerciales y contratos —la *catalaxia jurídica*— es una concepción liberal que se infiere más cercana a los países del *common law*, donde el derecho es casuístico y emana de los precedentes. En esta familia jurídica no es estrictamente necesario *legislar*, pues el derecho principalmente se compila en jurisprudencias.

Tal vez en esas culturas pudiera existir el imaginario de una sociedad sin otra ley escrita más que los contratos, los pactos comerciales y las sentencias. No obstante, ese ideario parece inconcebible en países de tradición romanista, donde el derecho se plasma primordialmente en leyes abstractas e impersonales y el orden jurídico es *piramidal*, aun cuando reciba el influjo de las concepciones más liberales de la economía.

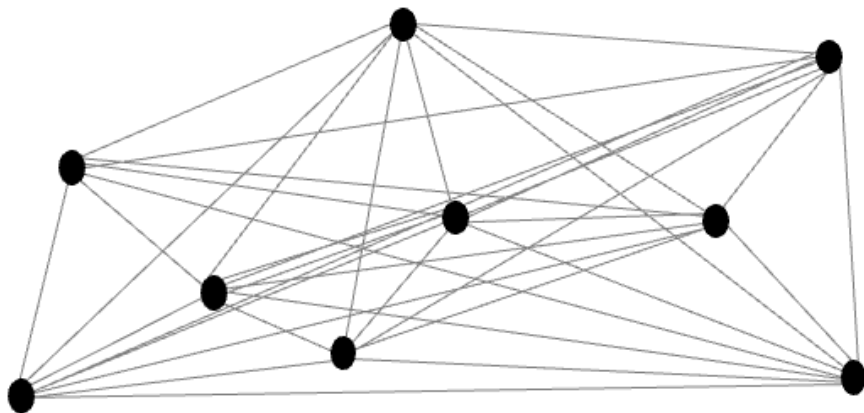
En todo caso, es innegable que las redes comerciales están presentes en lo cotidiano, pues los tratos mercantiles son la relación jurídica básica de la so-

ciudad contemporánea. La figura de la compraventa se realiza todos los días junto con una incontable variedad de contratos, como los de producción, extracción, almacenamiento, distribución, suministro, arrendamiento, prenda, hipoteca, permuta, etcétera.

Es por ello por lo que autores como Hayek y Ost conciben que el incumplimiento de contratos particulares, y las sanciones que estos conllevan, se han estandarizado y convertido en una regla genérica a nivel mundial, a modo de una red inconmensurable de relaciones particulares que funciona aun en ausencia del Estado, pues incluso en Estados fallidos o debilitados subyace el orden jurídico personal, conformado por las leyes del mercado.

Tras dicha explicación es posible esquematizar de forma genérica un *modelo de red jurídica* o *catalaxia jurídica*, conforme a la figura 2, donde cada nodo representa un sujeto de Derecho y las líneas que emana son la relación jurídica con otros sujetos.

Figura 2. Modelo de red jurídica o catalaxia jurídica



Fuente: elaboración propia

Lo expuesto nos conduce a la idea de que el modelo de red es un modelo de derecho; pero también es un modelo relacional de los sujetos de derecho. La crítica a la percepción del *derecho como red* radica en que, aun cuando todas las relaciones jurídicas que contempla el modelo sean particulares, de todas maneras, dicha red exige la existencia de una estructura estatal o institucional

que asegure el cumplimiento de los contratos particulares, ya sea a nivel de un policía o, mejor aún, de un Poder Judicial que finque las controversias y que imponga autoridad para que las sanciones sean acatadas. De manera que la existencia de una red se entrelaza a la pirámide.

Además, es notorio que la concepción de una *catalaxia jurídica* no parece estructurada y conectada a políticas públicas, pues siguiendo la línea de Hayek y Ost, es improbable que una multitud de personas concuerden espontáneamente en qué es lo mejor o lo necesario para el común social, y en cambio, cada individuo se enfoca en la búsqueda de lo más conveniente para sus propios intereses.

Esta disociación entre intereses privados y públicos provocaría siempre un fracaso del modelo jurídico, pues, como es sabido, el derecho debe ser parte de una política pública estatal para ser eficaz, o de lo contrario, se convierte en letra muerta.

El modelo de red, al igual que el modelo piramidal, no logra explicar al derecho contemporáneo de forma integradora e interdisciplinaria, sino que se limita a esquematizar intereses subjetivos. En este sentido, ambos modelos invitan a una reformulación conceptual de la ciencia jurídica, de acuerdo con las nuevas exigencias epistemológicas de siglo XXI, como son la teoría de sistemas y los estudios de la complejidad.

IV. Derecho, teoría de sistemas y complejidad

Explica Cárcova (2016) que

es posible afirmar sin mayor hesitación, que los fenómenos de aceleración histórica, asociados a los descubrimientos científicos y tecnológicos de las últimas décadas, han ensanchado de un modo excepcional el universo de elecciones posibles en el campo de la interacción humana. (p. 253)

Esto comporta nuevas problemáticas sociales, que incumben no sólo al derecho, sino también a otras áreas del saber. Esta concepción interdisciplinaria nos conduce a abandonar la idea de un derecho lineal y adentrar-

nos al tema de la complejidad social. A propósito de tal interacción humana, Morin menciona:

hay complejidad cuando son inseparables los elementos diferentes que constituyen un todo (como el económico, el político, el sociológico, el psicológico, el afectivo, el mitológico) y que existe un tejido interdependiente, interactivo e interretroactivo entre el objeto de conocimiento y su contexto, las partes y el todo, el todo y las partes, las partes entre ellas. Por esto, la complejidad es la unión entre la unidad y la multiplicidad. (1999, p. 17)

Con esas nociones se tiene que el derecho es susceptible de estudiarse desde el punto de vista de la complejidad, debido a que es un fenómeno multicausal que incumbe a diversas disciplinas científicas que pueden verse implicadas, junto con la actividad jurídica, en el actual proceso de globalización, así como sus repercusiones en la vida humana. Para ejemplificar este punto y demostrar cómo se han complejizado los sistemas legales, Cárcova realiza una comparativa entre el derecho romano y el derecho contemporáneo:

En el mundo romano bastaba con la distinción entre el *ius quiritium* y el *ius gentium*, para atender la variabilidad de las relaciones sociales. Con la evolución histórica el derecho se va fragmentando y especializando, es decir, se va diferenciando. Del derecho civil se desprende el comercial, luego el de la navegación, más tarde el laboral, tributario, minero, etcétera. Al tiempo que el derecho se diferencia y especializa, nuevas diferenciaciones y especificaciones se producen en el interior de cada una de sus ramas. Tales diferenciaciones permiten dar cuenta de relaciones sociales más complejas y variables que las que eran propias del mundo romano. (1998, p. 33)

En la época romana bastó el Código de Justiniano para normar las relaciones sociales y administrar la impartición de justicia. Pero en la era contemporánea es evidente la imposibilidad de reducir toda la actividad jurídica en un derecho para extranjeros y otro para ciudadanos, pues, conforme avanzó y creció la sociedad, las relaciones humanas se fueron complejizando y diferenciando en diversas formas, lo cual generó múltiples ramas de conocimiento jurídico especializado.

No obstante, pese a que todo ese acervo jurídico se encuentra actualmente diferenciado principalmente por materias o por jurisdicciones, cada parte sigue vinculada al resto del sistema legal por medio de la identidad de sus principios, sus fuentes o los ámbitos de aplicación, situación que demuestra que esas diferentes materias se relacionan e interactúan, y, por ende, generan complejidad. Sobre ello, Izuzquiza abunda:

El concepto de complejidad alude siempre a la multiplicidad de relaciones posibles que puede tener un objeto, una acción, una situación. Siempre que exista complejidad, existirá también una multiplicidad de relaciones. Complejidad supone siempre un exceso de relaciones. La complejidad tiene una naturaleza esencialmente relacional; es, siempre, la apertura a múltiples relaciones posibles. (2008, p. 61)

En esta línea, conceptualizar al derecho como *fenómeno complejo* permite admitir que éste puede ser afectado por múltiples factores de diversa índole, y que no se restringen al ámbito legislativo o judicial, sino que tiene que ver con aspectos sociales, políticos, ecológicos, económicos, de salud, etcétera. Por lo anterior, existe la necesidad por parte del Estado de dictar marcos jurídicos interdisciplinarios, toda vez que la realidad cotidiana es compleja.

Sin embargo, pese a que existe esa necesidad latente, la complejidad jurídica es un ámbito poco explorado. “Tal vez por el hecho de que sus teorías sean normativas y conceptuales y no empíricas, durante mucho tiempo el derecho ha permanecido ajeno al pensamiento científico, incluso al determinista y, con mayor razón, al pensamiento complejo” (Cáceres Nieto, 2023, p. 1).

No obstante, actualmente se encuentran en fase de desarrollo algunos enfoques teóricos y metodológicos en las investigaciones de este rubro. Y pese a la “escasa literatura jurídica especializada, es posible abstraer *la esencia temática emergente* que está definiendo la agenda de *Law and Complexity* en un sentido próximo al de otras áreas de la complejidad” (Cáceres Nieto, 2023, p. 11).

El concepto de complejidad, como herramienta para la observación de los fenómenos y su descripción, puede utilizarse en todos los estados de cosas posibles, mientras que el observador cuente con las condiciones para distinguir las cualidades de cada uno de los elementos que componen lo observado, así como sus conexiones y relaciones. Es decir, que “pueden darse

diversas descripciones de la complejidad, según sea el modo en el cual el observador descomponga en elementos/relaciones la unidad de una multiplicidad” (Luhmann, 2006, p. 103).

Bajo esta perspectiva, resulta trascendental determinar cómo se presentan las relaciones entre los elementos del fenómeno observado, toda vez que, al percibir dicha mecánica, se podrá comprender su funcionamiento.

La complejidad consistirá, entonces, en la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Cuando la cantidad de los mismos aumenta, ya no es posible relacionar cada uno de los elementos, en el mismo momento, con cada uno de los otros, generando así una situación de complejidad. (Cárcova, 1998, p. 172)

De forma simultánea, reconocer las relaciones entre elementos permite a su observador identificar los linderos de un sistema y delimitarlo para su análisis bajo la óptica de la complejidad. González Casanova explicó:

La categoría de los sistemas complejos planteó, a un nivel teórico más general y abstracto, el estudio de la interdisciplina como complejidad, y el de los nuevos sistemas auto-regulados y abiertos como sistemas en los que la descripción, explicación y construcción no se definen en las formas deterministas o probabilísticas del pasado sino por interacción de los componentes. (2017, p. 64)

En el ámbito del derecho, ese tipo de observación del marco jurídico ha logrado advertir más interacciones, problemas y desafíos sociales, ecológicos, económicos, médicos, etcétera, y ha detonado nuevas percepciones del sistema legal.

La complejidad social provocó una proliferación legislativa de normas especializadas que han ayudado a regular aspectos muy puntuales. Sin embargo, esa proliferación no abatirá nunca el desarrollo de la complejidad jurídica, pues siempre existirán ámbitos de las relaciones humanas que escapen del ámbito jurídico y que tendrán repercusiones más allá de lo estrictamente social. Así, los sistemas legales están obligados a proseguir con una *observación* permanente de fenómenos susceptibles de regularse.

Luhmann afirmó que cuando nos encontramos ante la complejidad de un fenómeno se vislumbran dos percepciones, una es la *selección* y otra

la *observación*. En cuanto a la selección, explica que primero se debe distinguir entre los elementos del fenómeno y sus relaciones:

Si tenemos un sistema con un número creciente de elementos, cada vez se hace más difícil interrelacionar cada elemento con todos los otros. El número de relaciones posibles deviene demasiado grande con respecto a la capacidad de los elementos para establecer relaciones. Podemos encontrar fórmulas matemáticas que calculen el número de relaciones posibles, pero toda operación del sistema que establece una relación tiene que elegir una entre muchas —*la complejidad impone la selección*—. Un sistema complejo surge sólo por selección. (Luhmann, 1998, pp. 16-17)

Ante la complejidad de elementos y relaciones que se pueden presentar en un fenómeno jurídico, naturalmente se opta por una opción entre muchas posibles, según convenga al funcionamiento y permanencia de todo el sistema. Por ello, Labrador (2021) indica que “para hablar de complejidad, es necesario referirnos a las operaciones del sistema como selección y no a la exclusiva relación entre sus elementos; es decir, las operaciones se presentan ante todo como selecciones que realiza el sistema para reducir la complejidad” (p. 144).

Por otro lado, relativo a la observación, Luhmann (1998) establece que

el conocimiento de un elemento no conduce al conocimiento de todo el sistema; la observación de otros elementos dará, sin embargo, información adicional sobre el sistema. La complejidad del sistema, desde esta perspectiva, es una medida de la falta de información. (p. 17)

De este modo, se puede afirmar que el derecho es un fenómeno tan complejo como lo advierta el observador y la información con la que cuente, pero, al momento de ser dictada una norma jurídica, se presenta una selección de entre todas las posibilidades existentes para emitirla.

Como ocurre con otros conceptos importantes de la teoría de Luhmann, este concepto de complejidad le permite orientar su observación y proporcionar nuevos ámbitos para la misma. En cierta medida —aunque ello suponga utili-

zar un “antiguo” vocabulario—, la complejidad es, muchas veces, identificada por Luhmann con el concepto de realidad. Y, en especial, de la realidad social. La realidad es la misma complejidad, es el máximo ejemplo de complejidad. De hecho, entender esta identificación, de carácter ontológico, permite entender muchos de los conceptos centrales de Luhmann y muchas de sus críticas. (Izuzquiza, 2008, p. 60)

En suma, para definir claramente la complejidad de un sistema —y en particular de un sistema jurídico—, se destaca que la complejidad es una forma de observar el fenómeno y de describirlo, que utiliza toda la información posible con la que cuenta el observador del fenómeno. En este sentido, un sistema califica como “complejo” cuando contiene múltiples elementos y posibilidades que interactúan simultáneamente; y es más complejo en la medida en que el observador carezca de la información necesaria para comprender las conexiones e interacciones de todos esos elementos. Por ello, en esos casos sólo se presume su unidad y coordinación. Sobre este punto, Lara-Rosano explica:

Un sistema complejo es una estructura de individuos interrelacionados a varios niveles. Las interrelaciones a todos los niveles son no lineales, dinámicas (cambian con el tiempo) y muchas veces circulares, llamadas retroalimentaciones. Un sistema complejo tiene sus componentes interactuando activamente con su entorno, manifestando procesos de intercambio continuo de energía e información entre los mismos componentes y con el entorno, con sus componentes fuera del equilibrio, y comportándose —en el caso de componentes humanos y sociales— tanto con base en factores del pasado como con base en sus objetivos orientados hacia el futuro. (2021, p. 47)

Por ello, al presentarse una incalculable cantidad de conexiones entre una numerosa cantidad de individuos interrelacionados, en un sistema complejo necesariamente existe la multiplicidad. Incluso, Luhmann explicó que “la complejidad es la unidad de una multiplicidad. Un estado de cosas se expresa en dos versiones distintas: como unidad y como multiplicidad” (2006, p. 101) y, por ende, al utilizar este marco, en ocasiones se habla de complejidad como una unidad y a veces como múltiples elementos.

Con esta base, en el caso del derecho como fenómeno complejo, en ocasiones se puede referir a éste como la unidad de todas las normas jurídicas de un Estado; aunque en otras ocasiones se tratará sólo de algunos elementos específicos de tal multiplicidad de relaciones y niveles.

Aquí es menester señalar que tradicionalmente el derecho utiliza como métodos de estudio el inductivo y deductivo; o bien, se acude al método analítico para desagregar todos los aspectos de un fenómeno y comprenderlos por separado. Sin embargo, bajo la óptica de un fenómeno complejo, dichos métodos resultan insuficientes, debido a que no permiten conocer cómo se presentan las relaciones entre los elementos, ni determinar sus conexiones e interacciones.

Pero admitir ese primado de la relación llega a ser insoportable y sólo puede ser abordado mediante la conexión y la selección de conexiones, que hacen cumplir las relaciones. Es decir, la multiplicidad de relaciones o la multidimensionalidad de relaciones propia de la complejidad lleva inmediatamente a plantear el tema de la selección y de la conexión. (Izuzquiza, 2008, pp. 61-62)

Por lo tanto, el estudio del derecho ha de abordarse desde una perspectiva que facilite el entendimiento de cuáles son los puntos de conexión de los elementos conformadores, el modo como interactúan y cómo se determina una interacción y no otra; es decir, la *selección*. Esta selección y las múltiples posibilidades que presenta el derecho nos conlleva a la idea de *contingencia* —lo cual refuerza la perspectiva de que el sistema jurídico posee cualidades de un sistema complejo—.

La contingencia es algo que podría ocurrir, pero que no necesariamente lo hará; se trata de un evento que puede ser o no ser y depende de múltiples factores que lo hacen previsible, pero no necesariamente obligatorio.

Desde puntos de vista lógicos, el concepto de contingencia se simplifica diciendo que lo real, a lo que se refiere dicho concepto, puede ser o no ser. [...] El concepto de complejidad hace referencia al mundo en su conjunto o a los sistemas y designa la totalidad de las posibilidades permitidas. Los sistemas complejos son viables solo con un mínimo de contingencia interna; únicamente se podría renunciar a ello desde una perspectiva puramente estática. La compleji-

dad, por consiguiente, exige —si no lógica, empíricamente— una contingencia de forma de variabilidad ordenada con arreglo al sistema interno. (Luhmann, 2019, pp. 127-128)

El derecho consta de reglas que dictan *lo que debe ser*. Sin embargo, esos supuestos jurídicos pueden ser o no ser y ahí radica la contingencia de toda norma jurídica, pues, dependiendo de una opción u otra, se pueden provocar o no diversas consecuencias que rebasan lo estrictamente jurídico y se entremezclan con los ámbitos social, económico, político, ecológico, etcétera.

Aquí se presenta una variedad de posibilidades que el derecho intenta prever y anticipar en un arreglo interno, dictando más reglas abstractas, con la expectativa de que sean acatadas; y lo que no está regulado, lo que se escapa de esa capacidad de previsión, queda en manos de la interpretación judicial, que opera dentro del mismo sistema del derecho, aun cuando exista un exceso de relaciones que son hasta ahora imposibles de regular.

Lo dicho sirve de preámbulo al concepto de *autopoiesis* que Luhmann importó de la biología a los sistemas sociales. La autopoiesis es un neologismo que toma su significado de las raíces griegas *auto* —a sí mismo— y *poiesis* —creación, producción—. En ese sentido, la autopoiesis es una cualidad de todo ser vivo para autocrear los elementos que lo componen. Al respecto, dice Izuzquiza, (2008), Luhmann

añade la contribución central de Maturana —reforzada por algunos análisis de Varela— y su *teoría de la autopoiesis*. Teoría que supone una novedad esencial sobre las teorías de la autoorganización, ya que la autopoiesis plantea [...] que un sistema no sólo crea su estructura, sino también los elementos de que se compone. (p. 148)

La autopoiesis implica *autoorganización* en la medida en que un sistema cuenta con los insumos necesarios para establecer por sí mismo el orden que requiere; pero también implica *autorreferencia*, dado que se constituye a sí mismo mediante su propia autoobservación, sin depender de un observador externo. En dicho sentido,

La teoría de los sistemas sociales adopta el *concepto de autopoiesis* y amplía su importancia. Mientras en el ámbito biológico se aplica exclusivamente a los sistemas vivos, según Luhmann se individualiza un sistema autopoietico en todos los casos en los que se está en la posibilidad de individualizar un modo específico de operación, que se realiza al y sólo al interior. (Corsi *et al.*, 1996, p. 32)

Para Luhmann, el sistema de la sociedad actúa de forma tal que produce sus propios componentes. Para que esto pueda ocurrir, el sistema debe ser capaz de operar mirándose a sí mismo, atendiendo a sus necesidades para sostener sus funciones y estructura, esto es, siendo *autorreferente*. Nada que provenga del exterior del sistema —del entorno— se puede incorporar al sistema, pues no hace falta. El sistema autopoietico produce sus partes con operaciones internas, las compone, ajusta, adapta y mantiene funcionando.

Aplicando la teoría de Luhmann al derecho, podemos afirmar que cuando el sistema legal corre el riesgo de fracturarse debido a las inconsistencias de las normas, entonces el mismo sistema halla una solución interna al problema, pues produce y reproduce los elementos que le faltan para reunificar el sistema y repararlo por medio de la interpretación judicial.

Las decisiones jurisdiccionales, para crearse, en un primer momento se *fundamentan*, es decir, toman insumos de diversas leyes, jurisprudencias, tratados internacionales, doctrina jurídica, etcétera; acto seguido, *motivan* la aplicación concreta de esos preceptos del sistema por medio de la interpretación y la argumentación. Así, el derecho utiliza sus propias referencias para seguirse desarrollando coherentemente, en unidad. Esto es la autopoiesis del sistema jurídico.

Es necesario precisar que Luhmann conceptualizaba toda la sociedad como un solo sistema, pero, al observarlo, selecciona procesos sociales que tienen diferente finalidad —operaciones—; esas selecciones están diferenciadas claramente una de otra, por lo cual integran *subsistemas*, como los subsistemas: economía, política o derecho.

Se debe recordar que el observador del sistema es quien identifica los elementos, sus procesos, interacciones y, al final, es quien elabora la *diferenciación*. Por lo tanto, la diferenciación es una construcción mental que ayuda a distinguir las fronteras entre los subsistemas, a fin de elegir hasta dónde se encuentran los linderos de uno y otro.

La teoría de sistemas en la sociología toma como punto de partida un principio de diferenciación: el sistema no es simplemente una unidad, sino una diferencia. La dificultad de esta disposición de teoría estriba en poder imaginar la unidad de dicha diferencia. Para poder ubicar un sistema (unidad) necesita ser distinguido. Por tanto, se trata de una paradoja: el sistema logra producir su propia unidad en la medida en que lleva a efecto una diferencia. (Torres Nafarrate, 2002, p. 76)

Así, la diferenciación exige un grado de abstracción y de decisión, pues el observador ha de identificar un subsistema con base en los elementos que lo distinguen de otro y de los elementos que guardan una interacción, lo cual sugiere la unidad de dicho subsistema. Además, para distinguir un subsistema de otro, el observador tomará en consideración las características de autorreferencia y autopoiesis, como ocurre con el sistema del derecho, que se reproduce como tal desde su interior.

Al aumentar la complejidad, el derecho puede desarrollar técnicas para correlacionar casos similares, reencontrar decisiones previas semejantes, almacenar tópica o conceptualmente experiencias convincentes. Es particularmente notorio con motivo de la formación de las nuevas generaciones: es capaz de desarrollar fórmulas de aprendizaje y dogmáticas más sistematizadas, que pueden englobar cada vez más casos distintos. Finalmente, puede evaluar los esfuerzos por diferenciar la filosofía del derecho o la teoría jurídica, con ayuda de las cuales se refleja la unidad del sistema, a pesar de las necesarias distinciones de operaciones internas.

El derecho es un subsistema funcionalmente diferenciado de la sociedad, que ordena un ámbito específico de operaciones. Sin detenerse en este rubro porque es motivo de otro artículo, se puede decir que *el subsistema derecho tiene la función de estabilizar las expectativas normativas*, aun cuando estas sean vanas o sean decepcionadas. La forma de estabilizar esas expectativas es plasmarlas en las leyes, independientemente de su acatamiento.

No obstante, el hecho de que el subsistema se distinga de su entorno no quiere decir que pueda prescindir de él. El subsistema necesita estar en contacto con su entorno, porque el entorno influye en él de múltiples formas, tanto en su desarrollo como en su destrucción. En la Biología, un cambio en la química del entorno ambiental — como la contaminación — puede

propiciar la adaptación de los animales o su muerte. Igual en el sistema social: si el entorno cambia, se orilla al sistema a una adaptación o a su declive. Luhmann explica que

los subsistemas se relacionan entre sí por medio de sus prestaciones recíprocas: la economía necesita de las decisiones vinculadas de la política, requiere de las habilidades entregadas por la educación, se enmarca en las normas de derecho, etcétera. Por su parte, la economía ofrece el soporte económico para todos los otros subsistemas. (2002, p. 49)

Por ello, el subsistema derecho no se conceptualiza aislado, sino más bien conectado con el entorno y con otros subsistemas, ante los cuales conserva su autonomía operativa; pero, a su vez es receptivo de la información que contengan. A este fenómeno se le denomina *acoplamiento estructural*.

Luhmann propuso como ejemplos de este fenómeno el acoplamiento estructural entre el subsistema derecho y el subsistema política, que se da por medio de la Constitución; igualmente, mencionó el acoplamiento estructural del derecho y la economía mediante las instituciones de la propiedad y el contrato, las cuales generan derechos y obligaciones para el ámbito jurídico, pero simultáneamente permiten operaciones para la economía (2002, p. 51).

V. El modelo de circuito normativo

Toda la teoría social de Luhmann se basa en la comunicación, pues de una u otra manera la comunicación siempre es lo que vincula a los seres humanos, los asocia, los integra en sociedad. Entonces, partiremos de la idea que el sistema social está compuesto por comunicaciones, pues sin estas, no es posible integrar a una sociedad.

Luhmann entendía a la comunicación como una unidad compuesta por tres componentes producidos por la misma comunicación: 1) información, 2) el darla a conocer, y 3) entenderla. Esos tres componentes de toda comunicación se presuponen mutuamente porque están enlazados de manera circular (2006, p. 346). Para esta teoría, la comunicación opera permanentemente enlazada a sí misma, por lo que es *recursiva*; es decir, que es

capaz de reflexionar sobre sí misma y corregirse a sí misma, lo que denota su circularidad.

Siguiendo esta línea, si el sistema de la sociedad encuentra su fundamento en la comunicación, del mismo modo el subsistema derecho tiene su base en comunicar. Pero ¿qué comunica el subsistema derecho? En perspectiva de este artículo, la respuesta es: *comunica normas*. El derecho se integra de comunicaciones normativas que indican qué hacer y qué no hacer, siendo su función mantener cierta estabilidad del sistema social.

Aquí cobra relevancia la cibernética, entendida como la “ciencia que estudia las analogías entre los sistemas de control y comunicación de los seres vivos y los de las máquinas” (Real Academia Española, 2014). La cibernética estudia la forma en la que se emite y conduce un mensaje, así como su recepción y procesamiento por un sistema a modo de una orden, misma que permite al emisor tener el control del sistema.

Esta ciencia aporta a la teoría de sistemas sociales la noción de *retroalimentación*, puesto que una vez emitida una comunicación —una orden o comando— es necesario saber si el mensaje fue correctamente entregado y procesado. Por lo tanto, el sistema ha de regresar datos que informen sobre ese hecho, es decir, el mensaje debe ser circular, *reflexivo* (Brunet Icart y Morell Blanch, 2001, p. 33; Lara-Rosano, 2017, p. 81).

Para Torres Nafarrete (2002, pp. 51-52), el principio básico de esa operación es determinar de qué manera funciona una orden del sistema y cuánto tarda en ser ejecutada, pues entre la emisión del comando —comunicación— y su ejecución, existe una distancia considerable que deberá librar diferentes interrupciones del entorno, lo cual exige además que el comando guarde cierta estabilidad.

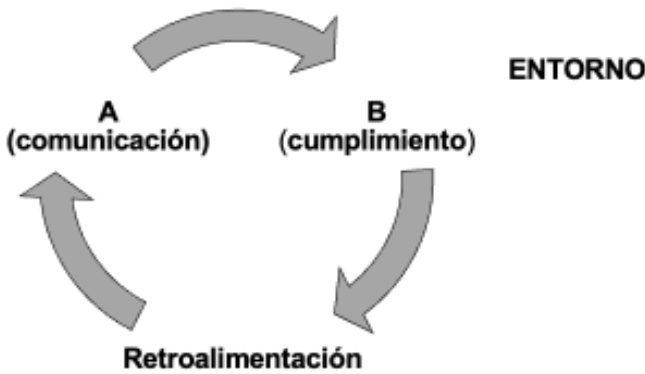
En el ámbito del derecho las normas son comunicadas a la sociedad mediante la promulgación de leyes y su aplicación concreta. Sin embargo, desde el punto de vista de la cibernética, se debe establecer una retroalimentación al emisor de la norma. Para ello, se propone en este artículo un esquema en donde se muestra cómo debería operar la comunicación jurídica de forma reflexiva, formando un *círculo normativo*.

Para comenzar, se tiene contemplada la existencia de una soberanía o autoridad que tiene un imperativo —categórico o hipotético, como se anticipó en el apartado del modelo piramidal—. Esta autoridad resiente una *cataliza-*

ción social o simbólica y emite la comunicación que identificaremos como (A), la cual selecciona sólo un fragmento del entorno para reducir la complejidad que se aborda.

En este punto la autoridad ya seleccionó, de todo el entorno, un aspecto específico, y emitió la comunicación de una expectativa normativa que espera sea cumplida en el momento identificado como (B). Pero esta expectativa normativa pide retroalimentación para confirmar su eficacia, con lo cual se integra un ciclo, que es el núcleo elemental del circuito normativo (figura 3).

Figura 3. Núcleo elemental del circuito normativo



FUENTE: elaboración propia

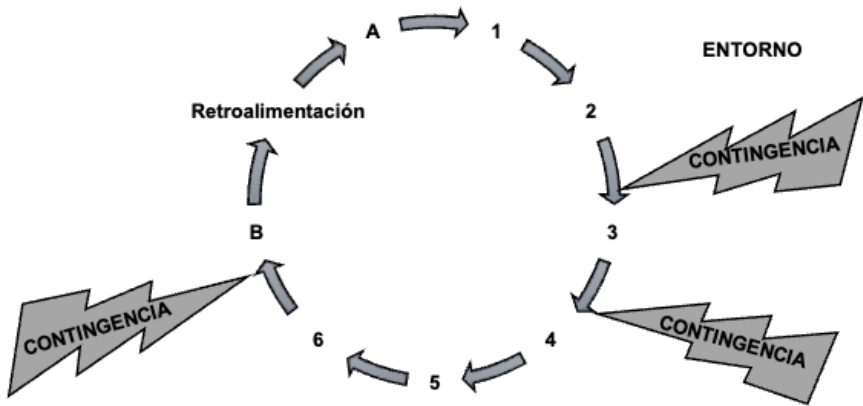
En el caso de un sistema jurídico cuyas normas encuentran su origen en la Constitución, con frecuencia estas normas atraviesan un largo ciclo para lograr su cumplimiento, el cual está sujeto a contingencia, pues entre procesos y procedimientos se diluye la comunicación inicial.

En la figura 4 se propone un ejemplo para describir un circuito normativo más apegado a la realidad, en el cual se establece que, para cumplir una norma, regularmente existe una autoridad administrativa con un ámbito de competencia que la faculta para aplicar la ley (1); y, en ocasiones, se trata de una autoridad que, en ejercicio de su facultad reglamentaria, emite disposiciones secundarias en donde se detallan aspectos de la legislación que no se describieron en la norma de origen (2).

En este ejemplo, una disposición secundaria podría esclarecer a partir de cuándo es vigente la norma de origen, bajo qué supuestos, si existen excepciones a la norma, así como el rol de los operadores —autoridad encargada de supervisar el cumplimiento o de imponer sanciones—, por lo cual un circuito normativo podría prolongarse por la cantidad de autoridades y por la cantidad de procesos o actividades que se requieran para acatar la norma (3).

Enseguida tenemos que la sociedad —Luhmann refiere a las personas como *entes psíquicos*— sometida a la norma posee la expectativa normativa de oponerse a la ley por medio de juicios —garantía de audiencia—. De modo que, ante una penalización, podrían acudir ante los tribunales competentes (4), los cuales contemplan recursos para controvertir la sentencia —revisión, inconformidad, apelación— (5), y, eventualmente, si el procedimiento encuentra violaciones a los derechos humanos, incluso se puede llegar hasta la promoción de un juicio de índole constitucional (6). La descripción antedicha se representa con la siguiente figura.

Figura 4. Circuito normativo complejo



FUENTE: elaboración propia

Con el esquema propuesto, y para evitar que la comunicación se diluya al estar sometida a las contingencias que permean desde el entorno, lo ideal sería que el legislador diseñe circuitos normativos más cortos, que permitan

reducir la complejidad del proceso y provocar una ejecución más directa. Esto exige reducir o simplificar procesos y procedimientos, o incluso retirar del circuito la competencia de determinadas autoridades que intervienen y redistribuirlas para agilizar la comunicación.

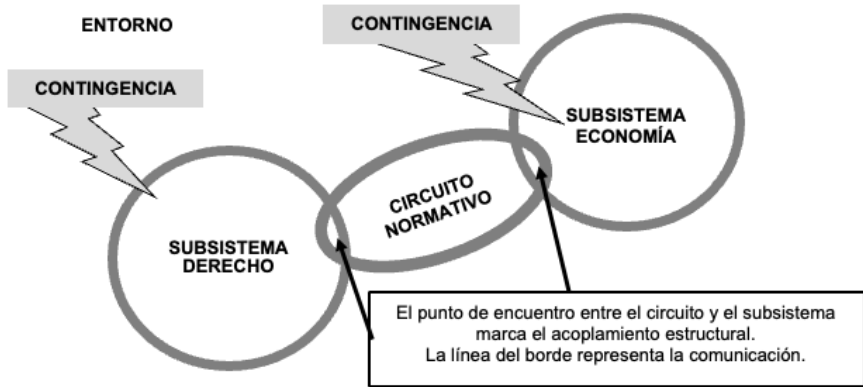
Lo anterior, en virtud de que se considera que sólo un circuito corto puede contener comandos eficaces que aseguren la expectativa normativa, ya que, de este modo, se actualiza una relación circular de la comunicación con su objeto. Esto reafirma que se trata de un modelo autorreferencial y lógicamente simétrico como los sistemas descritos por Luhmann.

Se señala además que el circuito propuesto concuerda con la circularidad que identificó Luhmann en los sistemas autopoieticos y operativamente clausurados, “porque estos sistemas practican una relación circular, autorreferencial entre estructura y operación” (Luhmann, 2006, p. 346).

Adicionalmente se observa que la autopoiesis del circuito normativo se manifiesta en que la comunicación es capaz de producir y reproducir por sí misma los elementos que la integran, debido a que, durante la ejecución del ciclo, ante alguna contingencia, el derecho acude a la interpretación jurídica o a la supletoriedad para producir su material faltante, concretar la comunicación y asegurar la expectativa.

Estos circuitos normativos serían los principales puntos de contacto durante el acoplamiento estructural del subsistema derecho con otros subsistemas, pues representan el hilo conductor y unificador de las comunicaciones entre subsistemas, como se ilustra en la figura 5.

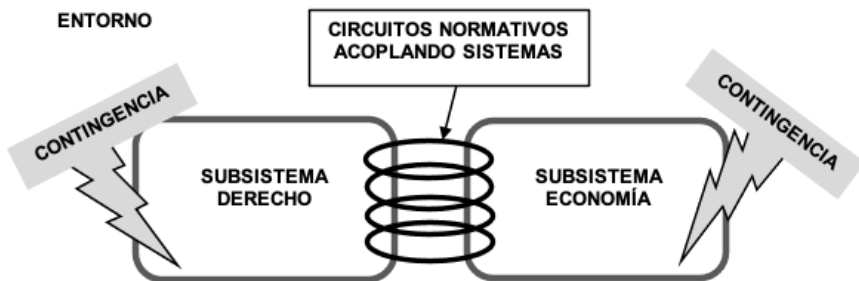
Figura 5. Acoplamiento estructural por medio de un circuito normativo



FUENTE: elaboración propia.

Incontables circuitos normativos son emitidos por el subsistema derecho para mantener la estabilidad de sus expectativas normativas; y todos ellos acoplan estructuralmente a otros subsistemas, al mismo tiempo que reciben información del entorno. Además, de forma autopoietica se reparan y complementan permanentemente, para conformar la unidad del subsistema derecho, como se representa en la figura 6.

Figura 6. Un acoplamiento estructural con múltiples circuitos normativos



FUENTE: elaboración propia.

Finalmente, se señala que todos los circuitos normativos se encuentran funcionando de forma permanente e inciden en casi cada ámbito del sistema —la sociedad—, por lo que todo este cúmulo de circuitos se considera un sistema complejo.

VI. *Iusfera*

Tradicionalmente se ha admitido que

Por un sistema jurídico entendemos el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar. (Sirvent Gutiérrez, 2024, p. cap. 1.4)

Bajo dicha concepción se han analizado las costumbres y convicciones de determinadas civilizaciones al organizar su ámbito legal, lo que permitió a la doctrina diferenciar, por ejemplo, entre el sistema de derecho continental y el *common law*, entre otros. Pero dicho concepto tradicional de sistema jurídico —en el sentido de familia jurídica— no corresponde con lo analizado en la presente investigación como sistema jurídico —en el sentido de subsistema derecho—.

Por lo anterior, para no incurrir en la ambigüedad de utilizar el mismo término para un concepto distinto, se propone implementar en adelante el neologismo “*iusfera*” para referirnos al conjunto de todos los circuitos normativos que acoplan estructuralmente a los diversos subsistemas y que contienen las comunicaciones necesarias para estabilizar las expectativas normativas de un Estado.

El concepto no se inspira en la visión filosófica o antropológica de las esferas de Sloterdijk (2004), sino en la noción de la esfera jurídica ampliamente utilizada en el ámbito jurídico, por ejemplo en Kelsen (2010, pp. 25-26) y en Ferrajoli (2013, pp. 684-690).

El concepto *iusfera* comprende a todas las normas jurídicas abstractas —expectativas normativas—; pero, por tratarse de comunicaciones, se acopla con el entorno del subsistema derecho, compuesto por los emisores de la

comunicación, sus operadores, receptores y, en general, con el sistema social y con los sistemas psíquicos, interactuando en un espacio y tiempo determinados.

El neologismo *iusfera* proviene de las raíces latinas *ius* —derecho— y *sphaera* —esfera—. Con él se define a la totalidad de circuitos normativos acumulados que interactúan simultáneamente en un mismo espacio y tiempo, los cuales tienen la característica de circularidad —en términos sistémicos— así como un núcleo jurídico que es la comunicación de expectativas normativas.

Con esta noción se sostiene que el subsistema derecho siempre ha sido uno solo a nivel mundial, y se identifica como un subsistema del sistema social. Sin embargo, al analizar su evolución, apreciamos que la forma de reducir su complejidad fue en un primer momento diferenciarlo en familias, que son partes del subsistema que cuentan con características afines. Así se identificaron inicialmente las familias neorromanista, el *common law*, sistemas religiosos, familias híbridas y la socialista, entre otros.

En el caso de la familia neorromanista, conforme se incrementó la complejidad en esta parte del subsistema, se diferenció entre derecho público y derecho privado; posteriormente se diferenciaron materias como el derecho civil, penal y administrativo, para proseguir a la diferenciación por submaterias, como, por ejemplo, el derecho fiscal o el derecho electoral, que derivaron del derecho administrativo. Más adelante, conforme sobrevino mayor complejidad en estas materias, sobrevino la diferenciación por ámbitos de competencia de los operadores de las normas, definiendo ámbitos de acción local, regional, nacional, o bien, municipal, estatal, federal, etcétera.

De lo anterior se infiere que la *iusfera* puede identificar las diferenciaciones en el subsistema derecho, a fin de permitir al observador del fenómeno jurídico reducir la complejidad; pero, a su vez, dentro de esa observación, distingue y agrupa los circuitos normativos y los acoplamientos estructurales para, finalmente, ubicar no sólo la comunicación de las expectativas normativas, sino también su contingencia.

Al integrarse una *iusfera*, ella contemplará en todo momento los diferentes acoplamientos estructurales entre el subsistema derecho y otros subsistemas necesarios para integrar la comunicación y, en su caso, lograr la autopoiesis.

En suma, las herramientas conceptuales propuestas pretenden que el jurista pueda formular nuevas preguntas en futuros análisis y explorar respuestas distintas, con sustento en una epistemología sistémica que abra la discusión científica de la complejidad en el derecho.

VII. Conclusiones

El modelo de circuito normativo se presenta como una alternativa, es decir, otra opción para el análisis del derecho. No se afirma que sea un mejor modelo, uno más completo, ni mucho menos que rivalice en ningún sentido con los modelos de pirámide o el de red. Esto es así porque los tres modelos encuentran nichos distintos en la ciencia.

El modelo piramidal ayuda a ubicar a la norma dentro de una jerarquía en una relación de supra o subordinación, lo cual permite determinar su fuente y su ejecución. Sin embargo, la pirámide no interrelaciona la norma con otras, ya sean del mismo nivel o no, pues Kelsen aspiraba al análisis de la norma pura, sin intervención de otros aspectos. Esta situación, consideramos, aísla el contenido de la norma, lo que implica un alcance reducido frente a los estudios de la complejidad social.

Por otro lado, el modelo de red ayuda a identificar los nexos legales que puede tener una persona jurídica, lo que ayuda a esclarecer la multiplicidad de operaciones jurídicas en las que dicha persona interviene. Pero el modelo no explica el papel de las normas, sino el papel de la persona ante estas, hasta el grado de buscar prescindir de las normas, pues Hayek pretendía que los actos jurídicos se gestionaran como actos comerciales, guiados por operaciones e intereses mercantiles, lo que lo revela una complejidad económica, no jurídica. Adicionalmente, el modelo de red prescinde de la intervención de las autoridades jurisdiccionales.

En cambio, el modelo de circuito normativo, que se presenta con base en la teoría general de sistemas sociales, identifica a la norma en términos de su función, desde que se expresa como un mandato hasta que se acata, esquematizando la circularidad de la comunicación y la retroalimentación a la que se refirió Luhmann. Además, el esquema contempla los momentos en que se presenta contingencia y acoplamiento con otros subsistemas, a fin

de determinar si la norma es eficaz, es decir, si cumple con la función por la cual fue emitida. Este circuito ayuda a reducir la complejidad del fenómeno jurídico observado, pues aclara el camino que sigue la norma.

Junto al modelo de circuito se propuso además el neologismo *iusfera*, que puede aportar a la observación del derecho y disminuir la complejidad con la que se observa. El concepto busca terminar con la ambigüedad del concepto tradicional de “sistemas jurídicos” asociado a las familias jurídicas; y encamina a la percepción del derecho con una epistemología sistémica desde la interdisciplinariedad, pues identifica los acoplamientos estructurales entre subsistemas y asume al derecho como fenómeno complejo.

Se enfatiza que Kelsen afirmó que el derecho es un sistema de normas (2010, p. 129). Siguiendo esa línea, su teoría pura se enfocó en analizar las normas, mientras que el modelo de circuito se enfoca en el flujo que adquiere el sistema.

Del mismo modo que el modelo piramidal, el modelo de circuito permite determinar la fuente de la norma y su ejecución; e igual que el modelo de red, admite la interrelación, pero no de nexos personales, sino la interrelación con otros sistemas y la manera como se gestionan, sin que se restrinja a relaciones comerciales, sino que identifica los nexos económicos, políticos o de otra índole al ubicar los acoplamientos estructurales.

Vale la pena esclarecer que no debe confundirse la autopoiesis de Luhmann (Izuzquiza, 2008, p. 148) con la *catalaxia* referida por Hayek (2006, p. 311), ni con *la mano invisible* que refirió Smith (2012, p. 20), pues mientras la autopoiesis en el circuito normativo se presenta mediante la supletoriedad de normas, la interpretación jurídica y el uso de elementos del propio sistema —autorreferencias— para completar la comunicación jurídica, la *catalaxia* se presenta como una reordenación espontánea de los intereses económicos ante una eventualidad, en donde los intereses materiales juegan el papel más relevante. Es decir, que a pesar de que ambos casos pudieran parecer a primera vista como una corrección en su modelo respectivo, la diferencia clara es que uno completa la comunicación final en un circuito normativo y la otra sustituye agentes económicos o actividades comerciales.

En fin, como se aprecia, el circuito puede abarcar aspectos de otros modelos, pero, sobre todo, se puede armonizar con el análisis de la complejidad jurídica al facilitar la observación y la selección del fenómeno para lograr

describir su unidad. No se trata de un modelo purista. No pretende analizar el derecho de forma aislada; aspira a insertarse en el análisis del derecho desde la perspectiva comunicacional planteada por Luhmann, y proseguir el desarrollo de la teoría general de sistemas sociales, que, si bien surgió en la sociología, está encontrando espacios de desenvolvimiento en el resto de las ciencias sociales debido a la utilización de una nueva epistemología.

VIII. Referencias

- Atienza, M. (2017). *Introducción al derecho* (2a ed.). Fontamara.
- Bayer, K. G. (2005). Hans Kelsen. Vida y obra. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 55(244), 217-242. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2005.244.61576>
- Brunet Icart, I., y Morell Blanch, A. (2001). Epistemología y cibernética. *Papers*, 65, 31-45. <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v65n0.1705>
- Cáceres Nieto, E. (2023). *Derecho y complejidad: El estado del arte*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7098/3.pdf>
- Cárcova, C. M. (1998). *La opacidad del derecho*. Trotta.
- Cárcova, C. M. (2016). *Las teorías jurídicas post positivistas* (2a ed.). Abeledo-Perrot.
- Corsi, G., Esposito, E., y Baraldi, C. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* (M. Romero Pérez, C. Villalobos, y J. Torres Nafarrate, Trans.). Anthropos Editorial.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: Vol. 1. Teoría del derecho* (P. A. Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, y A. Ruiz Miguel, Trans.). Trotta.
- Fuertes, M. (1998). Adolf Julius Merkl: Un jurista tan citado como desconocido. *Revista de Administración Pública*, 146, 419-428.
- González Casanova, P. (2017). *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política* (2a ed.). Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).
- Hayek, F. A. (2006). *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Unión Editorial.

- Huerta Ochoa, C. (2003). *Conflictos normativos*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/949-conflictos-normativos>
- Ianello, P. (2015). Pluralismo jurídico. En J. L. Fabra y Á. Núñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (Vol. 1, pp. 767-790). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>
- Izuzquiza, I. (2008). *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo* (2a. ed.). Anthropos Editorial.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (R. R. Aramayo, Trad.; 2a. ed.). Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría general del derecho y del Estado* (E. García Maynez, Trad.; 3a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2018). *Teoría general de las normas* (M. Á. Rodilla, Trad.). Marcial Pons.
- Kelsen, H. (2024). *Teoría pura del derecho* (R. J. Vernego, Trad.; 16a ed.). Porrúa.
- Kiener, M. (2023). Ficcionalizar la teoría pura del derecho de Kelsen. En F. A. Ibarra Palafox, A. F. Carrillo Salgado, J. Hernández Manríquez, y J. C. Muñoz Mendiola (Coords.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico* (pp. 27-54). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/7207-hans-kelsen-ante-el-siglo-xxi-un-dialogo-critico>
- Kucsko-Stadmayer, G. (2005). La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho*, 55(244), 243-258. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2005.244.61577>
- Labrador Sánchez, A. (2021). Arquitectura conceptual de la Teoría General de Sistemas Sociales (Niklas Luhmann, 1927-1998). En M. de la P. Ramos Lara y S. Niccolai (Coords.), *Hacia un diálogo interdisciplinario sobre la complejidad social* (pp. 139-169). Universidad Nacional Autónoma de México. https://ru.ceiich.unam.mx/bitstream/123456789/3801/1/Hacia_un_dialogo_interdisciplinario.pdf
- Lara-Rosano, F. de J. (2017). *Fundamentos para el diagnóstico e intervención en sistemas complejos. Metodología para el análisis de la complejidad social*. Editorial Académica Española.

- Lara-Rosano, F. de J., Gallardo Cano, A., y Almanza Márquez, S. (2021). *Teorías, métodos y modelos para la complejidad social: un enfoque de sistemas complejos adaptativos*. Ediciones Comunicación Científica; Universidad Nacional Autónoma de México; CONACyT.
- Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia* (J. Berman y J. M. García Blanco, Trads.). Trotta.
- Luhmann, N. (2002). *El derecho de la sociedad* (J. Torres Nafarrate, B. Erker, S. Pappé, y L. F. Segura, Trads.). Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Luhmann, N. (2006). *La sociedad de la sociedad* (J. Torres Nafarrate, Trad.). Editorial Herder; Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2019). *Contingencia y derecho* (M. D. Ábalos, Trad.). Trotta.
- Mayer, H. (2005). Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho*, 55(244), 259-263. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2005.244.61578>
- Médici, A. (2010). Teoría constitucional y giro decolonial: Narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. *Otros Logos. Revista de Estudios Críticos*, 1(1), 94-124.
- Merkel, A. (2004). Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (J. L. Fuentes Osorio y M. Azpitarte Sánchez, Trads.). *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1(2), 235-259.
- Métall, R. A. (1974). Semblanza. Hans Kelsen y su escuela vienesa de teoría jurídica (J. Sánchez Cordero Dávila, Trad.). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7(19), 3-9. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1974.19.1039>
- Morin, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro* (M. Vallejo-Gómez, Trad.). Santillana. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000117740_spa
- Ost, F. (2002). Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza (M. T. García-Berrio Hernández, Trad.). *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 3, 453-491.
- Ost, F., y Van Der Kerchove, M. (2018). *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del Derecho* (Ó. E. Torres, Trad.). Editorial Libitum.
- Pelegriño da Silva, M. (2023). Representación pictórica y malinterpretación de la construcción escalonada (stufenbau). En F. A. Ibarra Palafox, A.

- F. Carrillo Salgado, J. Hernández Manríquez, y J. C. Muñoz Mendiola (Coords.), *Hans Kelsen ante el siglo XXI. Un diálogo crítico* (pp. 127-145). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/7207-hans-kelsen-ante-el-siglo-xxi-un-dialogo-critico>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>
- Rivera Castro, F. (2004). El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres. *Revista Digital Universitaria*, 5(11), 1-6.
- Sirvent Gutiérrez, C. (2024). *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Porrúa.
- Sloterdijk, P. (2004). *Esferas II. Globos. Macrosferología* (I. Reguera, Trad.; Vol. 2). Siruela.
- Smith, A. (2012). *La mano invisible* (J. Cuéllar Menezo, Trad.). Taurus.
- Torres Nafarrate, J. (2002). *Niklas Luhmann. Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.

Cómo citar

IJ-UNAM

Franco-Cuervo, Juan José, “Iusfera y circuitos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 99-135. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19314>

APA

Franco-Cuervo, J. J. (2024). Iusfera y circuitos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 99-135. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19314>

Desaparición de personas en México. Una perspectiva desde las sentencias judiciales¹

*Disappearance of people in Mexico.
A perspective from judicial sentences*

Zoraida García-Castillo

 <https://orcid.org/0000-0002-0258-2767>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: zoraidagc@unam.mx

Anahy Rodríguez González

 <https://orcid.org/0000-0003-4757-6579>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: anahy.rg@enacif.unam.mx

Karla Ivonne Vázquez Barrera

 <https://orcid.org/0009-0009-5064-2881>

Universidad Nacional Autónoma de México. México

Correo electrónico: anahy.rg@enacif.unam.mx

Recepción: 25 de abril de 2024 | **Aceptación:** 29 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19096>

Resumen: La desaparición de personas en México es uno de nuestros más graves problemas de seguridad y justicia. Las herramientas normativas con que se cuenta para combatirla son esencialmente acordes con los mandamientos internacionales; sin embargo, su interpretación y aplicación muestra confusiones, específicamente en el delito de desaparición de personas

¹ Este trabajo se escribe en el marco de los proyectos PAPIIT IN300524 e IN303324, DGA-PA, UNAM.

cometida por particulares, en los alcances del concepto de ocultamiento de la persona. Ello da lugar al registro erróneo de su incidencia y justiciabilidad. Asimismo, no se investigan las estructuras institucionales y sociales de corrupción e impunidad que las propician y que las hacen sistemáticas, lo que hace subsistir al sistema de impunidad activa imperante. En este trabajo se obtuvo un corpus de sentencias dictadas en delitos de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, de las cuales se logró concluir el bajo número de sentencias condenatorias logradas, su difícil acceso, la confusión en la aplicación de los tipos penales, la inseguridad jurídica que esto representa, la prevalencia del uso de la prueba testimonial para acreditar los hechos, la ausencia de una metodología de investigación robusta basada en la ciencia y la ineficacia de las investigaciones penales para abatir la desaparición de personas.

Palabras clave: desaparición forzada; desaparición cometida por particulares; ocultamiento; aquiescencia del Estado; sentencias; prueba pericial.

Abstract: The disappearance of people in Mexico is one of our most serious security and justice problems. The law available today is consistent with international commandments; however, its interpretation and application show confusion, mainly in the disappearance committed by individuals, in the concealment concept dimensions. That gives rise to the erroneous recording of its incidence and its justiciability. In addition, the institutional and social structures of corruption and impunity that foster them and make them systematic are not investigated, so the active impunity system subsists. In this research, we got a corpus of sentences handed down on the crimes of forced disappearance and disappearance committed by individuals, from which it was possible to conclude the low number of convictions achieved, the difficulty to consult them, the confusion in the crimes, the legal uncertainty that this represents, the prevalence of the use of testimonial evidence to prove the facts, the absence of a robust investigation methodology based on science and the lack of effectiveness of criminal investigations to reduce the disappearance of people.

Keywords: forced disappearance; disappearance committed by individuals; concealment; State acquiescence; sentences; expert evidence.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes y planteamiento del problema. III. Metodología en la búsqueda y análisis de sentencias. Resultados. IV. Tres sentencias ejemplificativas. V. Discusión. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

La desaparición de personas en México es uno de los problemas más importantes y preocupantes que tenemos en materia de seguridad y justicia. El fenómeno es multifactorial y multidimensional, lo que obliga a que su análisis sea igualmente complejo. Este artículo tiene el propósito de analizar cómo

se ha afrontado a la desaparición desde la perspectiva judicial, la cual permite ver si la normativa vigente es eficaz, si las investigaciones ministeriales son robustas y si el fenómeno se combate a ese nivel. Las dimensiones de este estudio no nos permiten hacer afirmaciones generales, porque la muestra de análisis no es suficientemente representativa del comportamiento judicial a nivel nacional, pero sí nos permite realizar conclusiones a partir de un acercamiento serio al fenómeno.

Las cifras de personas desaparecidas han venido en aumento, y ello se ha evidenciado a partir de los recuentos efectuados por la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas (CNB), que son más claros a partir del año 2006. Al 25 de agosto de 2024, la cifra oficial de personas desaparecidas y no localizadas es de 115,530 (RNPDNL, 2024).² Desde hace tiempo la propia CNB dio a conocer que, en contraste con las grandes cifras de desaparecidos, la ineficiencia del sistema judicial mexicano se reflejaba en las pocas sentencias dictadas, apenas 36 a finales de 2021. Así quedó plasmado en el *Informe del Comité contra la Desaparición Forzada (2022)* de la ONU en su visita a México. Se supo que 18 de esas sentencias fueron federales y 18 estatales, todas emitidas entre 2005 y 2022 (González, 2022).

Es de nuestro interés explorar cómo es que los jueces se han pronunciado en sentencias en donde se analizaron casos de desaparición de personas, para con ello explorar qué tipo de casos se logran judicializar por las fiscalías y cómo —es decir, sus metodologías de investigación ministerial y la relevancia de sus resultados en juicio—. Sirve de referente el trabajo publicado por el Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México (Serrano, 2020) en el que se analizaron 28 sentencias, 15 de ellas correspondientes al fuero federal y 13 al ámbito local. Su objetivo fue determinar si se cumplía el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de desaparición y sus familias, así como identificar qué tanta verdad y justicia aportaron esas resoluciones. A las sentencias se les analizó como un indicador del esfuerzo estatal para brindar acceso a la justicia a las víctimas.

² El tema del registro de personas desaparecidas y no localizadas se encuentra actualmente en ardua discusión, puesto que existe hoy día una metodología cada vez menos clara de su recuento. Sin embargo, cualquiera que sea ésta, los registros oficiales no bajan de más de 100,000 personas.

Ese estudio concluyó que el delito de desaparición forzada ha sido utilizado para sancionar conductas de muy distinta naturaleza y que, en su conjunto, aportan algunas piezas del fenómeno de desaparición de personas en México, pero sin dejar ver su dinámica, causas y consecuencias. Se concluyó que, en términos del derecho de acceso a la justicia, las sentencias aportan poco para construir verdad y justicia. Se trata de versiones incompletas que, en muchos casos, dejan ver una mayor complejidad detrás de la desaparición de la persona, pero que finalmente no es abordada (Serrano, 2020, p. 21).

El trabajo del Observatorio se enfocó en verificar si las sentencias cumplen los estándares interamericanos del derecho de acceso a la justicia. Mientras que en este estudio nos enfocamos en visualizar cómo se está investigando este fenómeno a través del acervo probatorio ofrecido por las fiscalías, encontrando, entre otras cosas, que el delito que más se judicializa es el de desaparición cometida por particular (frente al de desaparición forzada).

Otro importante estudio es el informe de la organización Impunidad Cero (2023) sobre el nivel de impunidad de delitos de desaparición en México. En este documento se hizo un recuento de sentencias federales y locales de tipo condenatorio. En el caso de las sentencias locales sólo se encontraron 141, de 2019 a 2022, frente a los miles de casos reportados. Aguascalientes, Chiapas, Ciudad de México, Guerrero, Oaxaca, Quintana Roo y Yucatán no reportaron una sola sentencia condenatoria (Impunidad Cero, 2023, p. 50). En el ámbito federal, por otra parte, se encontraron 22 sentencias (Impunidad Cero, 2023, p. 53). Este estudio se concentró en el análisis de datos; mientras que ahora profundizaremos en el análisis de los delitos investigados y judicializados a partir del análisis a 21 sentencias, cuya metodología de búsqueda y estudio se explicará más adelante.

Debe mencionarse también el trabajo de Javier Yankelevich (2017), que antecedió a todos los anteriores. En su estudio, Yankelevich analizó 15 sentencias de primera instancia dictadas conforme a los tipos penales existentes en la época. Concluyó que existe un “umbral de activación del sistema judicial penal” muy elevado (Yankelevich, 2017, p. 183), en referencia a que obtener consignaciones y sentencias implica un costo personal y social enorme, debido a obstáculos institucionales y de complicidad de las autoridades para hacer nugatoria su persecución.

II. Antecedentes y planteamiento del problema

El tipo penal de desaparición forzada, y con él el de desaparición cometida por particulares, fue recientemente admitido por el Estado mexicano. A pesar de que el fenómeno de desaparición forzada de personas se ha suscitado en México al menos desde los años sesenta, en el contexto de la llamada “guerra sucia”, fue hasta 2001 en que se tipificó el delito de desaparición forzada a nivel federal, en el artículo 215-A del Código Penal Federal; y enseguida los estados hicieron lo propio. Aquel tipo penal fue derogado en 2017 con la emisión de la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGDFDP), norma a la que siguieron el Protocolo Homologado de Investigación para los Delitos de Desaparición Forzada de Personas (2018), el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas (2020) y el Protocolo Adicional para la Búsqueda de Niñas, Niños y Adolescentes (2021).

El tipo penal general, establecido en la LGDFDP, define al delito de *desaparición forzada de personas* de la siguiente manera:

Artículo 27. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, priva de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.

Esta definición es acorde con la del artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2010), así como con el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). La definición contiene los tres elementos esenciales reconocidos internacionalmente: *a)* la privación ilegal de la libertad a una persona; *b)* la participación de servidores públicos o particulares con aquiescencia de los primeros, y *c)* la negativa de reconocer la privación o a proporcionar información sobre su paradero.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha determinado que la desaparición forzada de personas es una violación grave a derechos humanos,

al cumplir los criterios de multiplicidad de violaciones comprendidas dentro del fenómeno delictivo, la especial magnitud de las violaciones en relación con la naturaleza de los derechos afectados y una participación importante del Estado (al ser los actos cometidos por agentes estatales o con la aquiescencia, tolerancia o apoyo del Estado) (Amparo en revisión 168/2011, p. 50).

La teoría ha desglosado que el tipo penal de desaparición forzada, en tanto delito que produce graves violaciones a derechos humanos, protege de manera simultánea varios valores jurídicos, como son la vida, la libertad, la integridad personal, la dignidad y la personalidad jurídica (Serrano, 2020). Mientras que se trata de un delito de naturaleza continuada y permanente, que en innumerables casos no se solucionan, tanto las víctimas directas como indirectas son afectadas en su derecho a la justicia, a la verdad, a la búsqueda, a la memoria y a la reparación.

La desaparición de personas se configura desde dos perspectivas: como delito y como violación grave de derechos humanos. Este último enfoque implica una responsabilidad objetiva, incluso por omisión, de las autoridades estatales que están obligadas a actuar bajo un estándar de máxima diligencia para combatir las desapariciones, garantizar el acceso efectivo a la justicia y otorgar reparación integral a las víctimas (UGCCDH, 2023, p. 16).

La LGDFDP creó también un tipo penal de *desaparición cometida por particulares* de esta forma: “Artículo 34. Incurrir en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero[...]”. Su inclusión en la normativa nacional es acorde con una recomendación del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) para el caso Ayotzinapa, realizada en el 2015. En ese entonces, se recomendó al Estado mexicano crear el tipo penal de desaparición forzada de personas considerando los elementos ya descritos anteriormente, más uno: el de la sustracción del amparo de la ley (GIEI, 2015, p. 356).

Esta recomendación sigue lo dispuesto por el artículo 3o. de la CIDFP (2010), que manda a los Estados parte a tomar las medidas apropiadas para investigar las conductas de desaparición que sean obra de personas o grupos que actúen sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado. En efecto, existe una muy aceptada postura que considera necesario pensar en la des-

aparición en general como un fenómeno relacionado con la desaparición forzada. Primero, porque toda desaparición involuntaria es literalmente forzada; segundo, porque en un gran número de casos, donde la responsabilidad del Estado no es explícitamente identificada, el Estado siempre está detrás en una forma clandestina (Calveiro, 2022, p. 75). Desde un punto de vista social y político se entiende esta postura, pues como sucede en otras violaciones graves de derechos humanos, como el feminicidio, la sombra del Estado está presente, al menos con su falta de acción y la impunidad que propicia; su responsabilidad se actualiza por la falta de prevención y de respuesta ante tales fenómenos.

El término “aquiescencia” del Estado, contenido en la definición aceptada internacionalmente de desaparición forzada, ha dado lugar a múltiples discernimientos para tratar de dimensionar cómo debe entenderse para definir la responsabilidad internacional del Estado ante estas graves violaciones de derechos humanos (Guercke, 2022, pp. 127-142). En estas discusiones la “aquiescencia” ha tomado tal dimensión que la responsabilidad del Estado puede estar presente aun cuando no sea evidente; para ello, es suficiente que se demuestre la falta de prevención y su inacción en el combate a la desaparición de personas.

Sin embargo, el término toma otra dimensión cuando se trata de definir tipos penales en el derecho nacional. En la definición de conductas a tipificar, para su persecución, debe tenerse cuidado de no perseguir distintas conductas con descripciones que las confunden, pues eso propicia la falta de distinción de los valores jurídicos a proteger, inseguridad jurídica para los gobernados y, como veremos más adelante, disfraza la labor del Estado en la persecución de la desaparición de personas.

La inclusión del tipo penal de una desaparición cometida por particulares, así como está redactado, causa un problema de aplicación, sobre el cual ya advertía el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias en su informe del año 2007. En su comentario general sobre la definición de “desapariciones forzadas” a partir de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992), recomendó que los Estados se asegurasen “de que el acto de la desaparición forzada se defina de forma que lo distinga claramente de otros delitos afines, como el rapto o el secuestro” (GTDFI, 2007, p. 13, párr. 3). Así,

el Grupo de Trabajo no admite los casos relativos a actos similares a las desapariciones forzadas cuando se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto, el consentimiento o aquiescencia del Gobierno. (GTDFI, 2007, p. 13, párr. 4)

El sujeto activo en el tipo penal de desaparición, entendida en estos términos, tiene un carácter universal, dirigido a cualquier persona con independencia de su calidad (Vallejo, 2019, p. 352). Esto causa el problema de diferenciarlo de una privación ilegítima de la libertad contenida en otras conductas punibles. La diferencia está en si hubo o no intención de dejar a la persona fuera del ámbito de protección del Estado, que es lo que se persigue con la tipificación de la desaparición. Existe por tanto la postura de que, sin ese elemento de contexto que lo enmarca en una constelación de política estatal, no se le podría calificar como tal (Ambos y Bôhm, 2009, p. 50).

Ambos y Bôhm (2009, pp. 49 y 53) explican que la naturaleza múltiple de los bienes jurídicos que tutela la desaparición puede diferenciarse en tres niveles de sujetos pasivos del delito: individual, que afecta el ámbito físico-psíquico de la víctima (libertad, integridad o la vida) y su esfera y seguridad jurídica; familiar (derecho a la verdad y justicia); y colectivo, la sociedad en su conjunto (obstrucción de la administración de justicia, imposibilidad de reconstrucción de la verdad histórico-social). Esos elementos apuntalan su trascendencia como crimen contra la humanidad, por lo que concluyen que los particulares sin vinculación alguna al Estado, o a una organización política, no podrían ser autores de este delito.

Santiago Aguirre (2022, p. 321) hace ver que es notoria la exigua discusión jurídica sobre las cuestiones relacionadas con las formas de autoría del delito —en referencia tanto a la desaparición forzada como a la desaparición cometida por particulares— y su casi nula exploración por parte de las fiscalías cuando investigan. Por supuesto, la configuración del tipo penal tiene que ver con su investigación y eso es algo que interesa en este trabajo.

Aguirre (2022, p. 311) también señala que la decisión del legislador de tipificar la desaparición forzada, por un lado, y la desaparición cometida por particulares, por el otro, es un diseño *sui generis* sin antecedente explícito en los estándares internacionales ni en el derecho comparado, con el riesgo de que sea un incentivo perverso que propicie la ausencia de una investigación

exhaustiva en los casos en que los particulares, actuando con aquiescencia del Estado, intervengan en la desaparición. Las carencias en la investigación sí se han suscitado claramente, como se verá más adelante.

La investigación debe enriquecerse, más allá de los testimonios e indicios, con diligencias como el cateo, la intervención de comunicaciones y la solicitud de datos conservados (Aguirre, pp. 324 y ss.); además, deben seguirse los estándares de debida diligencia para esclarecer una desaparición, definidos por el CEJIL (2010). Es decir, la investigación debe orientarse a localizar a la víctima, sancionar a los responsables, abarcar la totalidad de los hechos, asegurar que no queden órdenes de captura incumplidas, obtener las pruebas relevantes, considerar el contexto y agotar todas las hipótesis de investigación.

El análisis de contexto es fundamental como método de investigación, pues es un presupuesto de las desapariciones, en tanto que estas no son hechos aislados, sino que “son parte de un entramado complejo de estructuras criminales con objetivos diversos”. En efecto, analizar el contexto permite identificar patrones y desarrollar una investigación en distintos niveles: uno general para probar la existencia de prácticas de desaparición en la región; otro que identifique a los principales perpetradores y mecánica de operación; y uno que pruebe los hechos de una desaparición específica. Las desapariciones individuales han de contextualizarse en fenómenos de desaparición general (Serrano, p. 34). Esto es, las desapariciones no pueden considerarse como hechos aislados.

Esto se confirma en el Protocolo Homologado de Investigación para los Delitos de Desaparición Forzada de Personas y Desaparición Cometida por Particulares (2018), que en la parte de la acreditación del sujeto activo de la desaparición cometida por particulares, señala que se deben identificar elementos de criminalidad organizada, y establecer patrones de criminalidad repetida y sistemática en regiones o espacios geográficos determinados y por temporalidad, lo que es posible a través del análisis de contexto. El protocolo está haciendo ver la naturaleza compleja del delito y aconseja visualizar su sistematicidad, por lo que no debe reducirse a otras conductas de distinta naturaleza.

Es así como el tipo penal de desaparición de personas cometido por particulares se muestra problemático en su configuración, por el carácter universal del autor, que lleva a confundir su aplicación con hechos que más bien

constituyen privación ilegítima de la libertad o actualizan otros tipos penales de distinta naturaleza.

Después de haber hecho una búsqueda de sentencias locales y federales, dictadas en la vigencia de la LGDFDP, se identificaron errores en la aplicación de este tipo penal, que lejos de reflejar un combate efectivo al fenómeno de desaparición de personas, lo disfrazan y vuelve nuevamente en cifra negra al tratamiento que se le da, incluso en instancias judiciales.

Otro hallazgo es la confirmación de lo ya encontrado en los estudios arriba señalados: las sentencias, que son reflejo de lo que sucede en nuestra justicia tanto en el ámbito de procuración y de administración, son escasas y de difícil acceso. Estas reflejan los ciclos y las dinámicas de impunidad — que constituyen a la “impunidad activa”, referida por Alejandro Anaya y sus coautores (2021)—, así como las carencias en la integración de las investigaciones y la falta de entendimiento del fenómeno estructural en que suceden los hechos, contextualizados generalmente en fenómenos de delincuencia organizada.

III. Metodología en la búsqueda y análisis de sentencias. Resultados

Se realizó una búsqueda mediante consulta pública y solicitudes de acceso a la información en el portal *Plataforma Nacional de Transparencia*, con el criterio de búsqueda “sentencias desaparición”, que llevó a lo siguiente: de las 32 entidades, sólo ocho (Chiapas, Chihuahua, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Querétaro, Sinaloa y Tabasco) contaban con resoluciones disponibles al 25 de enero de 2024. No se añadió la temporalidad en la búsqueda ya que, si se ingresa un número, éste se convierte en un criterio de búsqueda, arrojando todo lo realizado durante ese año sin distinguir lo relacionado con el delito de desaparición.

En materia federal, hay dos maneras de obtener información sobre sentencias. La primera es mediante el portal del Consejo de la Judicatura Federal, en el apartado de “Consulta de sentencias emitidas en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio”. En el módulo “Características de las resoluciones” se encuentra el criterio de búsqueda “delito”, en donde están enunciados

por orden alfabético distintos tipos penales, sin que se encuentren el de desaparición forzada de personas ni la desaparición cometida por particulares, por lo que no es posible obtener la información por ese medio.

La segunda vía es realizar una solicitud de acceso a la información al Consejo de la Judicatura Federal, lo que se hizo para este análisis. No se precisó la temporalidad, pues resultaba de interés conocer el total de resoluciones y, con esa información, solicitar las versiones públicas. El área de transparencia respondió que, en el periodo del 14 de diciembre de 2022 al 14 de diciembre de 2023, en los tipos de asunto “causa penal” y “proceso penal acusatorio” en los Juzgados de Distrito y Centros de Justicia Penales Federales, por sentenciados, en los campos “desaparición forzada” o “desaparición cometida por particulares”, no hubo registro alguno. De ahí que la respuesta a la información fuese cero;³ aunque de ello no debe interpretarse la inexistencia de la información.

Se retomó la solicitud con número de folio 330030422001369, realizada por México Evalúa y dirigida al Consejo de la Judicatura Federal, cuya respuesta obra en la Plataforma Nacional de Transparencia. Ahí se reportó una base de datos, del periodo del 2 de abril de 2001 al 15 de marzo de 2022, con 24 sentencias condenatorias, 14 incompetencias, 15 absolutorias, 17 bajo el rubro de “otras” y 4 con la denominación de “acumulación procedente”. No existen sus versiones públicas para consulta y, por lo tanto, no fue posible su análisis para esta investigación.

En el caso de la Ciudad de México se realizó una solicitud de transparencia con número de folio 090164123002536, para que se informara a septiembre de 2023 (fecha en que se realizó la solicitud) sobre el número de sentencias relacionadas con estos delitos, recibiendo como la respuesta que sólo se identificaron carpetas judicializadas a partir de 2019, en el sistema penal acusatorio, en un total de 11 sentencias condenatorias derivadas de juicio oral. Se ha realizado la solicitud de las versiones públicas de las sentencias, sin tener respuesta.

³ Información obtenida mediante Oficio CJF/SGP/COGEPI/T/1488/2023 emitido por la Unidad de Transparencia del Consejo de la Judicatura Federal, de fecha 14 de diciembre de 2023.

Así, de la búsqueda realizada sólo se encontraron sentencias emitidas por los poderes judiciales estatales. Para su análisis se dividieron en las de primera y segunda instancia (35 y 49, respectivamente). También se encontró una sentencia del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, y otra en materia civil, sobre una declaratoria de ausencia.

Cabe aclarar que el número de resoluciones se actualiza día a día y no existe algún mecanismo para poder identificar qué documentos son de nuevo ingreso a la Plataforma Nacional de Transparencia. En otras palabras, es difícil tener certeza de la información exacta actualizada.

El desglose por tipo de sentencia es siguiente:

Tabla 1. Clasificación de las resoluciones

Primera instancia	38
Sentencia condenatoria	12
Sentencias absolutorias	6
Sentencia mixta absolutoria/condenatoria	2
Sentencia condenatoria/Sistema Integral de Justicia para Adolescentes	1
Sentencia condenatoria de procedimiento abreviado	11
Conflicto de competencia	1
Declaración de ausencia (materia civil)	1
Negativa de remisión parcial	1
Cumplimiento de sentencia de amparo	2
Incompetencia de la sala para conocer del recurso	1
Segunda instancia	46
Recursos de apelación	46

FUENTE: elaboración propia.

El estado con más versiones públicas de resoluciones que involucran “desaparición” es Guanajuato, con 71; seguido de Hidalgo y Sinaloa, cada uno con 3; Chiapas con 2; y Chihuahua, Morelos, Querétaro y Tabasco cuentan con una sola resolución.

El interés de esta investigación se centra en el análisis de las sentencias emitidas en juicio oral para identificar el razonamiento sobre el tipo penal, la responsabilidad y sus probanzas. De todo el *corpus* de resoluciones que se analizó, se encontró un total de 13 sentencias condenatorias de este tipo, 6 absolutorias y 2 mixtas, es decir, que se absuelve por algún delito y que se condena por otro. Se dejaron fuera del análisis las sentencias sobre conflictos de competencia, negativa de remisión parcial, cumplimiento de sentencia de amparo, incompetencia de la sala para conocer del recurso contra resoluciones de primera instancia y los recursos de apelación, por dirimir controversias que no se vinculan con la acreditación del delito y la responsabilidad penal.

La siguiente tabla contiene la descripción general de las 21 sentencias de primera instancia analizadas.

Tabla 2. Descripción del *corpus* de sentencias

Fecha de emisión	Estado	Sentido de la sentencia	Delito	Tipo penal
28/04/23	Guanajuato	Condenatoria	Desaparición cometida por particulares agravada Feminicidio Robo	Arts. 34, 32, fracción II y 37 LGDFDP Código Penal del Edo. de Guanajuato
31/03/23	Morelos	Condenatoria	Desaparición cometida por particulares	Arts. 34, 32, fracción II y VIII LGDFDP
30/03/23	Guanajuato	Condenatoria	Desaparición cometida por particulares	Art. 37 LGDFDP
13/02/23	Guanajuato	Condenatoria	Desaparición cometida por particulares	Art. 34 LGDFDP

19/01/23	Guana-juato	Condena-toria	Homicidio califi-cado. Feminicidio Desaparición come-tida por particulares	Código Penal del Edo. de Guanajuato Arts. 34 LGDFDP
16/12/22	Guana-juato	Condena-toria	Desaparición forza-da de personas	Art. 34 LGDFDP
05/10/22	Guana-juato	Condena-toria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP
04/10/22	Guana-juato	Condena-toria	Delito vinculado con la desaparición de personas	Art. 37 LGDFDP
27/09/22	Guana-juato	Condena-toria	Desaparición come-tida por particulares calificada	Arts. 34 y 32, frac-ción II, LGDFDP
03/02/22	Guana-juato	Condena-toria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP
19/01/22	Hidalgo	Sentencia condenatoria (SIJA)	Desaparición co-metida por particu-lares. Aborto y feminici-dio.	Arts. 34,36 y 32 fracción II y VIII LGDFDP Código Penal del Edo. de Hidalgo
28/10/21	Guana-juato	Condena-toria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP
26/08/21	Guana-juato	Condena-toria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP
20/06/23	Guana-juato	Absolutoria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP
19/08/22	Guana-juato	Absolutoria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP
26/05/22	Guana-juato	Absolutoria	Desaparición come-tida por particulares	Art. 34 LGDFDP

08/04/22	Guanajuato	Absolutoria	Homicidio calificado Desaparición forzada cometida por particulares	Art. 34 LGDFDP
22/03/22	Guanajuato	Absolutoria	Desaparición cometida por particulares. Robo equiparado en detrimento de la procuración y administración de justicia. Posesión simple de narcóticos	Art. 34 LGDFDP Código Penal del Edo. de Guanajuato
28/07/21	Guanajuato	Absolutoria	Desaparición forzada de personas	Arts.27, 30 y 32 LGDFDP
28/04/23	Guanajuato	Absolutoria/ Condena- toria	Desaparición cometida por particulares Feminicidio Robo equiparado	Art.34 LGDFDP Código Penal del Edo. de Guanajuato
02/09/22	Guanajuato	Absolutoria/ Condena- toria	Homicidio Privación agravada de la libertad Robo calificado Desaparición de personas	Sentencia condenatoria Absolutoria Código Penal del Edo. de Guanajuato Art. 34 LGDFDP

FUENTE: elaboración propia.

En la tabla se puede observar que:

- a) La sentencia de la que se tiene el primer registro fue emitida el 28 de julio de 2021, y la última, el 28 de abril de 2023.

- b) Existe una sentencia condenatoria por el delito de desaparición cometida por particulares de manera agravada (resaltado en morado) y otra por el delito de desaparición cometida por particulares calificada (en verde).⁴
- c) Hay una sentencia por delitos vinculados con la desaparición (en naranja).
- d) Del total de 21 resoluciones, sólo hay dos sentencias emitidas por el delito de desaparición forzada de personas en el Estado de Guanajuato (en azul).
- e) Existe una resolución en que se imputó un delito de “desaparición forzada de personas cometida por particulares” (en beige), que en realidad correspondía, por los hechos, a una desaparición cometida por particulares. Tanto la fiscalía como el juzgador usan una terminología no prevista por la ley que confunde a ambos tipos penales.

En cada sentencia se identificó la incidencia de las pruebas en el trabajo argumentativo del juzgador. En las 21 sentencias el uso de pruebas testimoniales suman un total de 166; 93 de ellas periciales, 40 documentales y 28 pruebas materiales, las cuales fueron desahogadas y utilizadas en el razonamiento para la acreditación (o no) del delito y de la responsabilidad penal.

En cuanto a la prueba pericial, las especialidades forenses presentes en la carga probatoria fueron:

⁴ En estas sentencias las personas juzgadoras consideraron que se trataba de una desaparición *agravada*, porque el sujeto pasivo era una niña, y una desaparición *calificada*, por tratarse de una adolescente, respectivamente. La diferencia entre agravante y calificativa estriba en el grado y no en la esencia, ya que el género es la agravante misma y la especie la calificativa. La primera comprende a toda la gama de circunstancias objetivas y subjetivas que ocurren en el acto delictuoso (etiología compleja); mientras que las calificativas son aquellas que por su extraordinaria notoriedad y magnitud han sido destacadas por nuestros legisladores en los códigos, ameritando mayor acento en su represión. Ello conforme a la tesis aislada “Ventaja como calificativa y agravante, Diferencia de la”, sostenido por la Primera Sala en materia penal (5a. época), *Semanario Judicial de la Federación*, tomo CXXVI, 1955, p. 306.

Tabla 3. Especialidades forenses

Prueba pericial	
Informática forense	10
Topografía	1
Criminalística	27
Genética forense	7
Química	7
Medicina legal	20
Criminología	1
Antropología forense	4
Psicología forense	4
Psiquiatría	1
Minería	1
Extracción de videos	2
Balística	1
Mecánica de hechos	1
Fotografía	2
Dactiloscopia	1
Grafoscopia	1
Valuación	2

FUENTE: elaboración propia.

Es claro que la prueba testimonial tiene una mayor incidencia para la acreditación del delito y la responsabilidad penal. Esto permite inferir que un delito tan complejo de investigar, como es la desaparición en sus dos vertientes, no cuenta con métodos de investigación forense que permitan integrar la ciencia y la técnica como herramientas efectivas, y se pondera

de forma prevalente el testimonio de las personas involucradas en el proceso (imputados, víctimas, testigos, policías, entre otros).

IV. Tres sentencias ejemplificativas

Del corpus de sentencias descritas en el apartado anterior se seleccionaron tres resoluciones condenatorias bajo los siguientes criterios:

- 1) La acreditación de los tipos penales de desaparición forzada o desaparición de personas cometida por particulares.
- 2) La significativa carga probatoria considerada para acreditar la responsabilidad penal y el delito.

El primer criterio es relevante toda vez que en estas resoluciones el órgano juzgador tuvo por acreditadas las conductas de uno u otro tipo penal, e interesa resaltar los elementos constitutivos fácticos y probatorios que fueron considerados suficientes para ello. También es importante conocer la naturaleza de los hechos perseguidos y sancionados, frente a los tipos penales diseñados para perseguir a la desaparición de personas.

Por otro lado, la significativa carga probatoria permite identificar qué pruebas tuvieron una mayor recurrencia dentro del proceso penal para la acreditación de estos delitos; y, en específico, el papel de los tipos de pruebas en la determinación de la responsabilidad penal. De esta manera se podrá conocer cómo se están investigando y judicializando los delitos de desaparición forzada y desaparición cometida por particulares, lo que puede dar luz sobre la forma en que se entiende su configuración.

A continuación se presenta un resumen del contenido de cada resolución y los aspectos relevantes para su análisis.

Sentencia 1: Pachuca de Soto, Hidalgo, 2022

Causa penal: 04/2021

Delitos: Desaparición cometida por particulares, feminicidio y aborto

Hechos

Dos menores de edad tenían una relación de noviazgo. Ella había quedado embarazada por segunda ocasión —antes la habían obligado a abortar— y quería tener al bebé. El joven se negó rotundamente a hacerse cargo de la situación, afirmando que el bebé no era suyo, lo que se supo a través de testimonios, audios y conversaciones en *Facebook Messenger*.

La joven decidió informar a sus padres del embarazo. La madre la llevó al médico y le realizaron un ultrasonido que confirmó que tenía 12 semanas con 4 días de embarazo (3.4 meses) y que el producto era viable y sano.

La joven contactó al novio para pedirle que se responsabilizara de la situación y él reaccionó con renuencia. Sin embargo, de forma inesperada él le pidió insistentemente que se vieran para entregarle unos papeles y determinar la situación económica con que la apoyaría; también rogó que nadie se enterara de su encuentro. Ella reenvió los mensajes de voz del novio y capturas de pantalla de sus conversaciones a una de sus amigas, en las cuales se señalaba el lugar de encuentro, el día y la hora. Su amiga la acompañó al lugar; pero, una vez que él llegó, se retiró. Más tarde, la amiga llamó por teléfono a la joven, quien tardó en contestar. Cuando respondió la llamada, le dijo que el novio tenía su celular, y que ya estaba por regresar.

Tras la ausencia de la joven, la familia buscó al novio. Este negó estar en una relación con ella desde tiempo atrás; también rechazó haberla visto el día señalado. Sin embargo, cuando la madre lo confronta con los mensajes y audios, el joven acepta haberla visto y dice que la dejó en las vías del tren, cayendo en contradicciones.

Posteriormente se encontró el cuerpo de la joven sin vida, expuesto en un lugar público, sin que fuera posible determinar la causa de muerte debido al grado de descomposición. No obstante, eran visibles diferentes lesiones que no correspondían a la intervención de fauna carroñera, sino a cortes lineales ocasionados por un objeto o instrumento cortante.

El acusado fue condenado por los delitos de desaparición de persona cometida por particulares, regulado en los artículos 34 y 36 de la LGDFDP, con la agravante establecida en el artículo 32, al tratarse de una mujer embarazada y que existía un vínculo de confianza con la víctima; feminicidio, previsto en el Código Penal en el Estado de Hidalgo en su artículo 139 bis, fracciones IV y VI; y aborto, regulado en los artículos 154 y 156 del mismo ordenamiento. Al tratarse de un menor de edad, por concurso real de delitos, se le impuso una medida de internamiento de cinco años por el delito de feminicidio, cuya penalidad era la más elevada.

Tabla 4. Carga probatoria

Pruebas más relevantes
Feminicidio
<p>Periciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medicina forense para la realización de la necropsia. • Medicina forense para estudio histopatológico. • Medicina forense sobre mecánica de lesiones. • Antropología forense de indicios biológicos. • Genética forense para determinar el perfil genético de la víctima. • Genética forense para determinación de material genético en prendas, cuchillo y hacha encontrados. • Informática para análisis de audios y mensajes intercambiados entre la víctima y el acusado. • Análisis de información de telefonía de los números de la víctima y acusado. • Análisis de video para la ubicación de la camioneta en el que se transportó la víctima y el acusado. • Química de tierras. • Química forense. • Entomología. • Criminalística de campo del procesamiento del lugar de los hechos. • Criminalística para determinar la mecánica de hechos. <p>Testimoniales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De la madre de la víctima. • De personas que conocían a la víctima y su relación con el acusado. • De la amiga, quien la acompañó al lugar donde se iba a ver con el acusado. • De los policías de investigación.

Materiales:

- Celular del acusado entregado por su padre.
- Cuerpo sin vida de la víctima hallado el 10 de agosto del 2020.
- Un cuchillo, cache de madera, la hoja color gris y más restos óseos localizados durante una segunda búsqueda en el lugar de intervención.
- Prendas encontradas en el lugar de intervención.
- Dispositivos de almacenamiento con capturas de pantalla y audios donde la víctima le comunica al acusado sobre su embarazo y quedan de verse.

Documentales:

- Estudio fotográfico del procesamiento del lugar de los hechos.
- Estudio fotográfico del procesamiento del cuerpo sin vida de la persona encontrada.
- Tarjeta informativa C5 sobre la desaparición de la víctima.
- Informe Policial Homologado.

Aborto

Testimoniales:

- De la madre de la víctima.
- Del médico que realizó el ultrasonido confirmando el embarazo.
- De personas que conocían a la víctima y su estado de gravidez.

Documentales:

- Documentales privadas consistentes en la interpretación de ultrasonido.

Desaparición de personas por particulares

Testimoniales:

- De la madre de la víctima en la que señala la negativa del acusado para reconocer que se vio con ella.

Análisis

La acreditación del feminicidio cuenta con un robusto conjunto de pruebas periciales y testimoniales que soportan la configuración del tipo y la responsabilidad penal, lo que hace suponer que la autoridad ministerial dispone del conocimiento y herramientas para indagar este tipo de hechos. Mientras que, en el caso de la desaparición de personas por particulares, la carga probatoria es pobre y no se concatena de manera efectiva, además de que sólo se basa en testimoniales e inferencias.

En efecto, el órgano juzgador consideró que la desaparición se actualiza al tener como finalidad ocultar el paradero de la víctima, lo cual se prueba

con la negativa del acusado para reconocer que se había encontrado con ella el día de su desaparición. Sin embargo, esto evidencia una confusión en cuanto al objetivo puntual del ocultamiento de la suerte o paradero de la víctima, por dos consideraciones:

- 1) El cuerpo fue depositado en un lugar abierto de acceso público, al cual cualquier persona podría acceder.
- 2) La negativa a reconocer el encuentro con la víctima, por parte del acusado, y el lugar en el que deposita el cuerpo actualizan causales para la razón de género en el feminicidio, no así para la desaparición de personas por particulares, pues el ocultamiento de las acciones fue para sustraerse de la acción de la justicia, mas no para desaparecer a la víctima.

Esto quiere decir que el ocultamiento implica los esfuerzos del sujeto activo para sustraerse de la acción de la justicia; no significa que la finalidad de la privación de la libertad y de la vida tengan como objetivo último que la víctima nunca sea ubicada. Además, se observa en la carga probatoria para la acreditación del delito de desaparición que el órgano jurisdiccional emplea únicamente los testimonios y la declaración del acusado, para realizar inferencias sobre la naturaleza de la negativa del acusado para reconocer el encuentro con la víctima, sin profundizar en el análisis dogmático y teleológico de la desaparición y sus implicaciones.

La persona juzgadora no consideró a la privación de la libertad como un elemento que permite acreditar la existencia de una razón de género o agravante, pero sí la usa para prolongar la interpretación de los hechos y configurar el delito diverso de desaparición de personas cometida por particulares.

Sobre el tema del aborto no se abunda aquí, por no tener relación con el objeto del artículo. Pero se destaca que se hizo uso de la prueba circunstancial o indiciaria al estar interrelacionado con los demás delitos y hechos, como el haberla llevado a abortar con anterioridad.

Sentencia 2: Celaya, Guanajuato, 2023

Causas penales: 1P0620-840 y XXXX

Delitos: Homicidio calificado, feminicidio y desaparición de persona comedita por particulares

Hechos

Tres personas llegaron al domicilio de la víctima 1, entraron a su casa y se la llevaron por la fuerza, utilizando armas de fuego. La subieron a una motocicleta con rumbo desconocido, sin que hasta el momento de la sentencia se tuviera noticia sobre su paradero. Todos se conocían; aparentemente se dedicaban al tráfico y distribución de drogas.

Posteriormente, dos mujeres (víctima 2 y 3), un hombre (víctima 4) y una menor de edad (víctima 5, hija de la víctima 1) se encontraban reunidos y fueron privados de su libertad por las mismas tres personas mencionadas anteriormente. Los subieron a una camioneta y los colocaron boca abajo en el piso, hasta llegar a una bodega de la cual se desconoce su ubicación.

La víctima 5 refirió que al bajarlos del automóvil los sentaron en sillas, donde fueron esposados de manos y amarrados de sus pies. A continuación, les cuestionaron por qué estaban vendiendo cristal blanco y quién se los estaba proveyendo. Las víctimas contestaron que no estaban vendiendo ese tipo de droga, pero que se comprometían a pagarles lo que les debían, sólo necesitaban que les dejaran hacer una llamada. Más tarde llegó una persona a quien no identificó, quien cuestionó por qué habían *levantado* a la menor de edad, pues él pidió únicamente a las otras tres víctimas (2, 3 y 4). Después ordenó que la dejaran ir porque ella no tenía nada que ver, además de que estaba embarazada. Por esa razón, la llevaron a una esquina de la bodega alejándola aproximadamente 10 metros de las demás víctimas; sin embargo, podía ver todo lo que sucedía.

A continuación, siguieron interrogando a las otras víctimas sobre el tema de la venta de droga y, al no tener respuesta, uno de los raptos privó de la vida con un cuchillo a la víctima 4. Enseguida se acercaron a las otras dos víctimas y les dijeron que les darían tiempo de pensar. Después de unos minutos, al tener la misma respuesta, les privaron de la vida. Procedieron a retirarles las esposas y envolvieron los cuerpos en bolsas de basura negras, las cuales

amarraron con cinta canela. Depositaron los cuerpos en la misma camioneta en donde les habían privado de la libertad; además, pidieron a la víctima 5 que igualmente subiera al vehículo. Durante el trayecto, la bajaron en un eje vial; más adelante, depositaron los cuerpos detrás de un inmueble, los cuales fueron encontrados al poco tiempo.

Se condenó por los delitos de homicidio calificado, previsto en los artículos 138 y 140, en relación en el artículo 153, fracción I (premeditación y ventaja), y los artículos 13 y 20, primer párrafo, tercer supuesto, del Código Penal para el Estado de Guanajuato; por el delito de feminicidio de dos mujeres, previsto en el artículo 153-A, fracción I, del mismo Código, que implica que la víctima haya sido incomunicada, y por el delito de desaparición de persona cometida por particulares previsto en el artículo 34 de la Ley General, que se les atribuyó con el carácter de coautores materiales. Esto último en relación con la víctima 1.

Tabla 5. Carga probatoria

Pruebas más relevantes
Feminicidio
Testimoniales: <ul style="list-style-type: none"> • De la víctima 5 que presenció todo lo relativo a la privación de la vida de las víctimas 2 y 3, una de ellas era su hermana. • Del vigilante que encontró los cuerpos de las víctimas y la alfombra del automóvil. • De familiares de las víctimas 2 y 3. Periciales: <ul style="list-style-type: none"> • Medicina forense para realización de la necropsia, determinación de la causa de muerte y mecánica de lesiones de las víctimas 2 y 3. • Criminalística de campo para intervención en el lugar de los hechos. Material: <ul style="list-style-type: none"> • Cuerpos sin vida de las víctimas 2 y 3. Documentales: <ul style="list-style-type: none"> • Reporte de primer respondiente. • Hoja donde el papá de la víctima de desaparición forzada escribe el nombre de los acusados.

Homicidio calificado
<p>Testimoniales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De la víctima 5 que presenció todo lo relativo a la privación de la vida de la víctima 4. • De familiares de la pareja de la víctima 4. <p>Periciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medicina forense para realización de la necropsia, determinación de la causa de muerte y mecánica de lesiones de la víctima 4. • Criminalística de campo para intervención en el lugar de los hechos. <p>Documentales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reporte de primer respondiente. <p>Material:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuerpo sin vida de la víctima 4.
Desaparición de personas cometido por particulares
<p>Testimonial:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De la hija menor de edad de la víctima 1, de quien se desconoce el paradero, que presenció todo cuando se la llevaron con paradero desconocido. <p>Periciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Química forense para el análisis de una muestra de sangre, determinación del perfil genético e ingresarlo a la base de datos para posterior cotejo. • Psicología forense para determinación del daño psicológico en la víctima 5.

FUENTE: elaboración propia.

Análisis

La prueba testimonial tiene un amplio uso en los razonamientos judiciales para acreditar la desaparición de personas. En esta sentencia se detectó una particularidad, que es el uso de un análisis de los testimonios de la víctima 5 y de su hermana (una hija más, menor de edad, de la mujer desaparecida —víctima 1—), que se centra en determinar la calidad del testimonio y su credibilidad. Esto es relevante en tanto que, para la elaboración de esta sentencia, los testimonios son considerados determinantes en la acreditación de los tres delitos, especialmente en el caso de la desaparición de personas cometido por particulares, y no se realizaron pruebas periciales relevantes que pudieran aportar mayores elementos de análisis o convicción.

No obstante, aunque se puede inferir la presencia del delito de delincuencia organizada, éste no se consideró en la formulación de la imputación por parte de la autoridad ministerial, lo que dejó fuera líneas de investigación relevantes para el esclarecimiento de los delitos contenidos en la resolución, como son la delincuencia organizada en su modalidad de secuestro y tráfico de drogas, patrones criminales atribuidos a un grupo, patrones de desaparición de personas cometidas por ese mismo grupo, lugar y temporalidad, entre otras.

Además, resulta importante analizar si la incomunicación, que se utilizó como razón de género en el feminicidio, obedece al ocultamiento en un delito de homicidio calificado y no a una efectiva razón de género, lo cual abriría otras líneas de investigación.

En el caso de la desaparición de personas cometida por particular en contra de la víctima 1, se logra acreditar con lo siguiente:

- Que se realizó una conducta consistente en privar de la libertad, lo cual se ejecutó en presencia de testigos, quienes constataron que fue sustraída en contra de su voluntad y por medio de la violencia.
- La naturaleza de la desaparición como un delito permanente y continuo, pues su consumación se ha prolongado, en tanto hasta el momento de la sentencia no se tenía noticias sobre su paradero.
- La finalidad de ocultar la suerte o paradero de la víctima, de la cual no se sabe nada, y sin que se le haya localizado con vida o bien se hayan identificado sus restos. Esto cobra relevancia para dejar claro que en el caso de la víctima 1, el objetivo de la privación de la libertad era su ocultamiento, en tanto que en el caso de las víctimas 2, 3 y 4, fueron también privados de la libertad por los acusados para después privarlos de la vida y dejar sus restos expuestos. De allí que se logre diferenciar el objeto del delito de desaparición frente a otras conductas.

Sentencia 3: León, Guanajuato, 2022
Causa Penal: IP2020
Delito: Desaparición forzada de personas

Hechos

Un elemento de la Agencia de Investigación Criminal estatal discutía con su expareja, sobre la carretera León-Manuel Doblado-Cuerámara, cuando se aproximaron dos sujetos armados que dijeron pertenecer al Cartel de Sinaloa. Los hombres le pidieron que se identificara y él discutió con ellos. Uno de los sujetos le amenazó de muerte y le apuntó en la cabeza con un arma de fuego; después hizo una llamada a la que atendieron con su presencia un elemento de la Policía de Seguridad Pública (acusado 1) y un elemento de tránsito (acusado 2) para llevárselo.

La víctima entregó sus pertenencias a su expareja. Los acusados lo esposaron y subieron a la patrulla, aventándolo a la parte de atrás. En el recorrido, los dos acusados discutían qué iban hacer con la víctima, pues la expareja de éste se encontraba siguiéndolos a bordo de su automóvil.

Los policías trasladaron a la víctima a los separos de Seguridad Pública. Sin embargo, aunque tenían la obligación de ponerlo a disposición de la autoridad competente, no lo hicieron; y simulon dejándolo al interior de la patrulla, para engañar a su expareja que los había seguido. Ella, al llegar a los separos, preguntó por su exesposo, pero se le negó la información, y mientras ella esperaba que la atendieran, los acusados salieron en la patrulla amenazando a la víctima para que se agachara.

Estuvieron dando vueltas. Él escuchaba cómo decían que iban a desaparecerlo y que nadie lo iba a encontrar. En algún momento les pidió que lo dejaran orinar, a lo que accedieron. Le quitaron la esposa de la mano izquierda, lo bajaron de la patrulla y lo llevaron a un lugar para ello. La víctima caminó aproximadamente 10 pasos y aprovechó para correr entre unos sembradíos. El elemento de tránsito, al percatarse que se estaba “fugando”, le disparó. Sin embargo, no lograron alcanzar a la víctima, que corrió aproximadamente 2 horas hasta llegar a un punto cercano a la carretera, donde observó una camioneta de la Fiscalía General de Justicia del Estado. Allí reconoció a dos compañeros, agentes de investigación criminal, quienes se encontraban

ahí debido a que su expareja les pidió ayuda. A ella, en los separos de Seguridad Pública, le dijeron que habían llevado a la víctima a la central de autobuses, que le pagaron un boleto a San Luis y le mandó decir que él ya no quería saber más de ella, lo que ella no creyó. Una hora después llegaron otros agentes de la Agencia de Investigación con los acusados, quienes en principio negaron haberlo detenido. Sin embargo, minutos después afirmaron que sí lo detuvieron y reconocieron que la víctima se dio a la fuga; finalmente dijeron que decidieron dejarlo libre, ya que no se trataba de un problema de gravedad. La expareja refirió que en todo momento se le negó información sobre el paradero de la víctima, además de que le proporcionaron información confusa sobre lo que hicieron con él una vez detenido.

Se les condenó por el delito de desaparición forzada de personas, regulado en el artículo 27 al 31 de la LGDFDP.

Tabla 6. Carga probatoria

Pruebas más relevantes
<p>Desaparición forzada de personas</p> <p>Testimoniales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • De la víctima. • De su expareja, cuñado y esposa del cuñado quienes presenciaron el hecho. • De los agentes de investigación criminal que realizaron la detención. <p>Periciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Balística que afirma que el cartucho corresponde con lo sucedido el 11 de agosto del 2020. • Criminalística de campo en cuatro ubicaciones señaladas como de interés forense. • Criminalística de campo para el procesamiento del vehículo camioneta de la víctima. • Informática forense para la extracción de los videos de la comandancia. • Informática forense para la extracción de información del celular de la víctima. • Medicina forense para determinar el tipo de lesiones presentes en la víctima.

Material:

- Vídeos de la comandancia donde no se observa a la víctima llegar.
- Arma con que amenazaron a la víctima, la cual se reconoce como una R15.
- Casquillo calibre 9X19 encontrado en el lugar de intervención pericial.

Documentales:

- Estudio fotográfico del lugar donde sucedieron los hechos.
- Estudio fotográfico de las lesiones presentes en la víctima.

FUENTE: elaboración propia.

Análisis

El delito se acredita principalmente por el testimonio de la víctima, quien logra escapar y a través de un principio de reiteración se afirma que fue llevado al lugar alejado para acabar con su vida y desaparecerlo.

El tipo penal se actualiza al quedar acreditados los siguientes elementos:

- a) La privación de la libertad. Los agentes estatales estaban facultados para realizar una detención por delito o por falta administrativa; sin embargo, no siguieron los procedimientos establecidos y no pusieron a la víctima a disposición de la autoridad competente.
- b) Los sujetos activos tienen calidad de agentes estatales. Esto quedó demostrado al momento de identificarlos y probar su pertenencia a la Secretaría de Seguridad Pública del Estado.
- c) Negativa a reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la víctima. Esto fue acreditado mediante el testimonio de la víctima, la expareja y las contradicciones en las declaraciones de los acusados. Además, el análisis forense de los videos logró determinar que la persona se encontraba en custodia de los agentes al interior de la dependencia de Seguridad Pública.

Llama la atención que la probanza del delito y de la responsabilidad penal de los acusados se sostiene mayormente en el testimonio de la víctima, sin que existan actos de investigación ordenados y coordinados que respondan a la búsqueda de la persona. Son las acciones de los familiares de la

víctima las que permiten movilizar el mecanismo de localización, y no la autoridad encargada de la procuración de justicia.

Además, a pesar de la narrativa de los testigos en relación con la presencia de personas presuntamente vinculadas con la delincuencia organizada, que actuaron en complicidad con los agentes ministeriales, no se iniciaron actos de investigación relacionados con este tema. Ello hubiese permitido abrir líneas de investigación diversas: vincular a los acusados con otros servidores públicos, determinar la existencia de patrones criminales, establecer patrones de desaparición de personas cometidas por ese mismo grupo y coadyuvar en la identificación de otros casos. Esta perspectiva implicaría entender que la desaparición de una persona no se produce como un hecho aislado e individual, sino que representa un conjunto de fallas sistémicas, contextos de impunidad, autoridades coludidas con los perpetradores y patrones determinados. Así, este caso es reflejo de los ciclos y dinámicas de impunidad activa, pues se abordó como un caso aislado en que se condenó, pero sin atender a lo que sucede de forma constante y sistemática.

V. Discusión

En México se cuenta con un marco normativo internacional y nacional que es capaz de respaldar la existencia de tipos penales y la protección de derechos fundamentales.⁵ Sin embargo, su aplicación es confusa, como pudo verse en los casos antes analizados.

De las sentencias seleccionadas se puede observar que hay hechos, tipificados como desaparición de personas cometida por particulares, que bien podrían ser clasificados correctamente como otro delito de realización oculta, que implica que la víctima sea incomunicada y no pueda ser localizada por algún tiempo. Asimismo, se puede inferir que presuntamente hay hechos que constituyen una desaparición de personas, pero que se están persi-

⁵ Derivado de una revisión sistemática del marco normativo, realizada para esta investigación, se encontró que en la fecha que esto se escribe (22 de abril de 2024), en México existen 19 leyes locales sobre la materia y 15 estados aplican directamente la LGDFDP. Además, el delito de desaparición forzada de personas aún se encuentra vigente en 12 códigos penales locales.

guiendo como otros delitos de acuerdo con diversos estudios realizados sobre el tema, como el del Observatorio sobre Desaparición e Impunidad en México (2020) y las cifras de sentencias relacionadas con la desaparición de personas. Tal como lo señala Impunidad Cero (2023, pp. 54 y ss.), las figuras previstas en la Ley General son complejas y pueden estar siendo procesadas bajo otros delitos como el homicidio, feminicidio o secuestro. Y aunque todas estas figuras afectan la libertad personal, la distinción entre las conductas, trascendencia y carga político-social son enormemente diferentes.

Esta confusión puede llevar a un registro inexacto de las desapariciones que se están investigando y judicializando, frente a lo que realmente ocurre; de la misma manera que puede haber delitos diferentes que no se persiguen bajo la estructura que les corresponda, omitiendo actos de investigación que resultarían indispensables para su persecución. Un ejemplo de esto es el delito de delincuencia organizada.

La confusión puede radicar en no dimensionar correctamente cada tipo penal. Las desapariciones que se persiguen por la LGDFDP no suceden de forma aislada. Son delitos graves cuya comisión implica un conjunto de acciones, estructuradas y sistemáticas, para lograr la anulación de la existencia material y jurídica de la persona. Estas acciones tienen tal complejidad que requieren un contexto estructural que lo haga posible y que se compone de actores sociales, institucionales y criminales, que cuentan con entornos de corrupción e impunidad activa.

No se debe confundir el ocultamiento de la desaparición con el que sucede en otros delitos. En el ejemplo de la pareja de menores de edad, él no tenía como fin desaparecer a su víctima, sino privarle de la vida y ocultar los hechos para sustraerse de la acción de la justicia. En cambio, en el caso de los policías que detuvieron a un agente de investigación criminal, los testimonios ponen de manifiesto ese contexto estructural del que se habla en el párrafo anterior: el contubernio entre agentes estatales y personas posiblemente vinculadas a grupos de la delincuencia organizada, el uso de espacios institucionales para ocultar a la víctima, las conductas realizadas por los perpetradores y la negativa de diversas autoridades para localizar e investigar los hechos. Finalmente, en la resolución que involucra a cinco víctimas, la desaparición de personas por particulares queda actualizada para el caso de la víctima 1, porque hasta el momento se desconoce su paradero y se infiere que esa era la

finalidad de los hechos; sin embargo, se omite el análisis del contexto que hizo posible la consumación de dicha conducta, lo que permitiría conocer formas de desaparición vinculadas con grupos organizados de la delincuencia, identificar patrones que puedan estar presentes en casos similares, implementar acciones de búsqueda y mecanismos de prevención de este delito.

Entender la complejidad de la desaparición de personas requiere de capacitación y sensibilización, para contar con el conocimiento especializado que permita identificar las diferencias ya señaladas y reconocer las necesidades en la integración de las investigaciones y de los procesos judiciales; además de garantizar un adecuado acompañamiento en la búsqueda de las personas que están desaparecidas, garantizando con ello el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y la reparación integral.

Estos retos obedecen a un marco jurídico reciente que se materializa en un sistema de justicia penal que se está consolidando. Hay una curva de aprendizaje a transitar en la investigación y judicialización de los hechos que constituyen estos delitos, que se ve reflejada en la carga probatoria de las sentencias que integran el corpus elaborado en el marco de esta investigación, en la cual predomina la prueba testimonial. Esto genera una presión desequilibrada en los testimonios, frente a la prueba material y pericial.

Lo que nos dicen las sentencias es que las fiscalías no están investigando correcta ni suficientemente, aun cuando existe un protocolo de investigación que les manda investigar los delitos de desaparición forzada y de desaparición cometida por particulares bajo la lupa de un análisis de contexto que visibilice el *modus operandi* de las organizaciones delictivas, las estructuras institucionales, las complicidades, el perfil de las víctimas, el territorio y temporalidad. Las desapariciones suceden de manera sistemática y esto no se reconoce.

Las víctimas caminan solas, las autoridades se muestran negligentes y la sociedad en su conjunto está ausente.

VI. Conclusiones

Primera. Las cifras de personas desaparecidas en nuestro país contrastan significativamente con el número de sentencias dictadas, lo que representa una ineficiencia en la investigación y judicialización de estos casos.

Segunda. El tipo penal de desaparición forzada incluye tres elementos esenciales reconocidos internacionalmente: *a)* la privación ilegal de la libertad a una persona; *b)* la participación de servidores públicos o particulares con aquiescencia de los primeros y, *c)* la negativa de reconocer la privación o a proporcionar información sobre su paradero. En la desaparición realizada por particulares se pone énfasis en la privación de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. Sin embargo, su investigación no puede concretarse en verlos como hechos aislados, sino bajo la perspectiva del contexto de complejidad en que suceden. Esa es su naturaleza y así se ha consensado en su análisis. Quizás haya que pensar en un replanteamiento de los tipos penales en que se haga énfasis en ello.

Tercera. En toda desaparición de personas, sea forzada o cometida por particulares, la responsabilidad del Estado es siempre visible: por su intervención directa o indirecta, su falta de acción y la impunidad que propicia. Así, su responsabilidad debe pensarse en el contexto de la falta de prevención y de respuesta ante tales fenómenos.

Cuarta. Al realizar la búsqueda de sentencias sobre desaparición de personas no fue posible identificar resoluciones emitidas en la vigencia de la LGDFDP, por tribunales federales, aunque sí de órganos jurisdiccionales estatales. En las 21 sentencias seleccionadas se encontró que la prueba testimonial sigue teniendo mayor incidencia para la acreditación del delito y de la responsabilidad penal, lo cual permite inferir que para un delito tan complejo de investigar, no se cuenta con métodos de investigación forense igualmente complejos que integren a la ciencia y a la técnica como una herramienta efectiva.

Quinta. Del análisis de tres sentencias ejemplificativas del delito de desaparición forzada y/o desaparición cometida por particulares, se concluye que hay hechos que constituyen otros delitos y se clasifican como desaparición, lo que genera que el número de casos investigados y judicializados sea erróneo.

Sexta. La confusión expuesta en este artículo radica en la falta de entendimiento de las dimensiones y trascendencia del ocultamiento como fin de la desaparición de personas, que implica un conjunto de acciones estructuradas y sistemáticas para lograr la anulación de la existencia material y jurídica de la persona. Estas acciones requieren de contextos estructurales que la ha-

gan posible y de la interrelación de actores sociales, institucionales y criminales, en entornos de corrupción e impunidad.

VII. Referencias

- Aguirre, S. (2022). Notas sobre el papel del Poder Judicial de la Federación frente a la investigación penal de las desapariciones. En L. Tapia (Coord.), *Manual sobre desaparición de personas* (pp. 289-354). Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2024-01/Manual%20sobre%20desaparicio%CC%81n%20de%20personas.pdf>
- Ambos, K., y Böhm, M. (2009). *El tipo penal de la desaparición forzada de personas. Análisis comparativo internacional y propuesta legislativa*. Temis. https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Ambos_Kai_con_M_L_Bhm_El_tipo_penal_de_la_desaparin_forzada_de_personas_vers__actualizada_y_revisada_del_articulo_publicado_en_Ambos_op_cit_Derecho_Penal_junio_2010.pdf
- Amparo en revisión 168/2011. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 2011. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultasTematica/Detalle/125250>
- Anaya Muñoz, A., Cavallaro, J. y Cruz Marín, P. (Coords.) (2021). *La impunidad activa en México. Cómo entender y enfrentar las violaciones masivas a los derechos humanos*. ITESO; Universidad Jesuita de Guadalajara; University Network of Human Rights. <https://rei.iteso.mx/server/api/core/bitstreams/69e122fd-83d6-433c-ad3c-b8024e44bdaf/content>
- Calveiro, P. (2022). Disappearance and governmentality in México. En S. Mandolessi y K. Olalde (Eds.), *Disappearances in Mexico; from the “dirty war” to the “war on drugs”* (pp. 75-96). Routledge. <http://dx.doi.org/10.4324/9781003169611-6>
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional [CEJIL]. (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*. CEJIL. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>
- Comité contra la Desaparición Forzada (2022). *Informe del Comité contra la Desaparición Forzada sobre su visita a México en virtud del artículo 33 de la Convención*.

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2022/04/Informe-de-visita-a-MX-del-Comite-contr-la-Desaparicion-Forzada-abril-2022.pdf>
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [CIDFP] (1994). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (2010). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>
- Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (1992). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428.pdf>
- González Núñez, D. (2022, julio 21). Sólo 33 sentencias federales por desaparición forzada en más de 20 años. *México Evalúa*. https://www.mexicoevalua.org/solo-33-sentencias-federales-por-desaparicion-forzada-en-mas-de-20-anos/#_ftn1
- Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias [GTDFI]. (2007). *Informe; Documento/HRC/7/2*. Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g08/101/08/pdf/g0810108.pdf?token=Fm1SiKnDtZxgtfWdkg&fe=true>
- Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes [GIEI] (2015). *Informe Ayotzinapa*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://recomendacionesdh.mx/buscador/detalle/2750>
- Guercke, L. (2022). State acquiescence to disappearances in the context of Mexico's "war on drugs". En S. Mandolessi y K. Olalde (Eds.), *Disappearances in Mexico; from the "dirty war" to the "war on drugs"* (pp. 127-149). Routledge. <http://dx.doi.org/10.4324/9781003169611-9>
- Impunidad Cero. (2023). *Impunidad de delitos de desaparición en México*. <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/196/contenido/1701870164C42.pdf>
- Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Perso-

- nas [LGDFDP] (2017). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP.pdf>
- Protocolo Adicional para la Búsqueda de Niñas, Niños y Adolescentes (2021). https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5623969&fecha=15/07/2021#gsc.tab=0
- Protocolo Homologado de Investigación para los Delitos de Desaparición Forzada de Personas (2018). <https://repositorio.colmex.mx/concern/books/zg64tm87t?locale=es>
- Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas (2020). https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5601905&fecha=06/10/2020#gsc.tab=0
- Registro Nacional de Personas Desaparecidas y no Localizadas (2024). *Versión pública*. Comisión Nacional de Búsqueda. <https://versionpublicarnpdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>
- Sentencia Causa Penal 04/2021. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Hidalgo. Hidalgo, México, 2022.
- Sentencia Causa Penal IP0620-840. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guanajuato. Guanajuato, México. 2023.
- Sentencia Causa Penal IP2020. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guanajuato. Guanajuato, México. 2022.
- Serrano, S. (2020). *Sentencias penales en casos de desaparición forzada de personas en los ámbitos federal y local*. Flacso (México); University of Oxford; University of Minnesota; Universidad Nacional Autónoma de México. https://odim.juridicas.unam.mx/sites/default/files/Informe_Sentencias_Penales.pdf
- Sferrazza Taibi, P. (2019). La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. *Ius et Praxis*, 25(1), 131-194. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100131>
- Solicitud de transparencia con número de folio 330030422001369 a la Plataforma Nacional de Transparencia (2023). <https://buscador.plataformadetransparencia.org.mx/web/guest/buscadornacional?buscador=330030423003269&coleccion=5>
- Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos [UGCCDH] (2023). *Apuntes sobre desaparición de personas*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/si->

tes/default/files/Publicaciones/archivos/2024-02/apuntes-sobre-desaparicion.pdf

Vallejo Arango, D. A., Chala, F. y Palacios Valencia, Y. (2019). Diagnóstico de los resultados obtenidos en las investigaciones por desaparición forzada en el contexto del conflicto armado. *Revista CES Derecho*, 10(1), 347-373. <http://dx.doi.org/10.21615/cesder.10.1.3>

Yankelevich, J. (2017). Poder Judicial y desaparición de personas en México. En J. Yankelevich (Coord.), *Desde y frente al Estado: pensar, atender y resistir la desaparición de personas en México* (pp. 129-230). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/08_Yankelevich_Desde-y-frente-al-Estado-151-252.pdf

Cómo citar

IJJ-UNAM

García Castillo, Zoraida, Rodríguez González, Anahy, y Vázquez Barrera, Karla Ivonne, “Desaparición de personas en México. Una perspectiva desde las sentencias judiciales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 137-173. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19096>

APA

García Castillo, Z., Rodríguez González, A., y Vázquez Barrera, K. I. (2024). Desaparición de personas en México. Una perspectiva desde las sentencias judiciales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 137-173. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19096>

Entre la tradición y el modelo por competencias: siete tesis sobre el diseño de los planes de estudio en la carrera de Derecho

*Between tradition and competency-based approach:
Seven theses on designing law curriculum*

Roberto Lara Chagoyán



<https://orcid.org/0000-0003-1692-8826>

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México

Correo electrónico: rlarac@tec.mx

Recepción: 3 de junio de 2024 | **Aceptación:** 2 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19194>

Resumen: El objetivo de este trabajo es defender una propuesta para el diseño de los planes de estudio de la carrera de Derecho, que esté alineado a las necesidades del Estado constitucional. A partir de la comparación entre los modelos tradicional —u ortodoxo— y de competencias (EBC), extraídos de la literatura especializada, plantearé siete tesis a favor de un modelo que toma elementos de cada uno y omite otros. El resultado obtenido es una combinación virtuosa que evita los vicios de cada enfoque. Algunos elementos provienen en exclusiva del modelo ortodoxo, otros del EBC, y otros más son apoyados por ambos. El resultado al que se aspira es que los planes de estudio que sigan estas sugerencias promuevan una formación integrada por un saber consciente, combinado con habilidades prácticas, sin menoscabo de ninguna de las dos.

Palabras clave: enseñanza del derecho; educación basada en competencias; enseñanza ortodoxa; Estado constitucional de derecho; dogmática jurídica.

Abstract: The objective of this work is to defend a proposal for the design of the Law curriculum that is aligned with the needs of the Constitutional State. Based on the comparison between two models: the traditional or orthodox and the Competency-Based Education (CBE), taken from specialized literature, I will present seven theses in favor of a model that takes elements from each one and omits others. The result obtained is a virtuous combination that avoids the flaws of each approach. Some elements come exclusively from the orthodox model, others from the CBE, and others are supported by both. The desired result is that the curriculum plans that follow these suggestions promote an education that combines conscious knowledge with practical skills, without neglecting either of them.

Keywords: teaching of law; competency-based education; orthodox teaching; constitutional rule of law; legal dogmatics.

Sumario: I. Planteamiento: dos tópicos y una necesidad. II. Dos modelos de enseñanza del Derecho para orientar los planes de estudio. III. Estado constitucional y enseñanza del derecho. IV. Siete tesis conciliadoras sobre el diseño de los planes de estudio. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Planteamiento: dos tópicos y una necesidad

En este trabajo me propongo a demostrar que, en materia de enseñanza del derecho, el modelo tradicional y el de educación basada en competencias (EBC) pueden aportar estrategias y postulados necesarios para lograr una formación sólida del estudiantado y, al mismo tiempo, que ambos tienen zonas oscuras que sería conveniente evitar. Los valores del Estado de derecho constituyen la medida para determinar qué es oscuro y qué no lo es.

Por formación sólida me refiero a un saber consciente combinado con habilidades prácticas, sin menoscabo de ninguna de las dos; en otras palabras, propugno por una enseñanza del derecho que contribuya a la formación de juristas que entiendan, con sentido crítico, el fenómeno jurídico; que cuenten con las herramientas necesarias para desarrollar alguna de las profesiones jurídicas; que estén dispuestos a incrementar su cultura jurídica durante toda su vida, y que estén genuinamente comprometidos con los valores constitucionales.

Debo aclarar que este análisis se enfoca a los planes de estudio de la carrera de Derecho, por lo que, con relación a los modelos de enseñanza referidos no profundizaré más allá de lo necesario.

De alguna manera, este trabajo está inspirado en el “Modelo Tec 21”, del Tecnológico de Monterrey, donde actualmente trabajo como docente e investigador. Esa institución tomó como base el modelo EBC, pero lo hizo —y lo sigue haciendo— de forma particular y, a mi juicio, virtuosa. Lo anterior, porque reúne a una serie de expertos en cada disciplina que, acompañados de un equipo pedagógico, deliberan profusamente sobre cada cambio y cada

especificidad. No obstante, también existen áreas de oportunidad que me permitiré señalar estrictamente a título personal.

El “Modelo Tec 21” se define como

[Un modelo] orientado al desarrollo de competencias tanto disciplinares como de formación general, a través de la vivencia de retos vinculados a situaciones de realidad. El modelo usa como referente importante el marco de la Educación Basada en Competencias (EBC), abundantemente documentado en la literatura formal de la educación.

En el Modelo TEC21 se entiende por competencia la integración consiguiente de conocimientos, habilidades, actitudes y valores, que permite enfrentar con éxito situaciones tanto estructuradas como de incertidumbre. Las competencias integran conocimientos y procedimientos propios de la disciplina, así como las actitudes y valores necesarios al formar profesionistas participativos y comprometidos con la sociedad. (ITESM, 2019)

Esta filosofía es la que me ha hecho reflexionar a propósito de los modelos, porque, desde mi punto de vista, es un tanto peculiar al tomar en cuenta algunos factores que podrían considerarse más bien tradicionales; sin que ello suponga ninguna regresión. En su momento, formé parte del equipo de diseño de los planes de estudio de la carrera de Derecho, y así como aprendí, tuve muchas inquietudes que ahora desarrollo de forma más académica.

He estructurado este trabajo partiendo de dos auténticos tópicos: 1) que la educación jurídica tradicional formalista, basada mayoritariamente en la memorización, ha quedado obsoleta, por lo que se considera imperativo romper con ese paradigma (Böhmer, 2005, p. 34) y, 2) que, para aspirar a que los alumnos *realmente sepan* derecho (es decir, para superar el modelo de enseñanza formalista), es necesario adoptar un modelo inspirado en la EBC: una enseñanza centrada en la actividad autónoma del alumno, que se traduce en la conjunción del “saber” y el “saber hacer”, con actitudes y estilos sobre cómo hacer las cosas en cada campo de trabajo (García Martínez, 2007, p. 166).

Cuando se habla de tópicos o lugares comunes, se sabe que no todo lo que se dice en ellos es verdadero; pero tampoco es completamente falso. La enseñanza tradicional, ciertamente, puede parecer obsoleta por haber

sido concebida para el Estado legal. Sin embargo, el salto que pretende darse hacia un modelo EBC no necesariamente garantiza una enseñanza que logre satisfacer las exigencias del Estado constitucional. Por ello, conviene presentar bajo su mejor luz los modelos referidos, con el fin de fijar con mayor precisión los extremos de la discusión. Por ello, el apartado II estará dedicado a determinar qué habremos de entender por enseñanza tradicional y por EBC, cada una con sus respectivas críticas.

Si el Estado constitucional ha de ser la brújula con la que habremos de orientar los razonamientos a favor de un determinado diseño, entonces resulta indispensable analizar la relación existente entre los fines y valores de dicho Estado con la enseñanza del derecho. A tal propósito dedicaré el apartado III. Finalmente, en el apartado IV, desarrollaré las siete tesis a las que alude el título del artículo.

II. Dos modelos de enseñanza del Derecho para orientar los planes de estudio

1. *La enseñanza ortodoxa o tradicional y sus críticas*

Rodolfo Vázquez, a partir de los análisis de José Ramón Cossío y Martín Böhrmer, asume que la concepción de la enseñanza tradicional u ortodoxa está íntimamente relacionada con la concepción positivista del derecho del siglo XIX (“Exégesis” francesa, “Jurisprudencia de conceptos” alemana, y “Jurisprudencia analítica” inglesa). Así, a partir de este análisis, podemos afirmar que la enseñanza tradicional del derecho se caracteriza por las siguientes notas: *a)* desde el punto de vista del enfoque, el fenómeno jurídico se estudia desde una perspectiva estrictamente normativa, bajo la óptica del positivismo jurídico decimonónico; *b)* el objeto de estudio son las normas generales (leyes), sin incluir análisis críticos, históricos o de otra índole; *c)* la finalidad de la enseñanza es que los egresados aprendan a memorizar, explicar y reproducir con la mayor claridad posible el ordenamiento jurídico; *d)* la evaluación consiste en medir cuánto recuerda el alumno y, *e)* como consecuencia de lo anterior, no es necesaria la docencia profesional; los juristas prácticos pueden cubrir, incluso a manera de *hobby*, esa función (Vázquez, 2008, pp. 221-226).

En el mismo sentido, María de los Ángeles Ramallo recoge una cita, que conviene transcribir, de Mirjan Damaska mediante la cual caracteriza puntualmente este modelo tradicional:

En 1968, Mirjan Damaska publicó su famoso artículo «*A continental lawyer in an American law school: Trials and tribulations of adjustment*», en el que describió la enseñanza del derecho en los países de esta tradición [*civil Law*] como una que: i) está basada en la conceptualización teórica (el análisis de conceptos, su significado, naturaleza y relación con otros conceptos); ii) presenta tanto una vista panorámica de las ramas más importantes del derecho como un estudio abstracto de los códigos de forma y procedimiento; y iii) enfatiza en una forma de razonar que busca la respuesta «correcta», por contrario al «mejor argumento» propio de la forma de razonar de la tradición del *Common Law*. (Ramallo, 2020, pp. 11-12)

Aun cuando es claro que este modelo ha venido abandonándose paulatinamente tanto en Europa continental como en América Latina, especialmente durante los últimos 30 años (Pérez Pedromo, 2005, p, 196), no podemos afirmar con propiedad que esté completamente desterrado, ya que importantes universidades continúan aplicándolo o, al menos, mantienen una marcada influencia en sus planes de estudio, que siguen siendo un reflejo de los códigos sustantivos y adjetivos. En el caso de México, la Escuela Libre de Derecho es el mejor ejemplo de ello;¹ aunque también lo son la Facultad de Derecho de la UNAM² y la Universidad Iberoamericana³, por sólo mencionar algunas.⁴

Hasta aquí la descripción del modelo. Pasemos a las críticas. Una de las más importantes y significativas tiene que ver con que la educación jurí-

¹ <https://www.eld.edu.mx/plan-de-estudios/>

² <https://www.dgae-siae.unam.mx/educacion/planes.php?acc=est&pd=2125&planop=1>

³ https://licenciaturas.ibero.mx/licenciatura-en-derecho?utm_source=Derecho&utm_medium=Btn&utm_campaign=Derecho

⁴ Para mayor detalle, es importante penetrar en cada uno de los temarios de cada materia, pues ahí es donde se advierte el reflejo de los códigos. Asimismo, no podemos afirmar que por el hecho de que estas universidades, como la enorme mayoría en México, mantengan una marcada influencia del enfoque tradicional, no hayan implementado cambios modernizadores en sus sistemas de enseñanza.

dica tradicional, al ser formalista y estar basada mayoritariamente en la memorización, no funciona; ya que, como dice Juan Ramón Capella, lo único que se puede esperar de ella es averiguar lo que el estudiante *recuerda*, pero no necesariamente lo que *sabe* (Capella, 1998, p. 75). *Recordar* y *saber* no son equivalentes. No tener clara esta diferencia es, quizá, el defecto más grande del modelo ortodoxo.

Nadie sensato negaría que la educación formalista es deficiente, porque no dota a los estudiantes de auténticas herramientas de análisis y argumentación para enfrentar problemas prácticos. En efecto, ese tipo de formación no garantiza la solvencia técnica de los juristas noveles, quienes han de superar, en la mayoría de los casos, una curva de aprendizaje con casos reales en el bufete, firma, despacho, estudio, juzgado, notaría o empresa en la que habrán de continuar y complementar su formación.

No obstante, desde mi punto de vista, algo de bueno tiene la enseñanza tradicional: busca que el estudiante desarrolle, además de un conocimiento muy completo del sistema, un método jurídico que se integra por la teoría y la filosofía del derecho, las llamadas “partes generales” y un componente de cultura jurídica general (historia del derecho y las instituciones jurídicas, derecho comparado, entre otras) que, al menos en el caso de los buenos profesores, acompaña varias materias.

Por otra parte, los defensores del modelo siguen considerando que nada tiene de particular que el aprendizaje del derecho se realice en dos etapas: una predominantemente teórica, dentro de la universidad, y otra práctica, fuera de ella. El modelo de competencias, por el contrario, apunta a que las dos etapas se fundan en una sola, es decir, que dentro de la universidad se concilie el *saber* con el *saber hacer*.

2. El modelo EBC y sus críticas

Para este modelo, la enseñanza del derecho no debe basarse en una mera acumulación de conocimientos, sino fundamentalmente en la adquisición de competencias.

Aedo Barrena identifica con claridad, las características del modelo de competencias:

La formación por competencias son un enfoque para la educación y no un modelo pedagógico. No pretenden una representación ideal de todo el modelo pedagógico, sino que centran concretamente en la enseñanza y la evaluación [...] Las competencias de centran en: a) la integración de los conocimientos, de los procesos cognitivos, las destrezas, la habilidades y valores; b) la construcción de los programas de formación de acuerdo con las necesidades del contexto; c) la orientación de la educación por medio de estándares en todos sus procesos. (Aedo Barrena, 2014, p. 105)

Petra Llamas García extrajo del proyecto DeSeCo (*Definition and Selection of Competences*) de la OCDE, la definición de competencia:

La capacidad de responder a demandas complejas y llevar a cabo tareas diversas de forma adecuada. Supone una combinación de habilidades prácticas, conocimientos, motivación, valores éticos, actitudes, emociones y otros componentes sociales y de comportamiento que se movilizan conjuntamente para lograr una acción eficaz. (Llamas García, 2014)

La misma autora, señala acerca de la definición anterior:

Es una definición en apariencia bastante completa, lástima que los sistemas educativos no hayan sabido implementarla y que hoy la educación por competencias se haya convertido en un galimatías que pocos entienden y que muchos menos saben cómo aplicar y sobre todo cómo evaluar. (Llamas García, 2014)

En efecto, las ventajas de este nuevo modelo parecen, a primera vista, notables porque idealmente parecen cubrir todas las necesidades de un jurista en ciernes: una cultura jurídica robusta y una profesionalización destacada; en otras palabras: una superación del formalismo. Sin embargo, estas virtudes no resultan precisamente obvias en ese modelo, ya que desde su implementación ha despertado no pocas críticas. Enunciaré algunas de las más significativas.

a) Se trata de un modelo que ha sido impuesto, por ejemplo, mediante el “Plan Bolonia” (Rosique Cedillo y Rosique Cabañas, 2011, p. 232); y su remedo en Latinoamérica; así como por el Programa Internacional para

la Evaluación de Estudiantes (PISA, por sus siglas en inglés), de 1997 (López Betancourt y Fonseca Luján, 2015, p. 640). Como sucede en todas las imposiciones, los verdaderos interesados no fueron consultados, tal y como lo expresa Petra Llamas García:

La educación por competencias llegó a las aulas sin el consenso de los verdaderos protagonistas del hecho educativo, nadie les preguntó y nadie los consideró a la hora de instaurarlas, de manera que tuvieron que iniciar sin una capacitación a fondo y sin que lo entendieran del todo. Hicieron del ensayo y el error una forma de trabajo y en muchos casos acabó imponiéndose la simulación. (Llamas García, 2014)

b) Puede ser útil para tareas técnicas, donde el “saber hacer” tiene más peso que el “saber”. En palabras de Llamas García:

La enseñanza por competencias es rescatable en la capacitación de operarios y personas que necesitan un adiestramiento en cualquier oficio. También funciona muy bien en carreras técnicas donde el saber hacer tiene más peso que el saber; sin embargo, capacitar no es educar, así que habría que revisar con cuidado si con esta metodología el sistema educativo está a la altura de los nuevos retos o si únicamente retrocedió al tipo de educación que se impartía en la era industrial. (Llamas García, 2014)

c) Tiende a colocar al estudiante al servicio de las necesidades de la economía y del mercado, y no la educación en beneficio del estudiante (Del Rey y Sánchez-Parga, 2011, p. 235).

d) Constituye una distorsión de lo que debiera ser la enseñanza, porque promueve una suerte de “autismo educativo” mediante el que se preparan “profesionales efímeros” (Del Rey y Sánchez-Parga, 2011, p. 242); y es un caballo de Troya de las empresas en la universidad (Del Rey y Sánchez-Parga, 2011, p. 240).

e) Finalmente, enunció un conjunto de críticas referidas a la idea misma de competencia:

1. Los primeros programas de EBC se centraron en las competencias en detrimento del papel del conocimiento. La educación profesional compleja no podía conceptualizarse ni definirse completamente mediante una lista de competencias clave.
2. La EBC ignora el proceso educativo y se centra únicamente en determinados resultados medibles y prácticos.
3. Las críticas contra el enfoque conductista de la CBE incluyen la opinión de que una EBC conductista es estrechamente utilitarista y utiliza un enfoque instrumental que implica una fragmentación de las asignaturas. Se critica la EBC conductista por ignorar las conexiones entre tareas, los atributos que subyacen al rendimiento, el significado, la intención o disposición a actuar, el contexto del rendimiento, y el efecto de los aspectos interpersonales y éticos.
4. La EBC reduce la educación a una forma de ingeniería humana porque considera la educación como un instrumento para alcanzar fines específicos y predefinidos. (Jacobus F, citado por Martí, 2023)

Desde mi punto de vista, no se pueden generalizar ni todos los halagos ni todas las críticas que se ciernen sobre el modelo, porque, en primer lugar, su implementación es sumamente heterogénea y, por lo menos en México, no ha sido forzada por alguna legislación. Más bien, podríamos considerar que algunos experimentos han tenido más éxito que otros, y que en el peor de los casos las llamadas competencias se han impostado en los planes tradicionales. El caso que conozco de primera mano (el del Tecnológico de Monterrey) es, sin lugar a duda, el que más se ha tomado en serio el modelo de competencias en México, sin caer en los vicios mencionados anteriormente; aunque, como se verá más adelante, no deja de presentar algunos pocos puntos críticos.

III. Estado constitucional y enseñanza del derecho

El Estado legal de derecho se caracteriza por la primacía que tiene el Poder Legislativo en la división de poderes. El parlamento o Poder Legislativo era el centro del poder, y los jueces se limitaban a ser “la boca de la ley”. La ley, entonces, representaba el centro de todas las discusiones; por ella, se podían

identificar los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías; en suma, en el Estado legal el centro de gravedad era la ley y lo que podemos llamar la “dimensión de la autoridad” (Atienza, 1997, p. 482).

Por su parte, el Estado constitucional es una evolución del Estado legal, caracterizado por una serie de cambios político-jurídicos ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial, y particularmente después de los juicios de Núremberg. Luego de la terrible experiencia bélica, y del no menos execrable desdén por la dignidad humana, varios Estados se comprometieron a “poblar densamente” (Atienza, 2013, p. 32) sus Constituciones de derechos fundamentales para limitar, como no se había hecho antes, al poder.

Este hecho ha supuesto importantes modificaciones en la forma de pensar y de practicar el derecho porque los sistemas jurídicos se han “constitucionalizado” o “impregnado de Constitución”. Algunos, incluso, han calificado este fenómeno como “nuevo paradigma” o “paradigma constitucionalista”. Según Manuel Atienza, en este nuevo estado de cosas, el derecho no es solamente un conjunto de reglas, sino también un conjunto de principios y valores; es más dúctil; los jueces tienen, de hecho, más poder para resguardar los derechos de los ciudadanos; la validez de las normas no sólo debe ser formal sino también material; las decisiones de los jueces no deben ser solamente legalmente posibles, sino justificadas; existen espacios políticos que también son controlados por el derecho (existe, pues, un mayor control judicial); los límites entre la moral y el derecho son cada vez más difusos, y la argumentación jurídica es más necesaria (Atienza, 2013a, pp. 33-34).

Durante la etapa conocida como Estado legal del derecho no resultaba extraño que la enseñanza estuviera orientada a un conocimiento más bien enciclopédico del sistema jurídico, con una dosis suficiente de método jurídico. Sin embargo, al haber transitado al Estado constitucional, las capacidades y habilidades que se esperan del jurista son otras. En efecto, en este nuevo paradigma, la enseñanza no puede reducirse al conocimiento de materiales en bruto (las normas válidas del sistema jurídico), sino que, además, debe dotar a los estudiantes de habilidades técnicas (argumentativas) y debe formarles en filosofía política y moral, para que puedan atender con solvencia los problemas relacionados con los derechos fundamentales (Atienza, 2017, p. 116).

Desde mi punto de vista, el paso del Estado legal al Estado constitucional de derecho exige una enseñanza guiada por tres factores indispensables, que guiarán mis propuestas para el diseño de los planes de estudio, a saber:

- 1) Asumir que los derechos humanos cumplen esencialmente un papel de fundamentación dentro de un sistema jurídico-político, porque “[...]fundamentan tanto la obligación política de los ciudadanos, esto es, el deber de obediencia (no en vano fundamentan la autoridad legítima); como los límites de dicho deber de obediencia (por cuanto fundamentan una idea de justicia que determina los contenidos necesarios e imposibles)” (Aguiló, 2021, p. 21).
- 2) Preferir el enfoque argumentativo del derecho, como el que defiende Manuel Atienza, sobre las perspectivas positivista, iusnaturalista, realista y escéptica para cumplir con las exigencias del Estado constitucional, especialmente por lo que respecta a la necesidad de justificar el ejercicio del poder en cualquiera de sus manifestaciones. Su razonamiento podría describirse del siguiente modo: *a)* para el Estado constitucional es indispensable que todas las decisiones de la autoridad estén plenamente justificadas; *b)* el enfoque argumentativo del derecho (o “el derecho como argumentación”, como él lo llama) está precisamente orientado para que los operadores jurídicos (en sentido amplio) promuevan y garanticen dicha justificación; *c)* las concepciones positivista, iusnaturalista, realista y escéptica nunca desarrollaron ni promovieron una teoría de la argumentación jurídica; por lo tanto, *d)* las concepciones referidas no pueden garantizar (porque teóricamente no les interesa) la justificación de las decisiones como lo exige el Estado constitucional (Atienza, 2013, pp. 25 y ss).
- 3) Entender los principios como “mandatos de ponderación”. Ante la inacabada discusión acerca de si los sistemas jurídicos están compuestos exclusivamente por reglas o si, por el contrario, contienen tanto reglas como principios, lo cual lleva, respectivamente, a la aceptación o negación de la ponderación, Josep Aguiló ofrece la siguiente clarificación. Existen —sostiene— tres tipos de ponderaciones, a saber: 1) *contra legem*, que está naturalmente prohibida por el legislador, porque va en contra, ni más ni menos, del imperio de la ley; 2) *secundum legem*, que es la orde-

nada por el propio legislador y, 3) *praeter legem* que se genera cuando el legislador no ha ponderado debiendo haberlo hecho (Aguiló, 2023, p. 33).

Como puede verse, la única ponderación que debe proscribirse es la que va contra la ley, y que surge, como dicen muchos autores, de la pura subjetividad de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces. Sin embargo, los otros dos tipos de ponderaciones no sólo son necesarias, sino también obligatorias, por la misma razón que está prohibida la primera: por ministerio de ley y de la propia Constitución.

Tomando en cuenta lo anterior, conviene preguntarnos: ¿qué ventajas podrían ofrecer los modelos tradicional y el de la EBC a la hora de diseñar un plan de estudios de Derecho que esté en consonancia con los tres factores que acabo de mencionar?

Del modelo tradicional habría que rescatar el método jurídico integrado, como señalé, por la teoría y la filosofía del derecho, las “partes generales”, la historia del derecho y las instituciones jurídicas, el derecho comparado, etcétera. Estas ventajas apoyan, al menos en parte, la idea de poner límites a la autoridad, pues los derechos humanos han de defenderse siempre bajo la idea de que existen reglas que limitan el quehacer de la autoridad, y para ello conviene conocer bien esas reglas.

El modelo de EBC es compatible con el enfoque argumentativo del derecho, que considero la competencia estrella de todo jurista. Dado que argumentar se aprende argumentando, el modelo de EBC resulta más que favorable al promover seminarios, discusiones de los alumnos, análisis de casos (“retos” y “situaciones problema”, en el lenguaje del Tecnológico de Monterrey). Asimismo, el modelo de EBC estaría a favor de entender los principios como mandatos de ponderación, y aprender a ponderar bien (cuándo, cómo y en qué casos), sería una competencia propicia para el Estado constitucional de derecho.

Con todo, habrá que tomar en cuenta aquellos defectos del modelo de EBC que tendrían que evitarse a la hora de diseñar los planes de estudio. Por ejemplo, la evaluación, los tiempos reducidos en el desarrollo de los cursos y los roles del profesor y el alumno. En el siguiente apartado, desarrollaré estos argumentos.

IV. Siete tesis conciliadoras sobre el diseño de los planes de estudio

A continuación plantearé una serie de sugerencias dirigidas, en principio, a los diseñadores de los planes de estudio, aunque pueden ser también de interés general, basadas en las ventajas que ofrecen los modelos de EBC y tradicional, con ciertas advertencias surgidas de las críticas a los propios modelos. Una vez hecho lo anterior, analizaré dichos planteamientos a partir de los tres factores mencionados con relación al Estado constitucional de derecho: 1) el entendimiento de los derechos humanos como fundamentación de las decisiones jurídicas; 2) el enfoque argumentativo del derecho, y 3) entender los principios como mandatos de ponderación.

1. *Tomarse el tiempo necesario*

Una de las principales críticas que se le pueden hacer al modelo de EBC tiene que ver con la urgencia que parece tener para que los estudiantes se profesionalicen y se incorporen al mercado laboral, lo más pronto posible. Lo anterior podría ser una razón para reducir el tiempo de la carrera de Derecho y, en consecuencia, sacrificar algunas materias y contenidos. En contrapartida, otros consideran que la formación de un jurista necesita maduración, por lo que bajo ningún concepto se podría reducir el tiempo de formación estándar.

Los defensores de la reducción argumentan, entre otras cosas, que la carrera de derecho debiera ser de carácter técnico orientada exclusivamente a formar, lo más pronto posible, a profesionales que cubran las necesidades del mercado, como lo señalan algunos críticos del modelo de competencias (*supra*). Se trata, si se me permite, de una visión más artesanal de la carrera de Derecho, más parecida a la fontanería o la carpintería, como el célebre (y superado) modelo *Litchfield* de Connecticut, predecesor del método instaurado en la Universidad de Harvard.⁵ Por otro lado, se utiliza la compa-

⁵ Se trató de un método de enseñanza implementado dentro de los despachos de abogados. El fundador de la escuela de Litchfield fue el juez Tapping Reeve, que funcionó hasta 1833. Se considera la primera facultad de derecho de los Estados Unidos. No había requisitos de

ración entre la duración de la carrera de Derecho en los países anglosajones con relación a los del mundo latino para afirmar que en aquellos lares se trata de un posgrado cuya duración es de tres años, y que no por ello es de menor calidad.

Por su parte, los defensores de la no reducción argumentan que la duración tradicional —que gira entre cuatro y cinco años— no puede ser disminuida porque ese tiempo se considera apenas suficiente para suministrar una formación básica, y si a lo básico se le restan contenidos, entonces la formación sería a todas luces incompleta.

A mi juicio, el problema no está relacionado con el mayor o menor número de materias, ni tampoco con el tiempo de duración, sino más bien con los propósitos que se pretenden en el marco de las exigencias del Estado constitucional. Lo que realmente debe preocuparnos tiene que ver con el perfil que se busca en el egresado que ha de estar a mitad de camino entre el artesano y el sabio, es decir, debemos preocuparnos por dotar a los estudiantes de herramientas metodológicas y teóricas orientadas a la resolución de problemas prácticos de carácter jurídico, pero no de cualquier forma, sino con un enfoque u orientación basada en la razón práctica. No obstante, si en México el promedio de duración fluctúa entre los cuatro y los cinco años, sería mejor no alterarlo, sino aprovecharlo de manera más adecuada haciendo una buena selección de contenidos.

2. *Transformar los “temarios espejo”*

Es indispensable, como lo postula el “Modelo Tec 21”, unir genuinamente los contenidos (lo que el alumno debe saber) y las competencias (lo que el alumno debe saber hacer). Los contenidos tradicionales deben, según creo, constituir el punto de partida, aunque con ciertas modificaciones, y a partir del resultado de esa operación, habría que derivar y definir las competencias. Mi propuesta es no forzar ni intentar empalmar de forma irreflexiva los te-

admisión, ni tampoco exámenes finales; duraba poco más de un año, y estaba orientada exclusivamente a la práctica (Pérez Lledó, 1996, p. 108).

marios tradicionales y los listados de competencias que vienen impuestos desde afuera.⁶

La mayoría de los temarios tradicionales sigue la misma estructura de los códigos sustantivos y adjetivos, porque se ha considerado que los abogados deben dominar el objeto de estudio que no es otro que el derecho positivo (no es extraño que todavía se escuche la frase “estudio leyes”). Por ello, los cursos de “Derecho sucesorio”, “Procesal civil”, “Delitos en particular” o “contratos” siguen de manera casi puntual los contenidos de las respectivas legislaciones. Los defensores de este tipo de “temarios espejo” consideran que es mejor abogado el que domina un mayor número de contenidos de la legislación.

Sin embargo, existe un camino alternativo que garantiza el conocimiento del contenido normativo y que, además, suma un valor agregado. Ese camino puede ser diseñado, por ejemplo, a partir de una buena teoría de la norma y de la argumentación jurídica. Si en lugar de hacer aprender al alumno todos los contratos civiles de memoria, les enseñamos a distinguir entre las normas regulativas y las constitutivas; a identificar las modalidades deónticas de las normas o a verificar en un contrato real (no ficticio) todas sus regulaciones, entonces nuestro estudiante habrá adquirido habilidades más útiles que la sola memorización. Por lo anterior, soy de la idea de que las mejores habilidades o competencias se derivan de un buen diseño de temario y no a la inversa. Para demostrarlo, pondré un ejemplo. Pensemos en un fragmento de un temario de la materia “derecho sucesorio” de la UNAM,⁷ y pensemos en las competencias que de él podrían derivarse:

⁶ De acuerdo con el Proyecto Tuning América Latina, las competencias que debería adquirir un estudiante de licenciatura en Derecho son, entre otras, las siguientes: capacidad de análisis y síntesis, conocimientos de informática, conocimiento de una lengua extranjera, trabajo en equipo, aprendizaje autónomo, liderazgo, espíritu emprendedor, motivación por la calidad, capacidad para el manejo de fuentes jurídicas, desarrollo de la oratoria jurídica, leer e interpretar y redactar escritos jurídicos, la adquisición de valores y principios éticos, capacidad de negociación y conciliación y argumentación jurídica (Olanó García, 2007, p. 232).

⁷ https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias_optativas/Actualizadas/Guia_Derecho_Sucesorio.pdf

Cuadro 1. Derivación de competencias de un temario tradicional

<i>Ejemplo de temario tradicional</i>	<i>Competencias derivadas</i>
Unidad 2. De la Sucesión Testamentaria en General 2.1 El testamento 2.2 Sus conceptos etimológico, gramatical y jurídico 2.3 Evolución histórica 2.4 Naturaleza jurídica 2.5 Su reglamentación en la legislación mexicana 2.6 Elementos esenciales y de validez 2.7 Capacidad para testar y para heredar 2.8 Incapacidad, las modalidades y los casos de ineficacia de los testamentos 2.9 Análisis de los siete testamentos tradicionales, más el público simplificado y el testamento agrario.	<ul style="list-style-type: none"> - Aprender el concepto de testamento (sus notas características) - Definir el testamento - Distinguir entre un testamento válido y otro que lo no es. - Comprender la evolución histórica del testamento - Entender qué es la capacidad para heredar - Distinguir entre los diferentes tipos de testamentos - Aprender las normas que lo regulan

FUENTE: elaboración propia.

Dado que el temario prácticamente se reduce al conocimiento de contenidos normativos, entonces las competencias que podemos derivar de él no podrían ser de otro tipo que las relacionadas con la definición, la clasificación, la distinción, la comprensión y la memorización de datos.

Si nos damos el permiso de modificar ese mismo temario, entonces las competencias derivadas serían más variadas:

Cuadro 2. Derivación de competencias de un temario no tradicional

<i>Ejemplo de temario no tradicional</i>	<i>Competencias derivadas</i>
Unidad 2. El testamento 2.1 Concepto de testamento 2.2 Historia y evolución del testamento 2.3 Una mirada comparada: ¿cómo son los testamentos en otros países? 2.4 Análisis normativo del testamento: ¿cuáles son las normas constitutivas y cuáles son regulativas? 2.5 Identificación de las modalidades deónticas de las normas vigentes 2.6 Tras la validez del testamento: búsqueda de casos fallidos y su razón de ser 2.7 Análisis de tesis de jurisprudencia sobre el testamento en diferentes épocas de la jurisprudencia y los precedentes 2.8 Análisis crítico de la legislación: detección de antinomias y lagunas (normativas, axiológicas y de reconocimiento) y posibles vicios de inconstitucionalidad 2.9. El testamento en la literatura y el cine 2.10 Elaboración de un testamento	<ul style="list-style-type: none"> - Capacidad de análisis - Capacidad de síntesis - Argumentación jurídica - Análisis normativo (distinción de diferentes tipos de normas) - Espíritu crítico de la legislación vigente - Capacidad para distinguir un testamento válido de otro que lo es - Capacidad de seguimiento de jurisprudencia y precedentes - Redacción de textos jurídicos - Desarrollo de la cultura jurídica relacionada con el testamento

FUENTE: elaboración propia.

En suma, conviene conjugar las competencias y los temarios de tal modo que se combata el formalismo en la educación, sin afectar el contenido esencial de las áreas teóricas, metodológicas y de la dogmática jurídica. Esto implica sustituir los “temarios espejo” por otros que estén relacionados con la resolución de problemas prácticos, de forma análoga a la forma en la que aprenden los médicos a diagnosticar y a curar. La clave de esta transfor-

mación viene dada con las habilidades argumentativas (capacidad de razonamiento) basadas en las tres dimensiones: formal (capacidad deductiva propia de la lógica), material (fundamentación y búsqueda de premisas sólidas) y pragmática (capacidad de persuasión) que postula Manuel Atienza (2006).

3. La evaluación debe hacerse al final

Para los defensores de la EBC, la evaluación debe hacerse a lo largo de todo el proceso de enseñanza-aprendizaje, tal y como se lee en el siguiente pasaje:

[...] en contra de lo que tradicionalmente se ha hecho en la educación, la evaluación no está al final, sino que se planifica en forma paralela. Y así es como se desarrolla con los estudiantes [...] la evaluación es paralela a las actividades de enseñanza-aprendizaje y se realiza en dichas actividades, no aparte. (Tobón, Pimienta y García, 2010, p. 78)

La razón de lo anterior, según dicen los expertos, es “evitar el fracaso del estudiante”, ya que los profesores estarán atentos para señalar y enmendar posibles fracasos. En este modelo los profesores no somos (no debemos ser) protagonistas, sino “facilitadores”. Así lo expresa J. M. Álvarez: “si de la evaluación hacemos un ejercicio continuo, no hay razón para el fracaso, pues siempre llegaremos a tiempo para actuar e intervenir inteligentemente en el momento oportuno, cuando el sujeto necesita nuestra orientación y nuestra ayuda para evitar que cualquier fallo detectado se convierta en definitivo” (2001, p. 15).

Las tesis anteriores son, desde mi punto de vista, insostenibles. En primer lugar, considero que la meta de una universidad no puede ser la de “evitar el fracaso” de los estudiantes, sino la de incentivarlos para que alcancen las metas planteadas. Me parece que, si habituamos a los jóvenes a “no fracasar” y a depender de “facilitadores”, podríamos correr el riesgo de enviar al mercado egresados acostumbrados a que se les ayude o, lo que es peor, a exigir tal ayuda.

Los “fracasos” en un examen son en realidad acicates —áreas de oportunidad, como se dice ahora— que ayudan a que los estudiantes se superen a sí mismos. En la vida profesional no habrá facilitadores, sino “dificulta-

dores”; por ello, no resulta para nada descabellado que los profesores juguemos de forma razonable ese papel, y anticipemos al estudiante el tipo de dificultades que va a tener en la vida fuera de las aulas. Al “dificultarles” las cosas, mediante situaciones retadoras, casos prácticos, ejercicios argumentativos, etcétera, les estaremos fortaleciendo y dotando de mejores pertrechos para la vida profesional. Ese es justamente el propósito del “Modelo Tec 21” del Tecnológico de Monterrey, mediante sus “retos” y “situaciones problema” (ITESM, 2019).

En segundo lugar, evaluar por parcialidades y a lo largo de todo el proceso, podría ser contraproducente en relación con lo que se espera; ya que si, por ejemplo, alguien lo hizo mal al principio, pero se superó al final, no sería justo quitarle puntos por no haber “triunfado” desde el principio. Y si, por el contrario, un alumno inició muy bien, pero al final bajó su rendimiento y no logró aprobar un examen final (que evalúa las habilidades y los conocimientos mínimos indispensables para decir con propiedad que el estudiante es apto), también sería injusto aprobarle, ya que posiblemente le estemos engañando, haciéndole pensar que realmente sabe la materia cuando no es así.

Y finalmente, la evaluación en parcialidades puede desincentivar a los alumnos a ver de forma holística una determinada materia, lo cual llevaría, nuevamente, a un engaño. Por ejemplo, si un curso de contratos civiles fuera evaluado en tres secciones (1a.: teoría general de los contratos, contratos preparatorios, contratos traslativos de dominio; 2a.: contratos traslativos de uso, contratos de prestación de servicios, contratos asociativos; y 3a.: contratos aleatorios, contratos de garantía y contratos por Internet), los alumnos habrían estudiado —mucho o poco— para cada bloque, sin necesariamente tener la visión en conjunto de todo el curso. En cambio, la evaluación completa del curso, que naturalmente sólo puede hacerse al final, les obligará a esforzarse por superar cualquier reto o cuestionamiento que se les haga con respecto al curso.

Las razones anteriores han surgido de mi propia experiencia docente, pero no están muy alejadas de la crítica especializada. Por ejemplo, Del Rey y Sánchez-Parga critican que la EBC haya invertido los objetivos de la enseñanza, al supeditarlos a los de la evaluación.

La enseñanza por competencias invierte los objetivos de la enseñanza, al supeditarlos a los de la evaluación, convirtiéndose ésta en el criterio principal del aprendizaje, y no éste en criterio de la evaluación: según esto “el estudiante debe ser evaluado para mejor aprender y no aprender para ser evaluado” [...] Como si lo que el estudiante pueda aprender se redujera a lo que pueda ser evaluado. “Implementar una enseñanza ceñida a las modalidades de la evaluación”, significaría que el estudiante solo aprende aquello que puede ser objeto de evaluación [...]. El imperativo de la evaluación [en el modelo EBC] impone una enseñanza de conocimientos ya organizados y formateados por el criterio de su utilización para ser competentes, pero descuida o relega el aprendizaje de organizar los conocimientos. (Del Rey y Sánchez-Parga 2011, p. 235)

4. Dimensionar adecuadamente los roles de los profesores y alumnos

El modelo de EBC pregona que el verdadero protagonista del proceso de enseñanza-aprendizaje es el alumno, y que el profesor *debe* pasar a un segundo plano: el de facilitador. A mi juicio, esta tesis normativa no está del todo justificada. Si bien, puede ser criticable el modelo de profesor conferencista que se limita a dictar clases magistrales, debido a que el alumno queda reducido a un mero espectador, y se corre el riesgo del adoctrinamiento, también puede ser objetable la tesis que defiende que los papeles se inviertan.

Es un error plantear la relación profesor-alumno como una cuestión de protagonismo. Iniciar así esta discusión cierra en automático otras posibilidades de análisis y coloca a los discutidores en la necesidad de defender una de las dos posturas: *proestudiante* o *proprofesor*. Por ello, considero más fructífero plantear el problema como un tema de roles. El profesor tiene un rol distinto al del estudiante: es un ejemplo, un experto, un instructor, un inspirador y, lejos de ser un “facilitador”, es un “dificultador”.

Por su parte, el estudiante es un aprendiz, un receptor, un dialogante, un beneficiario y, desde luego, una persona con su propia voz, que participa vivamente en la construcción del proceso de enseñanza-aprendizaje. Su papel no debe ser, ni mucho menos, pasivo. Por el contrario, su participación es clave para el buen desarrollo del proceso de enseñanza, pero eso no significa que deba ser considerado como el principal protagonista; ha de confiar

en las indicaciones del profesor, investigar, leer por su cuenta, elaborar cuestionamientos, plantear problemas y dudar, siempre dudar.

Así pues, no se trata de disputarse el protagonismo, ya que tanto el profesor como el estudiante son protagonistas centrales del proceso de enseñanza-aprendizaje, pero eso sí, cada uno en su rol. Consecuentemente, es un error oponer al profesor conferencista del modelo tradicional, contra el profesor facilitador, ya que ambos son criticables: el primero, porque desplaza a un segundo plano al alumno, y el segundo, porque desvirtúa el papel de un auténtico profesor.

Al respecto, me permito introducir una cita de Kant, traída a colación por Emilio Lledó, a propósito de no dimensionar de forma adecuada el nivel de maduración de los estudiantes, lo cual produce consecuencias no deseadas. En este sentido, el rol del profesor es crucial. Escribe Kant:

Lo que hay que esperar, pues, de un profesor es que, en primer lugar, forme en sus oyentes al hombre de entendimiento, después al de razón y, por último, al sabio. Tal proceder tiene la ventaja de que si el alumno no llegase al último peldaño, como suele ocurrir normalmente, algo habrá ganado, sin embargo, de esta enseñanza y se habrá convertido —aunque no para la Academia, sí, al menos, para la vida— en alguien más experimentado e inteligente. Si se invierte el método, ocurre como si el alumno “pescase” una especie de razón antes de que se forme el entendimiento y arrastrase una ciencia prestada que, encima, está como pegada, adosada, y no ha ido naciendo en él. De esta manera, su capacidad intelectual se hace todavía más estéril y, al mismo tiempo, por la alucinación de poseer sabiduría, se corrompe todavía más. Ésta es la causa por la que, frecuentemente, se tropieza uno con estudiosos (más bien “estudiados”) que muestran muy poco entendimiento y por la que la Academia echa al mundo más cabezas disparatadas que cualquier otra institución de la sociedad. (Kant, 1768, citado por Lledó, 2018, pp. 41-42)

5. *Entender la dogmática jurídica como tecno-praxis*

La dogmática jurídica (o jurisprudencia, o ciencia del derecho) es el nombre que los primeros positivistas dieron al estudio del derecho, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX (Atienza, 2017, p. 168). Actualmente

el término alude al estudio específico de las diferentes ramas del derecho: civil, penal, laboral, mercantil, constitucional, etcétera. Tiene dos funciones, una orientadora y otra sistematizadora (Atienza, 1985, p. 276). De acuerdo con la primera, la dogmática suministra criterios para facilitar y orientar la aplicación y producción del derecho; y de acuerdo con la segunda, la función de la dogmática consiste en presentar, de una manera ordenada y sistemática, cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico.

Para el profesor de Alicante, la dogmática jurídica debe ser entendida como una técnica social, en tanto que se trata de una actividad cuyo contenido fundamental consiste en obtener resultados prácticos (y no tanto en obtener conocimientos), a saber: resolver problemas relativos a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho (Atienza, 2017, pp. 176-177). Y, por otra parte, debe tenerse en cuenta que el tipo de saber que se obtiene con la dogmática jurídica se inserta dentro de lo que tradicionalmente se conoce como *razón práctica* (orientada al deber ser). Así —concluye— al combinar las dos características mencionadas, se obtiene el binomio “tecno-praxis” o “praxis tecnificada” (Atienza, 2017, p. 186). “La dogmática jurídica —remata Atienza— sería entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión entre la razón instrumental y la razón práctica” (Atienza, 2017, p. 192).

Si la dogmática jurídica es vista como una *tecno-praxis*, entonces conviene repensar en los programas de estudios que parecen estar inspirados en las leyes y los códigos (contienen esencialmente los mismos rubros y divisiones). Una reformulación de los temarios (Tesis 2) en clave de *tecno-praxis* podría permitir a los alumnos no memorizar los contenidos de los artículos de las leyes, sino hacer dos tipos de cosas con ellos: 1) plantear problemas, analizar, evaluar y construir argumentos referidos a casos reales y, 2) llevar a cabo tales actividades bajo la óptica de los fines y valores constitucionales; particularmente, en clave de derechos humanos.

En otras palabras, se trata de que la dogmática jurídica se enseñe a través de las herramientas que provee la teoría de la argumentación jurídica. Cada profesor de dogmática jurídica debería, en consecuencia, enseñar al mismo tiempo argumentación y derecho civil, penal, laboral, etcétera (de este modo la dogmática redundaría en una técnica), y dicha enseñanza debería estar

siempre conectada con los valores del ordenamiento (así, la técnica aprendida se convertiría, a su vez, en una praxis).

Como puede verse, un plan de estudios así diseñado conciliaría las preocupaciones del Estado constitucional de derecho, la necesidad de que los alumnos adquieran competencias y dejaría más que satisfecho al gremio que busca profesionales bien capacitados para enfrentar los desafíos de la práctica jurídica.

6. Apostar fuerte por las teorías o partes generales

La tesis anterior depende en gran medida del dominio de lo que se conoce como *teorías o partes generales*, ya que estas son un primer y necesario escalón que dotará al alumno de un lenguaje y un aparato conceptual común a todas las áreas del derecho. Estas partes o teorías generales contribuyen a que el alumno desarrolle el “oficio de jurista”, es decir, un conjunto de saberes y habilidades orientados a la operación del derecho frente a los problemas sociales. Se trata, precisamente, del aspecto técnico de la *tecno-praxis* de Atienza.

Así, por ejemplo, una buena teoría general del delito facilitará el análisis de cada uno de los tipos, de igual forma que una teoría general de los contratos lo hace en relación con los contratos en particular. Dicho de otro modo, ante un escenario de escasez (de tiempo o de recursos materiales y humanos) sería mucho más conveniente apostar por una más completa parte general que por una especial, ya que es más fácil que un alumno que conoce bien la primera pueda entender, casi por consecuencia, la segunda; la operación inversa sería mucho más complicada. La parte general es una condición necesaria de la especial.

Por otro lado, consideremos que México es un Estado federal, lo que significa que cada entidad tiene su propia legislación. Si se impusiera lo especial sobre lo general, se llegaría al absurdo de que nuestros estudiantes egresaran como expertos en “derecho penal guanajuatense” o en “contratos campechanos”. Más bien, debemos buscar la formación de profesionales que, al conocer con suficiencia las partes y teorías generales, sean capaces de operar con cualquier código o ley de la República o, incluso, con la legislación de otros países. Por lo demás, la legislación mexicana es particularmente dinámica, es decir, está sujeta a constantes cambios, por lo que un buen juris-

ta no puede poner como pretexto que le han cambiado la legislación y que entonces no sabe qué hacer con la nueva. Si nuestros egresados adquieren el método (el oficio) jurídico, estarán listos para operar con cualquier contenido normativo.

Las partes generales por las que habría que apostar fuerte son: teoría general del derecho (llamada también conceptos básicos del derecho); teoría de la argumentación jurídica; teoría general de las normas; teoría del acto jurídico; teoría general del proceso; teoría general del Estado; teoría general de la constitución; teoría general de las obligaciones; teoría general del derecho de daños; teoría general de los contratos; teorías la ley penal, del delito y de la pena, y teoría de la justicia, entre otras.

7. *Determinar qué contenidos deben introducirse y cuáles eliminarse*

La pregunta por las materias concretas que *debe* tener un temario o malla curricular no es fácil de contestar, ni tampoco considero que exista algo parecido a “el único programa correcto”. Es más sencillo indagar, así sea superficialmente, sobre algunos contenidos por hoy ausentes en muchos programas de estudio de derecho, y sobre otros que quizá no tengan ya razón de ser.

Dentro de los primeros, estarían: líneas jurisprudenciales, análisis interdisciplinarios, filosofía moral y política, y algunas materias relacionadas con la globalización, los avances tecnológicos y la inteligencia artificial.

En “líneas jurisprudenciales” se daría un seguimiento de los precedentes, tesis y jurisprudencia de los tribunales federales. Se trata sencillamente del estudio sistemático de la jurisprudencia es algo que no existe, como tal, en los planes de estudio, y que es indispensable para la formación del jurista. El Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido emitiendo unos “Cuadernos de jurisprudencia”,⁸ que podrían servir como materiales en esta materia.

Los “análisis interdisciplinarios” no son algo nuevo, pero se sugiere introducirlos como curso autónomo, el cual podría organizarse en forma de seminario guiado por profesores de diferentes áreas, además de derecho, como

⁸ Los cuadernos referidos se pueden encontrar en esta liga: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/ccc/cuadernos-jurisprudencia>

sociología, ciencia política, economía, etcétera. El equipo de profesores debería ponerse de acuerdo sobre los fines que el curso perseguiría (análisis de problemas sociales, casos resueltos por tribunales, políticas públicas, etcétera), así como el tipo de actividades y secuencias de aprendizaje orientados a conseguir tales objetivos. Los alumnos podrían desarrollar, junto con habilidades argumentativas, una perspectiva empírica de los problemas, con lo cual las soluciones que ellos propondrían estarían tejidas con hilos de distinto tipo. De este modo, no sólo tendrán perspectivas distintas acerca de un problema, sino que podrán mejorar la calidad de las razones que ofrezcan a favor de la conclusión que defiendan.

El derecho no es solamente un conjunto de reglas, sino también un conjunto de principios y valores (Atienza, 2013, pp. 33-34). Esas cualidades axiológicas hacen que nuestro objeto de estudio sea, al mismo tiempo, descriptivo (saber cómo es el derecho) y normativo (entender cómo debe ser el derecho). Por ello, es necesario incorporar en nuestros planes de estudio la filosofía moral y política, de preferencia impartida por filósofos del derecho. No es lógicamente posible esperar razonamientos morales sólidos, si aquellas personas de quienes los esperamos no han sido entrenadas en ello. A mi juicio, podrían establecerse no una sino tres materias relacionadas con los valores jurídicos: 1) filosofía moral y política; 2) fundamentación de los derechos humanos, y 3) teorías de la justicia.

En cuanto a la globalización, la realidad es tan cambiante que obliga a las universidades a incluir materias tales como arbitraje internacional, comercio internacional, mercados globales, litigio multinivel, migración, derecho del medio ambiente a nivel global, derecho administrativo internacional y, desde luego, todas las derivaciones de la cada vez más compleja relación entre derecho y tecnología. Es un tópico que la globalización exige al nuevo jurista modificar la forma de entender el derecho, ya que prácticamente todo lo que regula está condicionado cada vez más por una tecnología que, además, se renueva a sí misma de manera constante. Si hay algo cierto cuando se habla de derecho y tecnología es que la velocidad de los avances tecnológicos es prácticamente inalcanzable por quienes nos dedicamos a estudiar el fenómeno jurídico. Con todo, es necesario abordar con seriedad la serie de problemáticas que se generan con cada innovación y descubrimiento, y so-

bre todo entrenar a los estudiantes en el uso de las nuevas tecnologías mediante las cuales ya está operando el derecho.

No se pueden obviar los aspectos éticos relacionados con la tecnología y, sobre todo, con la inteligencia artificial. El presente y el futuro de las profesiones jurídicas y, desde luego, el futuro de adjudicación del derecho a través de las herramientas tecnológicas no puede hacerse de cualquier forma. Los valores constitucionales marcan, como no puede ser de otro modo, los límites. Y sobre el entrenamiento necesario de los nuevos abogados, por sólo mencionar algunos temas, no deben escapar de nuestra atención los siguientes: *legaltech*, *compliance*, inteligencia artificial jurídica, *big data*, tecnologías de codificación predictiva, justicia digital, automatización de procesos, reasignación de las tareas jurídicas: para-profesionalización, automatización y “*outsourcing*”, etcétera (Solar Cayón, 2021, pp. 127 y ss.).

Es más difícil hacer un listado de materias que podrían ser sustituidas o eliminadas de un plan de estudios de licenciatura en derecho. Me atreveré a mencionar, siempre en el nivel de la duda, algunas materias extraordinariamente específicas.

Muchas veces se peca de hiperespecificidad. Por ejemplo, en materia penal, además de las partes general y especial, algunos programas incluyen criminología, criminalística, régimen de menores, ciencia forense y psicología criminal. O bien, en materia fiscal, se llega a exagerar con cursos muy específicos sobre la materia tales como impuestos directos e indirectos, impuestos indirectos sin IVA, ISR para personas morales, ISR para personas físicas, contencioso fiscal, derecho fiscal internacional sobre tratados, derecho internacional fiscal sobre precios de transferencia, etcétera.⁹ Lo mismo sucede con la materia laboral (individual, colectivo, huelga, amparo laboral), el derecho aduanero, el derecho marítimo o, incluso, el derecho de las islas.

Un plan de estudios de derecho debe concentrarse en un núcleo (*core*) que abarque una serie de conocimientos y habilidades básicas. Cada área de la dogmática jurídica e, incluso de las partes generales, querría que su materia tuviera más y más cursos, como si el resto importara menos. Este tipo de actitudes, además de ser abiertamente irracionales, son disfuncionales.

⁹ Entrevista con Juan Carlos Roa, profesor de derecho fiscal del ITAM, el 28 de mayo de 2024.

Para terminar, presentaré una matriz mediante la cual contrastaré las tesis anteriores con los modelos tradicional y por competencias, y su relación con los valores del Estado constitucional:

Cuadro 3. Contraste de modelos

	<i>Tesis</i>	<i>MT</i>	<i>EBC</i>	<i>VEC</i>
1	Tiempo adecuado	X		Conocimiento adecuado de las reglas, para limitar eficazmente el ejercicio del poder. Entendimiento de los principios como mandatos de ponderación.
2	Cambiar temarios espejo		X	Adquisición de herramientas argumentativas para no sólo acumular conocimiento, sino también resolver problemas prácticos a partir del suministro de buenas razones. Fortalecimiento de la fundamentación y motivación.
3	Evaluación	X		Aseguramiento de que el alumno realmente sepa la materia, sin menoscabo de las competencias adquiridas, para que vaya al mercado como un profesional del Derecho y no como un simulador. Fortalecimiento de la seguridad jurídica, la defensa de los derechos humanos y el imperio de la ley.
4	Roles de profesores y alumnos	X		
5	Dogmática como <i>tecno-praxis</i>	X	X	
6	Partes generales	X	X	
7	Contenidos actualizados		X	Conocimiento de las nuevas regulaciones con el fin de poner límites al ejercicio del poder, en aras del imperio de la ley.

MT: modelo tradicional. EBC: modelo de enseñanza basado en competencias. VEC: valores del Estado constitucional.

FUENTE: elaboración propia.

V. Conclusiones

Los hallazgos de esta investigación pueden resumirse en cuatro importantes postulados. El primero de ellos tiene que ver con una síntesis dialéctica entre un modelo más bien ortodoxo de enseñanza del derecho y un modelo de EBC. Ambas aproximaciones aportan elementos positivos que apoyan la consecución de los valores constitucionales, pero, al mismo tiempo, muestran debilidades. El paso del Estado legal al Estado constitucional de derecho exige evitar los extremos tanto de la tesis como la antítesis. Por ello, mi propuesta está guiada por los valores democráticos propios del llamado paradigma constitucionalista, a saber: 1) el entendimiento de los derechos humanos, como fundamentación de las decisiones jurídicas; 2) el enfoque argumentativo del Derecho, y 3) entender los principios como mandatos de ponderación.

El segundo postulado tiene que ver con aquellas sugerencias surgidas, en exclusiva, del modelo tradicional, que no son otra cosa sino las críticas al modelo EBC. Se trata de 1) el factor del tiempo: se considera que el estudio del derecho requiere tiempo, maduración y progresividad; por ello, la premura que promueven algunos modelos de EBC no se considera adecuada; 2) la evaluación: el modelo EBC no siempre mide un saber consciente, sino, en todo caso, estándares de competencia superficiales, con la consecuencia de que la formación del estudiante resulte estrecha de contenido, y 3) los roles de los profesores y alumnos: si bien el modelo ortodoxo se equivoca al promover la clase magistral en la que el único protagonista es el profesor, está, sin embargo, más cerca de los ideales del Estado constitucional que el modelo de EBC, que comete el error inverso, al colocar al estudiante en la escena central. Los roles de los profesores y los alumnos deben ser dimensionados adecuadamente, de conformidad con su propia esencia.

El tercero, por el contrario, se refiere a las sugerencias que van en consonancia con el modelo EBC; a saber: 1) la transformación de los “temarios espejo” (reflejo de los códigos sustantivos y procesales) en temarios que estén relacionados con la resolución de problemas prácticos, sin descuidar la seriedad teórica. La clave de esta transformación viene dada con las competencias argumentativas (capacidad de razonamiento) basadas en las tres dimensiones formal, material y pragmática como las que postula Manuel Atienza, y 2) la actualización de los contenidos: el modelo de competencias promueve

más apertura que el ortodoxo; la realidad es tan cambiante que demanda una constante innovación regulatoria. La dinámica del modelo se considera favorable si se acepta que el Estado de derecho pretende, por encima de todo, promover un gobierno de las leyes sobre un gobierno de los hombres.

Finalmente, el cuarto postulado tiene que ver con aquellas sugerencias mixtas, es decir, las que aportarían los dos modelos analizados. Son las siguientes: 1) la dogmática jurídica como *tecno-praxis*: conjugar adecuadamente el saber con el saber hacer, sin simulaciones; ambos modelos pretenden lo mismo, sólo que el ortodoxo acentúa el saber, mientras que el de competencias, el saber hacer y, 2) la apuesta por las partes generales: el modelo tradicional no sólo se traduce en enseñar el contenido de los códigos, porque también se preocupa por la teoría y las partes generales; mientras que el modelo de EBC, al perseguir la adquisición de habilidades prácticas, apoya también el estudio de las partes generales.

En suma, para continuar andando tras el ideal regulativo llamado Estado constitucional de derecho no basta con tener sólidas instituciones y buenas leyes; además, se requiere que las personas que estén a cargo cuenten con una sólida formación que les coloque en una justa dimensión entre la tradición y el esnobismo.

VI. Referencias

- Aedo Barrena, C. E. (2014). Formación por competencias y enseñanza del Derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 1(1), 104-113.
- Álvarez Méndez, J. M. (2001). *Evaluar para conocer, examinar para excluir*. Ediciones Morata.
- Aguiló Regla, J. (2023). Son mandatos de ponderación. Breviario de Teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (43), 15-39.
- Aguiló Regla, J. (2021). *En defensa del Estado Constitucional*. Palestra.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al derecho*. Barcanova.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho*. Editorial Pasos perdidos.

- Atienza, M. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- Böhmer, M. (2005). Metas comunes: la enseñanza y la construcción del Derecho en la Argentina, *Sistemas Judiciales. Abogacía y Educación legal*, (9), 26-38. https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/08/temacentral_mbohmer.pdf
- Capella, J. R. (1998). *El aprendizaje del aprendizaje*. Trotta.
- Del Rey, A. y Sánchez-Parga, J. (2011). Crítica de la educación por competencias, *Universitas. Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, (15).
- García Martínez, J. (2007). Las competencias y la nueva organización de la enseñanza. En M. R. León Benítez (Coord.), *La licenciatura de derecho en el contexto de la convergencia europea*, Tirant lo Blanch.
- <https://www.eld.edu.mx/plan-de-estudios/>
- <https://www.dgae-siae.unam.mx/educacion/planes.php?acc=est&pd=2125&planop=1>
- https://licenciaturas.iberomx.com/licenciatura-en-derecho?utm_source=Derecho&utm_medium=Btn&utm_campaign=Derecho
- https://www.derecho.unam.mx/oferta-educativa/licenciatura/sua/Guias_optativas/Actualizadas/Guia_Derecho_Sucesorio.pdf
- <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cuadernos-jurisprudencia>
- ITESM (2019). *Modelo Educativo Tec 21. Fundamentos Teóricos y Metodológicos para el diseño de Materias y Bloques en los Planes de Estudio 2019*. Dirección de Programas Académicos. Vicerrectoría Académica y de Innovación Educativa.
- López Betancourt y Fonseca Luján (2015). El problema de los objetivos en la enseñanza del derecho. En W. Godínez Méndez y J. H. García Peña (Coords.), *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*, UNAM, 2015.
- Llamas García, P., ¿Es un fracaso la educación por competencias?. <https://100articulos.com/es-un-fracaso-la-educacion-por-competencias/>
- Lledó, E. (2018). *Sobre la educación. La necesidad de la Literatura y la vigencia de la Filosofía*. Taurus.
- Martí, J. *Críticas al modelo de la educación basada en competencias*. <https://xarxatic.com/criticas-al-modelo-de-la-educacion-basada-en-competencias/>
- Olano García, H. A. (2007). Proyecto Tuning: una propuesta de competencias jurídicas para Colombia. *Diákon. Revista de fundamentación jurídica*, (61). <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1384>

- Pérez Lledó, J. A. (1996). *El movimiento Critical Legal Studies*. Tecnos.
- Pérez Pedromo (2005). Lawyers in Late Twentieth Century Latin America. En W. L. Felstiner (Ed.), *Reorganisation and Resistance: Legal Professions Confront a Changing World* (pp. 195-236), Hart Publishing.
- Ramallo, M. A. (2020). La tradición formalista en la enseñanza del derecho y su impacto en la formación práctica: Estudio de caso del patrocinio jurídico de la Universidad de Buenos Aires. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 7(1), 9-41.
- Rosique Cedillo, G. J. y Rosique Cabañas, J. A. (2011). El proceso de Bolonia: los desafíos de la convergencia europea en las instituciones de educación superior en España. *Revista Espacios Públicos*, 14(30), 231-245.
- Solar Cayón (2019). Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica. *Derechos y libertades*, (45).
- SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos de Jurisprudencia, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/cuadernos-jurisprudencia>
- Tobón, Pimienta y García (2010). *Secuencias didácticas: aprendizaje y evaluación de competencias*. Pearson Educación.
- Vázquez, R. (2008). Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, (12), 221-237.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Lara Chagoyán, Roberto, “Entre la tradición y el modelo por competencias: siete tesis sobre el diseño de los planes de estudio en la carrera de Derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 175-206. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19194>

APA

Lara Chagoyán, R. (2024). Entre la tradición y el modelo por competencias: siete tesis sobre el diseño de los planes de estudio en la carrera de Derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 175-206. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19194>

Una mirada a la transparencia fiscal como soporte óntico de la fiscalidad participativa. Unas notas a la realidad jurídica cubana

A look at fiscal transparency as an ontic support for participatory taxation. Some notes on the Cuban legal reality

Reynier **Limonta Montero**

 <https://orcid.org/0000-0002-7698-4240>

Universidad de Oriente. Cuba

Correo electrónico: rlimonta@uo.edu.cu

Recepción: 19 de marzo de 2024 | **Aceptación:** 25 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19017>

Resumen: La transparencia actúa como soporte de la noción de fiscalidad participativa. De hecho, en su proposición teórica, esta resulta comprendida en una visión *trifronte*: como principio rector de la actuación de la administración pública en general y la financiera en particular, como límite epistémico en la *transatividad* de la información y como indicador de la verificabilidad del estado de fiscalidad participativa. Utilizando los métodos análisis-síntesis, inductivo-deductivo, exegético y la modelación, el presente trabajo explora el rol de la transparencia como parte de los fundamentos de la fiscalidad participativa. Como resultados principales, se obtuvieron la fundamentación teórica del carácter operacionalizado *trifronte* de la fiscalidad participativa, sus principales iridiscencias, así como los límites de la categoría en el escenario de la participación ciudadana en la gestión de las finanzas públicas. El campo de estudio se centra en el ordenamiento jurídico cubano.

Palabras clave: transparencia; fiscalidad participativa; sistema financiero; participación.

Abstract: Transparency acts as a support for the notion of participatory taxation, in fact, in its theoretical proposition it is included in a three-pronged vision. As a guiding principle of the performance of the public administration in general and the financial administration in particular, as an epistemic limit in the transitivity of information and as an indicator of the verifiability of the state of participatory taxation. The present work using the analysis-synthesis, inductive-deductive, exegetical and modeling methods explores the role of transparency as part of the foundations of participatory taxation. Obtaining as main results the theoretical founda-

tion of the tri border operationalized character of participatory taxation, its main iridescences, as well as the limits of the category in the scenario of citizen participation in the management of public finances. The field of study focuses on the Cuban legal system.

Keywords: transparency; participatory taxation; participation; financial system; taxation.

Sumario: I. Introducción. II. Transparencia y fiscalidad participativa. III. Un análisis de la transparencia fiscal. Apuntes necesarios para un fenómeno complejo en Cuba. IV. Comentarios conclusivos. V. Referencias.

I. Introducción

En las sociedades modernas, la transparencia se ha convertido en una de las nociones teóricas más relevantes. Aunque tiene una larga historia como principio central de la gestión pública, su generalización o captura por el público general ocurrió a fines del siglo pasado (Hood y Heald, 2006a). Desde una perspectiva epistémica, opera como componente o soporte de categorías tan dispares como gobierno abierto, buena administración y fiscalidad participativa.

Como ha dicho sin ambages Ruiz-Rico Ruiz, es un “principio transversal e informador del ordenamiento jurídico, con aplicación incluso prevalente sobre la ley” (Ruiz-Rico Ruiz, 2019). El lógico correlato de la transparencia es el derecho a la información, si bien se ha comenzado a hablar en materia de construcción jurídica del derecho fundamental de transparencia (Villaverde Menéndez, 2019). Aunque se ha entendido como un límite al desempeño de las administraciones públicas y el Estado mismo el ejercicio de este derecho, y es probable que lo sea en muchos ámbitos de la realidad, en la fiscalidad participativa opera como componente habilitante para la verificabilidad de un estado deseable de participación ciudadana en la gestión de las finanzas públicas, que es, en definitiva, lo que llamamos fiscalidad participativa.

En el caso del ordenamiento jurídico cubano, campo de estudio de la presente indagación teórica, ha resultado impactado por un nuevo texto constitucional. Un cuatrienio transcurre desde su promulgación, la actualización normativa, producto del mandato imperativo del constituyente, así como políticas económicas juridificadas que, en el ámbito de la gestión de las finan-

zas públicas, resultan de una trascendencia vital para la construcción y verificabilidad de la fiscalidad participativa, y con ella, la transparencia en tanto componente de aquella.

En este tenor, utilizando los métodos análisis-síntesis, inductivo-deductivo, exegético y la modelación, el presente trabajo explora el rol de la transparencia como parte de los componentes / fundamentos de la fiscalidad participativa. Asume como hipótesis que la adecuación del régimen jurídico regulador de la transparencia fiscal en Cuba, a los componentes de la fiscalidad participativa, posibilitará el ejercicio efectivo de los derechos de participación en la gestión de las finanzas públicas en Cuba. Al respecto, se obtendrán como resultados principales la fundamentación teórica del carácter operacionalizado *trifronte* de la fiscalidad participativa, sus principales iridiscencias, así como los límites de la categoría en el escenario de la participación ciudadana en la gestión de las finanzas públicas. El campo de estudio se centra en el ordenamiento jurídico cubano, si bien se realiza una exploración hacia los estudios jurídicos comparados.

II. Transparencia y fiscalidad participativa

Como se ha definido, la concepción de fiscalidad participativa describe, desde un punto de vista estrictamente gnoseológico, un estado complejo de relaciones cuyo denominador común es el empoderamiento efectivo de la ciudadanía en materia financiera, a partir de su cualificación en el ordenamiento jurídico (Limonta Montero, 2021). Esta cualificación depende, en gran medida, de la capacidad praxeológica de los titulares del derecho —en nuestra visión, los ciudadanos a título individual u organizado— para desencadenar los efectos que suponen el contenido del derecho y la fiscalidad participativa misma. A partir de esta circunstancia, la transparencia fiscal se erige como el soporte para las decisiones de los titulares, en tanto se configura como parte del derecho de participación en la decisión financiera pública (Limonta Montero, 2019).

Señalando con certeza el tema de las definiciones relativas a transparencia, Christopher Hood ha señalado que

Like so many good-governance catchwords in public management, transparency is more often invoked than defined. At the most general level the word can be said to denote government according to fixed and published rules, on the basis of information and procedures that are accessible to the public, and (in some usages) within clearly demarcated fields of activity. (Hood, 2007)

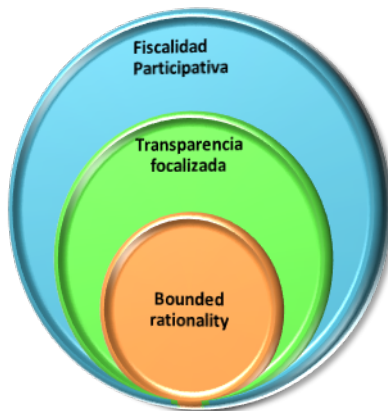
En este mismo trabajo, llama a distinguir la transparencia directa y la indirecta. La primera, se manifiesta en ciertos ámbitos en los que opera *tête à tête* entre los servidores públicos y la ciudadanía, como las llamadas *town meetings* en el este de los Estados Unidos, o las prácticas participativas municipalistas, más comunes en el entorno iberoamericano (Bryan, 2010; Cervantes Hernández; Radu, 2019; Rodríguez Panduro, Palomino Alvarado y Saldaña, 2020). La segunda tiene que ver con la racionalización de la acción colectiva y encarna una serie de procedimientos que soportan el ejercicio al derecho a la información en espectros definidos, con reglas típicas para cada uno de ellos, que se convierten en garantías y pautas de actuación para el Estado, las administraciones públicas y demás entes con tal función pública.

Existen marcadas tendencias en la definición de transparencia que, si bien no es el objetivo central de este trabajo, los diversos enfoques tienen una trascendencia notable para la comprensión de la fiscalidad participativa y la operacionalización de esta influye en la conformación final de la categoría continente. En este sentido, se habla de una cosmovisión holística de la transparencia que la entiende como un flujo incremental de información con las características de oportunidad, confiabilidad y accesibilidad a todos los actores relevantes (Kaufmann y Bellver, 2005). Otra tendencia consiste en definir transparencia por la función, y en esta corriente se ubican los que resaltan la emisión de información, y la utilidad de esa información, para la toma de decisiones por los ciudadanos.

Por otro lado, con un enfoque particularmente interesante, las profesoras Bauhr y Grimes comprenden los alcances de la categoría en el proceso de diseminación de información relevante para la evaluación de las instituciones, en relación con procedimientos e incluso impactos; el soporte previo de tal enfoque estribaría en la disponibilidad de la información, así como en la capacidad de acceso de los actores a las operaciones del Estado (Bauhr y Grimes, 2014). Lo verdaderamente interesante de este punto de vista es la

construcción terminológica y teórica de la transparencia colaborativa (Villoria, 2021). En los trabajos de Pasquier y Villeneuve (Pasquier y Villeneuve, 2007), se analizan una serie de impedimentos para la transparencia, en observancia estricta de la ley. Bajo este prisma epistemológico, Heald (Hood y Heald, 2006b) distingue la transparencia nominal de la transparencia real, abriendo un camino metódico de calado para el discurso que sostenemos en este trabajo. La llamada transparencia focalizada —*targeted transparency* (Noh y Park, 2022)—, portadora de los elementos gnoseológicos suficientes para explicar los requerimientos de la fiscalidad participativa, expresa la demanda de información concreta y especializada como la emanada de los diversos elementos de la actividad financiera, tal y como mostramos en la figura 1.

Figura 1. Relación de contenido entre la fiscalidad participativa, la transparencia focalizada y la *bounded rationality*



FUENTE: elaboración propia.

Sin embargo, y aplicando una suerte de navaja de Ockham sobre las diversas aristas ponderadas en las definiciones anteriores, Transparencia Internacional, en un trabajo teórico-divulgativo liderado por Craig Fagan, redondeó algunos elementos de a esta categoría, entendiéndola como

la cualidad de un gobierno, empresa, organización o persona de ser abierta en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones. Como regla general, los funcionarios públicos, empleados públicos, gerentes y directores de empresas y organizaciones, y las juntas directivas tienen la obligación de actuar de manera visible, predecible y comprensible en la promoción de la participación y la rendición de cuentas. (AA.VV., 2009)

Ello es congruente con el informe homónimo del Fondo Monetario Internacional relativo a la transparencia fiscal, que, por increíble que parezca dada la intensa politización de los mecanismos con que opera el ente y los condicionamientos que exige, conducentes a lo contrario de lo que la deontología aconsejaría; enarbola, al menos teóricamente, un principio sumamente válido en la propuesta que argumentamos: la exhaustividad (Bacigalupo, 2022), entendida esta última como la cualidad esencial de la información fiscal y sucintamente expresada en la sentencia: “los pronósticos y presupuestos fiscales deben presentar un panorama completo de las perspectivas fiscales”. Lo que nos permite operacionalizar la transparencia en los marcos de la actividad financiera, y por ende, subsecuentemente a la fiscalidad participativa.

Como ha planteado, acertadamente, Lizcano Álvarez (2012):

la transparencia se convierte así en un pilar básico que la sociedad actual ha de desarrollar de una forma amplia y permanente, como elemento fundamental para conseguir un mínimo nivel de equidad social y de eficiencia económica, y para que los ciudadanos no queden así desprotegidos y desprovistos de uno de sus derechos fundamentales: el derecho a la información, y en definitiva, el mencionado derecho a saber.

Así, se convierte en pilar mismo del derecho de participación, *lato sensu*, y de la participación en la decisión financiera pública. Si bien la transparencia cosecha positividad predominante en la opinión doctrinal, se ha señalado con evidencia teórica contundente que

First, the effects of transparency for governance are highly context dependent, not least because transparency comes in so many different shapes and forms. Second, although transparency is predominantly seen as a positive value in go-

vernance discourses, increased transparency may also have less positive effects for governance, and might occasionally be dysfunctional rather than beneficial. (De Fine Licht y Naurin, 2022)

Este trabajo, anteriormente citado, resulta peculiarmente interesante en el camino de interrelacionar transparencia con fiscalidad participativa, toda vez que la actividad financiera tiene una peculiar importancia en el abordaje de asuntos trascendentes al Estado mismo como la presión tributaria, los gastos públicos, etcétera. Y este punto de vista resulta vital para el balance discursivo que sostenemos en el presente trabajo; pues, bajo este enfoque, ciertos límites no constituirían cortapisas al derecho a la información y a la transparencia fiscal, sino que serían elementos necesarios para la consecución de intereses generales (con la carga de indeterminación jurídica que arrastra el término), y garantía al catálogo general de derechos que sería el límite a esta posibilidad. Es decir, actos de gobierno, secretos de Estado y otras categorías análogas se justificarían argumentativamente como un gravamen, sólo posible de legitimar ante la ciudadanía porque facilitan el cumplimiento de un catálogo general de derechos, y sólo valdría dicha justificación en tanto no los menoscaben, afecten o supriman.

Desde un sentido exclusivamente ontológico, la transparencia no únicamente soporta la noción de fiscalidad participativa y el ejercicio garantista del derecho a la participación en la decisión financiera pública, sino también desde una perspectiva que toma en cuenta la pertinencia. Esta resulta trascendente, pues es consustancial al proceso de toma de decisiones de la ciudadanía en materia de finanzas públicas. El rol de la información relacionada a los actores económicos, en general, ha sido tema socorrido de celeberrimos trabajos en el terreno de la economía, al significar la importancia de esta en la dirección de los procesos de económicos.

Sobre estos estudios, y en la línea argumental que se sostiene en el presente trabajo, consideremos las obras de Herbert Alexander Simon y Daniel Kahneman. En el caso del primero, su definición de la decisión implica el hecho de la existencia de la *bounded rationality*, modificativa de la comprensión de la decisión misma. Si bien el *corpus* investigativo de sus trabajos estuvo dedicado a la actividad gerencial en las organizaciones económicas, resulta concluyente para nuestro argumento el rol de dos categorías coligadas a la

transparencia fiscal y nacidas de la teoría de la decisión: la *transatividad* y la *completud* (Limonta Montero, 2021); la primera, relativa a la toma de la decisión sin perjuicios para el decisor, y la segunda, en extremo trascendente, resulta la circunstancia que requiere la contrastación de todas las opciones posibles. De manera que la racionalidad limitada, expuesta por Simon, es el fundamento de la decisión; y en el particular caso de la fiscalidad participativa, la transparencia fiscal opera como garantía de la *completud* (Limonta Montero, 2021).

Resulta importante, a los efectos de la cuerda argumental que exponemos, elucidar que el ejercicio del derecho *supra* mencionado depende del acceso a información con ciertas características intrínsecas y extrínsecas, tales como pertinencia, globalidad, capacidad de creación de las opiniones motivadoras o motivantes del aspecto volitivo del titular del derecho; ello junto con la existencia misma de una cultura de la información. El gran aporte de Simon reside en la sustitución de la lógica jerárquica y burocrática en la toma de decisiones, por relaciones de cooperación y coordinación como alternativa más racional en la organización de los procesos; lo que nos permite utilizar esta condición en la propuesta teórica que se expone, toda vez que implica en el marco jurídico-institucional un cambio sustancial de los papeles del Estado, como categoría contentiva, y el cambio del rol de la ciudadanía, mostrando como primer elemento de transformación el ejercicio garantizado del derecho y su observancia en la verificación de la validez normativa relacionada con la actividad financiera pública. *Prima facie*, exponemos el primer cambio epistemológico en las relaciones Estado-ciudadanía, en un plano, claramente teórico, pero dotado de gran significado práctico. Esto explica, en gran medida, nuestra declarada aquiescencia con el posicionamiento primigenio de Boaventura de Sousa, referido al cambio de posición del rol del Estado en una democracia progresiva (Bonet y Almeida, 2021; Gaxiola, 2021).

Tomando en segunda instancia el trabajo de Kahneman, es preciso señalar la importancia de su observación del papel de la información en la toma de las decisiones. Esta peculiaridad resulta extremadamente atractiva para las aproximaciones desde las ciencias jurídicas pues su reflejo cognitivo en los individuos es palmario, en 2002 apuntaba, con agudeza, que

en ausencia de un sistema que genere, de una forma fiable, representaciones canónicas apropiadas, las decisiones intuitivas serán moldeadas por los factores que determinan la accesibilidad de los distintos rasgos de la situación. Los rasgos que son muy accesibles influirán en las decisiones, mientras que los rasgos poco accesibles serán olvidados en gran medida —y la correlación entre la accesibilidad y el juicio reflexivo de la relevancia en una situación de información completa no es necesariamente elevada. (Kahneman, 2003)

Es una conclusión célebre a la que llega Kahneman al exponer, con sencillez loable, que la amplitud de información no garantiza indubitadamente la adopción de una decisión racional, ello, con un anclaje evidente en el teorema de la imposibilidad formulado por Arrow (Sandroni y Sandroni, 2020), tenidas en cuenta la limitación de la racionalidad, la escasez o la irrelevancia de la información, se señala, como lógica consecuencia, los conocidos problemas de riesgo de incertidumbre.

Es dable exponer que, en el caso de la fiscalidad participativa, la carencia de información o su escasa utilidad ocasiona una disminución del potencial ejercicio del derecho por la ciudadanía, ocurriendo un fenómeno de blindaje a las administraciones públicas. Este fenómeno descrito se corresponde con las fases más bajas de la escalera de Arnstein (Guillen, Sáenz, Badii y Castillo, 2009) observando siempre el material informativo o contenido informacional examinado.

La mera existencia de esta característica significa, *ipso facto*, la reconfiguración de los roles de las administraciones públicas, lo cual resulta congruente con la cosmovisión de la llamada escuela de derecho administrativo itálica, con especial significación para el egregio aparato teórico de Nigro, al apuntar con certeza, que

si en el modelo clásico de Administración ésta es una estructura separada, cuyas relaciones con la sociedad civil se producen sólo por el trámite del sistema político[...] la Administración actual tiende cada día más a establecer relaciones directas e “institucionales” con la sociedad. Es más, tiende a constituirse como una de las formas de organización y de expresión de esta sociedad. (Nigro, 1988)

Observando los postulados de esta postura teórica es no sólo lícito, sino deseable, entender a las organizaciones administrativas como de una de las formas de ejercicio de la soberanía popular, con las subsecuentes consecuencias que esta asunción supone trae para los límites ónticos de la fiscalidad participativa.

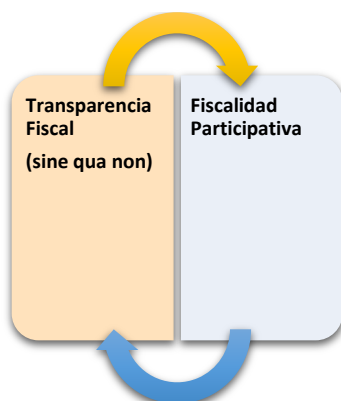
En esta cuerda que pondera los efectos, ha puntualizado Arena (1997) con claridad que se trata de una mutación radical entre la administración y la sociedad en que opera, teniendo en cuenta que aquella no es unívoca ni monolítica, sino que tiene una multiplicidad de instituciones proporcionales a las funciones que cumple, y todo ello resulta atravesado por el cambio que esta noción de transparencia supone. Es de suponer, bajo esta exposición, el papel especial que se concede a la cultura de transparencia en la gestión administrativa, favorecedora del cambio de roles que argumentamos y coadyuvante valioso en el proceso de empoderamiento de la ciudadanía misma.

Con un objetivo didáctico, es inteligente esclarecer que la forma de ejercitar los derechos relativos a la información no excluye ni se superpone a la fiscalidad participativa, sino que, en nuestra visión, ocurre un fenómeno de complementariedad, lo que tiende a garantizar la existencia de aquel y garantizar su vigor. En nuestra opinión, nunca se encuentra sin relación con el resto de los componentes, sólo debido a fines exclusivamente expositivos, que contribuyen a la depuración de la noción de fiscalidad participativa permanece relativamente aislada.

Entonces, desde el punto de vista teórico, la transparencia focalizada entronca de manera más directa con los requerimientos de la fiscalidad participativa, pues, para que la participación ciudadana en la gestión financiera pública resulte real, la información ha de ser pertinente y en la mayoría de los casos demandada y especializada (presupuestos, inversiones, partidas presupuestarias, crecimiento o disminución del empleo, incremento de la inversión extranjera, gastos de capital, presupuestos por objetivos, etcétera). En su aspecto más praxeológico, contendrá los principios de máxima divulgación fiscal, que implicará la posibilidad de acceso a la ciudadanía de los indicadores de la gestión financiera pública a fin de que el ejercicio de los mecanismos participativos en materia financiera —presupuestos participativos, audiencias públicas, dobles lecturas presupuestarias, consejos de gestores, plebiscitos, referendos, etcétera— resulte de un amplio acceso a la información disponible,

no dejando de incluir aquellos índices, ratios, *guarísmicos* o no que resulten solicitados en el apego al principio de pertinencia de la información. La publicación de indicadores generales, con mecanismos de fácil entendimiento, ayudan a acotar la base de racionalidad limitada en la cosmovisión que hemos abordado. Resulta entonces que, la relación entre la transparencia fiscal, y la fiscalidad participativa es sinalagmática y proporcional (figura 2), sin aquella resultaría incorrecto verificar la existencia de la fiscalidad participativa —*tertium non datur*— pues resulta desde el punto de vista filosófico, como hemos demostrado su soporte óptico.

Figura 2. Esquema de relación sinalagmática entre la transparencia fiscal y la fiscalidad participativa



FUENTE: elaboración propia.

Por otro lado, si bien la *bounded rationality* opera como una categoría que explica las limitaciones en condiciones de inexistencia de representaciones canónicas adecuadas, para las elecciones de los ciudadanos también suponen una exigencia para las pautas informativas en materia de actividad financiera, para el Estado y sus administraciones públicas, con el objeto de garantizar el derecho a la información, en primer lugar y con ello el soporte o garantía material para el derecho de participación en la gestión financiera pública y el estado de fiscalidad participativa. Advertido este marco relacional, la conclusión subsiguiente estribaría en que el marco institucional

de la transparencia resulta decisivo para la garantía de la fiscalidad participativa en cualquier ordenamiento jurídico.

Otro elemento teórico importante en la cuerda que exponemos se relaciona con la transparencia tributaria y el derecho de acceso a la información. Existe un consenso en entender ambas categorías en una relación estrecha con la certeza y seguridad jurídicas. La distinción entre datos personales y datos con relevancia tributaria, resulta clave a la hora de esbozar los límites del ejercicio del derecho, pues distinguiría *a priori* los regímenes jurídicos aplicables. Mientras la primera recae sobre la protección relativa a los datos personales en leyes generales para este tipo de información; la segunda se relaciona con el secreto fiscal con estrictas connotaciones en el ámbito jurídico-fiscal. Por su parte, la no confidencialidad facilitaría un amplio acceso sobre ella. En la primera, se corporiza el secreto fiscal entendido como “una obligación para las autoridades fiscales, de guardar absoluta reserva de lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes” (Magallanes Martínez, 2017). En este caso, vale citar la afamada sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 2005, respecto a la petición de información sobre deudas incobrables, denegada en la fase gubernativa por la administración tributaria, al extender la protección al derecho de acceso a la información pública al reflexionar que

si bien es claro que las declaraciones presentadas por los particulares no pueden ser divulgadas por el tipo de información que contienen, no ocurre lo mismo cuando ya una deuda ha sido declarada incobrable, pues existe un evidente interés público en determinar la forma en que la administración se condujo en un caso como ese [...] pues sólo de esa manera los particulares pueden realizar una adecuada fiscalización de las finanzas públicas, determinando si la administración tributaria adoptó o no las medidas necesarias para afrontar los problemas de morosidad. (Luna Pla y Ríos Granados, 2010)

Se trata de que el secreto no es posible esgrimirlo por las administraciones tributarias ante casos que demuestren información de interés público, incluido el control de las finanzas públicas, aspecto esencialísimo para la fiscalidad participativa.

Con estas premisas abordaremos el fenómeno de la transparencia fiscal en los límites del ordenamiento jurídico cubano en el epígrafe siguiente.

III. Un análisis de la transparencia fiscal. Apuntes necesarios para un fenómeno complejo en Cuba

Cuba estrenará, por primera vez, un marco jurídico para la transparencia y acceso a la información en este año 2024 al aprobar la Asamblea Nacional del Poder Popular la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, sancionada en julio de 2024 y prevista para entrar en vigor durante el 2025, pues establece una eficacia demorada de 180 días a partir de su publicación lo que hasta la fecha de este trabajo no ha ocurrido.

Por esta problemática, realizaremos el análisis por niveles de instituciones, para poder ilustrar con mayor claridad nuestros argumentos. Si bien el anterior texto constitucional cubano resultaba parco en este aspecto, no regulando lo relativo a la obligatoriedad de los órganos estatales de informar pertinentemente de su actuación a la ciudadanía, sólo la formulación jurídica del derecho a la libertad de palabra y prensa aludía al derecho a la información, que incluía los tópicos que hemos venido exponiendo, y en su oración final atisbaba que su uso debía estar al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad. Razonadas discusiones académicas advertían de aquella falencia y del entorno regional y global que, desde los años 2000, comenzaban a ser prolífico en normas sobre transparencia. Por otro lado, se produjeron pronunciamientos en la actividad política que comenzaron a desbrozar el camino y a instalar el tema en la futura agenda de reforma constitucional y las consecuentes normas de desarrollo. En tal sentido, la evidencia más clara se observó en el pronunciamiento de la Ley de la Contraloría General¹ que, por primera vez en una norma de su tipo, le estableció obligaciones a este órgano de “ejecutar las acciones que considere necesarias con el fin de velar por la correcta y transparente administración del patrimonio público; prevenir y luchar contra la corrupción” (Del Río-Hernández,

¹ Ley Núm. 107, de 2009.

2016; Pérez Conchillo, Cruz Mantilla de los Ríos, González Moro, Galdámez Morales y Sierra Rodríguez, 2022).

Como lógico resultado del proceso anterior, se produjo la inclusión en el nuevo texto constitucional. El artículo 53 de la actual carta magna² refrenda el derecho de la ciudadanía a solicitar y recibir del Estado información veraz, objetiva y oportuna, habilitando a los titulares del derecho a acceder a la información que se genere en los órganos del Estado y entidades, sin dudas un paso de avance innegable entre la parquedad y el reconocimiento expreso del derecho, con los atributos que el constituyente reconoció para la información. Ahora bien, dado el carácter de soporte de la transparencia que posee el derecho a la información, la reserva de ley expresa debió constituir la técnica a utilizar para la remisión constitucional. El constituyente utiliza la fórmula general “regulaciones establecidas” que, si bien no limita la adopción de una ley como acto normativo particular, tampoco lo restringe a ello, pudiendo elaborarse por normas de menor jerarquía, con los consiguientes problemas del caso en que se tratare. Por otro lado, el término transparencia resultó incluido en tres oportunidades en el texto; primero, en el 101 h), que establece que “los órganos del Estado, sus directivos y funcionarios actúan con la debida transparencia”, en relación con el Consejo Electoral Nacional y en la mención a la Contraloría General de la República como veladora de la transparente administración de los fondos públicos. Para los efectos del presente trabajo, nos concentraremos en el nivel constitucional sólo en la primera y la tercera alusión.

En relación con el principio de actuación con transparencia para los órganos del Estado, hubiere resultado loable la remisión expresa a una ley de transparencia, de manera que la transparencia fiscal fuera una lógica consecuencia del actuar de órganos estatales y administrativos, conformando un marco institucional más acotado, provisto de un plexo de principios, valores y normas que facilitaren su traducción a la actividad financiera. No resultando así, la doctrina nacional ha señalado, con agudeza y esperanza que, si bien el constituyente no lo indicó, tampoco lo prohibió; por lo que la senda de la voluntad política queda abierta a la formación de consensos en torno a la necesidad de tal norma, ya aprobada en este rango por el parlamento cubano.

² Constitución de la República de Cuba, de 2019.

La expectativa generada por esta norma, si bien no anula el anhelo de un derecho claramente delimitado en sus contenidos esenciales, constituye innegablemente un paso de avance, de consideración, en el camino de transparentar el accionar del Estado y sus administraciones públicas. Se ha defendido desde sus ponentes que la norma regula, controla y promueve la cultura de la transparencia en la gestión pública; contribuye al control popular sobre los actos en la gestión pública; tributa al cumplimiento del objetivo de desarrollo sostenible 16 y sus metas, y que resulta coherente con otras normas jurídicas relacionadas, además de establecer el equilibrio necesario entre la información que se transparenta o accede y la protección de la información para asegurar la defensa y seguridad nacionales. Por primera vez en el ordenamiento jurídico, se asume una definición sobre información pública y las excepciones a estas amparadas en la defensa y la seguridad nacionales. Se ha argumentado por el ministro ponente, que constituye el más alto testimonio del Estado cubano para transparentar su gestión, en medio de un escenario de guerra económica (Castro Machado, 2024).

Sus detractores han argüido que, la inexistencia de un órgano garante de la transparencia al estilo de la región (consejos e institutos de transparencia), y las excepciones junto al tratamiento especial brindado por el legislador a los órganos estatales —definidos como tales en la norma constitucional— constituyen su talón de Aquiles. Desde el punto de vista exclusivamente fiscal que ha venido sosteniendo la norma, la configuración del derecho a la información pública facilitaría al contribuyente/ciudadano ejercer este derecho para transparentar, en los términos de la ley, información relativa a la administración tributaria que no estuviere pública. Ahora bien, desde el punto de vista tributario, la armonización de los preceptos de la norma con el reglamento de la ley tributaria resulta vital para el ejercicio de la transparencia fiscal. La configuración del secreto fiscal en el artículo 15 del Decreto 308/2012, no permite una clara línea de actuación para la administración tributaria y los contribuyentes en las condiciones estructurales de la economía en Cuba. Si bien resulta garantista para la información de relevancia tributaria, declaraciones de los sujetos pasivos, al disponer expresamente un régimen de confidencialidad sobre esta la discrecionalidad de los medios de difusión, no resulta congruente con la norma general precitada. Valdría aquí comprender el alcance del ejercicio hecho por la Corte costarricense en el caso *supra* explicitado.

La obligatoriedad de la administración tributaria cubana para adaptarse al régimen previsto, facilitando mecanismos para transparentar información y medios para la proactividad en la generación de informaciones que faciliten el estado de fiscalidad participativa, serán decisivos en el camino hacia la implantación de la ley y su imperativo jurídico-tributario.

En el restante ordenamiento infralegal vigente resulta una sensible falencia, producto de una multiplicidad de factores, a saber: la emergencia posterior de los trabajos y mecanismos sobre transparencia, la hostilidad hacia el desarrollo de la economía cubana por los mecanismos de bloqueo estadounidense, la ausencia de conciencia sobre la importancia del asunto y el pobre tratamiento sistemático de la ley.

La materia de acceso a la información ha sido regulada en sucesivas normas como las leyes 1246 de 1973,³ referida a la protección del Secreto Estatal, así como su reglamento juridificado en el Decreto 3753 de 1974,⁴ igualmente el Decreto 3787⁵ del mismo año, referido a los servicios de cifrados.

Sin embargo, el Consejo de Estado sistematizó y actualizó todas estas normas en el Decreto-Ley 199 de 1999,⁶ el que ha regulado tal materia que debió poseer un mejor y más tecnificado asidero constitucional. En el texto anterior, queda hoy completamente desasido bajo los postulados del 53 constitucional y el 107 h) de la carta de 2019, y la letra de la nueva ley de transparencia y acceso a la información pública. La letra de la norma faculta al Ministerio del Interior como órgano administrativo competente para aplicar y controlar el proceso de protección a la información oficial. Esta última es definida como

aquella que posee un órgano, organismo, entidad u otra persona natural o jurídica residente en el territorio nacional o representaciones cubanas en el exterior, capaz de proporcionar, directa o indirecta datos o conocimientos que reflejan alguna actividad del Estado o reconocida por éste y que pueda darse a conocer de cualquier forma perceptible por la vista, el oído o el tacto.

³ Ley Núm. 1246, de 1973.

⁴ Decreto Núm. 3753, de 1974.

⁵ Decreto Núm. 3787, de 1974.

⁶ Decreto Ley Núm. 199, de 1999.

Esta definición debe atemperarse bajo la definición de la nueva norma legal, pues resulta contrario en sentido a la noción de información pública.

La regulación de esta norma sobre la información es sumamente importante en el *iter* que exponemos, pues, en teoría, toda aquella que no goce del estatus de clasificada o limitada puede perfectamente ingresar el banco informacional disponible para la ciudadanía en relación, en este caso, con la actividad financiera pública. La norma al respecto introduce como regla la potestad discrecional de los jefes de órganos y organismos para considerar limitada una información, a partir de las funciones que realice y las implicaciones de la divulgación de su contenido; no sólo podrían contradecir los postulados de la ley de transparencia, sino que en la *ratio legislatoris* resulta, a todas luces, contraria. Tal cuestión legal hace, desde nuestro punto de vista, imprescindible una nueva cultura administrativa, si tal facultad ha de descansar exclusivamente en esos sujetos. Caso distinto ocurre en sede de la nueva ley de transparencia, donde al menos en materia fiscal se establece, aunque no expresamente, la posibilidad de acceder a información relevante de interés público que no comprometa la confidencialidad tributaria.

El escenario que la nueva norma plantea en el campo fiscal es el amplio acceso a la información relevante para la toma de las decisiones por la ciudadanía en materia de gestión financiera pública, lo que ha de resultar la regla. *Ergo*, la discrecionalidad en estas cuestiones ha de situarse bien acotada respecto a un muy limitado cúmulo informacional. La supresión de información sin estos ribetes o la cultura de no divulgación, comprometen sensiblemente el ejercicio del derecho de la ciudadanía, en relación con la gestión de las finanzas públicas presente y futuro.

Durante el año 2000, el Ministerio del Interior emitió la disposición administrativa 1, que regula de manera general la seguridad y protección de la información oficial. En relación con lo que abordamos, por ejemplo, resulta en virtud del artículo 24 clasificado, todo el proceso de negociaciones comerciales, económicas y financieras relacionado con la inversión extranjera. Es comprensible en su esencia, dada la ocurrencia de los fenómenos *supra* señalados, pero deficientemente regulados, a partir incluso de lo planteado en relación con la necesidad de ampliación de esta a otros sujetos, en el proceso de inversión de la pirámide decisoria, la descentralización administrativa en marcha y la autonomía municipal, declarada en el texto de la Constitución

de 2019 y la nueva ley de transparencia y acceso a la información. Por supuesto, que las normas no transfieren por sí solas la cultura organizacional que en su teleología portan, de ahí la importancia de las buenas prácticas en las instituciones estatales y administrativas, así como entes con finalidades públicas en la materia que hemos venido exponiendo.

En las antípodas de las normas anteriores, se encuentra el actual Decreto-Ley 281/2011⁷ que, al menos en su deontología, debe poseer un componente participativo importante.

Esta norma, referida al Sistema de Información del Gobierno en su *summum*, se encuentra bastante distante de este objetivo. Su artículo 4 es bastante revelador y señala que

el Sistema de Información del Gobierno incluye en su composición a los sistemas informativos del Gobierno Central, de los organismos de la Administración Central del Estado, de las administraciones locales del Poder Popular, y del resto de las entidades empresariales y presupuestadas del país, que gestionan información relevante para el Gobierno.

La última expresión explica la lógica funcional de la norma y el criterio subyacente en todos los organismos que crea o atribuye funciones.

Sorprende en su análisis la no regulación de las probables interacciones del Consejo de Información del Gobierno, con la Asamblea Nacional del Poder Popular, en tanto órgano supremo del poder del Estado y la ciudadanía en el ejercicio del derecho de participación. Entiéndase bien el punto: no se trata del órgano en sí mismo que la norma regula en función de la conducción administrativa del Estado, sino de los resultados de sus decisiones y la publicidad de la información, cerrando la sistemática con lo ordenado por la Constitución, el Decreto-Ley 199 y lo necesario para la labor gubernamental. Urge su actualización bajo los postulados de transparencia, ordenado por el constituyente. De ahí lo relevante que resultará la ley de transparencia como norma especial y ordenadora de la materia en todo el espectro jurídico cubano.

La base informacional, por ejemplo, para la participación en disímiles materias que ordena la ley de consejos populares. En este caso, la actividad fi-

⁷ Decreto-Ley Núm. 281, de 2011.

nanciera pública depende de la calidad de la información que se posea en un número elevado de rubros técnicos, cuya divulgación nacional y compendio se ubica bajo las decisiones del Consejo de Información, y la redacción de la norma adolece de este enfoque. En este último punto vale la insistencia de que la información necesaria para la *corporización* de la transparencia que soporta a la fiscalidad participativa ha de ser oficial, en el caso del ordenamiento cubano esta observará las características que establece el Decreto 67 de 1983⁸ (en espera de abrogación por el proyecto de Ley de los Organismos de la Administración Central del Estado) y en su caso la nueva Ley del Consejo de Ministros en lo que concierna a lo expuesto anteriormente,⁹ o sea, emitida por representantes válidos de las instituciones estatales y administrativas y aprobadas por la actual Oficina Nacional de Estadísticas e Información, sucesora del Comité Estatal de Estadísticas, presente categorialmente en la vigente norma.

Respecto a la teleología en la norma marco y su significativa omisión de la ciudadanía como destinataria y sujeto activo de la actividad informacional, esto resulta parcialmente salvado en la disposición administrativa 70, emitida por la Oficina Nacional de Estadísticas,¹⁰ la que conceptualiza a su actividad como “servicios estadísticos” destinados a “satisfacer solicitudes de información de los órganos, organismos, entidades e instituciones nacionales, ciudadanos, organismos internacionales, instituciones y entidades extranjeras residentes o no en el territorio nacional cubano”. Con ello, establece su norte en el enfoque participativo, lo cual es positivo; pero aun adolece en la arista de propiciar el acceso local a la información, y sobre todo, el enfoque de pertinencia en materia financiera como abordaremos más adelante. Si bien resulta una extensión de facultades vía reglamentaria y un camino de técnica normativa alejado de los modelos ideales permite corporizar la noción de progresividad de los derechos teniendo a las instituciones administrativas como protagonistas, se trata de un peculiar espacio en el marco regulatorio de la información pertinente para los procesos participativos en materia financiera.

⁸ Decreto-Ley Núm. 67, de 1983.

⁹ Ley Núm. 134, de 2020.

¹⁰ Resolución Núm. 70, de 2016.

En materia fiscal se ha reconocido que, a partir de la primera reforma tributaria en 1994, se ha iniciado un lento proceso hacia una mayor transparencia de los mecanismos de gestión y las cuentas públicas. Como ha descrito Barceló Pérez “como parte del ordenamiento de las finanzas públicas, en abril de 1999 se aprobó el Decreto-Ley Núm. 192,¹¹ “De la Administración Financiera del Estado”, cuyo objetivo principal era imprimir un mayor grado de transparencia, ordenamiento y organicidad a todo el proceso de planificación, ejecución y control de los recursos financieros públicos, en función de las metas y políticas trazadas por el Estado. Esta decisión constituyó un paso importante en el proceso de modernización y organización del Estado y la Administración Pública en Cuba” (Barceló Pérez, 2016).

Antes del 2020, es decir de la unificación cambiaria y monetaria en Cuba, el panorama para lograr la transparencia fiscal estructuralmente era muy complejo. De hecho, la breve inclusión en este trabajo de algunos elementos de ese período resulta clave para entender las circunstancias de esta categoría hoy en la realidad cubana. De ahí que durante el período de la dualidad monetaria se incluyera la decisión de que

las necesidades financieras en CUP del gobierno (para cubrir pagos en CUC) se reflejaran en el anteproyecto de la ley del presupuesto. Esta acción representó un importante paso de avance en materia de transparencia fiscal. Sin embargo, aún quedaban zonas de cuasifiscalidad en el proceso, referidas a la cuenta entre el presupuesto y la cuenta de financiamiento central, “con lo cual esta última se mantenía otorgando recursos financieros al gobierno, sin que se manifieste en el balance presupuestario. (Barceló Pérez, 2016)

Esta no era la única zona opaca dentro de las cuentas públicas, los gastos tributarios contribuían y contribuyen aún hoy en la actualidad, luego del ordenamiento monetario y cambiario, a otra de estas zonas en el mapa de transparencia de la actividad financiera pública. La existencia de tal categoría implica una renuncia pecuniaria del Estado en tanto aplica beneficios, incentivos o regímenes tributarios especiales con fines sociales determinados, ora de promoción de determinado orden de actividades ora de protección.

¹¹ Decreto-Ley Núm. 192, de 1999.

Tal renuncia, desde un análisis exclusivamente *principalista*, implica una fuerte dosis de transparencia, pues puede colisionar teleológica y funcionalmente con la indisponibilidad del crédito fiscal, pilar esencial en la seguridad jurídica del proceso de exacción. Este fenómeno, resuelto en el marco de la región latinoamericana con la existencia de los llamados presupuestos de gastos tributarios, que informan la cuantía y el efecto macroeconómico de la renuncia por sector de la imposición, tipos y hechos impositivos, con lo cual es posible aquilatar la magnitud del dinero público dejado de ingresar, las causas y los efectos. Esta circunstancia es sumamente importante pues, *ipso facto*, implica la transferencia de dinero público a otros sectores y la reducción del gasto. En el caso cubano

un elemento a debate en el tema es el de la falta de transparencia fiscal generada por los gastos tributarios, en tanto constituyen, en cierta medida, subvenciones fiscales, cuando existe la alternativa de tratar de lograr los mismos propósitos mediante programas de gastos directos, sobre los cuales se puede ejercer un mayor control desde la etapa misma de elaboración de los proyectos de presupuesto, hasta el análisis de sus resultados finales. (Gil Vinseiro, 2001)

En otra cuerda de análisis, y teniendo como objetivo primigenio la sostenibilidad fiscal, se ha analizado el papel centralizador que se mantiene en la actividad financiera pública, afirmando que la

presencia de un modelo de gestión centralizado y una estructura organizacional que todavía no diferencia adecuadamente los diversos papeles del Estado como 1) diseñador e implementador de políticas económicas; 2) gestor de actividades productivas y 3) regulador económico. A pesar de que se han tomado varias medidas en esta dirección a partir de 2011, todavía es común encontrar fronteras desdibujadas entre las funciones estatales de ministerios globales y ramales, entre estos últimos y las correspondientes empresas subordinadas, o entre delegaciones territoriales, ministeriales y autoridades locales. (Hidalgo de los Santos y Doimeadiós Reyes, 2016)

A pesar de la descentralización territorial en marcha, acentuada desde la constitución de 2019, la nueva estructura institucional y normativa de los

órganos locales del poder popular y la posibilidad de estos de generar tejido económico propio (asociatividad, creación de sujetos, manejo de inversiones, inversión extranjera directa, operaciones de comercio exterior, asociaciones público-privadas) la lógica verticalista y centralista pervive en gran medida en los modelos de actuación de las administraciones públicas. Este problema práctico influye decisivamente en la gestión y en la transparencia misma en materia exclusivamente fiscal.

Por otro lado, hay que explicar un complejo fenómeno estructural originado con la doble moneda y que se manifiesta con circunstancias que aun afecta la transparencia fiscal y continúan mostrando síntomas de cuasifiscalidad. Dentro de los problemas estructurales de la economía cubana se encontraba la existencia de dualidad monetaria no sólo provocaba efectos nocivos en la economía, sino que se traducía en distorsión e inexactitud en el sistema de cuentas públicas pues no existía un tipo de cambio unívoco, que permitiera reflejar con fidelidad los flujos en ambas monedas nacionales (CUP-CUC), generando, en la práctica, en las transacciones entre instituciones públicas un sistema de impuestos y subsidios implícitos que lastraban la eficacia del sistema financiero.

En ese mismo sentido de análisis se ha planteaba por Hidalgo de los Santos y Doimeadiós que

debido a la segmentación de monedas no existe unicidad fiscal, pues en la práctica coexisten tres mecanismos de asignación de recursos fiscales: el Presupuesto del Estado (transacciones en CUP), Cuenta de Financiamiento (transacciones en CUC) y el Plan de Divisas administrados por entidades diferentes. En consecuencia, existe una incompleta concentración de funciones fiscales y monetarias en las entidades que cumplen dicho papel dentro del sector público lo que supone una fuente de cuasifiscalidad. (Hidalgo de los Santos y Doimeadiós Reyes, 2016)

El ordenamiento monetario y cambiario eliminó el CUC, unificó monetaria y cambiariamente la nación y eliminó estos problemas que lastraban la transparencia fiscal. Sin embargo el endurecimiento de las medidas norteamericanas en el periodo de la administración Trump, la crisis de la pandemia del COVID-19, así como la crisis económica postpandemia obliga-

ron a redolarizar parcialmente la economía cubana, adoptando nuevamente la segmentación de mercados y actividades económicas en dólares o divisas internacionales (MLC) de larga data en Cuba (Guerrero Aguilar, 2022), autorizadas a operar libremente por resolución del banco central de Cuba de 2004 y repotenciadas en este contexto por la resolución 115/2020 del Ministerio de Economía y Planificación. Esto ha traído doble operatividad en la mayoría de los sujetos económicos en Cuba, mientras el presupuesto continúa expresando en sus relaciones al CUP, una parte no desdeñable de los actores, las administraciones y los ciudadanos en general operan desde el MLC, lo que contribuye a nuevamente advertir un velo de cuasifiscalidad y fenómenos que atentan contra la transparencia fiscal que se creían superados con la medida. El contexto afectado también por una inflación importante, así como una contracción económica en amplios sectores de la economía consecuencia de los factores *supra* explicados, lo que fragiliza más que en otras ocasiones al sistema fiscal y su base informacional desde todos los actores intervinientes.

La autorización administrativa que fue instituida por la administración económica *supra* citada y que constituye la naturaleza jurídica de la capacidad de liquidez vuelven a gravitar sobre los índices necesarios para configurar la base informacional mínima de la transparencia fiscal lo que hace que padezca gravemente en los principios configuradores que hemos defendido en este trabajo, exhaustividad fiscal, *completud*, divulgación total, pertinencia, etcétera. Esto no sólo se trata de voluntad de las administraciones públicas o de los órganos representativos, sino de dificultades estructurales que han de solucionarse o atenuarse en forma sustancial para garantizar la observancia y utilidad de la ley de transparencia, al menos desde la visión de la transparencia fiscal y la fiscalidad participativa. Sobre todo, en un escenario futuro de rigidez presupuestaria en relación al camino para la construcción de las bases de sostenibilidad fiscal en Cuba (Hidalgo de los Santos, 2021).

IV. Comentarios conclusivos

Este conglomerado categorial que hemos analizado signa el panorama óptico y praxeológico de la transparencia fiscal en Cuba, cuyas interacciones adquieren un tránsito hacia la transparencia en la actualización del modelo

económico y la definición del plan nacional de desarrollo hasta el 2030. El camino hacia el equilibrio fiscal, la fiscalidad participativa y el desarrollo económico, todo ello, teniendo como pivote esencialísimo la transparencia de las actuaciones gubernamentales en materia fiscal.

Dadas las relaciones teóricas establecidas en este trabajo, resulta imposible, desde el punto de vista exclusivamente de transparencia fiscal, verificar la existencia de la fiscalidad participativa, dada la inexistencia de un marco formal para su implementación, y la presencia de dificultades estructurales para garantizar elementos trascendentes a la categoría como la amplia divulgación, la *completud*, la pertinencia del caudal informacional y las falencias en cuanto a la transparencia focalizada en su instrumentación en sede de fiscalidad. Ello compromete sensiblemente a la fiscalidad participativa en tanto estado deseable de la participación ciudadana en la gestión de las finanzas públicas en el ordenamiento jurídico cubano.

Ergo, la nueva ley de transparencia y acceso a la información constituye un importante basamento normativo para la transparencia fiscal como soporte óptico de la fiscalidad participativa, aunque elementos estructurales — como los que hemos explicado — afectan el ejercicio del derecho en Cuba. Se debe acometer una ingente labor de sistematización del entramado normativo infralegal que permita una armonización de los mandatos del régimen jurídico de transparencia en el ámbito fiscal.

La transformación de la administración tributaria en esta materia será vital para generar un modelo de gestión participativo y transparente que garantice los principios de la fiscalidad participativa en Cuba.

Si bien los órganos judiciales no han sustanciado ni justiciado asuntos relativos a esta materia en Cuba, la nueva norma y el postulado constitucional permiten garantizar a los contribuyentes el acceso a la información y su tutela judicial en el ámbito de la gestión de las finanzas públicas a pesar incluso de los factores objetivos de cuasifiscalidad que afectan el flujo informacional en la administración financiera en el país.

La administración tributaria cubana se encuentra abocada a una transformación radical en su actuación, frente al acceso a la información por parte de la ciudadanía; por lo que esta pauta debe resultar una piedra angular para la próxima reforma del sistema tributario en Cuba, ya anunciada y en curso.

Se trata, en resumen, de la modernización de la administración tributaria en Cuba como parte del cumplimiento del mandato del constituyente de 2019, lo que, sin dudas, nos legará en el ámbito fiscal la plena realización de la fiscalidad participativa.

V. Referencias

- AA.VV. (2009). *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. Retrieved from Berlin, Alemania. <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>
- Arena, G. (1997). La transparencia administrativa. *Documentación administrativa*.
- Bacigalupo, S. (2022). Evaluación de la Transparencia y rendición de cuentas desde la perspectiva de Transparency International. En J. I. Criado (Ed.), *Gobierno abierto, innovación pública y colaboración ciudadana*. (Vol. 1). (pp. 127-149). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Barceló Pérez, A. (2016). Marco institucional de la financiación pública en Cuba. Algunos apuntes. *Revista del Banco Central de Cuba*, 1(2), 7-15.
- Bauhr, M. y Grimes, M. (2014). Indignation or resignation: The implications of transparency for societal accountability. *Governance*, 27(2), 291-320.
- Bonet, A. J. A. y Almeida, L. (2021). Teoría de la democracia de Boaventura de Sousa Santos: Radicalización y descolonización democrática. *Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, (94), 256-271.
- Bryan, F. M. (2010). *Real democracy: The New England town meeting and how it Works*. University of Chicago Press.
- Castro Machado, I. (2024). Aprueban diputados Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. *Noticiero Nacional de Televisión*. Servicios Informativos de la Televisión Cubana.
- Cervantes Hernández, A. Gobierno abierto y transparencia gubernamental: una perspectiva desde los gobiernos municipales de México. *Encrucijada, Revista Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública*, (43), 1-16.
- Constitución de la República de Cuba (2019, abril 10).

- De Fine Licht, J., y Naurin, D. (2022). *Transparency Handbook on theories of governance*. Edward Elgar Publishing.
- Del Río-Hernández, M. A. (2016). La transparencia gubernamental y el acceso a la información pública en el contexto de una actualización constitucional en Cuba. *Santiago*, (141), 657-668.
- Decreto-Ley Núm. 281, Del Sistema de Información del Gobierno (2011, febrero 23).
- Decreto Ley Núm. 199, Sobre la Seguridad y Protección de la Información Oficial (1999, diciembre 2).
- Decreto-Ley Núm. 192, De la Administración Financiera del Estado (1999, abril 8).
- Decreto-Ley Núm. 67, De organización de la Administración Central del Estado (1983, abril 19).
- Decreto Núm. 3753, Reglamento de la Ley del Secreto Estatal (1974, enero 17).
- Decreto Núm. 3787, Reglamentos Gubernamentales para el Servicio Cifrado Nacional y para el Servicio Cifrado Exterior (1974, septiembre 23).
- Gaxiola, N. C. (2021). Introducción a las ideas jurídicas de Boaventura de Sousa Santos. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, (14), 32-32.
- Gil Vinseiro, A. (2001). *Gastos tributarios: Breve análisis de su impacto en el sistema tributario cubano (Informe)*. Ministerio de Finanzas y Precios.
- Guillen, A., Sáenz, K., Badii, M. H., y Castillo, J. (2009). Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Revista Daena (International Journal of Good Conscience)*, 4(1).
- Hidalgo de los Santos, V. (2021). Sostenibilidad fiscal en Cuba: una perspectiva institucional. *Economía y Desarrollo*, 165.
- Hidalgo de los Santos, V., y Doimeadiós Reyes, Y. (2016). Sostenibilidad fiscal. Prioridad en la agenda de transformaciones del modelo económico cubano. *Investigación económica*, 75(298), 155-184.
- Hood, C. (2007). What happens when transparency meets blame-avoidance? *Public management review*, 9(2), 191-210.
- Hood, C., y Heald, D. (2006a). *Transparency in historical perspective*. Oxford University Press.
- Hood, C., y Heald, D. (2006b). *Transparency: The key to better governance?* (Vol. 135). Oxford University Press for The British Academy.

- Kahneman, D. (2003). Mapas de racionalidad limitada: Psicología para una economía conductual. *Revista Asturiana de Economía*, (28), 181-225.
- Kaufmann, D., y Bellver, A. (2005). *Transparenting transparency: Initial empirics and policy applications*.
- Ley Núm. 134, de 2020, Ley de Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros (2020, diciembre 23).
- Ley Núm. 107, De la Contraloría General de la República de Cuba (2009, agosto 1).
- Ley Núm. 1246, Del Secreto Estatal (1973, mayo 14).
- Limonta Montero, R. (2019). La decisión financiera pública y el dimensionamiento del derecho de participación en ella: Apuntes para un debate. *Derechos y Libertades*, 2, 323-347.
- Limonta Montero, R. (2021). La fiscalidad participativa y la economía social y solidaria (The Participatory Fiscalty and Social and Solidarity Economy). *Revista Derecho Fiscal*, (19), 89-108.
- Lizcano Álvarez, J. (2012). Transparencia. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (3), 160-166.
- Luna Pla, I., y Ríos Granados, G. (2010). El secreto fiscal y el IFAI: primer precedente de apertura por causa de interés público en México. *Derecho Comparado de la Información*, (16).
- Magallanes Martínez, V. H. H. (2017). Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal. Desafíos en México. *Estudios en Derecho a la Información*, (3), 133-141. <https://doi.org/10.22201/ijj.25940082e.2017.3.10829>
- Nigro, M. (1988). Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell). *Enc. giur.*
- Noh, S. y Park, J. H. (2022). The determinants of targeted transparency in the US States: the roles of targeted organizations and state fiscal environments. *Public Performance & Management Review*, 45(2), 329-351.
- Pasquier, M. y Villeneuve, J. P. (2007). Barreras de la organización a la transparencia. Una tipología y análisis del comportamiento de la organización tendente a prevenir o restringir el acceso a la información. *Revista Internacional de Ciencias Administrativas: Revista de Administración Pública Comparada*, 73(1), 169-186.

- Pérez Conchillo, E., Cruz Mantilla de los Ríos, P., González Moro, A., Galdamez Morales, A., y Sierra Rodríguez, J. (2022). Panorámica jurisprudencial sobre el derecho de acceso a la información pública en el ámbito europeo. *Revista de Derecho Político*, 113, 193-220.
- Radu, B. (2019). The impact of transparency on the citizen participation in decision-making at the municipal level in Romania. *Cent. Eur. Pub. Adm. Rev.*, 17, 111.
- Resolución núm. 70, Normas del Sistema Estadístico Nacional (2016, junio 9).
- Rodríguez Panduro, M. S., Palomino Alvarado, G. d. P., y Saldaña, C. M. A. (2020). Eficiencia, eficacia y transparencia del gasto público municipal. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 4(2), 704-719.
- Ruiz-Rico Ruiz, C. (2019). Análisis comparativo de la legislación iberoamericana en materia de transparencia y derecho de acceso a la información. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(154), 255-283. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14144>
- Sandroni, A. y Sandroni, A. (2020). A comment on Arrow's impossibility theorem. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 21(1), 347-354.
- Villaverde Menéndez, I. (2019). El marco constitucional de la transparencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (116), 167-192.
- Villoria, M. (2021). ¿Qué condiciones favorecen una transparencia pública efectiva? Artículo de revisión. *Revista de Estudios Políticos*, 194, 213-247.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Limonta Montero, Reyner, “Una mirada a la transparencia fiscal como soporte óptico de la fiscalidad participativa. Unas notas a la realidad jurídica cubana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 207-234. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19017>

APA

Limonta Montero, R. (2024). Una mirada a la transparencia fiscal como soporte óptico de la fiscalidad participativa. Unas notas a la realidad jurídica cubana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 207-234. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19017>

Reflexiones en torno al cosmopolitismo desde una perspectiva democrática para la defensa de una ciudadanía global

Reflections on cosmopolitanism from a democratic perspective for the defense of global citizenship

Joaquín **Ordóñez**

 <https://orcid.org/0000-0002-6447-7188>

Universidad Autónoma del Estado de México. México

Correo electrónico: jordonezs@uaemex.mx

Mónica Natalia **Martínez Mejía**

 <https://orcid.org/0000-0003-0092-736X>

Universidad Autónoma del Estado de México. México

Correo electrónico: nataliammeji@gmail.com

Recepción: 19 de mayo de 2024 | **Aceptación:** 30 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19150>

Resumen: El cosmopolitismo como modelo moral postula que todos los seres humanos somos iguales, independientemente del origen étnico, social, político, religioso, etc. Como ideología es también una herramienta para resolver problemas globales como el desplazamiento forzado, la discriminación racial, la migración, la violencia, la intolerancia ideológica, la pobreza, el crimen organizado, los problemas ambientales, etcétera. En este artículo reflexionamos sobre la necesidad de incluir en el discurso de la democracia contemporánea, la perspectiva cosmopolita y solidaria para la defensa de bienes comunes a toda la humanidad, más allá de cualquier frontera. Con base en una metodología documental y analítica sostenemos que para hacer frente a los problemas globales que aquejan a la humanidad es necesario el actuar de la sociedad civil desde una perspectiva cosmopolita a partir de la actuación de un “ciudadano cosmopolítico”.

Palabras clave: cosmopolitismo; democracia participativa; derechos humanos; medio ambiente; sociedad civil.

Abstract: Cosmopolitanism as a moral model postulates that all human beings are equal, regardless of ethnic, social, political, religious origin, etc. As an ideology, it is also a tool to solve global problems such as forced displacement, racial discrimination, migration, violence, ideological intolerance, poverty, organized crime, environmental problems, etc. In this paper we reflect on the need to include in the discourse of contemporary democracy, the cosmopolitan and solidarity perspective for the defense of common goods for all humanity, beyond any border. Based on a documentary and analytical methodology, we maintain that to address the global problems that afflict humanity, it is necessary for civil society to act from a cosmopolitan perspective based on the actions of a “cosmopolitical citizen”.

Keywords: cosmopolitanism; participatory democracy; human rights; environment; civil society.

Sumario: I. Introducción. II. Una aproximación al pensamiento cosmopolita. III. La democracia en la era global. IV. Gobernanza cosmopolita. V. La participación ciudadana en la era global. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. Introducción

La humanidad, en la era global, se enfrenta a problemáticas sociales, políticas, económicas y ecológicas (entre otras) que deben ser resueltas con urgencia, en términos colectivos y cooperativos. Por ejemplo, las interacciones humanas que han afectado la biota terráquea (flora, fauna y recursos naturales) de un determinado territorio, tienen implicaciones en otras partes del planeta. Los daños ambientales como el calentamiento global, la deforestación, la extinción de la biodiversidad, la sobreexplotación de los recursos naturales sin renovación, etcétera, y los problemas sociales como la desigualdad económica y política, la migración, los desplazamientos forzados, el crimen organizado, la violencia, el racismo y la corrupción, entre otros,¹ plantean nuevos desafíos que tienen que ser resueltos conforme a principios que sean capaces de promover, generar y garantizar el mejoramiento en la existencia de las comunidades.

Asimismo, la globalización y las interacciones económicas han transformado la forma de vida y la manera en cómo nos relacionamos. No sólo se ha incrementado la comunicación planetaria, sino también la economía liberal se ha

¹ Pobreza extrema, intolerancia religiosa, machismo, etcétera.

expandido en los territorios más remotos del mundo, cambiando por completo la forma de coexistencia de sectores poblacionales enteros. Junto al capitalismo se han configurado sociedades cada vez más desiguales y se han afectado los principios de justicia denominados derechos humanos, lo cual coloca en problemas a la democracia contemporánea de los Estados particulares.

Así, es necesaria la discusión de un modelo universalista de igualdad moral entre todos los seres humanos que se inserte en el debate político contemporáneo de los sistemas democráticos actuales, pues el cimiento de interés en común entre las personas (independientemente de su lazos familiares, étnicos, religiosos, nacionales, etcétera) puede ser una potencial herramienta para transformar los conceptos tradicionales del ciudadano y de la soberanía y hacer posible la formación de una ciudadanía cosmopolita que sea capaz de intervenir activamente en los asuntos públicos de la comunidad internacional y, al mismo tiempo, se puedan defender los derechos humanos más allá de las fronteras de los países o de las barreras legales de comunidades específicas.

Este argumento se retoma de las reflexiones de Luigi Ferrajoli (1998) quien identifica que los significados tradicionales de soberanía y ciudadanía se han cuestionado por la crisis total del Estado nación al que ambos están ligados; el primero, en tanto que designa la completa independencia del Estado de vínculos jurídicos internos y externos; el segundo, en tanto representa el estatus subjetivo de pertenencia a una comunidad política dada. Ferrajoli propone que los cambios asociados con esta crisis no pueden interpretarse como el advenimiento de nuevos tipos de soberanía y ciudadanía, más bien, han supuesto un cambio de paradigma en el derecho internacional y en la estructura de los derechos de los Estados. Este cambio ha trastocado las viejas categorías de la visión Estado-céntrica del derecho, dando lugar a profundas antinomias entre las nociones tradicionales de soberanía y ciudadanía, por un lado, y constitucionalismo y derechos humanos, por el otro. En realidad — dice — los conceptos de soberanía y ciudadanía continúan informando las relaciones de cohabitación y conflicto, inclusión y exclusión, que existen entre los Estados y entre los pueblos y las personas. No obstante, ambas nociones no solo han perdido mucho de su efectividad y legitimidad como medios para proporcionar paz interna e integración política y para garantizar los derechos humanos, sino que además están reñidas con lo que denomina paradigma

constitucional que informa la idea de Estado de derecho como el actual entendimiento del derecho internacional.

En tal sentido, en este artículo planteamos que para poder defender efectivamente los principios de justicia denominados derechos humanos, es necesario que una categoría universalista como el cosmopolitismo forme parte del fundamento de los sistemas democráticos actuales, pues las problemáticas globales exigen la imperante cooperación global de la sociedad civil. Por ello es indispensable, como refiere Pedro de Vega (1998), una proyección mundializadora de los derechos humanos que abarque una verdadera recreación de los espacios públicos, la cual exigiría la identificación y solución previa de los espacios sociales y comunitarios en que la humanidad defina su identidad. En este sentido, la reivindicación de la sociedad civil es fundamental, ya que en su interior es donde se ejercitan efectivamente los derechos de ciudadanía.

Por esta razón, se destaca la importancia de la sociedad civil y el ejercicio de la participación ciudadana como piezas clave para la defensa de los derechos humanos tanto en el ámbito local como internacional, pues solo el actuar de una sociedad responsable² puede ayudar a la disminución y posible solución de las problemáticas globales que en la actualidad los Estados no han podido resolver. Por ello, se insiste en el papel imperante de la sociedad civil como factor de transformación a través de la participación ciudadana en el ámbito ecológico, político, social, etcétera.

Para llevar a cabo lo anterior, se utilizó el tipo de investigación descriptiva, con la que se pudieron identificar las propiedades y características del objeto de estudio (cosmopolitismo) como categoría epistemológica útil para la teoría de la democracia moderna. El cosmopolitismo es aplicado como una metodología que al proporcionar postulados universales pueden ser utilizados como herramientas para proteger no solo a la democracia contemporánea, sino

² En el contexto de la propuesta del filósofo universalista Otfried Höffe (2009) quien utiliza esta categoría como resultado de poner en marcha un orden global de derecho bajo un modelo que denomina *democracia cualificada*, esto es, un régimen político legitimado no sólo por un proceso electoral, sino por estar sujeto a los derechos humanos y la división de poderes. La sociedad responsable es aquella que va en la búsqueda de valores compartidos, promueve el respeto y la tolerancia de las comunidades y de los individuos, sin olvidar sus particularidades y con pleno respeto a su identidad, de tal manera que el concepto de democracia cualificada de Höffe constituye una alternativa filosófica para hacer frente a los problemas planteados por la globalización (Ordóñez y Martínez Mejía, 2018).

a los principios de justicia y, al mismo tiempo, promover la participación ciudadana y su posible expansión al ámbito internacional al fomentar la creación de una ciudadanía global más acorde con los requerimientos internacionales y transnacionales de nuestra era.

Se consideran algunos conceptos y postulados derivados tanto del análisis teórico de la democracia como de la teoría crítica, como la definición de “cosmopolítica” y “democracia cosmopolita” (Archibugi, 1995, 2005; Mota, 2024), pero también de algunas concepciones particulares sobre el funcionamiento de la democracia y su relación hacia la idea de globalizarla (Seara Vázquez, 1978; Dahl, 1999; Dahrendorf, 2003; van Klaveren, 2012), así como el concepto de juicio democrático *lato sensu*³ no estatal (Ordóñez, 2015) que postula la capacidad de la ciudadanía, hasta ahora poco utilizada, para intervenir en algunos asuntos públicos de la comunidad, con la finalidad de enriquecer los significados de ciudadanía, sociedad civil y espacio público, pero también de la teoría crítica guiada por el interés en el establecimiento de una sociedad en la que los sujetos se puedan constituir en forma consciente y determinen activamente sus propias formas de vida, y en una sociedad en la que impere la justicia en las relaciones entre los hombres y en la que éstos sean capaces de desplegar su autonomía (Garza Toledo y Leyva, 2016). Lo anterior es necesario al evidenciarse la importancia del individuo y su conformación en la sociedad civil no solo al interior de un Estado, sino como sujeto relevante para el cumplimiento de los objetivos y funciones interestatales y transnacionales, y colocarse como un elemento de toma de decisiones que involucren el interés público.

II. Una aproximación al pensamiento cosmopolita

El cosmopolitismo tiene varios significados y evoca diversas categorías, pues se refiere a un modelo, teoría, escuela, filosofía, corriente de pensamien-

³ El juicio democrático *lato sensu* observa la participación ciudadana como una vía fundamental para disminuir problemas que el Estado no ha podido resolver, considera la participación ciudadana como un recurso, hasta ahora, muy poco utilizado por la comunidad para la transformación de su entorno. Este concepto se describe *grosso modo* en el último apartado del presente trabajo.

to e ideología (entre otras acepciones). Los primeros filósofos en plantear los principios generales de justicia fueron los pensadores griegos, en específico los presocráticos, quienes se percataron que había una gran variedad de leyes y costumbres en las diferentes naciones y pueblos, en donde lo que una nación aprobaba, la otra lo condenaba. Más adelante la escuela estoica, fundada por Zenón, constituyó los orígenes de la filosofía cosmopolita al proponer el principio de igualdad de la humanidad e invocar un derecho natural común basado en la razón como fuerza universal que incluía todo el cosmos. Sus postulados eran obligatorios para todas las personas en todas partes del mundo, sin embargo, el ideal último era un Estado universal en el que todos los hombres pudieran convivir armónicamente guiados por la razón divina (Bodenheimer, 2004).

Con la llegada de la filosofía política medieval apareció una obra significativa para el cosmopolitismo: *De la monarchia* de Dante Alighieri (2004), quien propuso y justificó como necesario al bienestar del mundo el concepto de imperio universal o principado único sobre todos los otros. Es decir, la existencia de una jefatura política suprema de toda la humanidad y no el gobierno de un solo hombre en un Estado determinado. El pensador florentino desarrolló el concepto de imperio universal aun cuando propuso la monarquía como necesaria para el bien del mundo.

Con el nacimiento de la ciencia racional moderna, en el periodo conocido como la Ilustración, apareció una genialidad para la filosofía y la ciencia: Immanuel Kant (2009), cuyo pensamiento relativo al derecho y al Estado puede ser considerado cosmopolita. En 1795 Kant elaboró el tratado *Sobre la paz perpetua*, un anhelo que dibuja un orden jurídico global que hoy representa una referencia básica para entender el universalismo en sentido jurídico y ético.

En la era contemporánea existen diversos autores que retoman los planteamientos cosmopolitas para fundar su pensamiento sobre la base de un ideal moral con base en aspiraciones universales. Tal es el caso del pensador inglés David Held (1996, 2005, 2007) para quien el cosmopolitismo es una corriente de pensamiento que declara la idea de una ciudadanía global, que lucha por la generalidad y la universalidad al contribuir al establecimiento de una comunidad universal en la que la humanidad viva conforme a los dictados de la razón. Observa al cosmopolitismo como un modelo viable

para hacer frente al clasismo, a las ideologías extremistas, a las desigualdades económicas y sociales, a los fundamentalismos religiosos, así como a las situaciones donde el nacionalismo, la xenofobia y el racismo han denostado el desarrollo de un discurso jurídico-político intercultural, en favor de un imperialismo que relega los principios de justicia llamados derechos humanos a un segundo plano. Insiste en la urgente implantación de un modelo cosmopolita para defender los derechos humanos en el ámbito global y hace énfasis en que se instaure dentro del discurso democrático bajo condiciones elementales del Estado de derecho y de la democracia.

Es un hecho que, ante las crecientes amenazas a la democracia, es necesario que la humanidad se rija por normas comunes y poderes públicos que reemplacen la arbitrariedad y la violencia de políticas que atenten contra su propio bienestar. Por eso se requiere crear un ente común público de derecho con imperativos jurídico-político universales, y puesto que la legitimación del elemento central del derecho y del Estado (el poder coactivo) solo es posible en última instancia a partir de los afectados, este doble imperativo (jurídico-político) se amplía con un tercero: con un imperativo democrático universal. Si estos tres imperativos (jurídico, político y democrático) son universalmente válidos, entonces se convierten en relaciones de carácter global.

Como lo señala Mignolo (citado en Sousa Santos y Rodríguez Garavito, 2007) el cosmopolitismo parte de la idea de la conjunción de proyectos hacia la convivencia planetaria, la cual se basa en diálogos entre distintos lugares donde personas que se encuentran en sitios geográficos y culturales diversos comprendan y celebren sus diferencias. Estos proyectos cosmopolitas tienen una larga y antigua historia dentro de la modernidad occidental e implican una contrahegemonía que pretende superar las jerarquías y las fronteras interestatales, es decir, cosmopolita, considerando que, en la actualidad, lo que requiere la humanidad para empezar a solucionar sus diferencias es el diálogo.

En contraste con lo mencionado, el cosmopolitismo como objeto de estudio y también como concepto derivado de la discusión y análisis sociológico y politológico en el siglo XIX tiene como principales rasgos “un cosmopolitismo basado en la comparación entre los pueblos, en la educación y en un respeto mutuo imperante. Así, [...] la perspectiva cosmopolita latinoamericana asumió desde sus inicios una tarea moral” (Mota, 2024, p. 18). Por ello

se considera al cosmopolitismo como la herramienta que puede proporcionar a las sociedades estatales de aquellos elementos necesarios para hacer frente a los desafíos globales, ya que la práctica de los valores y principios democráticos en conjunción con las características holísticas del cosmopolitismo pueden producir una ciudadanía global bajo la protección de los mismos derechos o, al menos, más homogéneos.

Por ejemplo, la comunidad internacional se manifestó por la postura del entonces presidente Jair Bolsonaro debido al temor de un “etnocidio” ya que el mandatario actuó de forma agresiva para abrir la selva amazónica al desarrollo comercial, lo que representa una amenaza existencial para los pueblos que la habitan (“Bolsonaro cumple sus promesas sobre la Amazonía y los indígenas de Brasil temen un ‘etnocidio’”, 2020). Declaraciones como “El indio no se puede quedar en su tierra como una criatura prehistórica” (“Índio não pode ficar na sua terra como um ser humano pré-histórico, diz Bolsonaro”, 2020) reflejan la falta de un mínimo normativo de coexistencia intercultural, sin condiciones elementales de Estado de derecho y democracia. Si la sociedad civil y la comunidad internacional reflexionara en términos cosmopolitas sobre la importancia —por ejemplo— de la selva tropical,⁴ entonces se formaría el camino para la preservación de los recursos naturales, pero esto no es posible sin el ejercicio de una democracia más acorde con los requerimientos de nuestra época y, sobre todo, cosmopolita.

De ahí la importancia de ese ejercicio de política democrática pensada más allá de las fronteras estatales nacionales, como refiere Miguel (2019): “interpretar la proyección de la sociedad civil al ámbito cosmopolita, por medio de redes globales se libera del encierro en un territorio y toma presencia a través de declaraciones, marchas y reuniones en la escena transnacional”, el reto consiste, según ese autor, en construir espacios públicos políticos globales de diálogo y formación de una opinión pública más allá de los Estados nacionales, a través de grupos y organizaciones para que se consolide como el nuevo poder comunicativo emergente. En consecuencia “solo cuando co-

⁴ Ya que suministra humedad a toda Sudamérica, influye en las lluvias de la región, contribuye a la estabilización del clima global y posee la mayor biodiversidad del mundo (“Por qué la Amazonía es tan importante para el mundo”, 2019).

mencemos a aprender cómo las diferentes sociedades se ocupan de los asuntos públicos será posible formar un sistema universal de derechos que podría ser útil para un mundo cosmopolita” (Mota, 2024, p. 18).

III. La democracia en la era global

En la era actual, la democracia parece haber obtenido una victoria histórica sobre las formas de gobierno alternativas. Desde las ciudades antiguas hasta los sistemas políticos contemporáneos ha sido la más poderosa de todas las ideas políticas, ya que expresa el anhelo de autodeterminación de las sociedades. De la *polis* a los Estados-naciones, la democracia se ha asociado con las aspiraciones de las personas de gobernarse a sí mismas en su propia comunidad y se ha convertido en la forma de gobierno más deseada de la modernidad, aun cuando en el siglo pasado dos guerras mundiales amenazaron con desterrarla del planeta (Held, 1996).

En contraste, no resulta difícil ubicarse en un contexto de fuerte cuestionamiento a la idea de democracia en vista de un auge de autoritarismos, extrema derechas, democracia “iliberales”, etcétera, al grado en el que incluso se habla de “autoritarismos sin complejos” debido al gran éxito económico que países como China, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos han tenido (Nogueira, 2021). Sin embargo, la democracia por mucho es, en la actualidad –funcionando adecuadamente, desde luego, no una democracia de papel– el sistema de gobierno que proporciona a las personas un desarrollo adecuado dentro de una comunidad política determinada y aunque se hallan múltiples defectos en su ejercicio, sus beneficios la convierten en la alternativa más deseable y factible como modelo político, ético y jurídico. Dahl (2012) enuncia que la democracia ayuda a: *a*) evitar el gobierno de autócratas crueles; *b*) garantizar a los ciudadanos un ámbito de libertad personal mayor que cualquier otra alternativa, y *c*) proporcionar una oportunidad para que las personas ejerciten la autodeterminación. En consecuencia, solo un gobierno democrático puede proporcionar una oportunidad máxima para ejercitar la responsabilidad moral e igualdad política entre las personas.

Lo anterior es inicialmente aplicable a los gobiernos de los estados o locales, ya que es ahí donde interactúa más directamente el ciudadano con su

gobierno, sin embargo, la posguerra trajo una nueva manera de ver los fenómenos políticos a nivel local pero también global y se tuvo la esperanza de que las relaciones internacionales se pudieran orientar por los ideales democráticos, por lo que se comenzó a desarrollar el concepto de democracia cosmopolita para la generación de argumentos en favor de ampliar la democracia hasta el ámbito mundial, sustentando la idea básica de globalizar la democracia y, al mismo tiempo, democratizar la globalización (Archibugi, 2005).

En específico, la democracia participativa ha ganado gran fuerza por la ampliación del concepto de política a través de la participación ciudadana y de la deliberación de los espacios públicos. De esto se deriva la noción de democracia como un sistema articulado de instancias de intervención de la ciudadanía en las decisiones que les conciernen y en la vigilancia del ejercicio del gobierno. O'Donnell (1994) la define como *modo de vida*⁵ y no solo como régimen político. Esta perspectiva plantea que solo la ciudadanía integral (que practica los valores democráticos y el acceso pleno a los derechos humanos en la vida diaria) puede garantizar la existencia de una verdadera democracia.

Sin embargo, la era global plantea nuevos retos democráticos, pues las fronteras territoriales que pretenden demarcar una zona cuya población tome decisiones que afectan a su vida, extiende sus consecuencias más allá de los confines nacionales. Ello afecta la naturaleza del cuerpo político, el significado de la representación, la forma y el alcance adecuados de la participación política y la relevancia del Estado-nación democrático, enfrentando las pautas de relaciones y restricciones del orden internacional como garante de los derechos. En otras palabras, los problemas de la democracia se extienden más allá de las formas de Estado y de sus fronteras.

Los defensores de la democracia moderna, así como sus críticos, identifican que la interconexión regional y global desafía las formas nacionales y tradicionales en que se resuelven las cuestiones clave de la teoría y la práctica democráticas (Höffe, 2009). Las comunidades nacionales no son de ninguna

⁵ De modo análogo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 3º, fracción II, inciso a), considera a la democracia “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

manera las únicas fuentes de diseño y elaboración de las decisiones y políticas que ejercen influencia sobre las vidas de sus miembros. Las medidas implementadas por los gobiernos locales no afectan exclusivamente a sus propios ciudadanos. De ahí que, los daños ambientales, el crimen organizado, o los desplazamientos forzados, entre otras problemáticas, no pueden ser tratados por los Estados de manera aislada o incluso regional, pues necesitan de la cooperación internacional. Por ejemplo, en un informe sobre las perspectivas globales del medio ambiente (producto de un proceso de consulta y participación), el resultado fue que los esfuerzos para hacer política ambiental están siendo obstaculizados por una variedad de factores tales como la producción no sustentable, así como patrones de consumismo y cambio climático (*Summary for policymakers*, 2019). Por lo tanto, es necesaria una acción de escalas sin precedentes para revertir y detener esta situación, proteger la salud humana y medio ambiental, pero también mantener la presente y futura integridad de los ecosistemas globales, es decir, una acción democrática de cooperación.

Por lo tanto, es necesario que la democracia sobreviva como ese *modo de vida* y que la ciudadanía se sienta con derecho a participar en los asuntos no solo de su comunidad sino en el ámbito internacional, a través de la expansión de la participación ciudadana como prelude de que la ciudadanía mundial se convierta en la plataforma democrática del futuro. El concepto de democracia cosmopolita surge como una alternativa epistemológica aplicable a los fenómenos jurídicos, políticos y sociales mencionados, mismos que aparentemente tienen sus efectos democráticos localmente, pero que en realidad inciden en ámbitos globales. Así, con base en Archibugi (2005), la lógica que debe sustentar a la democracia cosmopolita está basada en los siguientes supuestos más relevantes para la defensa de los derechos de una ciudadanía global:

- 1) La democracia es un proceso y no un conjunto de normas y procedimientos.
- 2) Los conflictos entre estados dificultan la democracia al interior de ellos.
- 3) La democracia interior favorece la paz, pero no garantiza una adecuada política exterior.
- 4) Para una democracia mundial hace falta más que las democracias estatales.

Los puntos anteriores proporcionan las bases para un diseño institucional de acogida y fortalecimiento de la identidad cosmopolita. En efecto, se ha considerado a la democracia como un proceso (incluso como un instrumento) por el que se pueden lograr aspectos de importancia estatal como la conformación de gobiernos, pero esta consideración ha sido casi completamente esgrimida en el abordaje de fenómenos políticos o electorales locales y rara vez a nivel global. En el mismo sentido se encuentran la mayoría de las reflexiones en torno de, por ejemplo, la inseguridad, que deviene de conflictos económicos, políticos y sociales al interior de los estados y en cuya reflexión se inserta la idea de que los conflictos (por ejemplo, la delincuencia) siempre surgen en detrimento de la paz necesaria para la democratización (con independencia de que a su vez la democracia es necesaria para el logro de la paz), pero todo ello trae aparejada la inevitable consecuencia del perjuicio en materia de política exterior. Atendiendo esos aspectos se debe poder, al menos a una escala incipiente, abonar al diseño institucional para el fortalecimiento del cosmopolitismo y para la articulación de una sociedad civil global, lo que en suma dirige hacia una gobernanza cosmopolita.

IV. Gobernanza cosmopolita

Mirar más allá de los constructos políticos y sociales generados localmente obliga a pensar holística, sistemática e integralmente, lo que concretamente refiere a una cosmopolítica, concepto que debe considerarse como un “fenómeno que se manifiesta en términos prácticos a través de los numerosos contactos entre grupos sociales distintos, lo cual sitúa la idea del respeto entre pueblos como el eje central de las relaciones políticas que se desean instaurar[...]” (Mota, 2024, p. 3). En un similar sentido, Held (2005) propone la idea de una gobernanza global como reacción a las problemáticas planteadas por la globalización a través de una serie de principios cosmopolitas: 1) igual valor y dignidad; 2) participación activa; 3) responsabilidad personal y pública (*accountability*); 4) consentimiento; 5) toma de decisiones colectivas mediante procedimientos democráticos en lo referente a los asuntos públicos; 6) inclusividad y subsidiariedad; 7) evitación de los daños graves; 8) sos-

tenibilidad. Este pensador entiende el derecho cosmopolita de una manera más amplia que Kant, pues mientras este último limitó su forma y alcance a las condiciones de la hospitalidad universal —el derecho a presentarse uno mismo y a ser escuchado dentro de una comunidad y en las diferentes comunidades—, Held lo percibe como el modo adecuado de representar la igual posición moral de todos los seres humanos, su intitulación para una libertad igual y para las formas de gobierno basadas en la deliberación y el consentimiento; es decir, como la forma de derecho que mejor articula y afianza esos ocho principios del orden cosmopolita, mismos que si se afianzan sistemáticamente como fundamento del derecho, las condiciones de la regulación cosmopolita de la vida pública podrían ser fijadas inicialmente.

Dentro del marco del derecho cosmopolita, la idea de la autoridad legítima, que generalmente ha estado vinculada al Estado y a determinados ámbitos geográficos, debe re-concebirse y re-modelarse. La autoridad legítima o la soberanía pueden ir más allá de la idea de las fronteras y los territorios establecidos y concebirse, en principio, como un atributo del derecho democrático cosmopolita básico que se puede establecer y promulgar en diferentes esferas, desde las asociaciones locales y las ciudades, hasta los estados y las redes mundiales más amplias (Held, 2005).

En oposición, existen posturas en contra de una democracia mundial, global o cosmopolita (Dahl, 1999; Dahrendorf, 2003), que se apoyan en los principios y características democráticas que operan al interior de los estados, lo cual, *prima facie*, es razonable sobre todo si se considera que la democracia históricamente nació al seno de conflictos políticos, jurídicos y sociales localizados al interior de las comunidades que, eventualmente, se convirtieron en estados. Aunado a esto, otras razones de peso para repeler la idea global de la democracia son aquellas referidas a la inmediatez y cercanía con la que se tiene contacto entre los gobiernos y los ciudadanos (por ejemplo, los ámbitos municipales, cuya característica aceptada es precisamente esa cercanía con sus habitantes-ciudadanos), pero también las peculiaridades de las sociedades en las que nació la democracia (raza, idioma, religión, etcétera), al grado en el que incluso hay autores (Seara Vázquez, 1978) que mencionan la existencia de democracias diferenciadas o particularizadas, restándole la posibilidad de que sus valores y principios (aunque universales) se apliquen en todas las “democracias” de la misma manera.

Por lo tanto, el derecho cosmopolita exigirá la subordinación de las “soberanías” regionales, nacionales y locales a un marco jurídico general, pero dentro del actuar de las asociaciones que pueden autogobernarse en diferentes niveles, al tiempo que los Estados ya no serían los únicos centros de poder legítimo dentro de sus fronteras. Held (2005) concluye que los Estados necesitan articularse y reubicarse dentro de un marco cosmopolita general donde las leyes y normas de los Estados-nación serían solo un foco más del desarrollo jurídico, la reflexión política y la movilización. La ciudadanía gozaría de múltiples ciudadanías. La forma y sustancia de este sistema cosmopolita superpuesto reflejaría y abarcaría las diversas formas de poder y de gobierno que operan dentro y más allá de las fronteras nacionales. Por lo que, el cosmopolitismo, bajo su visión, constituye la base y la filosofía política para vivir en una era global.

Ahora bien, el análisis del fenómeno de la globalización se vuelve importante porque la democracia (e implícitamente los derechos humanos) no son ajenos a ella. La cuestión de la ciudadanía cosmopolita y la relación entre democracia y economía globalizada son problemáticas que afectan la comprensión de la democracia contemporánea. La actuación de la ciudadanía es un factor fundamental que debe darse dentro del marco de una sociedad civil fortalecida para que se extienda más allá de sus fronteras y la ciudadanía cosmopolita pueda instaurarse dentro de la vida democrática de las comunidades. Por ello, es tan importante la exaltación de la igualdad moral de los individuos independientemente de sus particularidades y cualidades históricas, sociológicas o políticas de sus identidades. Existe el interés de propiciar un lazo común, más allá del conjunto de necesidades, deseos, ansiedades y pasiones que definen a las personas como miembros de la misma comunidad.

La globalización se define como el conjunto de procesos de organización de la actividad humana que se extiende en redes políticas, económicas, sociales y comunicativas alrededor del planeta. Las transacciones económicas y las interacciones culturales no se articulan únicamente en espacios geográficos y lugares particulares, sino que se difunden en todo el mundo, de tal manera que lo que ocurre en un lugar puede tener repercusiones en otro. Para autores como Otfried Höffe (2009), la era de la globalización no está definida exclusivamente por los intercambios comerciales, la tecnología también ocu-

pa un lugar importante al consagrarse como instrumento de expansión de la red electrónica mundial (como la Internet):

Las distancias físicas son cada vez menos importantes[...]. Esto conlleva una cuota importante de democratización, pues si bien la red no brinda una proporción de equipos y usuarios pareja en todo el mundo, el trato es el mismo para todos los lugares del mundo, para todas las personas, los empresarios y los estados, sea donde fuere que se empleen los equipos. Para participar de la red no se necesita poder, ni prestigio, ni riqueza. Además, la censura de los estados autocráticos puede ser burlada[...]. (Höffe, 2009, p. 213)

Algunos movimientos sociales de la última década han alcanzado relevancia en lugares distintos del planeta gracias a la comunicación virtual.⁶ La red cibernética ha configurado un nuevo tipo de sociedad atenta a los acontecimientos globales. En algunos casos, se desarrolla una sociedad alerta y reaccionaria a las problemáticas de diferentes espacios geográficos del planeta. Para Octavio Ianni (1999) el globalismo es una configuración histórico-social amplia, que convive con las más diversas formas sociales de vida y de trabajo; señala condiciones y posibilidades, encerramientos y perspectivas, dilemas y horizontes. En el ámbito del globalismo emergen o surgen localismos, provincialismos, nacionalismos, regionalismos, colonialismos, imperialismos, etnicismos, racismos y fundamentalismos; así como la reavivación de los debates, las investigaciones y las preocupaciones sobre la identidad y la diversidad, la integración y la fragmentación de los individuos y de las sociedades. Para este autor, la formación de la *sociedad global*, lejos de quedar confinada a la dimensión económico-financiera reabre la problemática de la modernidad en sus implicaciones filosóficas, científicas y artísticas. Todo lo que es evidentemente local, nacional y regional se revela también como global.

Anthony Giddens (1999) plantea la tesis de que la democracia está ligada a los cambios estructurales de la sociedad mundial. El autor afirma que vivi-

⁶ Por ejemplo, los movimientos de protesta por colectivos feministas en Chile tuvieron resonancia no solo en Latinoamérica, también fueron replicados en Europa e incluso África, desde grupos de mujeres indígenas hasta mujeres suecas se añadieron a los movimientos feministas del 2019 y 2020 (“Las Tesis, el colectivo feminista que creó ‘un violador en tu camino’”, 2019).

mos en un mundo de transformaciones que afectan casi a cualquier aspecto de lo que hacemos. Para bien o para mal nos vemos propulsados a un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos. Giddens es relevante porque ha logrado analizar el fenómeno de la globalización y el impacto que ha tenido no solo en los intercambios comerciales, pues ha ido más allá influyendo en el modo de vida de la humanidad tanto política, como culturalmente, afirma que en los países occidentales no solo las instituciones públicas, sino también la vida cotidiana, se están desprendiendo de estas influencias, y otras sociedades del mundo que mantenían un estilo de vida más tradicional lo están perdiendo.

Giddens deduce que esto constituye el núcleo de la sociedad global cosmopolita emergente. Además, enfatiza que el campo de batalla del siglo XXI enfrentará al fundamentalismo con la tolerancia cosmopolita, tesis que a más de veinte años de su afirmación cobra vigencia pues el mundo se encuentra dividido entre el globalismo y el nacionalismo. Menciona que, en un mundo globalizado (donde se transmiten rutinariamente información e imágenes a lo largo del planeta) todos estamos en contacto regular con otros que piensan diferente y viven de forma distinta que nosotros. Los cosmopolitas aceptan y abrazan esta complejidad cultural. Los fundamentalistas la encuentran perturbadora y peligrosa y, ya sea en los ámbitos de la religión, la identidad étnica o el nacionalismo, se refugian en una tradición renovada y purificada, con bastante frecuencia, en la violencia.

La tolerancia de la diversidad cultural y la democracia están estrechamente ligadas y la democracia se está extendiendo por el mundo. La globalización está detrás de la expansión de la democracia, motivo por el cual adquiere relevancia. Al mismo tiempo, paradójicamente expone los límites de las estructuras democráticas habituales, es decir, de las estructuras de la democracia parlamentaria. Asegura que tenemos que seguir democratizando las instituciones existentes y hacerlo de forma que respondan a las demandas de la era global (Giddens, 1999).

Bajo este contexto, es necesario un fuerte compromiso en la cooperación y que se fijen retos democráticos trans-gubernamentales para que la cultura democrática global y cosmopolita repercuta en todos los niveles de las decisiones económicas y sociales. Por ejemplo, en el marco del deterioro ambiental que va desde serio hasta irreversible, aún quedan acciones claves para

frenar los impactos, como las reducciones de la degradación de la tierra, de la pérdida de la biodiversidad y de la contaminación del aire, tierra y agua, la mejora en la administración del agua y atenuación del cambio climático (*Summary for policymakers*, 2019). El fenómeno de la globalización ha cambiado la forma de vida de las sociedades modernas, por lo que es imprescindible la creación de una sociedad democrática global y participativa. Para que esto sea posible es necesario resolver los problemas que se enraízan en la sociedad civil como la participación ciudadana y el espacio público. Por ello, es necesario apelar el *retorno de lo político* como refiere Chantal Mouffe, y como dice Pitkin (Citado por Mouffe):

[...] *lo que caracteriza la vida política es precisamente el problema de la creación continua de unidad, de un público, en un contexto de diversidad, de aspiraciones variadas y de intereses en conflicto [...] para que la colectividad política, el ‘nosotros’, actúe, es preciso resolver [...] intereses continuamente en conflicto y resolverlos de tal manera que se siga preservando la colectividad[...].* (Mouffe, 1999, p. 25)

En resumen, los problemas como la inseguridad, la delincuencia organizada, la desigualdad social, el déficit en la educación, la pobreza extrema o el desempleo, se agravan a consecuencia, entre otros factores, por la falta de exigencia y participación ciudadana y por la incipiente consolidación de la sociedad civil; aunado a que se trata de fenómenos que los Estados nacionales no han podido enfrentar.

V. La participación ciudadana en la era global

Las amenazas contra la democracia que van desde el resurgimiento de nacionalismos, integristas étnicos y fundamentalismos religiosos hasta las tendencias al antipolitismo y a la trivialización de la política que promueven una actitud meramente anti-estatal y anti-institucional, refugiada en lo privado y/o en lo espectacular (diseñado para impresionar más que motivar a la ciudadanía), plantean la necesidad de recrear los espacios democráticos (Attili Cardamone, 2004). Lo anterior plantea un cambio de paradigma en el derecho internacional y en la estructura de los derechos de los Estados, y re-

quiere, como afirma Ferrajoli (1998), que las viejas categorías de la visión Estado-céntrica del derecho se transformen conforme a una visión más acorde con las problemáticas globales de nuestra era.

En la escena planetaria donde acontecen los hechos decisivos que afectan a la humanidad, la voluntad del pueblo está ausente y la opinión pública internacional se ve difuminada. Si la teoría de la democracia indica que la voluntad del pueblo es la razón legitimadora de la acción estatal, la democracia se halla en amenaza ante la globalización. El alcance de la teoría de la democracia contemporánea para autores como Höffe (2009) implica una profunda transformación del Estado. Ante los abusos de la economía mundial que ha propiciado la desigualdad social y económica la misión de los Estados por garantizar bienestar a la comunidad parece socavada, por ello, el autor es firme en enfatizar la necesidad de construir un orden global de derecho que permita abordar problemáticas que escapan a los estados nacionales por los límites políticos y fronterizos establecidos. Los movimientos migratorios son un ejemplo de las desigualdades sociales y económicas de los Estados nacionales:

[...]los desequilibrios entre los países ricos con una población estable y los países pobres densamente poblados han provocado un extraordinario flujo migratorio hacia las áreas más desarrolladas, principalmente hacia Europa y Estados Unidos [...]. A ello se suma, el efecto que produce la inmigración ilegal para los inmigrantes legalmente establecidos y la proliferación de mafias que realizan verdaderos tráficos de seres humanos[...]. (Riquelme Segovia y León Ullaud, 2003, pp. 47-48)

Su construcción apunta a depositar la confianza en actores no estatales con miras a la edificación de un Estado mundial de derecho: una democratización del Estado mundial a través de la *democracia cualificada* que pueda darse por medio de la observación objetiva de la sociedad cívica (sociedad que pone en práctica la idea de democracia participativa), esto es, de una participación que no se reduce a movimientos de protesta, pues su campo de acción es más rico. Por ejemplo, las instituciones de autoorganización científica y las fundaciones sociales, culturales y políticas, incluyendo las academias y fundaciones de capitales privados. Los clubes civiles en cuyo interior se conjuga la amistad con un compromiso social hacia el exterior y, en especial, el abanico de acti-

vidades sin fines de lucro, desde instituciones sociales hasta clubes deportivos que encarnan un sentido cívico activo, incluso los comités y agrupaciones dentro de las propias universidades públicas o privadas (Höffe, 2007). Además, no podemos omitir que, para un buen funcionamiento no solo de la democracia en la sociedad en general, sino también en los ámbitos académicos, los gobiernos universitarios tienen “la obligación y responsabilidad de brindar [...] rendición de cuentas de las actividades realizadas durante su estancia en el cargo, así como informar la manera en que se distribuye el gasto y los recursos[...].” (Guadarrama, 2021, pp. 289-290). Entonces, la participación ciudadana y su eventual expansión al ámbito internacional debe contribuir al acercamiento entre la ciudadanía para colaborar con la integración social de la humanidad. Al respecto Attili Cardamone afirma:

En contra del estatismo, del Estado paternal, omnipresente, burocratizado, ineficiente y en crisis fiscal, el reclamo generalizado fue devolverle a la sociedad una serie de funciones que ilegítimamente —ahora— ocupaba el estado. A ello se suma la pérdida de credibilidad de los partidos como sujeto exclusivo, junto con el Estado, de la definición de la política [...] por lo que se preconiza la visión de la participación democrática de la sociedad, plural y diferenciada. (Attili Cardamone, 2004, p. 140).

La democracia, al ser vista como la mejor forma de gobierno debe ser considerada más allá de un régimen político legitimado por un proceso electoral y bajo la primacía de la defensa de los derechos humanos. Esta visión exige la construcción de “una sociedad en la que las decisiones estuviesen en manos de una población informada y comprometida. Es un prerrequisito para tomar decisiones razonables y razonadas” (Chomsky, 2018, p. 139). Por ejemplo, el actuar y la organización consensuada y cooperativa de las instituciones estatales y las asociaciones civiles puede propiciar

[...]la disolución de las fronteras nacionales, algo que sin duda es concebible, pues hasta cierto punto ha tenido lugar en Europa. En términos generales implicaría un sistema cada vez más global basado en la ayuda y el apoyo mutuos, una producción destinada al uso más que a los beneficios y la preocupación por la supervivencia de la especie[...] (Chomsky, 2018, p. 140).

Además, es necesario que la sociedad civil intervenga de una forma más activa en asuntos públicos de su comunidad, ya que su función es legitimar, conocer y cuestionar la actuación de las autoridades.

En esta perspectiva, la formación de un ciudadano cosmopolita responsable es igual a la categoría de *hombre democrático* que según Ordóñez (2015) es aquél que posee y práctica de forma cotidiana el concepto de democracia en su actuar dentro de la sociedad, es quien cumple con las diferentes dimensiones que le imponen las características y principios de la democracia, está atento a los acontecimientos de su entorno social, de los movimientos políticos y de sus representantes, es un receptor crítico de la información oficial y no oficial y ejerce sus derechos constitucionales y legales. Así, en un mundo globalizado donde el cosmopolitismo es una necesidad, el ciudadano estatal debe trascender sus capacidades soberanas para practicar la democracia no solo en su hábitat estatal, sino también en la aldea global, hasta constituir un verdadero ciudadano democrático y cosmopolítico. Para lo anterior sigue siendo necesaria la infraestructura al interior de los estados, países y/o comunidades, ya que resulta imperativo construir espacios públicos globales de diálogo y de opinión pública que trascienda sus ámbitos locales naturales (o políticamente insertos), como una manera inicial de fortalecer la identidad cosmopolita.

En el marco de la democracia representativa, la ciudadanía tiene un papel fundamental a través de la participación y observación, al ser un referente para la democratización de los Estados. Sin embargo, la participación ciudadana en las actividades públicas y de gobierno (la ciudadanía constituida en órgano regulador de la actividad gubernamental) no solo es importante en el contexto de la actividad local los Estados, pues ante los problemas globales es necesaria la instrumentación por medio de la observación de la ciudadanía de vigilar la actividad gubernamental no solo en el ámbito local, sino expandir su participación al ámbito global. Ya que dicha observación se convierte (bajo un proceso más refinado de análisis y aplicación ciudadana de los principios de la democracia) en una posibilidad por medio de la observación objetiva de la sociedad cívica (sociedad que pone en práctica la idea de democracia participativa) a través de una participación que no se reduce a movimientos de protesta, ya que su campo de acción es más rico. En este sentido, es necesario que la participación ciudadana y su eventual expansión

al ámbito internacional contribuya al acercamiento entre los ciudadanos para colaborar con la integración social de la humanidad.

Es por lo que, para articular a la sociedad civil global, resulta indispensable, además de los espacios públicos mencionados, el reforzamiento de esa sociedad civil en los niveles locales o estatales. Lo anterior no podrá lograrse si no se refuerza primero, a nivel doméstico, la práctica de la democracia y, por ende, los espacios públicos de diálogo local y/o estatal. Es decir, primero se debe culturizar en democracia al ciudadano municipal o estatal para que a partir de ahí pueda extenderse su ejercicio democrático. Una articulación adecuada de la sociedad civil global depende de una previa y cabal articulación de esa sociedad civil en sus ámbitos políticos locales. El diálogo es una práctica indispensable para la democracia, tanto local como global, ya que se logra la comunicación y con ella la posibilidad de que los ciudadanos conozcan las necesidades no solo de su localidad, sino también de otras latitudes, lo cual es, desde luego, un inicio adecuado para el reforzamiento y articulación de la sociedad civil cosmopolita.

La expansión de la participación ciudadana es la plataforma democrática para que la ciudadanía se convierta en el actor político toral (pero global) bajo condiciones de pluralidad e igualdad conforme a la proyección de una sociedad cívica capaz de participar activamente en los problemas que más allá de sus fronteras afectan sus derechos humanos o principios de justicia. Desde luego, se requiere de una cooperación internacional de los Estados particulares y de los organismos internacionales bajo una perspectiva multicultural y, sobre todo, del fortalecimiento de la ciudadanía no solo en el ámbito nacional, sino global a través de la tolerancia y el respeto a la diversidad cultural. Entonces, la formación de una sociedad responsable es vital para integrar de manera constructiva la diversidad cultural y se posiciona como la condición bajo la cual se fomente el diálogo intercultural, se avance en la búsqueda de valores compartidos y se promueva el respeto y la tolerancia de las comunidades y de los individuos, sin olvidar sus particularidades y con pleno respeto a su identidad.

La universalización de la democracia y su transformación en un régimen global depende de la expansión al resto del mundo en cuanto a la práctica de los principios y valores de la democracia, pero “mientras subsistan distintas concepciones de lo que constituye un orden justo y legítimo en materia po-

lítica [...] resultará difícil hablar de un régimen internacional preciso y efectivo para la defensa de la democracia” (Van Klaveren, 2012), empezando, de acuerdo con este autor, con el respeto y práctica del principio de no intervención y de los principios del pluralismo y aceptación de la diversidad en un ámbito internacional.

La ciudadanía política y la ciudadanía del mundo son indispensables para incentivar la expansión de la participación ciudadana; la segunda pone en práctica los principios cosmopolitas al pugnar por la formación de un cimiento de interés común, independientemente de las particularidades de cada ciudadano, sin negar sus cualidades históricas, sociológicas o políticas de sus identidades, ya que puede haber un encuentro entre lo que comparten todas las personas: el conjunto de necesidades, deseos, ansiedades y pasiones que las definen como miembros de la misma comunidad (Held, 2005). De esta manera, la participación ciudadana en la era global podría —por ejemplo— llegar a extremos interesantes en los que sus efectos podrían alcanzar a órganos gubernamentales internacionales, a través de lo que Archibugi (1995) propuso para el Consejo General de la Organización de las Naciones Unidas: un Consejo Federal organizado en dos cámaras con representación no a través de los gobiernos, sino de representantes elegidos por los ciudadanos.

VI. Conclusiones

Primera. En la actualidad los Estados-nación necesitan de la cooperación internacional para resolver problemas apremiantes como los desplazamientos forzados, la crisis migratoria, el cambio climático, el racismo, la disminución de la pobreza, el crimen organizado, entre otros. Ante este panorama el cosmopolitismo se posiciona como una herramienta fundamental para ayudar con las obligaciones de los Estados de promover, defender y proteger los derechos humanos más allá del ámbito nacional, pues sus postulados sobre la igualdad moral de las personas son un requerimiento indispensable para la convivencia de la humanidad en la era global.

Segunda. La sociedad civil es el elemento más relevante y si su participación se extendiera (a través de un ejercicio razonable y racional) más allá de los límites establecidos por los Estados, se podría construir la denominada

ciudadanía mundial como una plataforma democrática del futuro en manos de una sociedad informada y comprometida, ya que la voluntad del pueblo debe hacerse presente desde lo local hasta lo global, de lo estado-céntrico a lo internacional, para así concretar una “opinión pública internacional”, pero también para hacer realidad lo que podríamos llamar “ciudadano cosmopolítico”.

Tercera. El cosmopolitismo visto desde la perspectiva democrática en torno de la problemática relacionada con los derechos de una ciudadanía globalmente considerada es solo una arista de la amplitud que posee la categoría cosmopolitismo, sobre todo desde la praxis y no solo desde la teoría, menos aún visto exclusivamente desde la epistemología, aspectos que, por supuesto, son mucho más amplios y abarcadores de lo que en este artículo exponemos.

Cuarta. La culturización, la educación y la difusión de las ideas sigue siendo la herramienta más poderosa para que los criterios y cánones cosmopolitas de la práctica democrática llegué a quien debe llegar, es decir, al ciudadano. Es por lo que el diseño institucional más adecuado para la defensa de una ciudadanía global es aquel que en primer lugar difunda esos parámetros, en segundo término, los practique y, en un tercer momento y quizá más importante, rediseñe en torno de lo anterior a las instituciones tanto nacionales como internacionales, para que se dé cabida y preferencia al respeto y práctica de los derechos humanos en todas las latitudes del planeta.

VII. Referencias

- Alighieri, D. (2004). *De la monarchia*. Losada.
- Archibugi, D. (1995). From the United Nations to Cosmopolitan Democracy. En D. Archibugi y D. Held (Eds.), *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order* (pp. 121-162). Polity Press.
- Archibugi, D. (2005). *La democracia cosmopolita: Una respuesta a las críticas*. Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM). <https://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cd2/index/assoc/cip0010.dir/cip0010.pdf>
- Attili Cardamone, A. (2004). Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 126, 131-150.

- Bodenheimer, E. (2004). *Teoría del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Bolsonaro cumple sus promesas sobre la Amazonía y los indígenas de Brasil temen un “etnocidio”. (2020, abril 19). *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2020/04/19/espanol/america-latina/bolsonaro-brasil-amazonia-indigena.html>
- Chomsky, N. (2018). *Malestar global*. Ensayos Sexto Piso.
- Dahl, R. (1999). Can international organizations be democratic? A skeptic’s view. En I. Shapiro y C. Hacker-Cordón (Eds.), *Democracy’s Edges* (pp. 19-36). Cambridge University Press.
- Dahl, R. (2012). *La democracia*. Ariel.
- Dahrendorf, R. (2003). *Después de la democracia. Ralf Dahrendorf en diálogo con Antonio Polito*. Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (1998). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global. *Isonomía*, 9, 173-184. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7h1x0>
- Garza Toledo, E. de la, y Leyva, G. (Eds.) (2016). *Tratado de metodología de las ciencias sociales: Perspectivas actuales*. Fondo de Cultura Económica.
- Giddens, A. (1999). *Un mundo desbocado*. Taurus.
- Guadarrama, A. (2021). Gobierno universitario transparente: Rendición de cuentas y principios democráticos. En *Autonomía: Legado y futuro* (pp. 289–290). Universidad Autónoma del Estado de México. <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/140584/Autonomia%20Legado%20y%20Futuro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Held, D. (1996). *La democracia y el orden global*. Paidós.
- Held, D. (2005). Principles of cosmopolitanism order. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, 153-169. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1030/1215>
- Held, D. (2007). *Modelos de democracia*. Alianza.
- Höffe, O. (2007). *Ciudadano del estado, ciudadano económico, ciudadano del mundo. Ética política en la era de la globalización*. Katz Editores.
- Höffe, O. (2009). *Democracy in an age of Globalization*. Springer.
- Ianni, O. (1999). *La era del globalismo*. Siglo XXI Editores.
- Índio não pode ficar na sua terra como um ser humano pré-histórico, diz Bolsonaro. (2020, agosto 2). *Valor Globo*. <https://valor.globo.com/politica/>

noticia/2020/02/18/indio-nao-pode-ficar-na-sua-terra-como-ser-pre-historico-diz-bolsonaro.ghtml

- Kant, I. (2009). *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*. Cátedra.
- Las Tesis, el colectivo feminista que creó “un violador en tu camino” (2019, diciembre 2). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/quienes-son-las-tesis-el-colectivo-feminista-que-creo-un-violador-en-tu-camino-439450>
- Miguel, J. R. de (2019). Política democrática y cosmopolitismo en el pensamiento último de Julio De Zan. *Asociación Revista de Filosofía de Santa Fé*, 37(1), 40-50. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/288/28862306004/html/index.html>
- Mota, A. (2024). Cosmopolitismo en América Latina, un recorrido histórico conceptual. *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente*, 13, D-001. <https://doi.org/10.18800/kawsaypacha.202401.D001>
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político, Comunidad, ciudadanía, democracia radical*. Paidós Ibérica. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/57004>
- Nogueira, R. (2021, octubre 21). *El ¿éxito? Del autoritarismo en el siglo XXI* [Revista]. La Climatería. <https://ethic.es/2021/10/el-exito-del-autoritarismo-en-el-siglo-xxi/>
- O'Donnell, G. (1994). *Transiciones desde un gobierno autoritario*. Paidós Ibérica.
- Ordóñez, J. (2015). La observación ciudadana. Orientaciones hacia una meta democratizadora en México. *Jurídicas CUC*, 11, 135-159. <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.11.1.2015.6>
- Ordóñez, J., y Martínez Mejía, M. N. (2018). El concepto de democracia cualificada de Otfried Höffe: Una alternativa filosófica para hacer frente a los problemas planteados por la globalización. *Revista Quaestio Iuris*, 11(1), 424-444. <https://doi.org/10.12957/rqi.2018.31726>
- Por qué la Amazonía es tan importante para el mundo (2019, agosto 23). *Deutsche Welle*. <https://p.dw.com/p/3OOmp>
- Riquelme Segovia, A., y León Ullaud, M. (2003). *La globalización. Historia y actualidad*. Ministerio de Educación de Chile. https://www.academia.edu/22776826/La_globalizacion_historia_y_actualidad_libro_2014_3
- Seara Vázquez, M. (1978). *La sociedad democrática*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Sousa Santos, B. de, y Rodríguez Garavito, C. (2007). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En B. de Sousa Santos y C. Rodríguez Garavito (Eds.), *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*. Anthropos; UAM Cuajimalpa. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27492.pdf>
- Summary for policymakers (2019). Global Environment Outlook (GEO), United Nations Environment Programme. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27652/GEO6SPM_EN.pdf?
- Van Klaveren, A. (2012). ¿Existe un régimen internacional para la defensa y promoción de la democracia? *Revista de Derecho Público*, 77, 463-475. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i77.30939>
- Vega, P. de (1998). Mundialización y derecho constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 100, 13-56. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27492.pdf>

Cómo citar

IJ-UNAM

Ordoñez, Joaquín y Martínez Mejía, Mónica Natalia, “Reflexiones en torno al cosmopolitismo desde una perspectiva democrática para la defensa de una ciudadanía global”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 235-260. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19150>

APA

Ordoñez, J., y Martínez Mejía, M. N. (2024). Reflexiones en torno al cosmopolitismo desde una perspectiva democrática para la defensa de una ciudadanía global. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 235-260. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19150>

Interactions between regulatory realms: new administrative law and credit rating agencies in a globalized society

Interacciones entre ámbitos regulatorios: el nuevo derecho administrativo y las agencias de calificación crediticia en una sociedad globalizada

Alicia I. Saavedra Bazaga

 <https://orcid.org/0000-0002-9706-3432>

University of Huelva, Spain

Correo electrónico: alicia.saavedra@dpub.uhu.es

Recepción: 15 de mayo de 2024 | **Aceptación:** 24 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19136>

Abstract: This article examines European legislation and academic literature concerning the regulation of Credit Rating Agencies (CRAs) during times of crisis, focusing on the perspective of administrative law in global governance. To this end, it proposes a perspective that considers a communicative process to minimise negative consequences for society within the context of CRA regulatory activity. Existing regulations, reports from European, American, and international authorities, as well as relevant literature, are reviewed to understand how regulatory challenges are addressed in the era of globalization.

A significant shift in regulatory focus is identified, with a move towards new governance models that recognise the private sector as a partner in a relationship of shared responsibilities following crises. The importance of considering new regulatory strategies to organise public and policy responsibilities more effectively is emphasised. While an analysis of deficiencies in CRA regulation during crises is provided, the aim is not to offer a comprehensive analysis of regulatory evolution to date. Subsequent research will analyse this evolution, assessing the effectiveness to date of regulatory policies proposed during crises.

This work contributes to the debate on CRA regulation by proposing a novel regulatory perspective from administrative law in global governance. It provides a comprehensive view of regulatory challenges in a context of increasing global interconnectedness. It is concluded that responsibility for promoting the public interest should be shared between the state and society, recognising the crucial role of the private sector as a partner in risk management and the promotion of economic stability globally.

Keywords: legal pluralism; credit rating agencies; administrative law; global governance; regulation.

Resumen: Este artículo analiza la legislación europea y la literatura académica sobre la regulación de las Agencias de Calificación Crediticia en momentos de crisis, centrándose en la perspectiva del derecho administrativo de la gobernanza global. Para ello, se propone una perspectiva que considera un proceso comunicativo para minimizar las consecuencias negativas para la sociedad en el contexto de la actividad regulatoria de las Agencias de Calificación Crediticia. Se examinan las regulaciones existentes, informes de autoridades europeas, estadounidenses e internacionales así como la literatura relevante para comprender cómo se abordan los desafíos regulatorios en la era de la globalización.

Se identifica un cambio significativo en el enfoque regulatorio, con un movimiento hacia nuevos modelos de gobernanza que reconocen al actor privado como un socio en una relación de responsabilidades compartidas tras momentos de crisis. Se resalta la importancia de considerar nuevas estrategias regulatoria para organizar las responsabilidades públicas y políticas de manera más efectiva. Aunque se ofrece un análisis de las deficiencias en la regulación de las Agencias de Calificación Crediticia en tiempos de crisis, no se pretende ofrecer un análisis exhaustivo de la evolución de la regulación hasta nuestros días. En otros trabajos de investigación sucesivos se analizaría esa evolución donde se evaluaría la efectividad hasta nuestros días de las políticas regulatorias propuestas en tiempos de crisis.

Este trabajo contribuye al debate sobre la regulación de las Agencias de Calificación Crediticia al proponer una perspectiva regulatoria novedosa desde el derecho administrativo de la gobernanza global. Ofrece una visión integral de los desafíos regulatorios en un contexto de creciente interconexión global. Se concluye que la responsabilidad en la promoción del interés público debe ser compartida entre el Estado y la sociedad, reconociendo el papel crucial del sector privado como socio en la gestión de riesgos y la promoción de la estabilidad económica a nivel global.

Palabras clave: pluralismo jurídico; agencias de calificación crediticia; derecho administrativo; gobernanza global; regulación.

Sumario: I. Introduction. II. A new wave of regulation in a globalized world: from a theoretical focus on legal pluralism to a pragmatic focus on collaboration. III. New administrative law. From hierarchy to heterarchy: decentralising the decision-making process. IV. From theory to practice: credit rating agencies. V. Conclusion. VI. References.

I. Introduction

In the last century ‘globalization’ has been reflected in a wave of legal pluralism where states are giving up sovereignty to supranational structures as well as diminishing its traditional functions through engaging in collaborative regulatory activities with private forces. Between national and global spheres complex systems are involved in decision-making processes. A globalized in-

terdependence that is inevitable –and desired. In such a scenario, administrative law of global governance is called to manage the communicative process that takes place, in order to minimise negative consequences.

In the context of economic crisis, e.g., 2008, this work is divided into four main sections. The first section is devoted to briefly expose the main literature regarding the phenomenon of legal pluralism in connection to globalization. This section introduces the core idea of this work: the shift from a hierarchical model of laws and organization of society to a heterarchical one, -specially, in regulatory activities.

In the second section, it is demonstrated that such a shift is happening in what has been called ‘new administrative law’. In this section the blurring of territorial frontiers is explained as well as the blurring of the traditional public/private divide. The consequences of such new tendencies for society and law are also laid out. The last subsection of the second part of this work concludes introducing the case of credit rating agencies (CRAs), namely, it addresses the role played by private entities in public governance.

The third section illustrates the theory. It does it by providing the historical example of CRAs’ contribution to the 2008 financial crisis. Their weaknesses as well as the regulatory measures taken globally (especially in the European Union) to fight against them are analysed.

Before concluding, the last section suggests how the transition might be facilitated. Thus, it is suggested to avoid the classical understanding of division of powers that classify lawmaking and implementation as differentiated phases of the regulatory process. New governance models have to be designed to empower agencies to participate in the design, development, implementation and monitoring of public policies.

II. A new wave of regulation in a globalized world: from a theoretical focus on legal pluralism to a pragmatic focus on collaboration

Legal Pluralism is a fact, it is undeniable. So, why is it such a controversial issue? Scholars’ main concerns over this phenomenon reside on finding the theoretical explanation that could make sense of it. Making sense of the

phenomenon is their aspiration, but the way of achieving it varies depending on the line of thought. Current theoretical efforts to formulate legal pluralism find difficulties in defining 'law'. On the one hand, legal philosophers wonder whether a concept of law is necessary or not for the explanation of the phenomenon. Some of them are convinced that a concept of law is necessary in order to filling the loopholes in the explanation of legal pluralism. On the other hand, some legal sociologists' purpose seems to be limited to describe social phenomena as mere observers just trying to look for what the problems are, not looking for the solutions (Niklas Luhmann, 1997, p. 11). Sociologists' work is not a prescriptive, is a descriptive one.¹ Brian Z Tamanaha (2007) claims that the conceptual problem of legal pluralism cannot be resolved (p. 376). Thus, instead of facing the conceptual problem, he adopts a cross-disciplinary focus of legal pluralism. Emmanuel Melissaris (2009) on the contrary, advocates for the search of a concept of law for the purposes of making sense of legal pluralism.²

Despite the diverging views on framing the same issue, I would like to point out that it is precisely in the multidisciplinary approach, in an exercise of collaboration, where knowledge can be generated adequately to find solutions (when it is the aim) or to try to arrive to a better understanding of the problem in the first place. Following Tamanaha distant position from trying to solve conceptual problems, but not abandoning the issue of co-existing legal systems interacting in our networked society, I will deal with this issue in the context of the so-called traditional dichotomy of public/private regulatory realms. However, I will do so in an attempt to show how the dichotomy is disappearing and becoming instead a conglomerate of efficient collaborative practices. Thus, this work will not come back to the debate on the existence or necessity of a certain concept of law. My enterprise from here on will be describing what the new administrative law is and its relations,

¹ Iris Jean-Klein and Annelise Riles (2005) examine the exceedances that anthropologists or sociologists perform when they try to engage more than they should in what they observe, hence, denaturalizing its commitment: the 'anthropological engagement'.

² On the tension between the sociological and philosophical conceptions of legal pluralism see Roger Cotterrell (2009) review on Melissaris work. Cotterrell disagrees with Melissaris' argument on that 'sociology of law depends ultimately on legal philosophy's conceptual inquiries'.

as public law, with private actors which also participate in regulatory activities as is the case of credit rating agencies (CRAs). A mélange of regulations that I consider are part of the legal pluralism phenomenon. And I will do it with the lens of an administrative law researcher who describes how the measures taken are improving (or maybe not) CRAs deficiencies that contributed to the economic crisis.

For the late twentieth century, the manifestations of ‘globalization’ have given rise to a wave of legal pluralism where states are losing power (giving up sovereignty to supranational structures like EU) as well as diminishing its traditional functions as a result of the control of private forces (Brian Z Tamanaha, 2008, p. 386). Consequently, ‘unofficial’ legal orders are created. In this line, Gunther Teubner (1997) does not talk about officiality/unofficiality but about the idea of functionally differentiated systems with transactional reach. As an example of such idea, he analyses *lex mercatoria*. He claims that *lex mercatoria* is a law that grows and changes according to what global economy transactions and organizations command so that it is vulnerable to pressures from the political system. Nevertheless, he also acknowledges that *lex mercatoria* flexibility not necessarily means weakness, since a global unification of law will be helped by flexible and adaptive laws (Gunther Teubner, 1997, p. 15). Flexibility is one of the key characteristics in contributing to public-private *corresponsibility*.³ Gunther Teubner’s conception of global legal pluralism is based on two assumptions: on self-organized processes (‘contracting’ itself could be said to be the primary source of law of global contracts) and on the no necessity to produce ‘rules of recognition’ because what we face is a ‘self-legitimizing’ situation.⁴ For Gunther Teubner, global law can only be explained by theories of legal pluralism, but once these theories reformulate their core concepts. His proposal is shifting their focus from groups and communities to discourses and communicative networks. Here is the connection with what I will explain later: the new wave of communicative efforts in decentralising the decision-making process in public law, specifically in adminis-

³ In relation to administrative law this concept is used by Javier Barnés. See: Javier Barnés (2019, p. 79).

⁴ Although Gunther Teubner acknowledges that *lex mercatoria* needs recognition by other legal orders, he also emphasizes the secondary character of such recognition since it is ‘not constitutive’ of the existence of a legal order (Gunther Teubner, 1997, p. 14).

trative law. Legal pluralism is no longer a set of conflicting social norms, but a multiplicity of diverse communicative processes in a given social field. Likewise, administrative laws are no longer a set of norms alienated from private norms or agencies regulations. There are not any more different regulations, but a realm of regulation where communicative processes take place to deliver outcomes in the most efficient way from which the whole society should benefit (not only a handful of privileged social groups).

So, the first step to this new understanding of what law is becoming entails considering the traditional hierarchical frames broken (Gunther Teubner, 2002). The new wave of regulation demands collaborative networked processes in a heterarchical dimension. The traditional nation state model of law is different to the new proposals of global law. The main difference is that territorial boundaries disappear. These are replaced by invisible communicative networks.

Despite what has been said so far, some authors agree that the search for legal unity is no more than a utopia or at least, if it would be attainable, not the way to bring efficiency and better outcomes to society. Gunther Teubner and Fischer-Lescano (2004) acknowledge ‘the vain search for legal unity in the fragmentation of global law’ (p. 1017). A fragmentation of global law that does not come from territorial lines (since there is a shift from hierarchy to heterarchy) but it does come from sectorial lines (Luhmann in Gunther Teubner and Fischer-Lescano, 2004, p. 1000). In such a helpless situation of fragmentation the endeavours should be focused not on achieving unity but on achieving ‘structural couplings’ between global social sectors and thus selective networking of colliding realms such as public/private law realms. Here it would be interesting to introduce Hugh Collins (2015) contribution on the connection between transnational norms created by private actors and those fundamental rights, principles and concerns of public policy that should prevail in both national and international law democratic systems. Can a transnational law be created and successfully work ignoring these public values? Collins (2015) claims that the private norm creation has the defect of ignoring externalities, the general interest, social justice, human rights, and principles generally (p. 22). I agree that the private sector regulations cannot escape public values. Moreover, they should not since these private bodies’ decisions (e.g. CRAs’) in certain issues (e.g. sovereign debt) indirect-

ly but deeply affect citizens' lives.⁵ Therefore, although ensuring to increase networking between them and public regulators a 'limit' should be established on their actions (avoiding that an excessive entry of private interests⁶ breaks the democratic balance). If certain inalienable external public principles did not canalize the networking, the resulting system would tend to grow so hugely that it will destroy itself. As Luhmann states, 'the occurrence of catastrophe is contingent. It depends on whether countervailing structures will emerge [for me those countervailing structures could be administrative law or public law principles which are external to private agencies] which prevent the positive feedback catastrophe [that of the private individual interest invasion of the public sphere conditioning –even forcing to, public policy decision-making to the detriment of society interest]' (in Gunther Teubner, 2012, p. 77).

Thus, society, through the legal instrument of public law –specifically administrative law, is represented in the above-mentioned principles of control such as transparency, accountability, giving reasons, conflict of interests principles, expertise, and the like,⁷ that would legitimize private actors regulatory power that have an impact in society.

III. New administrative law. From hierarchy to heterarchy: decentralising the decision-making process

Traditional administrative law studies on administrative bodies are descriptive in nature. Administrative organization used to be seen as a competence system (who may do what). In the last two decades, the approach of administrative guidance for governance, as Annelise Riles (2011) remarks, has been mostly portrayed by academic observers as 'flawed and outdated' (p. 127).

⁵ E.g., when governments modify their public policies depending on what CRAs report about their sovereign debt, what if those agencies' calculations, whose main principle is secrecy about methodology, make a mistake? A whole country's policy is modified according to their evaluation, an evaluation that cannot be scientifically challenged by a third party because nobody knows the procedures carried out for the calculation. In the end, those affected by such unprincipled practice are the ordinary citizens, since governments' reaction to those evaluations is implementing austerity policies, reducing access to social services, etc.

⁶ It leads to 'regulatory capture', a concept that will be explained later.

⁷ Principles that will be analyzed later in relation to CRAs.

However, nowadays administrative law studies are discovering, in dialogue with other sciences, new dimensions. In Annelise Riles' (2011) words, 'recently, the fashion in policy, journalistic, and academic circles has swung the other way, toward thinking about new forms of public-private regulatory cooperation' (p. 127). On the one hand, administrative organization is a system of knowledge management where administrative bodies must manage the best information and knowledge available in order to make good decisions. It involves activities such as gathering, processing, transferring or sharing information. On the other hand, administrative intervention and, more broadly, governance and regulation are frequently 'organizational intervention' or 'organizational regulation'. Legal design of organization is a very important regulatory function. For example, when legislators want to improve the regulation of financial markets, they establish new and better regulators (like organizations aiming to get better outcomes) (Annelise Riles, 2013).

The first premise is that, on the one hand public administrations can be seen as 'systems' that process information; on the other hand, that administrative procedures can be seen as 'processes' that gather and process information (Eberhard Schmidt-Assmann, 1993). The second is that organizational legal design can become a strategic tool for accomplishing regulatory tasks (Javier Barnés, 2011, p. 471). Thirdly, the rigid (theoretical) divide between state/society, between public administration/private sector (rather public organization/private organization) according to a classical administrative law perspective is blurred and transformed into a new collaborative paradigm. The final premise is that the traditional hierarchical administrative bodies in most nation-states, once 'omniscient' (that seemed to know everything they needed), with top-down organizations and processes, corresponded to an autarchic one. But these premises need to be replaced by new structures, since knowledge only can be generated by collaboration (interagency collaboration, public-private cooperation). Thus, a new administrative organization law must be developed, considering that administrative bodies alone are not those suitable to gather and process information in other hands, nor to generate knowledge under a new cooperative and networked environment.

1. *New administrative law. Breaking frames*

The history of administrative law has always been a history of change and reform. However, today, more intense changes are taking place: from state-centred administrative law to a global administrative law; from an imperative, autarchic hierarchical administration to a heterarchical collaborative administrative action; from a regulatory process focused on the formal division between the stages of lawmaking and implementation to an administrative process that promotes a dynamic interaction between these stages. The traditional domains of administrative law have been widened to include unexplored ‘domains’ in constant evolution (global and private spheres). These domains are to be ‘colonized’ by an emerging new administrative law. In this context of change, administrative procedure is a key protagonist, given its central role in administrative law, a prominent position that is best understood when seen in the light of the disappearance of two traditional frontiers, addressed as follows.

A. National and supranational borders

Between global and national spheres there is a wide area of mixed bodies and procedures, joint decisions, and complex systems (Sabino Cassese, 2005, pp. 676-681 and 683-689). In making and implementing public policies, administration has become a more-than-national entity.⁸ Administrative law of global governance is designed to address the consequences of globalized interdependence in all relevant fields.

A response to the disappearance of national borders has been put forward with ‘composite’ procedures between domestic and European regula-

⁸ Regulation has been internationalized in an informal way; the primary impetus for its development has been domestic bureaucracies themselves. See David Zaring, 2005, p. 547. This phenomenon is intense at the European level. The European Union is a union of domestic and European non-hierarchical administrations based on the collaboration principle. Procedures, information gathering, and exchange, control and regulations are not divided according to a separation principle between national and European spheres. Conversely, all administrations and agencies are involved in sophisticated governance models. See Eberhard Schmidt-Assmann in Javier Barnes (ed.), 2006, pp. 103-111. See also its complementary expanded 2012 edition.

tory bodies that grow, both horizontally and vertically, proportionally to the increase in transnational administrative activities of the member states.

But there are more consequences derived from the phenomenon, namely, national, and international domains are no longer autonomous. Globalization has a 'domestic face' (Alfred C. Aman, 2005, p. 520): the international cooperation of domestic regulatory organizations must be subject to democratic internal legitimacy mechanisms and cannot be excluded from national accountability. New globally oriented domestic administrative law should carefully observe the internal rulemaking process of private and public actors. It requires subsequent adjustments to meet domestic accountability, transparency, participation, and legitimacy standards, not only in the internal ascending phase (preparing rules or standards, policies developments, etc.) before domestic organizations go abroad, but also in the descending phase (domestic implementation) once those organizations have participated in a supranational regulatory system and 'return home'.⁹ Therefore, the evolution of domestic administrative law must also contemplate the procedural aspects of policy making and implementation existing in those new scenarios.¹⁰

B. Public-private divide

Traditional administrative law upheld a liberal belief in the public/private divide, so it has focused on administrators primarily as decision makers and concerned itself with their impact on regulated private actors as well as the dangerous influence of private participation (Jody Freeman, 2000, pp. 557-558 and pp. 563-564).¹¹ However, the shift from traditional regulation to new governance models (Orly Obel, 2004, p. 342) implies that the new administrative law considers the private actor differently, as a partner of a relationship mutually beneficial, in a system of shared responsibilities. Privatization should not be considered as a zero-sum game between public norms

⁹ On the impact of global governance on the rules of domestic procedure see Richard Stewart, 2006, p. 695.

¹⁰ On International regulation and global administrative law see, Richard Stewart, 2003, at 445.

¹¹ 557-558 (private actors are considered in terms of danger), pp. 563-564 (administrative law reacts to the 'private' defensively).

and private power (Jody Freeman, 2000, p.547). It is not a surrender of powers on behalf of the state, nor does it mean the creation of a minimalist state. The public-private construct constitutes ‘a new way of organizing public responsibilities and politics’ (Jody Freeman, 2003, p. 1289), a new regulatory strategy that shifts the weight of the transaction costs to the private sector. Therefore, the responsibility should be shared between state and society in the promotion of the public interest, remaining the ultimate control of the final result in the hands of the administration. Public agencies, the private and non-profit sectors, and members of the public should be enrolled in the collaboration project specially through open discussions of regulatory problems within new institutions designed to facilitate problem-solving. A project that would lead to more effective and efficient solutions than those attained through only traditional administrative decision-making.

A much greater field related to public-private cooperation¹² relates to the issues of private procedure, namely: how, public values are to be extended to privatized sectors by means of procedural arrangements, —e.g. imposing due process and fairness requirements to the interested parties (Jody Freeman, 2000, p. 587, 589); or, in standard-setting organizations, requiring balanced representations on their technical committees to avoid the disproportionate influence of the more powerful interests involved (Jody Freeman, 2000, p. 641), or designing internal procedural rules to promote information disclosure, reasoned decision making, (Jody Freeman, 2000, p. 643) etc.

2. Private actors main role in regulatory activities

Private actors (associations, foundations, corporations, individuals) play a main role in regulatory activities at national, supranational (EU), and international level. They share responsibilities with the public sector, with administrative bodies. Public and private actors participate in policy making,

¹² New changes give rise to new regulatory and procedural questions that require new solutions: ‘how best can non-state actors be involved in decision-making processes; how can we maximize the flow of information involving these decisions; and how can we mitigate conflict of interest concerns that arise from the fusion of public and private that typify many markets and market approaches to policy issues—issues ranging from private prisons to welfare eligibility.’ (Aman, 2005, p. 516).

implementation, and enforcement, thereby decentralizing the decision-making process through overseeing, monitoring, controlling activities, self-regulation, co-regulation, and the like. It is the case of the Advertising Standards Authority¹³ (ASA), the International Organization for Standardization¹⁴ (ISO), public standards agencies, CRAs that assess the sovereign debt of member states, or Global GAP.¹⁵ Therefore, the need for a transfer of public values from public law to private law arises, from a public law point of view, because private actors actually regulate. Using Gunther Teubner (1997) phrasing, what we would be dealing with here is not with a set of conflicting social norms, but with a multiplicity of diverse communicative processes in a given social field.

These private actors should be subject to criteria or principles of public law, especially when they are transnational organizations. If a Central Bank is required to comply with public law principles, a CRA should also be required to follow public law principles such as transparency, accountability, giving reasons, conflict of interests' principles, and the like. However, it should be noted that what has been addressed does not mean to claim that private law loses its autonomy and flexibility in order to adopt the organizational and procedural principles of administrative law.

In fact, (administrative) procedures and (administrative) organizations play a major role as a regulatory strategy of the parliament to steer agencies and public bodies. While procedural rules establish how to decide, organizational rules establish how it works.¹⁶ From this point of view, the use of procedural and organizational components and principles of administrative law as a way to regulate 'private regulators' must be further researched. The purpose of such further research in this point is to find out how this transfer of values to private organizations ought to be developed and under which conditions, depending on the actors, sectors, and levels.

¹³ <http://www.asa.org.uk/>

¹⁴ <http://www.iso.org/iso/home.html>

¹⁵ http://www.globalgap.org/uk_en/

¹⁶ From USA, see Mathew McCubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast, 1987. From Europe, see Eberhard Schmidt-Assmann, 2004 and the Spanish version, Eberhard Schmidt-Assmann, 2003.

Private actors collaborate with the public sector in delivering services of general interest and in regulatory activities too; therefore, they may also become regulatory resources for administrative law capable of producing accountability. In such scenario, private actors are expected to adopt principles and guarantees similar to those followed in public law by public actors but adjusted to the logic of private law. Both, public and private actors, form a complex network of actors where everyone's contribution matters. Thus, non-governmental actors perform not only 'normative' or 'adjudicative' roles but also regulatory tasks setting standards, providing services, and delivering benefits. They also help to implement, monitor, and enforce compliance with regulations. To illustrate this idea, a clear example is set as follows. Private-sector professional associations ruled by private law, civil law, such as lawyers', economists' or architects' ones, establish quality standards for the delivery of their services. As professionals, they are experts in determining the best conditions to develop their activity. Therefore, they draw up codes of conduct embodying generally agreed canons of best practice at EU level.¹⁷ Hence, national governments implement those quality standards in their national regulations. This means that private actors develop regulatory activities in collaboration with public authorities (administrative authorities, legislators, courts). Thus, it becomes a 'co-production process'. Due to this relationship, the decision-making process of these associations as well as their composition should be governed by principles derived from administrative law. Which those principles should be? How should this collaboration-cooperation process take place and under which conditions? An attempt to answer these questions has been done in this work and in forthcoming work.

¹⁷ See the Model Code of Conduct for European Lawyers adopted in 2021 by the Council of Bars and Law Societies of Europe here: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/EN_DEONTO_2021_Model_Code.pdf

IV. From theory to practice: credit rating agencies

1. *The public interest and independent agencies. A Comparative approach*

The shadow of private interests in administrative decision making –allegedly based exclusively on the public interest, is not a new issue. How to define ‘public interest’ has never been easy. On the one hand, it can be configured by the parliament through general laws. On the other hand, it can be defined through no political intermediaries so that the only way of delivering ‘public services’ is directly by the administration. There is a clear tension on defining public interest.¹⁸ The relation between Public Administration and the ‘Public interest’ varies from one country to another. In the US the traditional role of the Administration has never followed the European one of understanding itself as the ‘legitimate interpreter of the public interest’ (Karl-Heinz Ladeur, 2002, p. 2, 5).

Some European administrations developed a remarkable degree of knowledge in all technical fields by accumulating common knowledge which they used to elaborate technical regulations. Thus, they got to play a very active role in distributing knowledge to private firms and as a result, a public logic was internalised by private actors through ‘general technical standards’ coming from the state. Nevertheless, this situation changed when the economy started to impose its own rules to the state. The tables were turned and due to the technical complexities, it was the state which became more and more dependent on private expertise, –as it seems to be the case until today.

Such technical complexity in the US, without the European strong tradition of administrative expertise, was managed through independent administrative agencies.¹⁹ Special interests (of the agencies) were intertwined with

¹⁸ More in what has come to be called ‘public interest law’, and different conceptions of public interest see: Edwin Rekosh, 2004. A published and revised version of a public lecture delivered at Central European University in Budapest on 22 November 2000.

¹⁹ Such as the ‘Inter-State Commerce Commission’ (ICC), the first agency with regulatory

general interests (since the conception of the agencies implied legislative, administrative, and adjudicative competencies). Expertise that was increasingly adapted to political considerations as a means to fill the lack of what should be a specific administrative law devoted to balancing the weight of private interests in decision making processes (Karl-Heinz Ladeur, 2002, pp. 7-9). But more than a century after the creation of the first American agency, it remains a questioned milestone.

Whereas in the European conceptions the law is derived from an original source, the legislative power, emanating directly from the sovereign (whether the king, the nation, or a People's Assembly); in the American conception, the legislator is not the original source of power, rather he is conceived as a 'subdelegated power'. Hence, the agencies act by subdelegation of the Congress (Jesús Avezueta Cárcel, 2008, p. 5). Rule-making and adjudication functions are necessarily borrowed by the agencies. According to the American professor, Peter L. Strauss (1996), the phenomenon of subdelegation 'is an inevitable by-product of a complex society and the limits of time and resources available to a generalist legislature.' (p. 747) However, a different line of thought suggests that agencies have also contributed to the deterioration of the constitutional system –designed as a response to the crisis of the duality of powers: administrative branch v. executive branch. Thus, implying a clear misuse of powers in favour of the President through what has been termed, the 'unitary executive power' theory (Jesús Avezueta Cárcel, 2008, p. 8). The case of CRAs illustrates the debate. But how to balance effectiveness with democratic control?

2. The case of credit rating agencies (CRAs): origins and deficiencies

The European Commission (EC) defines 'Credit rating' as 'an opinion issued by a specialised firm on the creditworthiness of an entity (e.g., an issuer of bonds) or a debt instrument (e.g., bonds or asset-backed securities)'. This opinion is based on research activity and presented according to a ranking system issued by a CRA. In other words, it is 'a service provider specialised

powers, created by the Interstate Commerce Act 1887. After ICC others such as the 'Food and Drug Agency' (FDA) were created.

in the provision of credit ratings on a professional basis'. Standard & Poor's, Moody's and Fitch are the three main rating entities covering approximately 95% of the world market; the rest is covered by smaller rating agencies.²⁰ CRAs were created as a response to the need of investors to accumulate information on increasing investment options (Raquel García Alcubilla and Javier Ruiz del Pozo, 2012, p. 2). These are private companies which provide assessments of the ability of users to meet their debt obligations; thus, playing a crucial role in the financial markets as informative intermediaries between investors and issuers (Andrea Miglionico, 2012, p. 9). But independently of whether the rated entity is a private enterprise or a sovereign borrower, credit ratings highly influence the cost of funding.

Although the debate about the role and functioning of the CRAs existed before 2008,²¹ the global crisis and the euro crisis since 2010 reignited the debate about the information content of (especially sovereign) ratings and the market impact of CRAs (Joshua Aizenman, Mahir Binici and Michael M. Hutchison, 2013) ultimately affecting citizens' well-being. This situation revealed serious weaknesses on credit ratings as well as in the then existing EU rules on them. As a reaction to CRAs power and loopholes in its regime, in 2010, the ECON Committee of the European Parliament, in March 2011, adopted the 'Report on Credit Rating Agencies: Future Perspectives'.²² Important matters were included such as the over-reliance on ratings in regulation, the increased capacity for supervisors, etc. External credit ratings have played and continue to play an important role in financial markets, but recent years have shown that they can 'contribute to and exacerbate a financial

²⁰ European Commission, *New rules on credit rating agencies (CRAs) enter into force – frequently asked questions* MEMO/13/571 Event Date: 18/06/2013 They continue to be called 'the big three': e.g.: ESMA *Market Report on the EU Credit Ratings market 2023*, ESMA50-165-2477, 25 April 2023.

²¹ As García Alcubilla and Ruiz del Pozo put it (2012): 'CRAs jumped into the international debate during the summer 1997 when they were unable to anticipate the difficulties of the Asian economies and were again in the spotlight at the beginning of this century when they failed to predict the collapses of huge companies in the USA and the EU (Enron, Worldcom, Parmalat)' (p. 27).

²² Committee on Economic and Monetary Affairs, *Report On Credit Rating Agencies: Future Perspectives* (2010/2302(INI)). A7-0081/2011. Rapporteur: Wolf Klinz. 23.3.2011.

or sovereign debt crisis'.²³ Sovereign ratings play a crucial role for the rated country, while an upgrade means easier financing, a downgrade means that a country's borrowing is more expensive or difficult. As more governments borrow on the international bond markets, CRAs have 'stolen the show' (Ahmed Naciri, 2015, pp. 2-3), increasing their influence.

'Regulation' and 'agencies' are two concepts that have always been closely related. The US included CRAs in the regulatory framework in the 1930s, coinciding with the spread of the use of the expressions 'credit rating agency' and 'rating agency' in banking and academic circles, same time of 'the height of the New Deal and the birth of the modern administrative state. It may have reflected the contemporaneous opinion that CRAs had become de facto regulators' (Norbert Gaillard, and Michael Waibel, 2018, p. 1086). The outcomes of such relationship have not always been the desired ones by both, public and private sectors. In this line, it is worth mentioning the 'theory of the capture of the agency'. Posner defines 'regulatory capture' as the 'subversion of regulatory agencies by the firms they regulate'. He distinguishes it from the regulation intended by the legislative body that enacts it to serve the private interests of the regulated firms, for example by shielding them from new entry. Therefore, capture implies conflict, and 'regulatory capture implies that the regulated firms have, as it were, made war on the regulatory agency and won the war, turning the agency into their vassal' (Richard A. Posner, 2013, p. 2). Moreover, some authors like Bernstein (in Avezuela Cárceles, 2008, p. 17), claim that the regulatory *capture* of the agency occurs as a result of the negotiated procedure of regulation, whereby what should be considered 'public interest' is not exclusively defined by the executive power democratically legitimated but also by private interests. It means that such participation of private interests in the definition of 'public interest' may be eroding the democratic principle.

Thus, it seems to be the risk that a democratic society has to run in a context of a more and more globalized networked society whose complexity demands more flexibility. Preventive measures, as regulatory interven-

²³ European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, *Study on the Feasibility of Alternatives to Credit Rating. Executive Summary*. EV-02-15-689-EN-N, (December, 2015).

tion, are proposed by some authors like Riles, who claims: ‘in certain cases and situations, at least *ex ante*, informal and coordinated public private regulation can indeed be efficient and innovative’ (e.g., to avoid the financial crisis). In my view, as the public/private divide blurs, concessions should be granted by both parties. Nevertheless, the aim of a completely pacific coexistence in a harmonious combination is always under (regulated) negotiation. To achieve a viable negotiation that considers democratic principles, the European Parliament²⁴ considers of outmost importance that all CRAs abide by the highest standards of transparency, integrity and disclosure included in Regulation (EC) No 1060/2009, ensuring the quality of ratings, and avoiding ‘rating shopping’.

But before focusing on the analysis of current regulation and proposals, closer attention should be paid to the weaknesses in CRAs’ practices.

A. Transparency

The adequate information about the characteristics and limitations of the ratings is crucial for investors to be able to correctly understand the real meaning and value of the ratings. Moreover, the methodology that CRAs use differs considerably between CRAs, making it more difficult for a third party to compare their performance (García Raquel Alcubilla and Javier Ruiz del Pozo, 2012, p. 30). Thus, the lack of transparency in CRAs methods is the main obstacle that policymakers are trying to remove.

It should be noted that transparency ought not to be achieved by forcing issuers to grant open and free access to all relevant data. Instead, policymakers should determine which information is necessary to be revealed to the investing public;²⁵ then establishing a more complete format for the information to be disseminated by CRAs. It is not a matter of quantity of information

²⁴ Committee on Economic and Monetary Affairs, *Report on Credit Rating Agencies: Future Perspectives* (2010/2302(INI)). A7-0081/2011. Rapporteur: Wolf Klinz. 23.3.2011. at 6.

²⁵ This is the policy suggested by the Committee on the Global Financial System, *Ratings in structured finance: what went wrong and what can be done to address shortcomings?*, CGFS Papers, No 32, at 28 (2008). Report submitted by a Study Group established by the Committee on the Global Financial System. This Study Group was chaired by Nigel Jenkinson of the Bank of England. July 2008, p. 28.

to be revealed but of quality. How the selection is to be done (which criteria should be used) is something policymakers are trying to determine in a way that public and private interests are balanced.²⁶

Pagano and Volpin explain that disclosure requirements are imposed on the issuers instead of being imposed on the rating agencies themselves. For CRAs to become more accountable to the public, they would have to disclose all information used to determine ratings. But when a higher degree of transparency in rating methods is achieved, new problems arise; Marco Pagano and Paolo Volpin (2009) warn of a potential danger: ‘transparency about rating models could lead to greater collusion with issuers [...]; S&P was so transparent about its CDO Evaluator Manual that issuers could predict perfectly the rating they would get, and thus structure deals so as to just get an AAA rating!’ (p. 19).

B. Reliability

The reliability of the ratings has also been a matter of debate due to the methodology followed by CRAs. This issue becomes even more relevant given the background of the sovereign credit ratings. And still today these agencies are rating the creditworthiness of more than a hundred of nations. Iyengar in an attempt to check such reliability points out that some studies show that the unreliability of CRAs is mostly derived from grounding their ratings on qualitative judgments rather than on quantitative analysis (Shreekant Iyengar, 2012, p. 70).²⁷ Therefore, consistency of rating decisions is called into question. He states further that, even in terms of communication of facts, the reliability of these ratings is questionable (Shreekant Iyengar, 2012, p. 81). Not only a lack of diligence has been observed when using inadequate information or data to ground their ratings on, but also irresponsibility even in some cases fraud, on the side of other market participants. Moreover, its methodologies were concentrated more in the issuance of new

²⁶ Although, as Marco Pagano and Paolo Volpin (2009), remark ‘the degree of ratings transparency that is optimal for society usually exceeds that chosen by issuers of structured bonds’ (p.16).

²⁷ Note here the contrast with the transparency aim, where the purpose was establishing criteria on the quality of the information revealed rather than on the quantity.

ratings not devoting sufficient attention to surveillance (Raquel García Alcubilla and Javier Ruiz del Pozo, 2012, p. 29).

C. *Conflicts of interest*

Conflicts of interest in the rating activity reflect CRAs' lack of integrity. A CRA has a clear incentive to provide favourable ratings to the issuer in order not to risk the revenues it receives from it for ancillary services. As Raquel García Alcubilla and Javier Ruiz del Pozo (2012) clearly explain there is a conflict of interests between, on the one hand, a CRA's interest in providing ratings that accurately reflect the probability of default of an issuer, and on the other hand, its interest in satisfying the issuer from whom it receives its revenue, who at the same time wishes to reduce its borrowing costs (as a consequence of the highest rating (p. 28)).²⁸

What makes things worse is that it remains a persistent problem despite the measures taken by several governments. As an example of the fact that the fight against conflicts of interest in CRAs is still a 'work in progress', I would like to mention US Securities and Exchange Commission 2012 annual staff report. It shows the findings of examinations of CRA registered with the SEC as Nationally Recognized Statistical Rating Organizations (NRSROs) in a moment of financial crisis. The staff identified the following findings:²⁹

- One of the smaller NRSROs had *insufficient policies and procedures* for a committee responsible for managing certain conflicts of interest.
- Two of the larger NRSROs and three of the smaller NRSROs did *not fully disclose* certain conflicts of interest or their related policies and procedures and *may not have adequately managed* certain conflicts of interest.

²⁸ See also: Chungping Bush, 2022.

²⁹ Summary Report of Commission Staff's Examinations of Each Nationally Recognized Statistical Rating Organization. As Required by Section 15E (p) (3) (C) of the Securities Exchange Act of 1934, at 15-18 (November 2012) .

- One of the larger NRSROs and one of the smaller NRSROs appeared to *have weaknesses* with respect to their *policies and procedures for managing and monitoring* the potential conflict of interest posed by employee securities ownership.
- Two others, smaller NRSROs, appeared to have some weaknesses with respect to their *securities ownership policies and procedures*.
- The Staff identified other areas where some NRSROs *lacked* certain conflict of interest policies and procedures or where such policies should be strengthened.

This summary of findings is the evidence of how much still needed to be done in 2012, four years after the burst of the 2008 financial crisis³⁰. Moreover, it does give us food for thought on whether regulation is a sensible course of action, or different means should be used.

D. Oligopoly

The limited scope of competition among CRAs has been identified by many studies as another failure of the CRAs' industry that has contributed to aggravate the rest of deficiencies. The OECD treated this issue through its competition committee on a hearing on 'Competition and Credit Rating Agencies' held in June 2010³¹. There was a consensus on that credit rating market is a natural oligopoly and therefore increased competition is challenging (p. 20).

This issue of insufficient competition was the subject of an EC public consultation in November 2011. Section 3 of this document entitled 'Enhancing Competition in the Credit Rating Industry' does not go far enough in the issue as to propose any solution or measure to, as EC claims, 'enhance competition'. It merely describes the situation and suggests possible

³⁰ However, conflicts of interest have not been resolved, as e.g.Chunping Bush (2022) claims when he refers to the US legal reforms as 'partially successful', since the SEC failed to improve the 'issuer-pay' model and other existing provisions are weak. In the same vein, he adds that the US law is ineffective and has a detrimental effect on the international rating industry because the most influential CRAs are subject to US law (p. 362).

³¹ with contributions from Prof. John C. Coffee, Columbia University Law School (United States) and Prof. Karel Lannoo, Center for European Policy Studies (CEPS).

related areas to be explored (such as national central banks, establishment of European network of small and medium CRAs, etc.).³² With the 2013 EU amendment regulation more concrete measures were established, as it will be analysed later.

Nevertheless, while the conflict can be seen as triggered by a context of oligopoly, some scholars claim that the solution of introducing more competition is likely to aggravate the conflict even more, leading to increase ratings inflation (a general increase in ratings levels that lessens the quality of ratings) (Bo Becker and Todd Milbourne, 2011, p. 496). The explanation for this position is that increasing the number of CRAs in order to increase competition reduces an individual CRA's reward from maintaining reputation (Pragyan Deb and Gareth Murphy, 2009).

3. Responses to the deficiencies

A. EU Regulation

In the US, a regulatory framework for CRAs' activity has existed since 1975, reinforced by the 'Credit Rating Agency Reform Act of 2006'³³ which aims to foster more transparency, accountability, and competition in the CRAs industry. Despite the fact that this regulatory framework did not prevent the catastrophic consequences of the agencies' performance, the European Union followed suit adopting the U.S. model with the 2009 regulation on CRAs³⁴. The EU regulation focuses on ensuring that CRAs avoid the above examined weaknesses. Mr Barnier³⁵ pointed out that the EU has been working

³² European Commission, Directorate General Internal Market and Services, *Public consultation on credit rating agencies*, 19-23 (5/11/2010).

³³ The Credit Rating Agency Reform Act of 2006 amended the Securities Exchange Act of 1934.

³⁴ Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council, of 16 September 2009, on credit rating agencies. Amended in 2011 by Regulation (EU) No 513/2011 of the European Parliament and of the Council, of 11 May 2011. And amended a second time in 2013 by Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 (amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies).

³⁵ European Commissioner for Internal Market and Services.

for several years to build a strong legal framework for CRAs with the help of the supervisory powers of the European Securities and Markets Authorities (ESMA)³⁶ from 2011. In March 2012, ESMA issued its first report on the supervision of CRAs.³⁷ Nevertheless, he admits that important concerns remain because the weaknesses have not entirely disappeared yet.³⁸

ESMA's 2012 annual report³⁹ on the application of the Regulation (EC) No 1060/2009 on CRAs, as amended according to Article 21(5) in the EU, identified the aforementioned deficiencies as a result of its investigations. The shortcomings revealed were in relation to CRAs' rating processes, governance, and internal control mechanisms. Remedial action plans were implemented in order to establish 'appropriate record-keeping and documentation procedures, improve data quality and confidentiality, strengthen resources dedicated to internal control functions, increase transparency in the disclosure and presentation of ratings and enhance the involvement of senior management in their activities' (ESMA, 2012, p. 4).⁴⁰ Indeed, ESMA is playing an active role in order to achieve preventative supervision. In 2013 ESMA identified progress by CRAs in their activities to meet the regulatory requirements on integrity, transparency, and improved disclosure of methodologies. However, ESMA believed that improvements were still necessary in the areas of conflict of interest, consistent application and comprehensive presentation of rating methodologies, the monitoring of ratings, and the reliability of IT infrastructures (Rasha Alsakka, Owain ap Gwilym, and Tuyet Nhung Vu, 2014, p. 240). In fact, ESMA examined the bank rating methodologies of S&P, Moody's and Fitch, due to the strong linkages between bank and sovereign ratings; shortcomings were found in the processes of disclosure

³⁶ European Securities and Markets Authority (ESMA) is the single authority with exclusive supervisory responsibility for CRAs in the EU.

³⁷ ESMA, *Credit Rating Agencies Annual Report 2012*, 18 March 2013 | ESMA/2013/308 <https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2013-308.pdf>

³⁸ Answer given by Mr Barnier on behalf of the Commission when asked by the press on CRAs issue. 29/02/2012. Parliamentary questions - E-000566/2012(ASW).

³⁹ ESMA, *CRAs Annual Report 2012*, No. ESMA/2013/308 (2013).

⁴⁰ Furthermore, ESMA reports on the work on policy and cooperation, including the adoption of the draft Regulatory Technical Standards (RTS), guidelines and recommendations on the scope of the Regulation, cooperation with third countries and ESMA's supervisory competences in view of the CRA3 Regulation.

and implementation of changes in bank rating methodologies as well as in the systematic application and review process of methodologies.

In November 2011 the Commission put forward proposals to reinforce the regulatory framework on CRAs and deal with persistent weaknesses. The new rules entered into force on 20 June 2013.⁴¹ I would like to briefly comment on what these rules added with respect to the 2009 UE regulation and 2011 amendments. The main measure introduced is that the 2013 Amendment Regulation imposed new obligations not only on CRAs but also on issuers, originators, and sponsors in connection with structured finance instruments. The aims of the 2013 regulation focused on:

- 1) *Reducing overreliance on credit ratings.* For that purpose:
 - the articles 5a, b and c were introduced in Title I entitled ‘Over-reliance on credit ratings by financial institutions’, ‘Reliance on credit ratings by the European Supervisory Authorities and the European Systemic Risk Board’ and ‘Over-reliance on credit ratings in Union law’ respectively.
 - In this respect article 39 were also amended adding paragraph 5.g which introduced the obligation for the Commission, after having reviewed the situation in the credit rating market, to submit a report by 1 January 2016 to the European Parliament and to the Council, accompanied by a legislative proposal if appropriate, assessing, in particular: (g) whether there is a need to propose measures to address contractual over-reliance on credit ratings.
- 2) *Improving the quality of ratings of sovereign debt of EU Member States.* In this respect article 39b was inserted entitled ‘Reporting obligations’; it establishes the obligation of the Commission, by 31 December 2014, of submit a report to the European Parliament and to the Council on the appropriateness of the development of a European creditworthiness assessment for sovereign debt.
- 3) *CRAs will be more accountable for their actions.* In this respect article 8 (a) paragraph 2 was replaced by the obligation of a CRA of adopting, im-

⁴¹ Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on CRAs.

plementing and enforcing adequate measures to ensure that the credit ratings [...] are based on a thorough analysis of all the information that is available to it and that is relevant [...] as well as of adopting all necessary measures so that the information it uses in assigning credit ratings and rating outlooks is of sufficient quality and from reliable sources.

- 4) *Reduced conflicts of interests due to the issuer pays remuneration model.* In this respect:
 - Paragraph (4) is added to article 6 in Title 1: CRAs shall establish, maintain, enforce, and document an effective internal control structure governing the implementation of policies and procedures to prevent and mitigate possible conflicts of interest and to ensure the independence [...] shall establish standard operating procedures (SOPs) with regard to [...] the management of conflicts of interest [...].
 - Article 6a is inserted: ‘Conflicts of interest concerning investments in CRAs’.
 - An obligation for the Commission to review that CRAs are complying with what has been established before (added in paragraph 5 (b) in Title IIIA)
- 5) *Publication of ratings on a European Rating Platform.* This obligation is established in the new Article 11a inserted in title I entitled ‘European rating platform’.

The new legislation not only aimed at making CRAs more transparent and accountable when rating sovereign states, but at increasing competition too, —since the ratings industry was and is still, dominated by a few market players. Reducing the over-reliance on ratings by financial market participants was also another aim.⁴²

The point here is that behind CRAs lurks the service that they provide to the investing public as well as a service to the general public, —since the general well-being is in large part a function of the well-being of the economy generally. Although the *raison d’être* of private sector, in general, or of for-profit CRAs, in particular, is not directly public service (Timothy E. Lynch,

⁴² This idea was also expressed by Mr. Barnier http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/barnier/

2009, p. 292), in fact they regulate. Therefore, some control should be established to these private entities which develop functions beyond their private spheres. The necessity of regulating CRAs is justified by their de facto participation in regulation with, a not always positive, impact on the general public. Think of mistakes made in risk appreciations during the crisis. Mistakes that not only impact investors, borrowers, issuers but also governments when they do sovereign ratings,⁴³ —a downgrading can have the immediate effect of making a country’s borrowing more expensive, which at the same time may require changes in public policies that conditions citizens’ living standards.

In order to comply with those reporting obligations, ESMA was required to provide technical advice on those matters. In September 2014, ‘Technical Advice in accordance with Article 39(b) 2 of CRAR 3 regarding the appropriateness of the development of a European creditworthiness assessment for sovereign debt’ was provided. In the annex ‘Credit Rating Agencies Sovereign Ratings Investigation, ESMA’s assessment of governance, conflicts of interest, resourcing adequacy and confidentiality controls’, ESMA concluded: ‘all registered CRAs have established policies and procedures to ensure ongoing compliance with the Regulation.’ However, ESMA also warned CRAs about the need ‘to operate with no discrepancies between these formal procedures and the way they are put into practice by their staff. ESMA perceives a risk that these discrepancies impair the integrity of the rating process and the CRAs’ compliance with the Regulation’. Thus, despite this warning, ESMA reports positive findings, that is, that required processes of adaption of CRAs working methods to comply with the principles enshrined in EU Regulation had been taking place; that is to say, CRAs seemed to have internalised EU regulations. 2015 ESMA annual report also concluded in the same token.

Following ESMA’s technical advice, two reports from the Commission completed the CRA Regulation call: the first report, published in October 2015 addressed the appropriateness of the development of a European cred-

⁴³ European Commission, *New rules on CRAs enter into force – FAQs*. MEMO/13/571 Event Date: 18/06/2013.

itworthiness assessment for sovereign debt.⁴⁴ In this report the main conclusion was the inappropriateness of the creation of a European credit rating agency because ‘it would have only limited impact on the efforts to reduce reliance on sovereign debt ratings as it would, most likely, duplicate existing information’ at the same time as ‘if not managed correctly, it could entail the risk of creating over-reliance on a new alternative if relied upon by investors in an exclusive way’ (p. 18). A second report, answering to article Article 39b(1), Article 39b(2), Article 39(4)(5) reporting obligations, came to light in October 2016, addressing: alternative tools to external credit ratings, the state of the credit rating market, competition and governance in the credit rating industry, the state of the structured finance instruments rating market and the feasibility of a European Credit Rating Agency.⁴⁵ In this report the Commission reached the same conclusions as in the 2015 report on that no feasible alternatives to CRA that could replace them would be implemented given the important role they play in some parts of the EU’s regulatory framework for the financial sector.

B. Academic Proposal to address deficiencies

Despite the high investment costs for building its reputation, Sylvester C. W. Eijffinger (2012, p. 920) claims, the creation of a European rating agency will improve rating quality and transparency. A public agency would not aim at profit maximization but a total control over the financial regulatory framework. However, some authors are against this idea, in line with the Commission reports. For instance, Panayotis Gavras (2012) claims that even if this solution would resolve conflicts of interest, this possibility is beyond the ability of individual countries and other problems could arise, namely ‘regulatory protectionism’ (p. 36). Moreover, in relation to sovereign rating, countries

⁴⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Appropriateness of the Development of a European Creditworthiness Assessment for Sovereign Debt. COM (2015) 515 final. Brussels, 23.10.2015.

⁴⁵ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on alternative tools to external credit ratings, the state of the credit rating market, competition and governance in the credit rating industry, the state of the structured finance instruments rating market and on the feasibility of a European Credit Rating Agency COM (2016) 664 final.

would be rating themselves or be rated by an entity they own, as a result, issues to do with political influence would arise (p. 37).

For Andrea Miglionico (2012, p. 95) CRAs regulatory regime is too weak to enhance the accuracy of ratings. He advocates for an independent internal body that checks the accuracy of CRAs opinions, since one of the main problems of these agencies is incomplete information of ratings. It is a proposal that with the creation of ESMA has become a reality in Europe.

Amadou Nicolas Racine Sy (2009) proposes a three-step method for the regulation of CRAs focusing on macro-prudential matters. Firstly, he calls upon policymakers to be aware of and identify the risks inherent to credit rating. Then, they will have to test systemic institutions' balance sheets and off-balance-sheet positions. And finally, those systemic institutions that are vulnerable to abrupt ratings downgrade may have to hold more capital or liquidity buffers (p. 70). However, he concludes with a caution to policymakers regarding the expenses associated with such an approach. Therefore, it is imperative to conduct a thorough cost-benefit analysis of the program's implications for the proposed change.

Professor John C. Coffee Jr., (2011, p. 271) and Mauro Bussani (2010, p. 4), they both call for CRAs accountability. They argue that the belief in markets self-regulation is far from reality. Therefore, jurists and lawmakers have to design 'planetary solutions' to the actual dimension of the problems. Mauro Bussani claims that the choice of going global cannot be eluded as well as the crucial question affecting the expectations and interests of worldwide investors, market-users and national economies.

Rather than simply proposing a solution, what Mauro Bussani does is pose a question, aiming to inspire anyone willing to fully commit to the accountability mission: 'Is there anyone ready to seriously take up the challenge of making CRAs accountable, or should we await another crisis, and, in the meantime, keep crying our losses in the dark?' (p. 11) That 'anyone' might be the EU whose endeavours contribute to render CRAs more accountable.

Finally, Iyengar (2012, p. 81), in relation to sovereign credit ratings, claims that the problem not only is that CRAs are not reliable enough but that such problem has negative consequences especially for developing countries. These countries have a limited access to the capital markets, so they depend on CRAs assessments. A decrease in rating worsens the terms of the rating

therefore aggravating the economic conditions for the borrowing country. He advocates for a change in the methodology used and the factors or indicators included in the rating process in order to increase the objectivity of the rating decisions as well as rationalization of the criteria.

The rating oligopoly has reacted to the Covid-19 pandemic situation by rushing to mark down bonds and loans: ‘as of May 5th [2020], S&P had downgraded, or put on negative watch, a fifth of the corporate and sovereign issuers that it rates’ (The Economist, 2020, p. 57). The US SEC reacted to this Covid-19 situation by creating a ‘COVID-19 Market Monitoring Group’ on the 24th of April 2020. It has primarily focused on the interrelationships between ratings actions, procyclicality and financial stability, that is, the exploration of the effects of CRA downgrades on negative procyclicality and financial stability. Those interrelationships are being examined by other members of the global financial regulatory community with whom SEC shares analysis and observations (2020). Moreover, ESMA established in the 2020-2022 strategy and 2021 Work Programme its intention to actively contribute to the work of international bodies like IOSCO or the FSB regarding CRAs in the COVID-19 scenario.

V. Conclusion

I would like to conclude this article by reflecting on two realms, that of law-making and implementation, on the one hand, and that of governance models as new pathways, on the other.

Firstly, legislation, implementation and enforcement are classified as differentiated phases of the regulatory process, by the classical understanding of division of powers, where administrative procedure takes a secondary position as a tool for applying the law. However, the barriers between those formal phases become more diffuse in the newly formed domains of governance, such as financial markets. The rationale behind it is sound: the legislature cannot anticipate reality and set definitive criteria on subjects that are constantly evolving. An example of this is the authorization of products intended for both human and animal use, which are derived from biotechnology and other advanced technological processes. In such instances, the legis-

lature can only set values and objectives to be achieved, and just as crucially, outline the procedures, the answer to the ‘how’ question, for administrators to navigate future decisions on these matters. This indirectly shapes the nature of these decisions. Administrative regulatory bodies establish the relevant standards and implement them by means of legal procedure.

Supervisory powers are an important element in the enforcement phase, ensuring compliance with rules and public principles. Over the years ESMA’s mission has been evolving towards more focus on supervision and enforcement actions in order to achieve independence, objectivity and high quality of credit ratings in the EU, thus, reducing the negative lasting impact that ratings can have on the public.⁴⁶

However, it should not be forgotten that such compliance is also a result of cooperation between authorities and private actors. In post-crisis times, an interplay between private regulators and public supervisors within principles-based regulation and meta-regulation has taken place (Olha O. Cherednychenko, 2016). The more the cooperative mindset of the actors involved, private regulators and public supervisors, the higher the chances for compliance with public principles. Thus, as the example of CRAs compliance with EU Regulations has shown, only when private actors adapt to a cooperative landscape as well as when public authorities and administrative law adapt and is responsive to the dynamics of interaction with all sorts of regulatory forms and actors, successful compliance is feasible.

Secondly, on governance as new pathways, I would like to note that the traditional regulatory mechanism of policymaking and implementation, based on regulatory details as pertaining either to outcomes or to methods, differ in many ways from the decentralized, often privatized structures and procedures associated with new governance theory. These latter settings form the natural environment of third generation procedures that creates pathways of interaction across what used to be impassable borders (Javier Barnés, 2015).

According to Professor Barnés (2017):

⁴⁶ Regarding ESMA’s powers, the discretionary part that is included at the core of its administrative powers has been debated. Marta Simoncini, 2018, p. 4, 6).

'First- generation procedures promote outcomes that are consistent with legal mandates and within the limits of authority granted to those exercising power. Second-generation procedures aim to provide simple rules governing executive regulations derived from a hierarchical administration. Third- generation policymaking and implementation procedural arrangements directly facilitate and channel new needs that arise from contemporary governance models. The first and second generations could be drawn in a formal, linear, or staggered structure. A complex intertwined network or web could represent the third'. (p. 343)

Due to the disappearance of boundaries the administration begins to act more and more outside the state, cooperating with private sector, and increasing its discretionary power. Parliamentary enactment of regulatory statutes often now delegates to agencies substantial autonomy to set policy choices. Thus, agencies will be empowered to design the conception, development, implementation, and monitoring of public policies.

Thus, the rationale for the public/private transfer is rooted in the regulatory role played by the private organization (in a broad sense). This entails refraining from merely extending public law requirements to any private entity. Furthermore, this approach is not a classical one that of applying public law values to private organizations acting public functions. Rather, its purpose is dealing with something more specific: private bodies that perform any kind of regulatory activity, within the regulatory process, as far as it impacts the public.

Consider that the required adjustment of values is analogical in nature. This approach necessitates a departure from the notion of an automatic transfer, instead advocating for a fusion of public values and the adaptable nature of private law. Examples of this idea can be found not only in the 2009 EU Regulation on CRAs (and subsequent amendments), as described before but also in the in European law on the award of public service contracts. Regarding the latter, a transfer of values is accomplished, without formalisms, from public procurement contracts to certain companies above certain thresholds, in the realm of regulated sectors.

New governance models and regulatory strategies are needed to deal with the challenges found in these new domains: from a state-centric system

to a networked multi-party decision-making; from a top-down hierarchical model, to a horizontal and collaborative one; and from the traditional two-step system of implementation and enforcement to a more complex process in which regulatory bodies work actively and continually to make the best possible decision in accordance with the current reality.

In sum, because of the expansion of administrative law both across national borders and into many privatized sectors, it has to construct new spaces where agencies and other actors enjoy more discretionary powers than ever, even if it implies that the administrative procedure, structure and function have to be rethought.

VI. References

- Aizenman, J., Binici, M., Hutchison, M. M. (2013). Credit Ratings and the Pricing of Sovereign Debt during the Euro Crisis. *Oxford Review of Economic Policy*, 29(3), 582-609. https://www.nber.org/system/files/working_papers/w19125/w19125.pdf
- Alsakkaa, R., Gwilym, O., and Vu, T. N. (2014). The Sovereign-Bank Rating Channel and Rating Agencies' Downgrades during the European Debt Crisis. *Journal of International Money and Finance*, 49(PB), 235-257.
DOI: 10.1016/j.jimonfin.2014.03.012
- Aman, A. C. (2005). Privatization, Prisons, Democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12(2), 520.
- Anonymous. (2020, May 9). Markers Marked. *The Economist*, 435(9193), 57-58, at 57.
- ASA (Advertising Standards Authority) (n.d.). Home. Retrieved from <http://www.asa.org.uk/>
- Avezuela Cárcel, J. (2008). *Agencias. El Ejemplo Norteamericano* (Vol. 5). Fundación Ciudadanía y Valores.
- Barnés, J. (2019). The Evolution of Public/Private Divide. A Functional Approach to Administrative Law. Regulatory Activities and Public Services. In Jean Bernard Auby, Stéphane de La Rosa, and Julien Boudon (Eds.),

- Le futur du droit administratif - The future of administrative law* (pp. 79). Paris: LexisNexis.
- Barnes, J. (2017). Three generations of administrative procedures. In Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, and Blake Emerson (Eds.), *Comparative Administrative Law* (p. 343). Edward Elgar Publishing.
- Barnés, J. (2011). Hacia Una Teoría Contemporánea De La Organización Administrativa. Una Nota Introductoria. In X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (Ed.), *Retos de la Organización Administrativa Contemporánea* (p. 471). El Salvador.
- Barnés, J. (2015). *Transforming Administrative Procedure*. Global Law Press.
- Barnier, M. (2012, February 29). Written answer on behalf of the Commission when asked by the press on CRAs issue. European Parliament, Parliamentary questions - E-000566/2012(ASW).
- Becker, B., and Milbourne, T. (2011). How Did Increased Competition Affect Credit Ratings? *Journal of Financial Economics*, 101(3), 493-514. <https://doi.org/10.1016/j.jfineco.2011.03.002>
- Bussani, M. (2010). Credit Rating Agencies' Accountability: Short Notes on a Global Issue. *Global Jurist*, 10(1), 1.
- Bush, C. (2022). Dealing with the Conflicts of Interest of Credit Rating Agencies: A Balanced Cure for the Disease. *Capital Markets Law Journal*, 17(3), 334-364.
- Cassese, S. (2005). Global Administrative Law: An Introduction. *Journal of International Law and Politics*, 37(4), 663-694.
- Cherednychenko, O. O. (2016). Cooperative or Competitive? Private Regulators and Public Supervisors in the Post-Crisis European Financial Services Landscape. *Policy and Society*, 35(1), 103-114. <https://doi.org/10.1017/S1449403515000516>
- Cotterrell, R. (2009). Does Legal Pluralism Need a Concept of Law? *Law and Politics Book Review*, 19(10), 774-779.
- Collins, H. (2015). Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens. In Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Anne van Aaken, and Reinhard Zimmermann (Eds.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research* (pp. 383-406). Oxford. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198723202.003.0023>

- Committee on Economic and Monetary Affairs. (2011, March 23). Report On Credit Rating Agencies: Future Perspectives (2010/2302(INI)). A7-0081/2011. Rapporteur: Wolf Klinz.
- Committee on the Global Financial System. (2008). Ratings in structured finance: what went wrong and what can be done to address shortcomings? *CGFS Papers*, No 32, 28.
- Council of Bars and Law Societies of Europe. (2021). Model Code of Conduct for European Lawyers. https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/EN_DEONTO_2021_Model_Code.pdf
- Deb, P., & Murphy, G. (2009). Credit Rating Agencies: An Alternative Model. London School of Economics Working Paper.
- Eijffinger, S. C. W. (2012). Rating Agencies: Role and Influence of Their Sovereign Credit Risk Assessment in the Eurozone. *Journal of Common Market Studies*, 50(6), 912-921.
- ESMA (2023, April 25). Market Report on the EU Credit Ratings market 2023 (ESMA Document No. ESMA50-165-2477).
- ESMA (2014, September 17). Technical Advice (ESMA Document No. ESMA/2014/850rev).
- European Commission. (2013, June 18). New rules on credit rating agencies (CRAs) enter into force – frequently asked questions (Memo No. MEMO/13/571).
- ESMA (2013, March 18). Credit Rating Agencies Annual Report 2012 (ESMA Document No. ESMA/2013/308). Retrieved from [<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2013-308.pdf>]
- European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union. (2015, December). Study on the Feasibility of Alternatives to Credit Rating. Executive Summary. EV-02-15-689-EN-N.
- European Commission, Directorate General Internal Market and Services. (2010, May 11). Public consultation on credit rating agencies, 19-23.
- European Commission. (2013, June 18). New rules on CRAs enter into force – faqs. MEMO/13/571 Event Date: 18/06/2013.
- European Commission. (2015). Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Appropriateness of the Devel-

- opment of a European Creditworthiness Assessment for Sovereign Debt, COM (2015) 515 final.
- European Commission (2016). Report from the Commission to the European Parliament and the Council, COM (2016) 664 final.
- Freeman, J. (2000). The Private Role in Public Governance. *New York University Law Review*, 75(101).
- Freeman, J. (2003). Extending Public Law Norms Through Privatization. *Harvard Law Review*, 116(5), 1285-1352. <https://doi.org/10.2307/1342759>
- Gaillard, N., & Waibel, M. (2018). The Icarus Syndrome: How Credit Rating Agencies Lost Their Quasi-Immunity. *SMU Law Review*, 71(4), 1077-1116.
- García Alcubilla, R., & Ruiz del Pozo, J. (2012). *Credit Rating Agencies on The Watch* (Vol. 2). Oxford University Press.
- Gavras, P. (2012). Rating Game. *Finance and Development, IMF*, 34(March).
- GLOBALG.A.P. (n.d.). Home. Retrieved from http://www.globalgap.org/uk_en/
- Iyengar, S. (2012). The Credit Rating Agencies –Are They Reliable? A Study of Sovereign Ratings. *Vikalpa*, 37(1), 69-82.
- ISO (International Organization for Standardization). (n.d.). Home. Retrieved from <http://www.iso.org/iso/home.html>
- Jean-Klein, I., and Riles, A. (2005). Introducing Discipline: Anthropology and Human Rights Administrations. *Political and Legal Anthropology Review, Cornell Legal Studies Research Paper No. 05-017*, Fall.
- Ladeur, K.-H. (2002). The Changing Role of the Private in Public Governance - The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation. A Comparative Approach. *EUI Working Papers, Law No. 2002/9*.
- Lynch, T. E. (2009). Deeply and Persistently Conflicted: Credit Rating Agencies in the Current Regulatory Environment. *Case Western Reserve Law Review*, 59, 227-304. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1236242>
- Lobel, O. (2004). The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. *Minnesota Law Review*, 89, November.

- Luhmann, N. (1997). Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society? *International Review of Sociology*, 7(1), 67-79. <https://doi.org/10.1080/03906701.1997.9971223>
- McCubbins, M., Noll, R. G., Weingast, B. R. (1987). Administrative Procedures as Instrument of Political Control. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 3(2), 243-277. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.jleo.a036925>
- Melissaris, E. (2009). *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Ashgate.
- Miglionico, A. (2012). Enhancing the Regulation of Credit Rating Agencies: In Search of a Method. Centre for Financial & Management Studies, July.
- Naciri, A. (2015). *Credit Rating Governance: Global Credit Gatekeepers* (Vols. 2-3). Routledge.
- OECD Competition Committee. (2010). Memoir DAF/COMP(2010)29, on a hearing about Competition and Credit Rating Agencies.
- Pagano, M., and Volpin, P. (2009). Credit Ratings Failures and Policy Options. *EIEF Working Papers Series 0912*, Einaudi Institute for Economics and Finance (EIEF), September, at 16.
- Posner, R. A. (2013). The Concept of Regulatory Capture: A Short, Inglorious History. In Daniel Carpenter and David Moss (Eds.), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it* (p. 2). The Tobin Project. Cambridge University Press.
- Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council, of 16 September 2009, on credit rating agencies. Amended in 2011 by Regulation (EU) No 513/2011 of the European Parliament and of the Council, of 11 May 2011. And amended a second time in 2013 by Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 (amending Regulation (EC) No 1060/2009 on credit rating agencies).
- Regulation (EU) No 462/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 amending Regulation (EC) No 1060/2009 on CRAs.
- Rekosh, E. (2004). Who Defines the Public Interest? *SUR*.
- Riles, A. (2011). *Collateral Knowledge: Legal Reasoning in the Global Financial Markets*. The University of Chicago Press.

- Riles, A. (2013). Is New Governance the Ideal Architecture for Global Financial Regulation? *IMES Discussion Paper Series*, Institute for Monetary and Economic Studies, Bank of Japan, January.
- Schmidt-Assmann, E. (2006). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. In Javier Barnés (Ed.), *Innovación y reforma del Derecho Administrativo* (pp. 103-111).
- Schmidt-Assmann, E. (2004). *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (Vol. 203, p. 305). Springer.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. INAP-Marcial Pons.
- Schmidt-Assmann, E. (1993). El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático: Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana. In Javier Barnes (Ed.), *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Civitas.
- Simoncini, M. (2018). *Administrative Regulation Beyond the Non-Delegation Doctrine: A Study on EU Agencies* (Vol. 4, p. 6). Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Strauss, P. L. (1996). From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking. *Wake Forest Law Review*, 31(4), 745-777.
- Stewart, R. (2006). The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law. *Journal of International Law and Politics*, 37(1).
- Stewart, R. (2003). Administrative Law in the Twenty-First Century. *NYU Law Review*, 78(2), 437-460.
- Tamanaha, B. Z. (2007). Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sydney Law Review*, 29, 376. Retrieved from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2008/20.pdf>
- Teubner, G. (2012). Transnational Constitutional Norms: Functions, Arenas, Processes, Structures. In Gunther Teubner (Ed.), *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* (pp. 73-107). Oxford Scholarship Online. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199644674.003.0004>
- Teubner, G. (2002). Breaking frames: Economic globalisation and the emergence of lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, 5, 199-217. <https://doi.org/10.1177/1368431022225432>

- Teubner, G. (1997). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In G. Teubner (Ed.), *Global Law Without a State* (pp. 3-28). Dartmouth.
- Teubner, G., & Fischer-Lescano, A. (2004). Regime-collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, 25(4), 999-1046. <https://doi.org/10.2307/40239415>
- US Securities and Exchange Commission. (2012, November). Summary Report of Commission Staff's Examinations of Each Nationally Recognized Statistical Rating Organization. As Required by Section 15E(p)(3) (C) of the Securities Exchange Act of 1934.
- U.S. SEC. (2020, July 15). COVID-19 Market Monitoring Group, Credit Ratings, Procyclicality and Related Financial Stability Issues: Select Observations. Public Statement.
- Zaring, D. (2005). Informal procedure, hard and soft, in international administration. *Chicago Journal of International Law*, 5.

Cómo citar

IJ-UNAM

Saavedra Bazaga, Alicia I., "Interactions between regulatory realms: new administrative law and credit rating agencies in a globalized society", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 261-298. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19136>

APA

Saavedra Bazaga, A. I. (2024). Interactions between regulatory realms: new administrative law and credit rating agencies in a globalized society. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 261-298. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19136>

Trayectorias e iniciativas legislativas en México: ¿qué propuestas defienden los diputados con antecedentes en grupos de interés?

*Legislative pathways and initiatives in Mexico: what proposals
do deputies with a background in interest groups advocate?*

Diego Solis Delgado

 <https://orcid.org/0000-0001-8788-1434>

El Colegio de San Luis, México

Correo electrónico: diego.solis@colsan.edu.mx

Josafat Cortez Salinas

 <https://orcid.org/0000-0001-6754-5177>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: josafatcortez@politicas.unam.mx

Recepción: 25 de abril de 2024 | **Aceptación:** 23 de julio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2024.170.19095>

Resumen: Este estudio examina los tipos de iniciativas introducidas por legisladores con experiencia previa en grupos de interés en la Cámara de Diputados de 2006 a 2018. El análisis se realiza utilizando una extensa base de datos que comprende 13,953 iniciativas. Al revisar las hojas de vida de los diputados que presentaron iniciativas encontramos que los grupos sindicales, empresariales y profesionales son los que introducen un mayor número de proyectos, mientras que los grupos campesinos son los que presentaron la menor cantidad. En materia de género, los hallazgos revelan que el 82% de las iniciativas de los grupos empresariales fueron realizadas por hombres, y en los grupos civiles el mayor número de iniciativas fueron presentadas por mujeres (58.9%). Además, mostramos que las carreras legislativas de los legisladores vinculados a grupos campesinos profesionales y sindicales son más largas que las de diputados asociados a grupos empresariales. Se realizó un trabajo de texto utilizando la herramienta “tidytext”, y los resultados ilustran que los antecedentes de los grupos de interés influyen significativamente en el tipo de legislación propuesta por los representantes mexicanos. Específicamente, los grupos empresariales tienden a concentrarse en cuestiones relacionadas con los impuestos, mientras que los sindicatos enfatizan las preocupaciones relacionadas con el trabajo y el bienestar social.

Palabras clave: grupos de interés; Cámara de Diputados; trayectorias legislativas.

Abstract: This study examines the types of initiatives introduced by legislators with prior experience in interest groups in the Chamber of Deputies from 2006 to 2018. The analysis is conducted using an extensive database comprising 13,953 initiatives. Upon examining the resumes of the deputies who presented the initiatives, the study uncovers that unions, business groups, and professional associations presented the greatest number of initiatives, while farmers submitted the fewest. When analyzing the initiatives by gender composition, the findings reveal that 82 % of the initiatives from business groups were made by men, and in civil groups, the largest number of initiatives was presented by women (58.9 %). Furthermore, it was discovered that the legislative careers of peasant, professional, and union groups were longer than those of business groups. A text analysis was performed using the “tidytext” tool, and the results illustrate that the background of interest groups significantly influences the type of legislation proposed by Mexican representatives. Specifically, business groups tend to concentrate on tax-related issues, while unions emphasize concerns related to labor and social welfare.

Keywords: interest groups; Chamber of Deputies; legislative careers.

Sumario: I. Introducción. II. Revisión de la literatura. III. Datos y diseño. IV. Iniciativas en las legislaturas LX-LXIII. V. Los grupos con mayor representación. VI. Descripción de los iniciadores de proyectos. VII. Temas propuestos por legisladores vinculados a grupos de presión. VIII. Conclusiones. IX. Referencias.

I. Introducción

La literatura en México sobre el Poder Legislativo ha apuntado la influencia de grupos de interés sobre la toma de decisiones en México (Elizondo, 2010; Elizondo, 2009; Solís y Cortez, 2019). Sin embargo, poco conocemos acerca de estos actores políticos porque los análisis existentes suelen ser descriptivos y se centran en estudios de caso (Solís y Cortez, 2019). La falta de investigaciones sistemáticas dificulta identificar patrones de comportamiento y limita la capacidad para comprobar y contrastar la eficacia de estos grupos en el proceso legislativo.

El subdesarrollo de esta área de la ciencia política en México es entendible considerando la escasa información que proveen los registros de cabildeo. No obstante, los vínculos entre legisladores y grupos de interés no se limitan a las actividades de cabildeo. Con frecuencia puede encontrarse diputados

con antecedentes en grupos de interés (Gava *et. al*, 2016) como miembros de grupos sindicales (Bensusán & Middlebrooke; 2012, 2013; Elizondo, 2009) y empresariales (Wuhs, 2010) que obtienen regularmente representación en el Congreso.

Solís y Cortez (2019) identificaron que alrededor del 25% de los diputados en el periodo 2006-2015 reportaron tener membresías en grupos de presión. Ahora bien, existe un vacío en la literatura para el caso mexicano porque se desconoce el tipo de iniciativas que promueven los diputados con membresías en grupos de presión. En este trabajo buscamos cubrir este vacío analizando las comisiones a las que son referidas las iniciativas de los diputados con membresías en grupos de presión y revisamos la descripción de las iniciativas de ley que proponen. En este artículo nos preguntamos: ¿qué tipo de iniciativas impulsan los legisladores con membresías en grupos de presión? ¿Cómo afecta el tipo de antecedentes en grupos de presión a las iniciativas presentadas en la Cámara de Diputados?

El objetivo del estudio es conocer qué grupos son los más prominentes en el proceso legislativo y qué tipo de iniciativas introducen en la Cámara de Diputados. En este sentido, exploramos si el perfil del legislador tiene incidencia sobre los temas que promueven en el Congreso.

II. Revisión de la literatura

En la literatura se ha resaltado la escasa atención a los vínculos formales entre grupos de interés y legisladores. En general, los grupos de presión se consideran como agentes externos que presionan sobre el Poder Legislativo en actividades de cabildeo (Hojnacki y Kimball, 1998; Grossman y Helpman, 2001; Bernhagen y Brauning, 2005; Drutman, 2015; McKay, 2018). Sin embargo, algunos autores han mostrado que existen legisladores que cuentan con “lealtades dobles”, es decir, que son parlamentarios y miembros de grupos de presión (Gava *et al.*, 2016; Eichenberg y Mach, 2017; Solís y Cortez, 2019).

Los análisis sobre cabildeo que han analizado las trayectorias de los legisladores suelen centrarse en cómo los representantes transitan de una carrera legislativa a una como cabilderos o cómo los trabajadores del Congreso se convierten en cabilderos, es decir, cómo los representantes públicos o per-

sonal del Congreso pasan por la “puerta giratoria” (*revolving door*) (Lazarus, McKay y Herbel, 2016; Furnas, Heaney y LaPira, 2019; McCrain, 2018). Con menos frecuencia se encuentran estudios que analizan el fenómeno inverso, es decir, cómo miembros de grupos de presión se transforman en representantes públicos. Adicionalmente, existe un vacío en América Latina sobre el proceso de cabildeo y los grupos de presión en las decisiones legislativas (Solis y Cortez, 2022).

Gava et al. (2016), exploraron las trayectorias de los legisladores suizos e identificaron vínculos entre grupos de interés y los representantes. En sus hallazgos, ubican un crecimiento en el número de membresías y la predominancia de grupos empresariales, asociaciones profesionales y de abogacía. También muestran que estas asociaciones suelen tener vínculos con legisladores que ocupan posiciones en comités relevantes para el grupo. De manera similar, Eichenberg y Mach (2017) revisaron los vínculos formales entre legisladores y grupos de presión en el caso de Suiza y comprueban que el área de competencia en la que se desempeñaron estos legisladores coincide con los intereses promovidos por sus grupos de origen.

En el caso de México, algunos trabajos han notado la existencia de vínculos entre grupos de interés y los diputados mexicanos. Aunque con frecuencia suelen concentrarse en un solo tipo de grupo. Un ejemplo es el trabajo de Wuhs (2010), en su investigación sostiene que los grupos empresariales cuentan con un portafolio de inversiones políticas para incidir en las decisiones públicas. Entre ellos identifica la representación directa en el Congreso. Al revisar la composición de la Cámara de Diputados encuentra legisladores con membresías en grupos empresariales y un crecimiento en el número de representantes con estos vínculos entre 2003 y 2006. Otros autores han realizado descripciones sobre cómo han evolucionado las relaciones entre el Estado y los grupos empresariales y señalan la mayor presencia de legisladores con trayectorias en cámaras empresariales en el periodo postransición (Alba Vega, 2006).

Alba Vega (2006) detalla el tipo de relación que mantenían las cámaras empresariales con el régimen priista y cómo estas organizaciones adoptaron una postura más activa a partir de la nacionalización de la banca de 1982. En el caso de los grupos sindicales, Bensusán y Middlebrook (2012 y 2013) muestran que, durante el periodo de hegemonía priista, los grupos sindicales

que estaban vinculados al PRI obtuvieron con regularidad espacios de representación en la Cámara de Diputados. Sin embargo, la representación de los grupos sindicales comenzó a disminuir en la década de 1990 conforme el PRI fue recortando el número de diputaciones sindicales (Bensusán y Middlebrook, 2013). En especial, apuntan al debilitamiento de la Confederación de Trabajadores de México (CTM), que tradicionalmente fue la organización obrera más poderosa del país.

A diferencia de los estudios mencionados, que suelen centrarse en un solo tipo de grupo, la investigación de Solís y Cortez (2019) hace un análisis sistemático de los antecedentes de todos los miembros de la Cámara de Diputados. En su artículo exploran las afiliaciones de los diputados que formaron parte de tres legislaturas (2006-2015). Sus hallazgos comprueban que, en promedio, uno de cada cuatro legisladores cuenta con antecedentes en grupos como cámaras y asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones ganaderas y grupos civiles. Señalan, que los grupos empresariales tienen mayores probabilidades en el Partido Acción Nacional (PAN), el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y el Partido Verde Ecologista de México (PVEM), mientras que los grupos civiles son más comunes en partidos de izquierda como el Partido de la Revolución Democrática (PRD). Por el contrario, encuentran un mayor pragmatismo en los grupos sindicales (Solís y Cortez, 2019).

Ahora bien, en la literatura mexicana se desconoce el tipo de iniciativas que promueven los diputados con membresías en grupos de presión. En este trabajo analizamos las comisiones a las que son referidas las iniciativas de los diputados con membresías en grupos de presión y analizando la descripción de las iniciativas de ley que proponen.

III. Datos y diseño

Para estudiar el comportamiento de los legisladores mexicanos creamos una base de datos que contiene información sobre todas las iniciativas presentadas en el periodo 2006-2018. En la base se incluyó información sobre el tema que fue propuesto, el diputado que introdujo la iniciativa y la comi-

sión a la que fue remitida la propuesta. Estos datos fueron obtenidos del Sistema de Información Legislativa (SIL) de la Secretaría de Gobernación.

A partir de la identidad de los diputados que presentaron la iniciativa revisamos los currículums de cada uno de ellos. Los currículos están disponibles en el SIL y su contenido es provisto por los mismos legisladores. Al sistematizar las trayectorias precisamos si estos contaban con antecedentes en cámaras comerciales o empresariales, sindicatos, asociaciones ganaderas o campesinas, organizaciones de la sociedad civil y asociaciones profesionales.

Con base en esta búsqueda creamos cuatro variables: la primera indica el grupo en el que tienen membresía, la segunda variable clasifica el tipo de grupo al que pertenecen, en tercer lugar, codificamos a la comisión a la que fue referida la iniciativa y finalmente creamos una variable que muestra si el tema de la iniciativa está vinculado con el área del grupo.

La base está compuesta por 13,953 observaciones. De estas iniciativas el 28% fueron propuestas por legisladores con antecedentes en grupos de interés. Por grupo de interés entendemos a organizaciones formalmente estructuradas que buscan incidir sobre las decisiones públicas por medios no violentos y sin asumir responsabilidades gubernamentales (Solís, 2017).

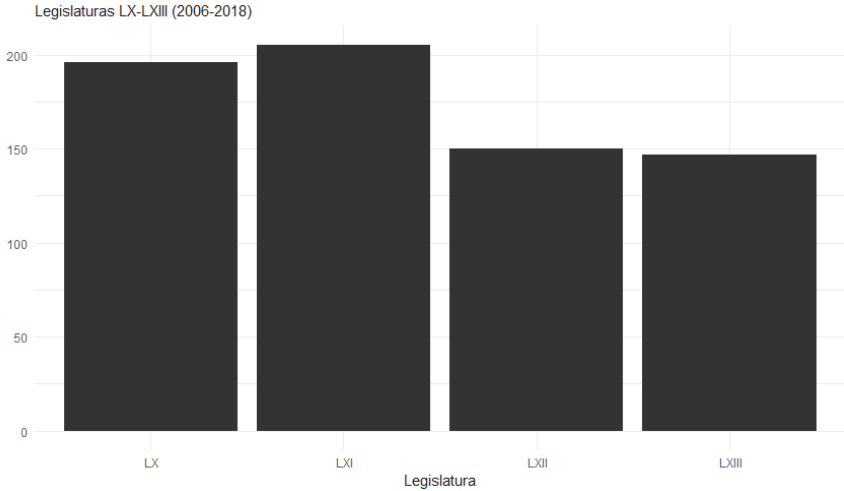
La base de datos incluye una casilla que contiene la descripción del proyecto de ley. Esta información fue también extraída del SIL. Con base en ella se realizó un análisis de texto con la paquetería “tidytext” de R. Con este paquete revisamos la frecuencia de los términos, clasificando por tipo de grupo. El resultado descarta términos frecuentes como preposiciones, adjetivos y conectores lógicos. También desechamos términos frecuentes que son comunes, pero poco informativos de las reformas como “artículo”, “reforma”, “fracción”, “párrafo”, “proyecto”, “disposiciones” o “adiciona”. De esta manera, identificamos las palabras más frecuentes en los proyectos de ley de cada uno de los diferentes tipos de grupos de interés.

IV. Iniciativas en las legislaturas LX-LXIII

Al clasificar las iniciativas encontramos que en promedio los legisladores estuvieron vinculados a 174 grupos por legislatura. La legislatura con mayor número de diputados con membresías en grupos de presión fue la LXI con

205, mientras el periodo con el menor número de diputados con estos vínculos fue la legislatura LXIII con 147 grupos representados.

Gráfica 1. Grupos representados por legislatura



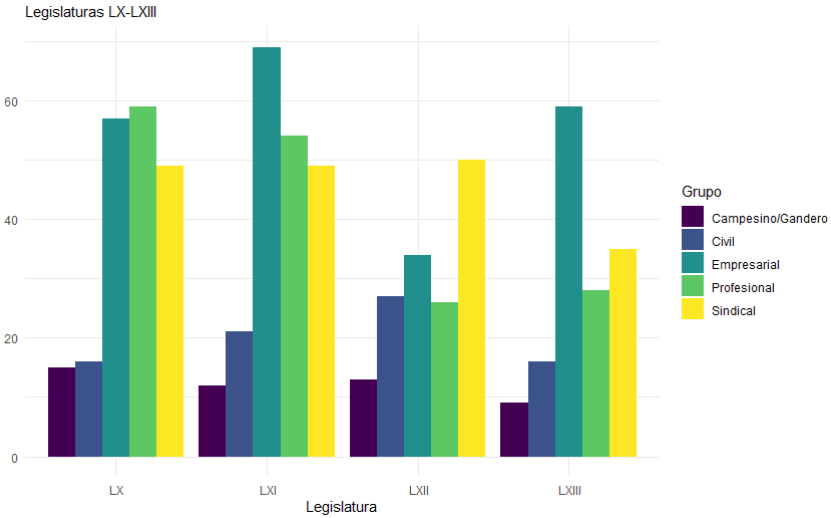
FUENTE: elaboración propia

Estos datos apuntan a que un número importante de iniciativas es introducido por legisladores con membresías en grupos de interés y que entre ellos existe una pluralidad de asociaciones. Una vez identificados los grupos con los que están relacionados los diputados procedimos a clasificarlos de acuerdo con las funciones que desempeñan en cinco tipos de grupos: 1) empresariales, 2) sindicales, 3) campesinos, 4) civiles y 5) asociaciones profesionales.

El gráfico 2 muestra la composición de las legislaturas de acuerdo con el tipo de grupos a los que pertenecen los diputados. En el periodo analizado predominan tres tipos de asociaciones: empresariales, sindicales y profesionales; entre estos, los más numerosos han sido los empresariales, que generalmente son señalados en la literatura como los actores más prominentes en actividades de cabildeo. Ahora bien, en México los sindicatos también representan una proporción importante siendo el segundo con más representantes. En el caso de los grupos profesionales se observa una disminución

de diputados con estos antecedentes a través del tiempo llegando a su punto más bajo en la legislatura LXIII.

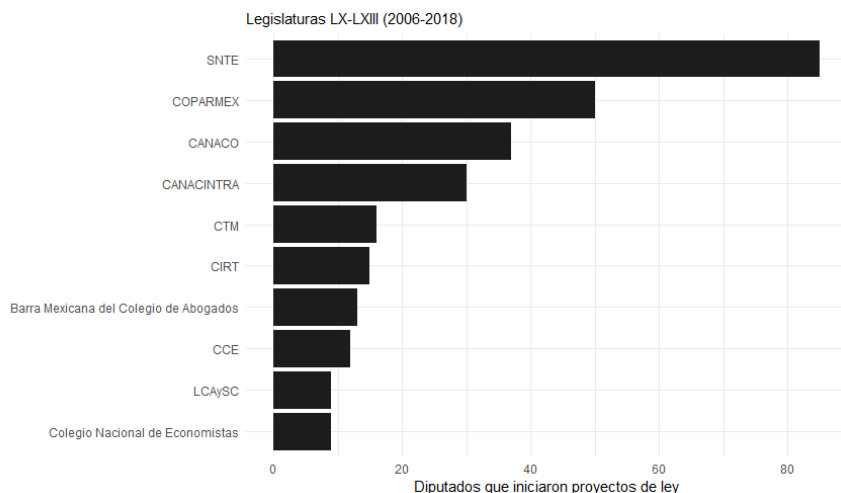
Gráfica 2. Frecuencia de iniciadores por tipo de grupo



V. Los grupos con mayor representación

Algunos grupos destacan en el Congreso por la cantidad de legisladores vinculados a ellos. El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE) tiene mayor presencia, con 80 diputados vinculados que presentaron el 58.6% de las iniciativas propuestas por grupos sindicales en el periodo 2006-2018. El SNTE representa a la mayoría de los maestros de educación básica del país y tiene la mayor cantidad de afiliados en América Latina. Su influencia se debe a su capacidad de movilización electoral y a una estructura de operadores políticos atractiva para los partidos políticos.

Gráfico 3. Grupos con más iniciadores de proyectos



FUENTE: elaboración propia

La Confederación Patronal de la República Mexicana (Coparmex) es el segundo grupo más representado en la Cámara de Diputados. Es una organización voluntaria que agrupa a más de 36,000 empresarios y ha mantenido vínculos estrechos con el Partido Acción Nacional (PAN) (Loaeza, 1999). Históricamente, ha tenido un papel activo en la política desde la década de 1980.

Otros sectores empresariales destacados incluyen la Cámara Nacional de la Industria de Transformación (Canacintra), que agrupa principalmente a pequeñas y medianas empresas de 14 sectores económicos y que funcionó como un órgano de consulta del gobierno federal. Sin embargo, su influencia disminuyó con la liberalización económica de la década de 1980. Las Cámaras Nacionales de Comercio (Canaco), unidas en la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio (Concanaco) representa a los sectores de comercio, servicios y turismo, y sus afiliados contribuyen con el 54% del PIB del país.

El origen de muchas de estas asociaciones se remonta al periodo de hegemonía priísta, durante el cual las empresas estaban obligadas a afiliarse a estas organizaciones que mantenían vínculos cercanos con el PRI (Bensusán y Middlebrook, 2012) La “Ley de Cámaras” de 1941 obligaba la membresía

de los intereses empresariales en la Confederación Nacional de Cámaras Nacionales de Comercio y de la Industria (Concanacomin), que agrupaba a la Concanaco y la Concamin. Las pequeñas empresas debían afiliarse a Canacindra. Estas cámaras tenían acceso privilegiado a los tomadores de decisiones y se beneficiaban del sistema de sustitución de importaciones que las protegía de la competencia externa.

Con la crisis de la deuda y la expropiación de la banca en 1982, la Coparmex y la Concanaco se involucraron más activamente en la política, financiando principalmente al PAN y contribuyendo a su fortalecimiento (Loaeza, 1999; Reveles, 2003). Durante el periodo de hegemonía priista, los empresarios se habían mantenido al margen de la participación electoral, pero tras la crisis de 1982 comenzaron a postularse como candidatos a puestos de elección popular, inicialmente por el PAN y posteriormente también por el PRI.

El control del PRI sobre las cámaras empresariales se debilitó debido a las reformas neoliberales que siguieron a la crisis de 1982, como en el caso de Canacindra, que experimentó un debilitamiento organizativo en los años noventa. Por otro lado, el Consejo Coordinador Empresarial (CCE), que agrupa a las asociaciones empresariales más importantes de México y ha jugado un papel significativo en la política, especialmente en la transición a la democracia y en la liberalización económica durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari, ganó importancia.

La Confederación de Trabajadores de México (CTM) también figura entre los grupos más representados. Durante la hegemonía priista, la CTM agrupaba a la mayoría de los sindicatos y tenía una representación significativa en la Cámara de Diputados. Sin embargo, su presencia disminuyó notablemente con la transición a la democracia (Bensusán y Middlebrook 2012). Otro grupo con alta representación es la Cámara de la Industria de la Radio y la Televisión (CIRTI), que ha sido un actor influyente en la toma de decisiones, con la llamada “telebancada” referida a legisladores vinculados a los grandes medios de comunicación. La Ley Televisa, que alargaba las concesiones del espectro radioeléctrico a estas compañías, es una de sus victorias notables.

Además de los grupos mencionados, se ha añadido una categoría de asociaciones profesionales en el análisis, destacando la Barra Mexicana del Colegio de Abogados y el Colegio Nacional de Economistas. Estas asociaciones

juegan un papel importante en el proceso legislativo debido a su conocimiento especializado, alineándose con teorías de cabildeo que enfatizan la importancia de la información y el conocimiento en la influencia legislativa.

VI. Descripción de los iniciadores de proyectos

Antes de analizar el tipo de iniciativas propuestas por diputados con membresías en grupos de interés, presentamos un análisis descriptivo de las vías de representación de estos actores, enfocándonos en las bancadas a través de las cuales propusieron sus iniciativas. El gráfico 4 muestra el tipo de grupo al que pertenece el iniciador del proyecto y el partido político por el que accedieron al Congreso en las legislaturas LX-LXIII.

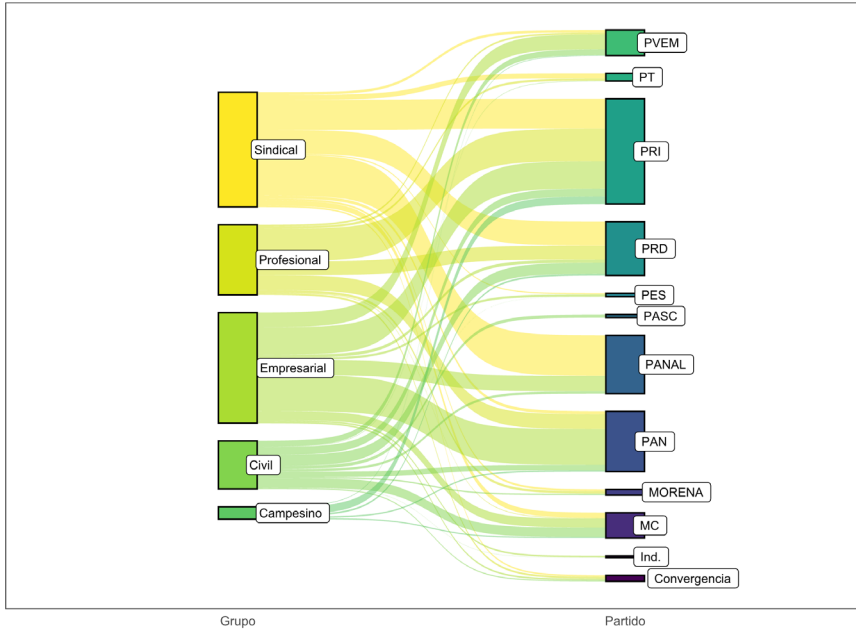
Este análisis considera únicamente a los diputados vinculados a grupos de presión que propusieron iniciativas de ley. El flujo de datos indica el volumen de iniciativas presentadas por cada tipo de grupo a través de los distintos partidos políticos. En primer lugar, se observa que los grupos con mayor número de iniciativas presentadas en este periodo fueron los sindicales, empresariales y las asociaciones de profesionistas, mientras que el grupo con menor número de iniciativas fue el campesino.

Las iniciativas de los sectores empresariales fueron introducidas principalmente a través de tres partidos políticos: PAN, PRI y PVEM. Este dato coincide con la expectativa del modelo propuesto por Solís y Cortez (2019), que sostiene que existe una mayor probabilidad de representación de intereses empresariales en estos partidos políticos. Esto también es consistente con el perfil ideológico del PAN, un partido de centro derecha que promueve el libre mercado (Reveles, 2003). En cuanto a las iniciativas presentadas por diputados con membresías en sindicatos, estas ingresaron en su mayoría a través de tres fuerzas políticas: PANAL, PRI y PRD. La alta proporción de iniciativas sindicales en el PANAL no es sorprendente, dado los profundos vínculos con el sindicato de maestros, ya que su fundación fue impulsada desde el SNTE y un número importante de sus miembros tienen antecedentes en dicha organización. El PRI también mantiene vínculos con organizaciones sindicales del viejo régimen, como la CTM, la Federación de Sindicatos

al Servicio del Estado (FSTSE) y el Sindicato Petrolero de la República Mexicana (STPRM).

Gráfica 4. Tipo de grupo y partido de las iniciativas

Tipo de grupo y partido de las iniciativas
Legislaturas LX-LXIII



FUENTE: elaboración propia

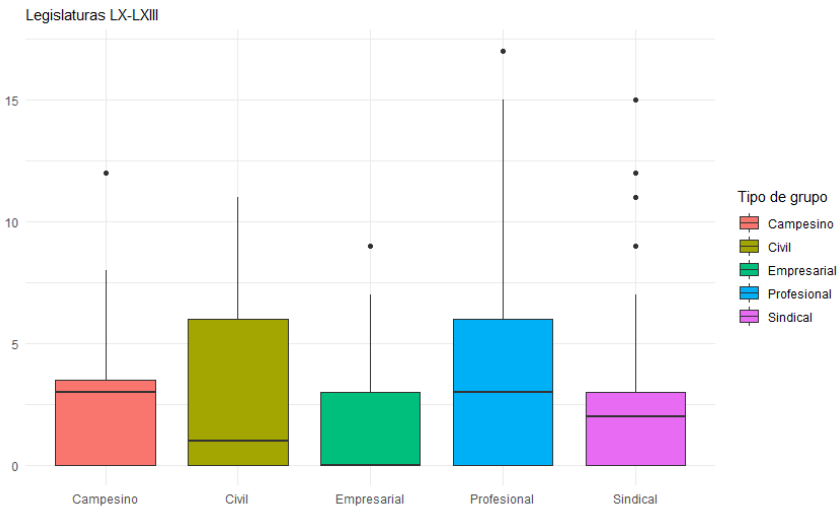
Al revisar las iniciativas de grupos civiles, observamos que estas se concentraron en dos partidos políticos: Movimiento Ciudadano y PRD. Esto sugiere que la agenda de los grupos civiles es promovida principalmente por partidos de centro-izquierda. Por su parte, los diputados vinculados a grupos campesinos promovieron sus proyectos desde el PRI, lo que indica que, aunque son pocos los proyectos de este tipo, su vía de acceso continúa siendo el PRI, con el que mantienen lazos históricos desde el periodo de hegemonía priísta.

En cuanto a las asociaciones profesionistas, no muestran un perfil ideológico marcado, ya que sus legisladores propusieron iniciativas a través de varios

partidos: PAN, PRI, PRD y Movimiento Ciudadano. Sin embargo, los partidos que concentraron el mayor número de iniciativas de estos grupos fueron el PRI y el PAN.

Una segunda dimensión analizada son los años de experiencia legislativa de los diputados con membresías en grupos de presión. El gráfico 5 muestra que la mediana de años de experiencia es más alta en tres grupos: campesinos, profesionales y sindicales. En contraste, la mediana es menor en grupos civiles y empresariales, con un valor de 0. Esto sugiere que las carreras legislativas de los diputados de grupos campesinos, profesionales y sindicales tienden a ser más largas que las de los grupos empresariales. Esta diferencia es relevante, ya que podríamos esperar que legisladores con mayor experiencia y conocimiento del proceso legislativo sean actores más exitosos en el Congreso.

Gráfica 5. Tipo de grupo y años de experiencia legislativa



Al analizar por composición de género el 82% de las iniciativas de grupos empresariales fueron hechas por hombres. Entre las iniciativas presentadas

por asociaciones profesionales también predominan las iniciativas de diputados hombres con el 72.3%. En los grupos sindicales se observa mayor paridad con el 42.8% propuesto por mujeres y el 57.2% por hombres, aunque la proporción aún está sesgada. En cambio, en los grupos civiles el mayor número de iniciativas fue presentado por mujeres con un 58.9%.

Finalmente, con respecto a las posiciones ocupadas en el sistema de comisiones, los diputados vinculados a grupos empresariales y sindicales tuvieron participación en 27% de las comisiones de referencia. Los diputados con antecedentes en grupos campesinos y ganaderos formaron parte de 18% de las comisiones y los grupos civiles fueron parte del 37% de los comités a los cuales fueron referidas sus iniciativas.

VII. Temas propuestos por legisladores vinculados a grupos de presión

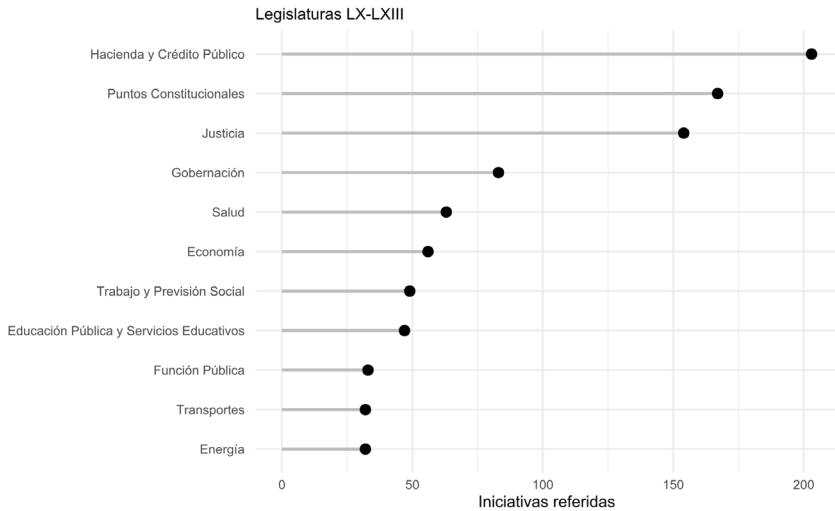
En este apartado hacemos una descripción de los temas propuestos por los diputados con membresías en grupos de presión. Con esta finalidad analizamos la comisión a la que fueron referidos los temas y la descripción que realiza el SIL sobre la propuesta.

Al revisar las iniciativas presentadas por diputados vinculados a grupos empresariales resalta que la comisión a la que remitieron el mayor número de iniciativas fue a Hacienda y Crédito Público, con 203 proyectos. Los diputados que contribuyeron al mayor número de iniciativas en esta comisión pertenecieron a los tres grupos empresariales más grandes: Coparmex (41), Concanaco (62) y Canacintra (22). Dentro de estas propuestas destaca el tema fiscal que es uno de los temas más importantes para sus grupos de origen. Esto sugiere que la intensidad de preferencias de estos diputados es similar a las de los grupos empresariales en los que tuvieron o mantienen una afiliación.

En segundo lugar, presentaron un gran número de iniciativas en la Comisión de Puntos Constitucionales, aquí uno de los temas más recurrentes fue el electoral y el relacionado a la composición de la Cámara y la relación de poderes. La tercera comisión en importancia para estos diputados fue la Comisión de Justicia, entre las iniciativas hubo un gran interés por endurecer

las penas. Otras comisiones de interés para estos grupos fueron Gobernación, Salud, Economía, Trabajo y Previsión Social, y Educación.

Gráfica 6. Comisiones de referencia (antecedentes empresariales)

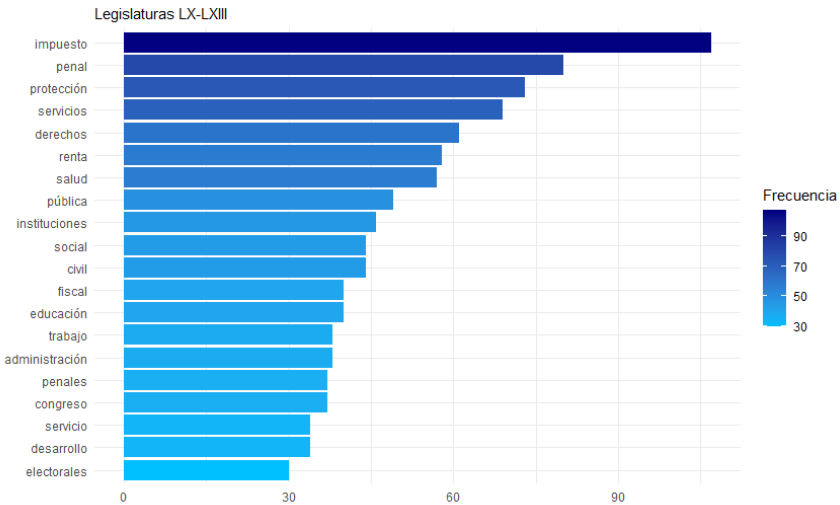


Ahora bien, el sistema de información legislativa ofrece una breve descripción de las iniciativas presentadas por cada diputado. Con estos datos realizamos un análisis de texto haciendo uso del paquete “tidytex” de R. Esta librería permite analizar la frecuencia con la que las palabras fueron utilizadas en la descripción de los proyectos. En primer lugar, analizamos los proyectos presentados por legisladores con vínculos empresariales.

Al depurar la base de términos poco informativos, mostramos que la palabra más frecuente en estas iniciativas es “impuesto”. Además, entre los términos más utilizados aparecen algunas palabras relacionadas con el tema de recaudación de impuestos como “fiscal” y “renta”. Por otro lado, estos legisladores también hacen frecuente referencia a los términos “penal” y “penales”, que coincide con la alta concentración de iniciativas en la Comisión de Justicia. Asimismo, estos grupos suelen estar preocupados por temas como el crecimiento económico y la competitividad, entre los términos frecuentes

puede observarse algunas palabras relacionadas con la agenda promovida por estos grupos como “desarrollo” y “servicios”.

Gráfica 7. Términos más frecuentes en iniciativas empresariales

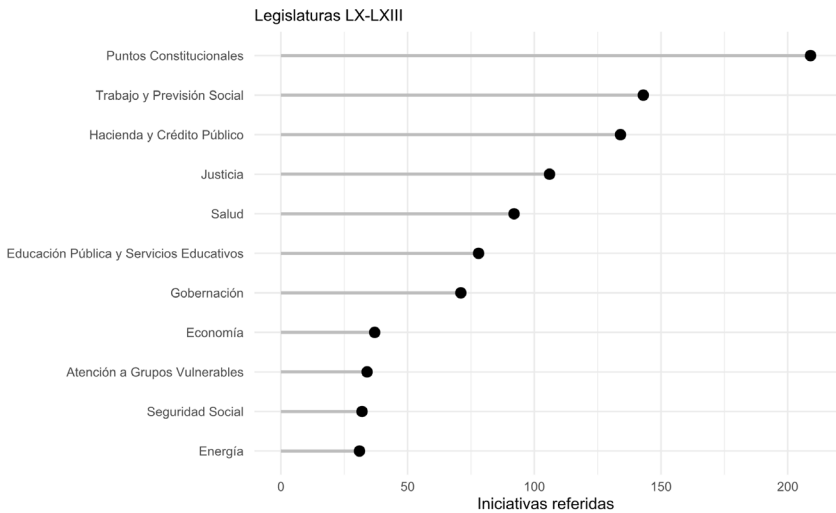


Para las propuestas de los grupos sindicales la comisión de mayor importancia fue la de Puntos Constitucionales. Al mismo tiempo, observamos que estos diputados ponen esfuerzo en iniciativas que son presentadas en la Comisión de Trabajo y Previsión Social, una comisión que afecta directamente a sus grupos de origen. También presentaron un número importante de iniciativas en la Comisión de Hacienda y Crédito Público. De manera similar a los grupos empresariales muestran interés en las comisiones de Salud, Gobernación y Educación.

Entre las reformas presentadas ante la Comisión de Puntos Constitucionales, uno de los artículos que presenta el mayor número de propuestas (24 iniciativas) es el 123 en el cual se encuentran establecidos los derechos de los trabajadores. Otro artículo en el que se concentra un importante número de iniciativas es el tercero, que se refiere al derecho a la educación. Una posible explicación es la preponderancia del SNTE entre los sectores sindicales.

Al revisar el origen de los diputados que propusieron cambios constitucionales observamos que el 61.7% fueron presentados por miembros del sindicato de maestros. También las propuestas del SNTE constituyen la mayoría de las iniciativas presentadas ante la Comisión de Educación y Servicios Educativos. Los diputados con afiliación al sindicato de maestros propusieron el 73% de las iniciativas de grupos sindicales en dicha Comisión.

Gráfica 8. Comisiones de referencia (antecedente sindical)

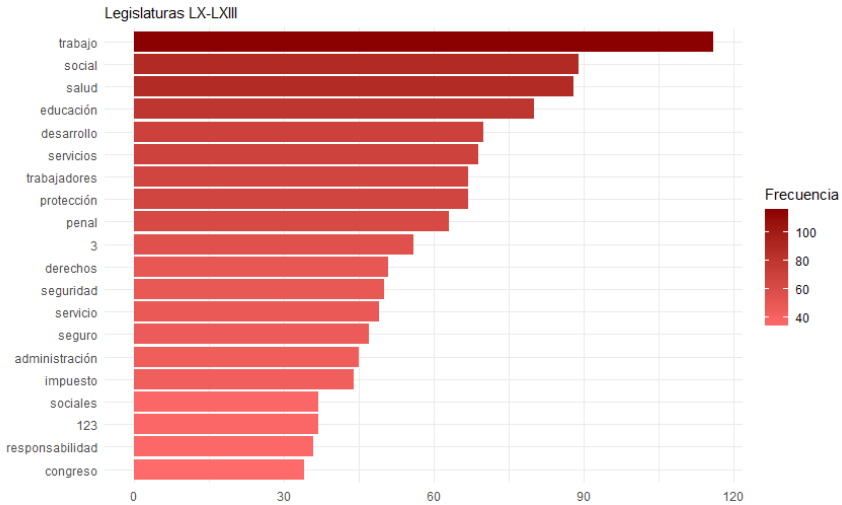


En el análisis de la descripción de las iniciativas de los diputados con antecedentes sindicales el término más frecuente es trabajo. Dentro de los términos frecuentes para describir estas iniciativas se observan términos como “social”, “sociales”, “salud”, “trabajadores”, “protección”, “derechos”, “seguridad” y “123”. Todos ellos términos que están relacionados con la agenda de defensa de derechos sociales de los trabajadores.

Entre las palabras más utilizadas también puede observarse los intereses particulares del gremio magisterial, representado por el SNTE, con el término “educación” y “3” que hace referencia al artículo 3o. de la Constitución. En este sentido, los antecedentes sindicales de los diputados parecen estar muy relacionados con el contenido de las iniciativas que proponen en el Con-

greso y con las comisiones a las que son referidas sus propuestas. Los diputados que han formado parte de un sindicato parecen estar muy interesados en el tema laboral. Por otro lado, el tema educativo también ocupa un lugar importante en su agenda porque está relacionado con la prominencia del SNTE dentro de los grupos sindicales.

Gráfica 9. Términos más frecuentes en iniciativas sindicales



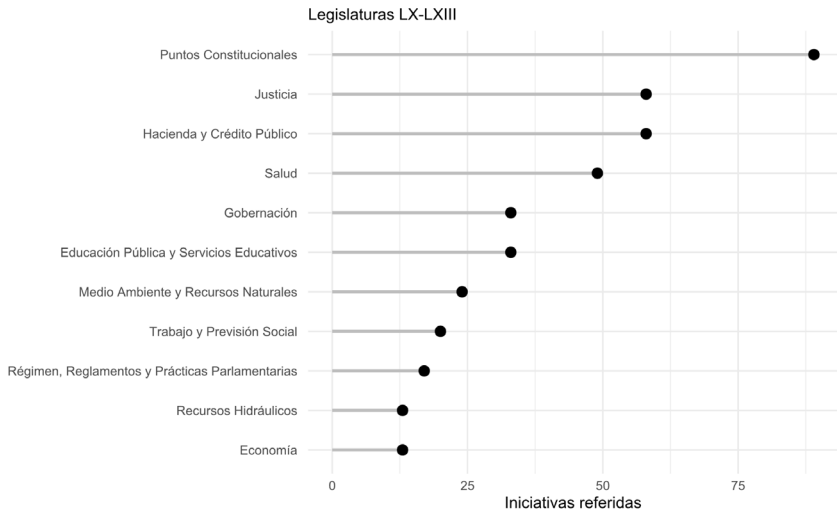
Ahora bien, a diferencia de los grupos empresariales y sindicales que tienen una agenda que promueven sus propios intereses, esperaríamos que los grupos civiles promuevan iniciativas que beneficien a un electorado más amplio. Entre los grupos con representación en el Congreso se encuentran asociaciones como Mujeres por Zacatecas A. C.; México Joven A. C.; Red por los Derechos Sexuales y Reproductivos; Proyecto Hábitat; Movimiento Equidad Social de Izquierda, y la Asociación Salud Infantil A. C, entre otros.

El mayor número de iniciativas presentadas por estos legisladores se dirigieron a las comisiones de Puntos Constitucionales (89), Justicia (58), Hacienda y Crédito Público (58) y Salud (49). En este gráfico podemos observar cómo la Comisión de Justicia es la de mayor importancia para estos grupos después de Puntos Constitucionales. Ahora, dentro de las propuestas de reforma constitucional se encuentran iniciativas en favor de la paridad de género,

la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la creación de tribunales ambientales, el reconocimiento al ingreso mínimo universal como derecho, entre muchos otros.

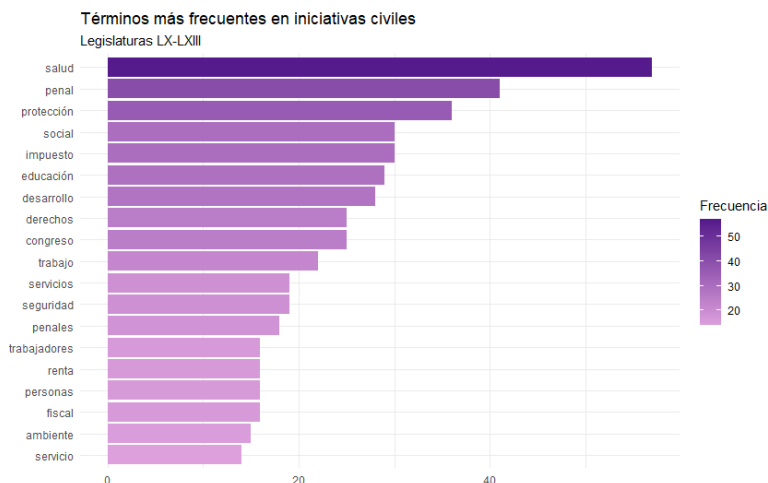
En las iniciativas presentadas ante la Comisión de Justicia sobresalen los temas que promueven los intereses de minorías y el fortalecimiento de los derechos de las personas. Algunas de las propuestas estuvieron orientadas a tipificación del feminicidio, el endurecimiento de penas por el delito de abuso sexual, la ampliación del periodo en que las mujeres privadas de la libertad pueden conservar la guardia y custodia de sus hijos, y la tipificación de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Gráfica 10. Comisiones de referencia (antecedentes civiles)



En estas iniciativas el término más frecuente es “salud” seguido de “penal”. Llama la atención que entre las palabras más utilizadas en estos proyectos destacan términos que no aparecen en el análisis de los grupos sindicales y empresariales como “derechos”, “personas” y “ambiente”; lo que sugiere que promueven una agenda distinta a los otros grupos. Al mismo tiempo, aparecen otros términos que son frecuentemente utilizados por grupos empresariales como “impuesto” y “fiscal”, así como palabras que son frecuentes en grupos sindicales como “trabajo” y “trabajadores”.

Gráfica 11. Términos más frecuentes en iniciativas civiles



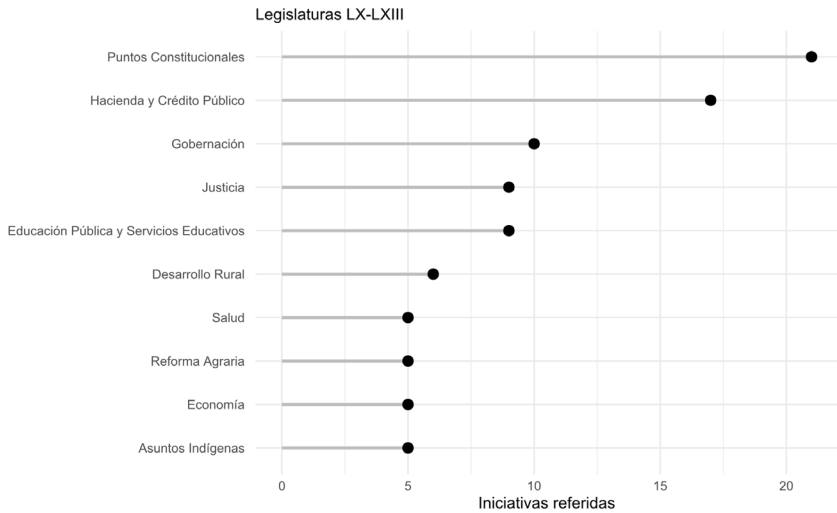
Los grupos campesinos constituyen el grupo más pequeño de legisladores con antecedentes en grupos de presión. Como puede verse, las frecuencias son menores en comparación con los grupos ya analizados. Los grupos que contribuyeron con mayor número de iniciativas a este tipo de grupo fueron la Liga de Comunidades Agrarias y Sindicatos Campesinos, la Asociación de Criadores de Ganado Limousin, la Asociación de Criadores de Ganado Suizo, la Asociación de Productores de Ajo, y la Asociación Mexicana de Criadores de Cebú de Registro.

Al estudiar las comisiones de referencia para los grupos campesinos encontramos que las comisiones con el mayor número de iniciativas fueron Puntos Constitucionales, Hacienda y Crédito Público y Gobernación. No obstante, también destacan otras comisiones relacionadas con temas del campo como Desarrollo Rural y Reforma Agraria; ambas comisiones que no figuran entre los intereses de diputados con otro tipo de membresías.

En la revisión de las propuestas referidas a la Comisión de Puntos Constitucionales encontramos algunas iniciativas que hacen referencia al tema agrario como modificaciones en el aprovechamiento de tierras comunales y ejidales orientada a que los ejidatarios puedan ejercer derechos de propiedad sobre sus parcelas, propuestas para la creación de comisiones especializa-

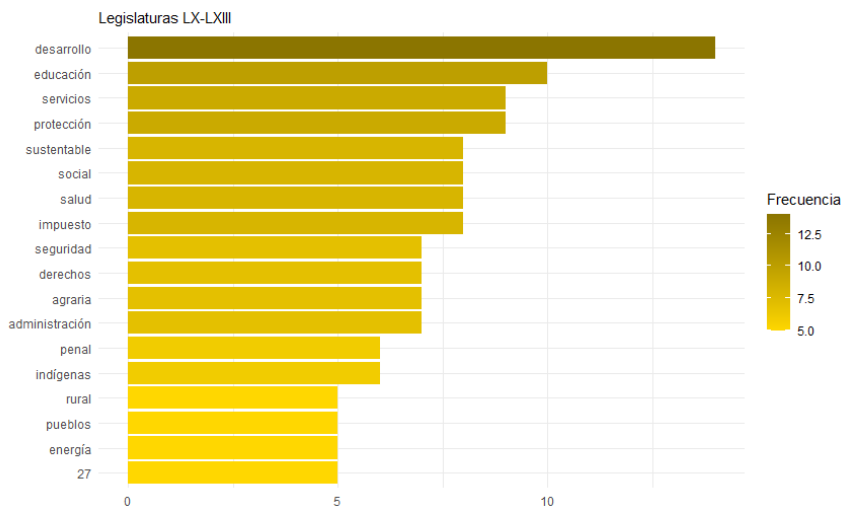
das en temas agrarios y regulaciones en materia de verificación y certificación de buenas prácticas de sacrificio en los rastros. Por otro lado, observamos iniciativas que buscaban que el estado protegiera el derecho de los pueblos indígenas a poseer y utilizar sus territorios y propuestas para modificar las reglas electorales de manera que la representación de estas minorías esté garantizada en el Congreso.

Gráfica 12. Comisiones de referencia (antecedentes campesinos)



Los datos muestran que los términos más frecuentes en la descripción de estas iniciativas son los siguientes: la palabra “desarrollo” es la más utilizada, seguida del término “educación”. Sin embargo, entre las palabras más usadas para describir las iniciativas de estos diputados observamos términos relacionados con sus grupos de origen como: “agraria”, “rural”, “indígenas”, “pueblos” y frecuentes referencias al artículo 27, el cual regula la propiedad sobre la tierra. En este sentido, nuestros resultados apuntan a que sus antecedentes en grupos campesinos afectan el tipo de iniciativas que presentan en la Cámara.

Gráfica 13. Términos más frecuentes en iniciativas campesinas



En este trabajo, añadimos a las asociaciones de profesionistas como una categoría adicional a las propuestas por Solís y Cortez (2019). La inclusión de tal categoría se debe a los hallazgos en el caso estadounidense, donde se ha encontrado que ese tipo de organizaciones frecuentemente se involucra en actividades de cabildeo.

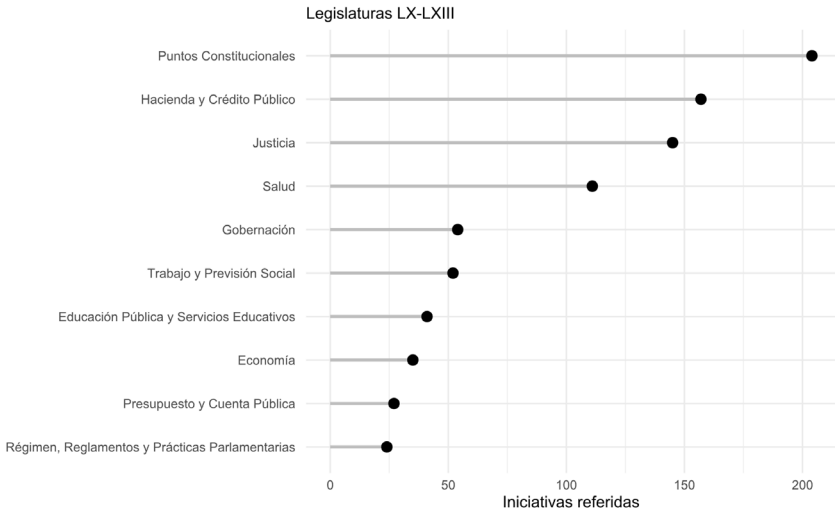
Los grupos que se repiten con mayor frecuencia como antecedentes de los iniciadores de proyectos de ley incluyen membresías en la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, el Colegio de Contadores Públicos, el Colegio Nacional de Economistas, el Colegio de Ciencias Jurídicas y la Asociación Mexicana de Cirugía Endoscópica.

En cuanto al destino de las iniciativas presentadas por diputados vinculados a asociaciones profesionistas, mostramos que estos legisladores concentraron sus esfuerzos en las comisiones de Puntos Constitucionales, Hacienda y Crédito Público, Justicia y Salud. Los intereses representados por estos grupos son más heterogéneos en comparación con los grupos empresariales, sindicales, civiles y campesinos.

Debido a esta heterogeneidad, sistematizamos el destino de las iniciativas por tipo de profesión dentro de las asociaciones profesionistas. En primer lugar, el gremio con mayor representación es el de los abogados, quienes

propusieron el 49% de las iniciativas. Dicho grupo es seguido por los médicos, con una contribución del 14%. Otros antecedentes que destacan entre los iniciadores de ley son los contadores (8%), economistas (5.3%), y politólogos e ingenieros, ambos con 5.1%.

Gráfica 14. Comisiones de referencia (asociaciones profesionales)



Gráfica 15. Grupos profesionistas representados en la Cámara de Diputados



FUENTE: elaboración propia

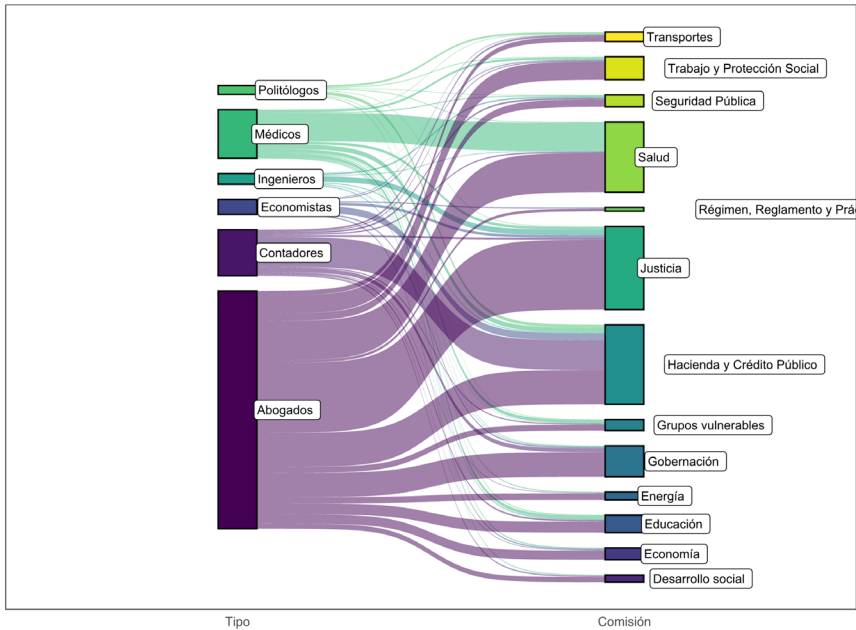
Al enfocarnos en las asociaciones con más iniciativas —los seis grupos ya mencionados— ordenamos las comisiones a las que dirigieron sus proyectos. Para ello, elaboramos un diagrama Sankey que nos muestra el flujo de las iniciativas. Para una mejor visualización, en el gráfico aparecen solamente las 15 comisiones que concentraron el mayor número de proyectos de ley.

Al desagregar por tipo de asociación, señalamos que los abogados dirigen una importante proporción de sus iniciativas a las comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales. Las iniciativas de diputados con membresías en asociaciones de médicos son referidas, en su mayoría, a la Comisión de Salud.

Este enfoque permite observar cómo cada tipo de asociación profesionalista orienta sus esfuerzos legislativos hacia las comisiones más relevantes para sus áreas de especialización, lo que refleja sus intereses y áreas de influencia dentro del proceso legislativo.

Gráfica 16. Grupo profesional y comisión de referencia

Legislaturas LX-LXIII



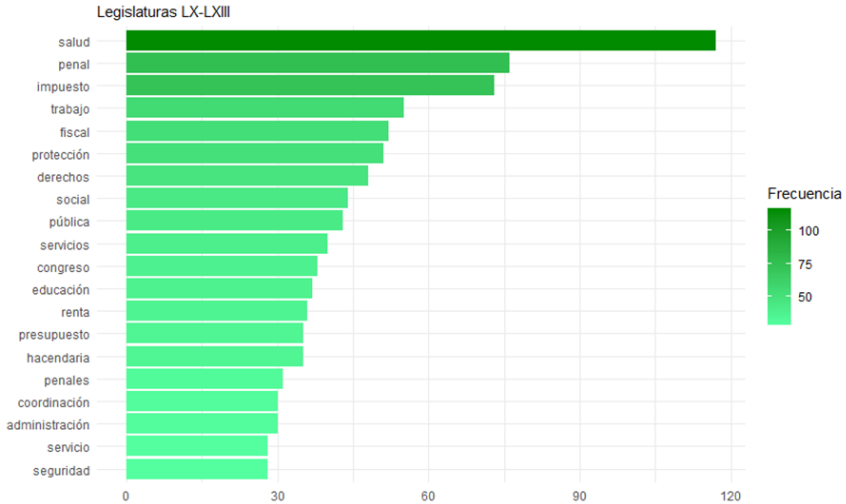
FUENTE: elaboración propia

La mayoría de los proyectos de legisladores con membresías en asociaciones de contadores son turnados a la Comisión de Hacienda y Crédito Público. Mientras que las propuestas de los diputados con membresías en asociaciones de economistas son referidas, principalmente, a las comisiones de Hacienda y Crédito Público y Presupuesto y Cuenta Pública. Esta tendencia indica que las comisiones de referencia coinciden en gran medida con los temas de especialización de las asociaciones a las que pertenecen los diputados. La descripción de las iniciativas de diputados con membresías en asociaciones profesionistas, nos permite mostrar que la palabra más frecuente es “salud”. Otros dos términos recurrentes en tales descripciones son “penal” e “impuesto”.

Estos términos se encuentran claramente relacionados con las asociaciones con mayor representación: el término salud se asocia con el gremio de los

médicos, penal con los abogados, e impuesto con los contadores. En suma, la información sugiere que las membresías de estos diputados son un buen predictor de los temas que proponen en el Congreso.

Gráfica 17. Términos más frecuentes en iniciativas de profesionistas



VIII. Conclusiones

En este artículo exploramos el tipo de iniciativas que son propuestas por diputados con antecedentes en grupos de presión. En primer lugar, encontramos que el antecedente más común entre los diputados es haber pertenecido a grupos empresariales, sindicales y asociaciones de profesionistas. La prominencia de los grupos empresariales es consistente con los hallazgos sobre otros países.

Al analizar el partido político por el que introdujeron sus iniciativas encontramos que los grupos empresariales presentaron sus proyectos principalmente por el PAN, el PRI y el PVEM. Mientras que los grupos sindicales tuvieron como vía de acceso el PANAL, el PRI y el PRD. En cambio, las iniciativas de grupos civiles fueron más comunes en Movimiento Ciudadano y en el PRD. Más aún, parecen existir diferencias en la composición de género de estos grupos. Los grupos empresariales y las asociaciones profesionales es-

tán principalmente compuestas por hombres, en los sindicatos y, en especial, los grupos civiles se observa una mayor participación de mujeres.

Al revisar las comisiones a las que fueron remitidos los proyectos podemos darnos una idea de los temas que son relevantes para estos legisladores. El destino de las iniciativas de grupos empresariales fueron turnadas principalmente a la Comisión de Hacienda y Crédito Público, para los grupos sindicales una de las comisiones con mayor número de proyectos fue Trabajo y Previsión Social. En cambio, los grupos civiles enfocaron gran parte de sus esfuerzos en iniciativas que fueron remitidas a la Comisión de Justicia y los grupos campesinos pusieron atención en comisiones a las que los otros grupos prestan poca atención como Reforma Agraria. Para las asociaciones de profesionistas, mostramos que al desagregar por profesión se observa una clara alineación de los antecedentes del diputado y la comisión de referencia. Por ejemplo, los abogados se concentran en las comisiones de Puntos Constitucionales y Justicia, los médicos en la Comisión de Salud y los contadores en la Comisión de Hacienda y Crédito Público. En la descripción de estos proyectos señalamos coincidencias entre el perfil de los grupos y los términos más repetidos. En las iniciativas de legisladores vinculados a grupos empresariales el término más común es “impuesto”, mientras que para los diputados que han sido miembros de un sindicato la palabra más repetida es “trabajo”, pero también se observan otros términos como “social” y múltiples referencias al artículo 123.

Para los grupos civiles el término más repetido es “salud”, pero también otros términos que apuntan a la ampliación de derechos como lo indican los términos “derechos” o “personas”. En los grupos campesinos mostramos que términos relacionados como “agrario”, “rural” e “indígena”. En las asociaciones civiles términos muy relacionados con las profesiones más frecuentes como “salud” (médicos), “penal” (abogado) e “impuesto” (contadores).

Estos hallazgos sugieren que existe una alineación entre los antecedentes de los diputados y los temas que ingresan en la agenda legislativa. Más estudios se requieren para analizar el efecto que estas membresías tienen sobre el contenido de sus iniciativas. Asimismo, abre la puerta a estudiar los patrones de comportamiento legislativo entre miembros de una misma asociación y el éxito que tienen este tipo de legisladores sobre el proceso legislativo.

IX. Referencias

- Alba Vega, C. (2006). Los empresarios y la democracia en México. *Foro Internacional*, 122-149.
- Austen-Smith, D. (1993). Information and influence: lobbying for agendas and votes. *American Journal of Political Science*, 37(3), 799-833. <https://doi.org/10.2307/2111575>
- Austen-Smith, D. (1993). Information and influence: lobbying for agendas and votes. *American Journal of Political Science*, 37(3), 799-833. <https://doi.org/10.2307/2111575>
- Bensusán, G., y Middlebrook, K. (2012). Organized labor and politics in Mexico. In R. Ai Camp (Ed.), *The Oxford Handbook of Mexican Politics* (pp. 333-364). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195377385.013.0015>
- Bensusán, G., y Middlebrook, K. (2013). *Sindicatos y política en México: cambios, continuidades y contradicciones*. Flacso México.
- Bernhagen, P., y Thomas B. (2005). Structural power and public policy: A signaling model of business lobbying in a democratic capitalism. *Political Studies*, 53(1), 43-64. <https://doi.org/10.1111%2Fj.1467-9248.2005.00516.x>
- Drutman, L. (2015). *The business of America is lobbying: how corporations became politicized and politics became corporate*. Oxford University Press.
- Eichenberger, S., y André, M. (2017). Formal ties between interest groups and members of parliament: Gaining allies in legislative committees. *Interest Groups & Advocacy*, 6(5), 1-21. <https://doi.org/10.1057/s41309-017-0012-2>
- Eichenberger, S. & André, M. (2017). Formal ties between interest groups and members of parliament: gaining allies in legislative committees. *Interest Groups & Advocacy*, 6(5), 1-21. <https://doi.org/10.1057/s41309-017-0012-2>
- Elizondo, C. (2009). Perverse equilibria: unsuitable but durable institutions. In S. Levy & M. Walton (Eds.), *No growth without equity? inequality, interests, and competition in Mexico* (pp. 157-99). Palgrave Macmillan; The World Bank.
- Elizondo, C. (2010). La economía política de un crecimiento mediocre. En S. Loaeza & J. F. Prud'homme (Coords.), *Los grandes problemas de México. Tomo XIV. Instituciones y procesos políticos* (pp. 159-96). El Colegio de México.

- Furnas, A., Heaney, M., y Timothy, L. (2019). The partisan ties of lobbying firms. *Research & Politics*, 6(3), 1-9. <https://doi.org/10.1177%2F2053168019877039>
- Gava, R., Varone, F., Mach, A., Eichenberger, S., Christe, J., y CorinneChao-Blanco. (2016). Interest groups in parliament: exploring MP's interest affiliations (2000-2011). *Swiss Political Science Review*, 23(1), 77-94. <https://doi.org/10.1111/spsr.12224>
- Grossman, G., & Helpman, E. (2001). *Special interest politics*. MIT Press. <https://doi.org/10.1628/0932456022975231>
- Grossman, G., y Elhanan, H. (2001). *Special interest politics*. MIT Press.
- Hall, R., & Alan, D. (2006). Lobbying as legislative subsidy. *The American Political Science Review*, 100(1), 69-84.
- Hojnacki, M., y Kimball, D. C. (1998). Organized interests and the decision of whom to lobby in congress. *The American Political Science Review*, 92(4), 778-790. <https://doi.org/10.2307/2586303>
- Lazarus, J., McKay, A., y Herbel, L. (2016). Who walks through the revolving door? Examining the lobbying activity of former members of Congress. *Interest Groups & Advocacy*, 5(1), 82-110. <https://doi.org/10.1057/iga.2015.16>
- Lazarus, J., McKay, A., y Lindsey, H. (2016). Who walks through the revolving door? Examining the lobbying activity of former members of Congress. *Interest Groups and Advocacy*, 5(1), 82-100. <https://doi.org/10.1057/iga.2015.16>
- Loaeza, S. (1999). *El Partido Acción Nacional: la larga marcha, 1939-1994. Oposición leal y partido de protesta*. Fondo de Cultura Económica.
- McCrain, J. (2018). Revolving door lobbyists and the value of congressional staff connections. *The Journal of Politics*, 80(4), 1369-1383.
- McKay, A. (2018). Fundraising for favors? Linking lobbyist-hosted fundraisers to legislative benefits. *Political Research Quarterly*, 71(4), 869-880.
- Reveles, F. (2003). *El pan en la oposición. Historia básica*. Gernika.
- Solís Delgadillo, D. (2017). Hacia una definición del concepto grupo de interés. *Perfiles Latinoamericanos*, 25(50), 83-101. <https://doi.org/10.18504/pl2550-005-2017>
- Solís Delgadillo, D., y Cortez Salinas, J. (2019). ¿Qué intereses se representan en el Congreso? Legisladores mexicanos con antecedentes en gru-

- pos de interés, 2006-2015. *Perfiles Latinoamericanos*, 27(53). <https://doi.org/10.18504/pl2753-013-2019>
- Solis Delgadillo, D., & Cortez Salinas, J. (2022). Financiamiento de campañas y cabildeo: avances y retos en el estudio de grupos de interés. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 67(246), 15-42.
- Thacker, S. (2012). Big Business, Democracy, and the Politics of Competition. In R. Ai Camp (Ed.), *The Oxford Handbook of Mexican Politics* (pp. 313-334). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195377385.013.0014>
- Wuhs, S. T. (2010). From the boardroom to the Chamber: business interests and party politics in Mexico. *Journal of Politics in Latin America*, 2(1), 107-130. <https://doi.org/10.1177/1866802X1000200105>

Cómo citar

IJ-UNAM

Solis Delgadillo, Diego y Cortez Salinas, Josafat, “Trayectorias e iniciativas legislativas en México: ¿qué propuestas defienden los diputados con antecedentes en grupos de interés?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 57, núm. 170, 2024, pp. 299-328. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2024.170.19095>

APA

Solis Delgadillo, D. y Cortez Salinas, J. (2024). Trayectorias e iniciativas legislativas en México: ¿qué propuestas defienden los diputados con antecedentes en grupos de interés?. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 57(170), 299-328. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2024.170.19095>